

O. Clásico,³⁵⁷ aunque, como es usual, se omiten los requerimientos precisos. El *libertus* sólo llegaba a ser *tutor* si así lo disponía el patrón en su testamento.³⁵⁸ Y en general, no estaba obligado a manejar los negocios de su patrón.³⁵⁹ Lo que el pasaje intentaba indicar en una forma sumaria era que el *libertus*, en tanto se tratara de obligaciones con el patrón o sus hijos, no podía eludirlas sin hacerse culpable de ingratitud y quedar sujeto a las consecuencias señaladas por el derecho privado y el penal.³⁶⁰

Au. A. Aun el uso de *detractare* no es sorprendente en él (cf. CJ 8.10.4 [245]; 2.55.2 [283]; 8.27.9 [287]), independientemente de lo que pudiera pensarse del uso clásico de la palabra.³⁶¹

TÍTULO I c

I.1c.1

Las palabras son desconocidas. Sólo Thalelaios en CJ 2.8[9].1 (Heimb, I, 354) habla de una *σεντεντία* en que *καὶ τιμωρίαν ὀρίζει ὁ Παῦλος κατὰ τοῦ φίσκος κοσμηγόρου συνηγορήσαντος κατὰ τοῦ φίσκου*.^{362, 363} El castigo que esperaba a un *advocatus fisci* que actuaba contra el *fiscus* se designaba como *infamia* en Fragn. de *iude fisci* § 16.³⁶⁴ Esto bien podía ser derecho clásico (cf. generalmente CJ 2.8.1,2 [213 y 254]). Constantino (CT 10.15.1 = CJ 2.8.3 [313]) considera dado el tipo de *poena*. Nada habla contra la auctoría de A.

TÍTULO II. DE PROCURATORIBUS ET COGNITORIBUS

(Brev.)

T. De 1.2.1 — 3: Lenel, § 26.

O. El autor de *PS* se refiere en este título al *cognitor* y en el próximo al *procurator*. La rúbrica 1.3 se adapta plenamente a esta sencilla organización, pero no así la rúbrica 1.2. Es difícil creer que el autor de *PS* no tuvo conciencia de una incongruencia tan evidente. Es más probable que el término *procuratores* fuera añadido por aquellos hombres de la época tardía que se referían al *cognitor* únicamente en relación con el antiguo derecho y que lo entendían como una subespecie de *procurator* o como idéntico a este

³⁵⁷ Esto no lo discute tampoco Kaser, SZ 58.114.

³⁵⁸ Leist, *Patronatsrecht* II (1879), 189 ss.

³⁵⁹ Sobre las *operae libertorum* ver Leist II, 204 ss., sobre el deber de manutención, *ibid.* II, 14 ss., sobre la administración de otros negocios I, 552 ss., II, 72 ss.; cf. también I, 382 76.

³⁶⁰ Sobre estas consecuencias ver Kaser, 128 ss.

³⁶¹ Cf. Guarneri Citati, *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indicio di interpolazione* (1927).

³⁶² Sobre el T. ver Schulz, SZ 47.41 2.

³⁶³ Una sentencia en que Paulo castiga al abogado del fisco que expone contra el fisco.

³⁶⁴ Sobre la relación entre estos fragm. y *PS*, ver SZ, 50.289 s.

último. De esta mentalidad fueron los autores de la *Interpretatio* y su época.³⁶⁵

Au. A, pero respecto a *procuratoribus et: C.*³⁶⁶

1.2.1

*Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non posse etiam volentibus adversariis.*³⁶⁷

S. Cualquier *infamis*, a quien se prohibió presentar demandas ante el magistrado *in iure*, también se le prohibía ser *cognitor*, aun cuando lo consintiera la contraparte.

O. Clásico. Pero no es posible que Paulo mencionase los *infames*. La regla indudablemente se refería al edicto *Qui ne dentur cognitor* (Lenel, § 26).³⁶⁸ No obstante, el término *infamia* y el concepto que representaba eran extraños tanto a este edicto, como al *album praetoris* en general.³⁶⁹ Si el pretor quisiera referirse sin ningún error a los tipos de personas que fueron incapacitados para ser *cognitores*, no usaría la variable categoría de *infames*, ya que ésta tenía diferentes significados, según se aplicara al título del edicto § 15 o al § 16 o al § 25. En cambio, podía realizar su propósito de manera sencilla, incapacitando para ser *cognitor* a cualquier persona que fuera incapaz de *postulare*.³⁷⁰ Haciendo eso, habría seguido el mismo método que en el edicto § 30 (*FV* 322, 323), donde, para definir los casos de incapacidad para ser *procurator*, simplemente se hacía referencia a los edictos sobre los *cognitores*. De hecho, la incapacidad para ser *cognitor in rem alienam*³⁷¹ necesariamente implicaba la incapacidad de *postulare pro alio*.³⁷² En consecuencia y *a potiori*, tenían que ser incapacitadas aquellas personas que ni siquiera podían *postulare* por sí mismas (edicto § 14), y esto independientemente de la actitud de sus adversarios en juicio. Estas conclusiones parecen ser corroboradas por Gai. no. 76,3 *ad ed. Dig.* 3.1.7: *Quos prohibet praetor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiamsi adversarius eos patiatur postulare*. Esta afirmación que Gayo escribió al comentar el edicto § 26³⁷³ puede ser razonablemente ubicada ahí, sólo si este título se refería a aquellos *quos prohibet praetor apud se postulare*. El edicto, entonces, se aplicaría directamente, no

³⁶⁵ Ver *infra* en IP 1.2.1.

³⁶⁶ La adición, desde Cuyacio, ha sido reconocida por la mayoría de los autores. Para más referencias ver Volterra, 122, también Lenel, 86 1. Pero en estas discusiones la alternativa ordinariamente ha sido: o Paulo o los visigodos.

³⁶⁷ Todos los que han sido declarados infames, que no pueden postular, tampoco pueden ser representantes judiciales, aunque lo consientan los adversarios en juicio.

³⁶⁸ Lenel, *Edictum* 3, 93.

³⁶⁹ Gai. IV 182 (P. Krüger); ver también Lenel, *SZ*, 2.57.

³⁷⁰ Lenel, en la primera edición de su *Edictum* (p. 76), acertó al proponer tal "breve cláusula". Semejante es la interpretación de Wirbel, *Cognitor* (1911), 67; disiente Pommeray, *Infamie* (1937), 136 3.

³⁷¹ Sobre *in rem suam* ver *infra* en 1.2.3.

³⁷² Así, Lenel 1, 76 = 3 93, aunque matizado por "casi necesariamente..."

³⁷³ Ver también Lenel 3, 93.

sólo a los *infames*, sino también a las mujeres, ciegos, menores de 17 años,³⁷⁴ sordos y, probablemente,³⁷⁵ a los mudos (§ 14).³⁷⁶ No había, por lo tanto, ninguna necesidad para el *praetor* de mencionar explícitamente a cualesquiera de estos tipos. Él enumeraba solamente los grupos no cubiertos por esa referencia, es decir aquellos que aunque eran capaces de *postulare* debían, cuando menos, ser inhabilitados para servir como *cognitores*.³⁷⁷ Tales como, por una parte, los *milites*³⁷⁸ y, por la otra, personas determinadas que se rechazarían³⁷⁹ sólo cuando lo solicitare la contraparte.³⁸⁰

Au. A. Él añadió la referencia a *infamia*, como lo hizo en 1.1.7, quizá para popularizar la regla. El añadido le pareció sin consecuencias porque la mayoría de los casos al respecto efectivamente se resolvían en *infamia*, y ciertamente el mismo Paulo debió referirse a *infamia* como uno de los casos, presumiblemente en forma similar a *FV* 324, cuyo autor nos es desconocido: *ob turpitudinem et famositatem prohibentur quidam cognituram suscipere*.³⁸¹ A no se dio cuenta que era la combinación de *omnes infames* y *qui postulare prohibentur* lo que daba a la regla un nuevo e incorrecto alcance.

*IP. Infames sunt qui propter aliquam culpam nontantur infamia. Et ideo tales personae ad agendas causas nec mandatum dare nec suscipere ab altero possunt, etiamsi hoc eorum adversarii acquiescant.*³⁸²

Después que se suprimió la bipartición del proceso,³⁸³ *postulare* perdió su específica referencia a las gestiones hechas *in iure* (Ulp. *Dig.* 3.1.1.2); fue entonces simplemente sinónimo de “pedir” o “demandar”.³⁸⁴ Consecuentemente, cayó en desuso el concepto de inhabilidad para *postulare* y fue sustituido por el de *infamia*, como lo demuestra también *IP* 1.2.3 *Infames*, en el sentido jurídico de la palabra, eran solamente aquellos que, conforme a

³⁷⁴ Sobre éstos, ver Lenel 3, 76 2; Solazzi, *Bull.* 37.1 ss.

³⁷⁵ Hace falta una prueba directa; pero considérese auténtico el núcleo de Paul. *Dig.* 3.3.43 *pr.*

³⁷⁶ Lenel 3, 92 5, 93 también cree que la mayoría de estos grupos fueron incluidos en el edicto o en la práctica. Pero su argumento se basa en una probabilidad, cuando parece posible una prueba directa.

³⁷⁷ Esto parece ser confirmado por Thalelaios (Heimb., I, 403 s.), aunque el texto ha sido considerado poco digno de confianza por Pommeray, *loc. cit. supra*, n. 314, 136 s.

³⁷⁸ Lenel 3, 91 s.

³⁷⁹ Sea no admitiendo a un *cognitor*, sea por medio de una *exceptio cognitoria*; Kübler, *SZ*, 38.87 ss.

³⁸⁰ Entre ellas debían haber estado algunas de aquellas categorías que aparecieron por vez primera en el edicto § 25, pero seguramente no, como quisiera Lenel 3, 93, todas las personas convictas de *calumnia* cometida en un proceso civil, o convicta en un *iudicium publicum non capitale*: ver *SZ*, 53.192 s.; *Studi Riccobono* II, 81.

³⁸¹ Ver también *Inst.* 4.13.11 *i.f.*: *propter infamiam*.

³⁸² *Infames* son quienes han sido tachados con nota de infamia a causa de alguna culpa. Y, por tanto, tales personas no pueden dar mandato para gestionar causas judiciales, ni encargarse de las de otro, aunque esto lo consintieran los adversarios.

³⁸³ Respecto del Occidente, ver *SZ* 49.241 3.

³⁸⁴ Referencias en Conrat, 121 336; *CT* 2.18.3 (325) no es problemático. El desarrollo de *postulatio* fue diferente.

una regla positiva, fueron tachados con *infamia* por haber cometido un acto culpable.³⁸⁵

El *cognitor* ya no era una institución viva en el derecho de Occidente en el siglo quinto. Su decadencia³⁸⁶ comienza, cuando más temprano, en la época clásica tardía, cuando el *procurator praesentis* y el *procurator* designado *apud acta* fueron asimilados a aquél.³⁸⁷ Otros grupos de *procuratores* fueron gradualmente diseñados después de éstos.³⁸⁸ Un decreto de 382 (*CT* 2.12.3; *Brev.*) excluía, por regla, todo tipo de representantes procesales que no fueran autorizados en los expedientes del juzgado.³⁸⁹ El dar al nuevo tipo de representantes el nombre de *cognitor*, ya que por su naturaleza de mero representante era más bien *cognitor* que *procurator*, no pareció aconsejable, desde que el mismo juez que decidía empezaba a ser conocido por *cognitor*. En todo *CT* el *cognitor* es el funcionario del tribunal.³⁹⁰ *CT* 2.12.7 (*Brev.*) de 424 es el único texto que se refiere al *cognitor* como el representante de una parte y, significativamente, lo califica como *qui litis minister est ordinatus*.³⁹¹ Se le menciona porque él, junto con el *praesentis procurator*, servía como un buen punto de partida cuando se trataba de explicar la *iudicati actio in dominum vel domino*³⁹² y afirmar la regla general de que por la muerte del representante³⁹³ debía tener lugar inmediatamente un *translatio iudicii* al *dominus*.³⁹⁴ En cualquier caso, las conclusiones de *CT* 2.12.7 fueron hechas indistintamente para el *cognitor vel procurator* (ver ahí las oraciones 1, 2 y 4). *IT*, por otra parte, hace un desesperado intento de conservar la diferencia entre ambos: *Procurator est cui per mandatum causa committitur; cognitor est cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit*.^{395 396} Este *cognitor*, sin embargo, era un hombre muy diferente del *cognitor* clásico, para cuyo nombramiento no era necesaria ni su propia presencia,³⁹⁷ ni la del juez (Gai. IV, 83), por no decir nada de la ausencia de

³⁸⁵ Para otros casos de definiciones semejantes en *IP*, ver Conrat, 44 s. y Scherillo, *Rivista di storia di diritto italiano* 5 (1932), 477 62.

³⁸⁶ Esto es tratado por Wirbel, *loc. cit. supra*, n. 314, 207 ss., con quien, sin embargo, algunas veces es difícil estar de acuerdo.

³⁸⁷ Sobre estos *procuratores*, ver Eisele, *Cognitor und Procurator* (1881), 159 ss.

³⁸⁸ Eisele, 169 ss.

³⁸⁹ Véase a este respecto, Eisele, 218 ss.; Lenel 3, 96; Mitteis, *Grundzüge der Papyruskunde* (1912), 42; Steinwenter, *loc. cit. supra*, n. 88, 48; Collinet, *Procédure par libelle* (1932), 176 ss., 181, 184 ss.

³⁹⁰ El decreto más antiguo es de 378 (11.36.24, 25).

³⁹¹ Por esto *CT* 2.12 pudo preservar la antigua rúbrica (*cf. FV* antes de § 317).

³⁹² Wenger, *Actio iudicati* (1901), 176 ss. Sobre el período posclásico, ver, p. e., Mitteis, *loc. cit. supra*, n. 332, 42.

³⁹³ Koschaker, *Translatio iudicii* (1905), 103 s., 116; ver también Lenel 3, 94 11.

³⁹⁴ Sobre el derecho de los *successores procuratoris* a recuperar los gastos, ver en *PS* 1.3.9.

³⁹⁵ Siglos después, esto fue copiado por la *Lex Romanam Raetica Curiensis* 2.11.

³⁹⁶ *Procurator* es a quien se confía una causa por mandato; *cognitor* es a quien se confía una causa sin mandato, estando presente el litigante ante el juez.

³⁹⁷ Su presencia es enfatizada en *Isidor. differ.* 1.124; pero ver Wlassak, *Cognitor* (1893), 31.

mandato.³⁹⁸ Éste es más bien un *procurator* nombrado ante el tribunal por la parte ahí presente, distinto del *procurator* cuyo mandato había sido registrado ante la autoridad encargada de ello fuera del tribunal.³⁹⁹ Esta es la alternativa que, aunque se conserva abierta en CT 2.12.3, aparece más claramente en *Inst.* 4.11.3: ⁴⁰⁰ *si non mandatum actis insinuatum est VEL praesens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit*⁴⁰¹ (ver también *ibid.* § 4). En ambos casos la autorización quedaba firmemente establecida por una declaración asentada en registros y, prácticamente, la distinción no tenía importancia. Tampoco el *procurator praesentis* sobrevivió⁴⁰² con algún privilegio característico. De hecho, la misma *IT* está lejos de tomar seriamente la distinción anotada. La oración inmediatamente siguiente, al hablar de *procurator aut cognitor*, supone la existencia de un *mandatum* y un *mandator*, y el resto de *IT* parece haber olvidado, en general, al *cognitor*. *IP* procede de manera similar. En 5.10.2, el único pasaje que conservó los *procuratores* y *cognitores* del modelo, la copia es enteramente mecánica; en 1.2.2 y 1.2.3 *cognitor* es reemplazado por *procurator*.⁴⁰³ *IP* 1.2.1, en particular, considera que *cognitores fieri* mediante *ad agendas causas mandatum suscipere*, es decir, por una razón que, según CT 2.12.7 y otros pasajes de *IP*,⁴⁰⁴ se refería a un *procurator* más que a un *cognitor*.

IP sobrepasa los límites de *PS* al afirmar que los *infames* no eran ni siquiera capaces de otorgar a otros un *mandatum agendi*. Esto es derecho clásico, aun en el significado particular de que nadie, excepto un *infamis*, tenía prohibido nombrar un *cognitor* (Lenel, § 25). La fuente de *IP* en este aspecto debió ser una *PS* que, aunque ignorada por los visigodos,⁴⁰⁵ precedió a *PS* 1.2.1 en la edición de *A*.⁴⁰⁶ Que una sola *IP* cubriera varias *sententiae* no es

³⁹⁸ Aun para el período tardío, *sine mandato* no tendría sentido, a menos que se refiriera a un mandato otorgado *rite et sollemniter* conforme a CT 2.12.3. Un *mandatum* hecho con anterioridad era ciertamente innecesario si la parte declaraba la autorización en el tribunal y ésta ahí se registraba.

³⁹⁹ Cf. Collinet, 70 ss., 184 ss.; también Wirbel, 211 ss.

⁴⁰⁰ En *PS* 1.3.1 es menos preciso, porque está indicado sólo por una inserción.

⁴⁰¹ ... si no hay mandato registrado en actas, o estando presente en juicio el dueño del negocio confirmará la personalidad de su representante...

⁴⁰² *IT* 2.12.7 es verdad que, aunque se refiere a *actio iudicati*, lo menciona una vez. Pero esto es simplemente debido a la descuidada reiteración de *CT*, que se ha referido a él (lo mismo que al *cognitor*) sólo para dar noticia del derecho existente hasta ese momento. Las siguientes oraciones de *IT* se refieren al *procurator* como tal, *simpliciter*; ver también *IP* 2.18.12 (respecto *PS* 2.17.16): Disiente, Eisele, *loc. cit. supra*, n. 330, 223 s.; expresando aun otro punto de vista, Conrat, 223.

⁴⁰³ *Gai. Aug.*, probablemente del siglo cuarto, es fiel al parafrasear el texto de *Gayo* sobre el *cognitor*. *Lex. Rom. Burgundionum* 35.4 menciona al *cognitor* solamente en su reproducción de la rúbrica *CT* 2.12. En cuanto a fuentes extrajurídicas, parece encontrarse por última vez en las cartas del Papa Leon I: *Thes* LL3. 1488.

⁴⁰⁴ 1.3.2; 5.2.2; cf. *SZ* 49.242 1.

⁴⁰⁵ Una mirada sobre el resto conservado de *PS* 1.3 es suficiente para dar una idea de cuánto suprimieron respecto del tema de representación procesal.

⁴⁰⁶ Diferente es el punto de vista de Conrat, 120 s., quien piensa que *IP* mal interpretó *postulare*... *cognitores* de *PS* por *dare cognitores*. Entonces *IP*, aunque interpretando equivo-

desusual.⁴⁰⁷ En Oriente, al tiempo del *Brev.*, los *infames* no eran capaces de nombrar ni de ser nombrados *procuratores*. Se dejó a Justiniano el abolir este tipo de incapacidad (*Inst.* 4.13.11).⁴⁰⁸

1.2.2 (*Brev.*)

*Femina in rem suam cognitoriam operam suscipere non prohibetur.*⁴⁰⁹

S. Una mujer, aunque por regla general era incapaz de ser *cognitor*, podía ser *cognitor in rem suam*.

O. Clásico. Sobre la incapacidad edictal de la mujer para ser *cognitor* ver *supra* en 1.2.1.⁴¹⁰ Sobre las excepciones que la favorecían permitiéndole ser *cognitor in rem suam* ver también *CJ* 2.12.4 (207).

Au. A. Antes de discutir la excepción, indudablemente que A transcribió la regla (*cf.* también *IP*). Debe notarse que 1.2.1, tal como él la formuló, no contiene ninguna afirmación respecto de la mujer como tal.

*IP Feminae, licet procurationem suscipere prohibeantur, tamen si domine et procuratrices fiant, pro re iam sua agere possunt.*⁴¹¹

IP presenta la idea de la regla correctamente,⁴¹² aunque su forma de expresión difiere de modo significativo. Ya no sabe qué hacer con el *cognitor* (*cf.* *IP* 1.2.1). En vez de *procurator in rem suam*, que todavía se encontraba en *CT* 2.12.7 *i.f.* (424), *IP* coloca *dominus et procurator*, y este término, aunque extraño a *CT*, llega a tomar un significado técnico.⁴¹³ Este es el único término usado en las *Interpretationes* (*IP* 1.2.3; *IT* 2.12.1; ⁴¹⁴ *eod.* 7; ⁴¹⁵ 2.16.3 ⁴¹⁶) y aparece en *Lex Rom. Burgundionum* 35.4 y también en docu-

cadamente su modelo, hubiera dado la verdadera interpretación de algo que el modelo no pudo expresar. Además a la vista de *postulare* en *PS* 1.2.3, *IP*, igualmente guiada por alguna certera intuición, hubiera escapado del mismo error.

⁴⁰⁷ Para referencias ver *Conrat.* 37 92.

⁴⁰⁸ Schrader, *Imper. Justiniani Institutionum libri IV* (1832) *a.h.l.*; Lenel *SZ* 2.57; *Conrat.* 121; Wlassak, *Die Klassische Prozessformel* (1924), 201 125. *Contra* Perozzi, I, 551 1; Pommeray, *loc. cit. supra*, n. 314, 201 ss.

⁴⁰⁹ No se prohíbe que la mujer asuma la representación procesal en propio provecho.

⁴¹⁰ *Cf.* Lenel 3, 92.

⁴¹¹ Con razón se ha prohibido a las mujeres desempeñar la representación procesal, aunque si fueran dueñas [del negocio] y representantes, entonces sí podrán obrar en propio provecho.

⁴¹² La idea también se encuentra en *IT* 2.12.5; 9.1.3; ver además *L. Visig.* 2.3.6, atribuido a Eurico por Zeumer, *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde* 24 (1899), 96 s.

⁴¹³ *Cf.* Zeumer en *Leges Burgundionum*, ed. L. R. de Salis (1892), 153 5; Levy, *SZ* 49.238.

⁴¹⁴ Como opuesto a *procuratores tantum adversus pulsantes*.

⁴¹⁵ *procurator... tantummodo, non dominus et procurator effectus*. Al final, de modo semejante a *IP* 1.2.3, el antiguo término y el nuevo se encuentran juntos: *si in rem suam quis factus fuerit dominus et procurator*.

⁴¹⁶ *non solum procuratorem set et dominum si se scripserit*.

mentos ravenenses y francos: Marini, *Papir. diplom.* no. 86 (a. 553),⁴¹⁷ *Form. Avern.* 2a (Zeumer, *Formulae Merov. et Karol. aevi* p. 29; mediados del siglo sexto).⁴¹⁸ El nuevo nombre reflejaba el cambio que había ocurrido en la materia. Anteriormente, es decir, a principios del siglo cuarto: *CJ* 2.12.22 (319); *CT* 2.12.1 (363) = *CJ* 2.12.23, después de la *litis contestatio* cualquier *procurator* era considerado como *dominus litis*,⁴¹⁹ y la cuestión era solamente si actuaba en interés de otro o (p. e. como cesionario) en interés propio. Ahora, sin embargo, y especialmente después de que *CT* 2.12.7 (424) hubo suprimido oficialmente el *dominus litis*, *procurator* simplemente significa el representante procesal. De aquí que parezca tanto posible como útil el designar *dominus et procurator* al hombre a quien se encargaba actuar en interés propio.⁴²⁰ Era perfectamente lógico que Justiniano, quien sin razón aparente conservó el *dominus litis*, rechazara el nuevo término. El Occidente, por otra parte, donde el *dominus litis* había desaparecido, podía simplemente afirmar que el cesionario podía considerar su demanda directamente como *res iam sua*,⁴²¹ por razón del mandato.⁴²²

1.2.3 (*Brev.*)

*In rem suam cognitor procuratorve ille fieri potest, qui pro omnibus postulat.*⁴²³

S. Quien tenía capacidad para actuar ante el magistrado *in iure* en favor de cualquiera, también podía ser nombrado *cognitor* o *procurator in rem suam*.

O. Clásico. De la capacidad general de *postulare* resultó la capacidad de ser *cognitor* (*supra* en 1.2.1) y de ésta, a su vez, fue derivada en el edicto la capacidad de ser *procurator* (*FV* 322). Respecto de los representantes *in rem suam* se llegó, por medio de interpretación, a la misma conclusión. Sin embargo, la regla inversa, inmediatamente sugerida por las palabras de *PS*, o sea que una persona que no tuviera capacidad de *postulare* en favor de cualquiera tampoco podría ser representante *in rem suam*, no parecería clásica.⁴²⁴ No sólo las mujeres (1.2.2), sino también los sordos, los ciegos, etc. debieron haber sido capaces de adquirir por medio de una cesión de crédito. Únicamente los *infames* podían haber quedado inhabilitados, y únicamente

⁴¹⁷ Ver Ferrari, *Studi Riccobono*, I, 468 ss.

⁴¹⁸ En *Form. Turon.* 20 (mediados del siglo octavo) el punto es probablemente diferente: Lass, *Anwaltschaft im Zeitalter der Volksrechte* (1891), 18, 25; Erbe, *Fiduzia* (1940), 125 5.

⁴¹⁹ Ver también Koschaker, *loc. cit. supra*, n. 336, 120 s.

⁴²⁰ La *Interpretatio*, quizá teniendo en cuenta al mismo *CT* 2.12.7, está tan lejos de reconocer al antiguo *procurator* = *dominus litis*, como de cambiarlo en el *dominus et procurator* (*IT* 2.12.1); cf. también Eisele, 244 s.; Conrat, 221 s.

⁴²¹ Cf. Marini, no. 86 *cit.*: *per huius meae paginam largitatis dominos et procuratores vos in re vuestra intituens*. La combinación de los dos términos también debe ser notada.

⁴²² Cf. Eisele, 244.

⁴²³ Quien tiene capacidad para postular en favor de cualquiera, puede actuar como procurador o representante judicial en propio provecho.

⁴²⁴ Esto ya fue correctamente advertido por Schulting *a.h.l.*

en cuanto a adquirir de personas en cuyo favor ellos no podían *postulare*.⁴²⁵ Esta inferencia se basa, indudablemente, en interpretación.

Au. A. La ambigüedad de la *sententia* difícilmente puede atribuirse a omisiones por parte de los visigodos. Es evidente que IP ya había leído la PS en la versión que se conserva. A, de nuevo desviado por su manía de abreviar y simplificar, debe considerarse el responsable. Si *procuratorve* fue escrito por él o añadido posteriormente,⁴²⁶ no puede saberse.

IP. *Nec procurator in causa aliena nec procurator et dominus, ut pro re sua agat, infamis persona fieri potest.*⁴²⁷

Los elementos de esta IP han sido presentados arriba: *cognitor* se transformó en *procurator*, *procurator in rem suam* en *procurator et dominus*,⁴²⁸ y la incapacidad de *postulare* en *infamia*.⁴²⁹ Respecto de *causa aliena*, IP meramente reitera lo que estableció en 1.2.1. El énfasis se pone ahora en la afirmación de que los *infames* estaban por regla general excluidos hasta de adquirir derechos mediante una cesión de crédito. Esta afirmación excede la regla clásica. Pierde toda justificación después de que la cesión de crédito llega a ser independiente de la *litis contestatio* o de la redacción de la *formula*. ¿Por qué una persona capaz de adquirir derechos *in re* no debía ser capaz de adquirir *acciones*? Toda esta innovación es el resultado de una errónea interpretación, la cual se debe, después de todo, más a la redacción de A que a la confianza que puso en ella el comentarista. Por tanto, una falta de comprensión por parte de ambos produjo un ensanchamiento de los efectos de la *infamia* en el derecho privado, mientras que en Oriente una política legislativa responsable (*Inst.* 4.13.11) vino a reducirlos.⁴³⁰

1.2.4 (*Brev.*)

*Actio iudicati non solum in dominum aut domino, sed etiam heredi et in heredem datur.*⁴³¹

T. Lenel § 28.⁴³²

S. La *actio iudicati* para ejecutar una sentencia dada en favor o en contra de un *cognitor* se daba no sólo a favor o contra el *dominus*, sino también a favor o contra su heredero.

O. Clásico.⁴³³

⁴²⁵ Karlowa, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 9.221 28; Lenel, 93 1.

⁴²⁶ Esto lo sugiere Schulz, *SZ*, 47.41 3.

⁴²⁷ La persona declarada infame no puede ser ni representante procesal en interés de otro, ni representante y dueño [del negocio], que obra en provecho propio.

⁴²⁸ El término está aquí acompañado de una frase explicativa, exactamente como en *IT* 2.12.7 *i.f.*

⁴²⁹ El análisis de Conrat, 121 s. no es muy útil.

⁴³⁰ Ver *supra* en 1.2.1 *i.f.*

⁴³¹ La acción por lo juzgado no sólo se da en contra o a favor del dueño [del negocio], sino también a favor o en contra del heredero.

⁴³² Schulz, *SZ*, 47.42 1.

⁴³³ Referencias en Seckel-Kübler *a.h.l.*; ver también Paul. Dig. 44.4.9.

Au. A. Ni la modificación del orden de palabras en la segunda frase ni la incongruencia de *aut... et* señalan lo contrario.

*IP. Actio de executione iudicatarum rerum non solum ipsi auctori, qui egit, sed et heredi similiter datur. Nam et heres victi ab herede victoris ad solutionem iudicati nihilominus retinetur.*⁴³⁴

Sobre las bases de la *cognitio* procesal, *IP* explica correctamente la *actio* = *obligatio iudicati*, como el derecho de ejecutar otorgado al actor victorioso.⁴³⁵ El derecho tendía a la ejecución de la sentencia. Una sentencia en favor del actor producía efectos en favor o en contra de los respectivos herederos. En tanto que esta simpleza se explica en una forma muy complicada, el verdadero problema, es decir el derecho de ejecutar una sentencia dada en contra de un representante, es totalmente ignorado. En pocas palabras, el comentarista no debía desviarse de *PS*: ver *IP* en 2.17.16 y particularmente *IT* 2.12.7: ⁴³⁶ *in dominum vel domino, non in procuratorem vel procuratori actio t ribuetur iudicati.*⁴³⁷ Sin embargo, él obviamente tomó esta *PS* como una regla aislada sin relación con el contexto.

TÍTULO III. DE PROCURATORIBUS

(*Brev.*)

T. De §§ 1-2: Lenel § 29.⁴³⁸

Au. A.⁴³⁹

1.3.1 (*Brev.*)

*Mandari potest procuratio praesenti et nudis verbis et per literas et per nuntium et apud acta praesidis et magistratus.*⁴⁴⁰

S. Una persona podía ser nombrada *procurator*, y por tanto ser hecha representante procesal, mientras estuviera ella presente, oralmente o por escrito, por medio de mensajero o por declaración recogida en el registro del gobernador de provincia o del magistrado municipal.

O.⁴⁴¹ Cada uno de los cinco modos de nombrar un *procurator* referidos

⁴³⁴ La acción para ejecutar las sentencias no sólo se da al mismo actor, que obra en juicio, sino también, y en la misma forma, al heredero. En efecto, el heredero del vencido es obligado a pagar exactamente lo juzgado en favor del heredero del vencedor.

⁴³⁵ Biondi, *Studi Bonfante*, IV, 90 233.

⁴³⁶ Sobre la terminología ver SZ 49.244 1.

⁴³⁷ No importa que el pasaje se refiriera al *praesentis procurator*, ver *supra*, n. 343.

⁴³⁸ Schulz, 42.

⁴³⁹ Ver *supra* en *Tit. II*.

⁴⁴⁰ Se puede nombrar un procurador, estando él presente, por la simple palabra, por escrito, por mensajero, por declaración recogida en el registro del gobernador de provincia o ante el magistrado municipal.

⁴⁴¹ Conjeturas previas sobre interpolaciones son recogidas por Volterra, *Rivista (supra)*, n. 328), 8 (1935), 9.

por los cinco *et* podían haber sido mencionados por un jurista clásico. Pero no así la manera en que todos se agrupan, ni el *praesenti* que éste había creado. Las primeras tres posibilidades precedidas por *et* eran ciertas respecto de cualquier *procurator*; ellas corresponden precisamente a Ulp. *Dig.* 3.3.1.1: *vel coram*⁴⁴² *vel per nuntium vel epistulam*.⁴⁴³ Los últimos juristas clásicos estaban también familiarizados con el mandato dado *apud acta* (*FV* 317), pero sólo respecto del *procurator ad litem*. Es más sorprendente aun la manera en que se alude a las autoridades registrales. Si *magistratus* se refiere al *m. populi Romani*, el *praesides* estaría incluido. En tanto que si se refiriera a los magistrados municipales, se habría excluido a las autoridades de Roma, a las cuales los escritores clásicos se hubieran referido en primer lugar.⁴⁴⁴ La afirmación de que el *procurator* tenía que estar presente al momento de su nombramiento es obvia en el caso de la forma de *nuda verba*, y está fuera de lugar en todos los demás casos.

Au. La *sententia* fue probablemente compuesta por *A*, excepto *praesenti*. Pensando en relación a su provincia,⁴⁴⁵ él tuvo presentes en mente sólo a los magistrados municipales.⁴⁴⁶ Él era libre de usar *procuratio* (cf. *CJ* 2.12.15,17; 2.17.3 [293]), cualquiera que hubiera sido el uso clásico de la palabra.⁴⁴⁷ Era también apropiado para él afirmar que el registro de un mandato de representación procesal podía hacerse ante el encargado de la *iurisdictio* ordinaria en la provincia o ante el magistrado municipal.⁴⁴⁸ Menos adecuada, aunque propia de un epitomizador, era la indiscriminada enumeración de situaciones de hecho que tenían diversos efectos. *Praesenti*, sin embargo, no puede provenir de la misma pluma que *per literas* y *per nuntium*. La palabra debió ser introducida por *C* quien, considerando únicamente la representación procesal y teniendo a la vista *CT* 2.12.3 (382), era incapaz de admitir que un mandato de representación procesal pudiera otorgarse informalmente. En su tiempo, un tal mandato sólo podía otorgarse mediante una declaración registrada ante ciertas autoridades o en el tribunal, donde, por lo general, se esperaba que el *mandator* y el *procurator* estuvieran presentes: *IT* 2.12.7; *Cs* 3.1.5; *Inst.* 4.11.3.⁴⁴⁹ El *praesenti* servía para dar al

⁴⁴² *Coram* se refiere a la presencia del *procurator* tan claramente que los siguientes conceptos implican su ausencia. Ver también Gai. IV 84: *ex solo mandato*. Nótese que no se requería lo contrario (Gai. IV 84). El argumento de Solazzi, *Rendiconti del R. Istituto Lombardano* 56 (1923), 155 no parece acertado.

⁴⁴³ Cf. Levy, *Hergang der römischen Ehescheidung* (1925), 57 3; Arangio-Ruiz, *Studi Riccobono* IV, 363; Wieacker, *Societas* (1936), 85 2.

⁴⁴⁴ Cf. Solazzi, *Rendiconti* (*supra*, n. 376), 55 (1922), 89; Donatuti, *Bull.* 33.177.

⁴⁴⁵ Ver "Vulgarization", 22 s.

⁴⁴⁶ Diocleciano también se refiere, por regla general, simplemente a *magistratus*, no tan a menudo a *magistratus municipales* (*CJ* 5.34.5; 5.75.5); ver también Kübler, *RE* 14.433.

⁴⁴⁷ Contra la "autenticidad" están Albertario y Donatuti, en favor de la "autenticidad" están Frese (cf. Guarneri, *loc. cit. supra*, n. 307) y *Studi Riccobono*, I, 734, y Solazzi, *Note di diritto romano* (1937), 30 s.

⁴⁴⁸ Un análisis más detallado en Steinwarter, *loc. cit. supra*, n. 88, 48.

⁴⁴⁹ Ver *supra* en *IP* 1.2.1. Sobre los diferentes efectos en las dos partes del imperio, ver *infra* en *PS* 1.3.3.

nombramiento *nudis verbis* un significado adaptado al nuevo proceso, pero nada tenía que hacer con *per litteras* y mucho menos con *per nunti*.

1.3.2 (*Brev.*)

*Procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administranda datur.*⁴⁵⁰

S. Un *procurator* podía ser nombrado, sea para representar en un proceso judicial, sea para ejecutar una transacción comercial, totalmente o en parte, sea, en general, para administrar los negocios de otro.

O. Clásico, en el fondo, es indiscutiblemente *aut ad litem aut ad res administrandas*. El segundo tipo, es decir, el *procurator omnium bonorum*, constituía el prototipo del *procurator* y el *procurator ad litem*, como un procurador especial, era, para el derecho clásico, también una figura establecida.⁴⁵¹ Las restantes dos alternativas, hoy generalmente se consideran más bien como extrañas a la época de Paulo.⁴⁵² Pero, ¿cuál es su origen? La suposición más probable es que *PS*, tanto aquí como en 1.3.1, fue redactada con base en un texto en que Paulo trataba problemas similares a los de Ulpiano en *Dig. 3.3.1.1*. Ulpiano, sin embargo, parece dar suficiente argumento para sostener la conclusión de que, además de las dos clases indiscutidas de *procuratores*, existía otra clase cuya definición se discutía, a saber, el *procurator unius rei*,⁴⁵³ sea que fuera o no conocido con ese nombre. La mayoría de los juristas pudo, al principio, haberse negado a reconocerlo como un tipo independiente pero, gradualmente, entre Pomponio y Ulpiano, su oposición debió debilitarse.⁴⁵⁴ La frase *ad partem negotii* pudiera delatar el resabio de un análisis clásico tendiente a distinguir al mero mensajero de un tal *procurator*, reconociéndose como *procurator* al hombre que actuaba como parte independiente y que, por tanto, creaba derechos y responsabilidades respecto de su propia persona, hasta en la última acción.

Au. Probablemente *A*. El superficial sumario que coloca *procuratores* generales y especiales juntos unos con otros pudo ser obra suya, lo mismo que el resumen en 1.3.1. Hay otros hechos que parecen indicar la autoría de *A*; no hay referencia al mandato, que es el principal requisito del período tardío, ni todavía el *procurator ad litem* ha sido absorbido por el *procurator* es-

⁴⁵⁰ Se nombra un procurador para que actúe en un litigio, para que realice un negocio, total o parcialmente o para que administre los bienes de otro.

⁴⁵¹ Este es el punto de vista general. Ver, en particular, Solazzi, *loc. cit. supra*, n. 381, 19-62, especialmente 23,40. Disiente Frese, *Studi Bonfante* IV, 417 ss.; Albertario, *Studi (supra*, n. 107), III, 499, 513 s.

⁴⁵² Desde Albertario, *Studi nelle scienze giuridiche* (Pavia), 6 (1921), 103 ss.; cf. su *Studi di diritto romano* III, 497 ss.

⁴⁵³ Ver particularmente Rabel, *SZ* 46,473 s.; Solazzi, *loc. cit.* 56 s. (dudando); De Robertis, *Annali... de Bari*, 8 (1935), 18 ss., donde hay más referencias en 20 2; ver también Sieber, *loc. cit. supra*, n. 275. 191; Arangio Ruiz *Istituzioni di diritto romano* 4 (1937), 94; Morelli, *Geschäftsführung* (1935), 25 ss.

⁴⁵⁴ Esto no significa decir que *Dig. 3.3.1.1*, esp. *quidam* y la oración final, haya llegado hasta nosotros sin alteración formal.

pecial.⁴⁵⁵ La *IP* está confundida para hacer algo con el texto. *CJ* 2.12.16 (293), habiendo sido discutido,⁴⁵⁶ mejor no se tuvo en cuenta.

IP. Procurator eas tantum res agere potest, quas ei evidenter constiterit fuisse commissas.

Esto es una corrección más que un comentario. Ni una sola idea ha sido tomada del modelo. Aun las cuatro ocasiones específicas en que podía nombrarse un procurador han sido omitidas. Ninguna de esas diferencias era ya importante,⁴⁵⁷ y más bien todas parecían ser objetables porque no tenían en cuenta el único punto que interesaba. Este punto era que el procurador *nihil aliud agat nisi quod ei agendum per mandatum illa (scil. uxor) commiserit* (*IT* 2.12.4).⁴⁵⁸ El poder de representación y disposición, fuera con relación a o independientemente de un proceso legal, no podía exceder al mandato dado al *procurator*. La procuraduría sin mandato, que no había sido excluida por *PS*, está aquí ⁴⁵⁹ expresamente rechazada como en todos los textos de las *Interpretationes* (*IT* 2.12.7; *IP* 5.2.2; cf. también *Interpr. del Cod. Greg.* 1.1 [Krüger, *loc. cit. supra*, n. 220, 224]). El resultado fue similar al que se obtuvo en Oriente.⁴⁶⁰ Esto guarda conformidad con el hecho que el original procurador de todos los bienes, quien, especialmente en tanto hombre libre, solía administrar todos los bienes de su patrón, no sobrevivió a la transformación de las estructuras sociales y económicas de vida.⁴⁶¹

1.3.3 (Cs 3.6)

*Voluntarius procuratur, qui se negotiis alienis offert, rem ratam dominum habiturum cavere debet.*⁴⁶²

T. De §§ 3-8: Lenel, § 32.⁴⁶³

S. Un *procurator* que, aunque no estuviera autorizado,⁴⁶⁴ voluntariamente se hiciera cargo de los asuntos de otra persona e iniciara un juicio en favor de ella, estaba obligado a dar *cautio ratam rem dominum habiturum*.

⁴⁵⁵ Ver a este respecto Solazzi, *loc. cit.*, 58.

⁴⁵⁶ Investigado en Solazzi, *Aegyptus* 5.12 ss.

⁴⁵⁷ Que el poder de representación procesal tenía que ser registrado ya se sugería en *PS* 1.3.1.

⁴⁵⁸ Sobre algunas esporádicas excepciones ver *infra*, n. 399.

⁴⁵⁹ Ver también *supra* en *IP* 1.2.1. Donatuti, *Studi Albertoni (supra, n. 256)* I, 373 no hace justicia a este hecho.

⁴⁶⁰ Ver, sin embargo, también *infra*, n. 398.

⁴⁶¹ *SZ* 49.242 1.

⁴⁶² El procurador voluntario que se ofrece a representar en juicio intereses ajenos debe garantizar que el dueño ratificará lo actuado.

⁴⁶³ Lenel 3, 99; Schulz, 42.

⁴⁶⁴ Este ha sido desde hace tiempo el punto de vista general (Cuiacius, *Observ.* 7.27; 10.25); ver p. e. Wlassak, *Negotiorum gestio* (1879), 45; Siber, *loc. cit. supra*, n. 275, 192 y (en este aspecto) Peters, *SZ* 32.264. Disiente De Robertis, *Annali (supra, n. 386)* ("Invitus procurator") para quien *voluntarius procurator* es cualquier persona no obligada a realizar negocios como persona *alieni iuris* o un hombre libre. Ver, sin embargo, Solazzi, *loc. cit. supra*, n. 381, 20³. Cic. *Brut.* 18 es otro punto en contra de la exposición de *Brut.* 17 hecha por Robertis.

O. Clásico. En tanto que un *procurator* autorizado tenía ordinariamente que dar garantía, el *procurator cui non sit mandatum* tenía que darla sin ninguna excepción. Él no era considerado *procurator* verdadero a menos que *bona fide accedat ad negotium et caveat r.r.d.h.* (Gai. IV 84). Esto era, entonces, razón suficiente para referirse a él por separado.

Au. A. El atributo *voluntarius* no es necesario ni usado correctamente en su significado preciso. Esto, sin embargo, sería una crítica únicamente contra Paulo⁴⁶⁵ y no contra A como autor. Más aún, la palabra bien podía haber sido añadida por B, a quien le parecería que la obligación de dar seguridad sería típica del *procurator* no autorizado, porque un *procurator* autorizado tenía que darla únicamente cuando el mandato no fuera ni comunicado por escrito a la contraparte (Mod. Dig. 3.3.65 *init.*),⁴⁶⁶ ni inscrito en un registro público; de manera similar Cs 3.4: *ubi aut verbo mandatur aut gestis epistola mandati non legitur allegata*. Después de 382 (CT 2.12.3 = Cs 3.13) se puede estar seguro que no había lugar en Occidente⁴⁶⁷ para ninguna *cautio r.r.d.h.*⁴⁶⁸ El representante procesal nunca era admitido sin haber probado previamente su autoridad (cf. también Cs 3.2: *qui personam in ipso litis initio non inquisierunt, sicut est legitimum*) y esta autoridad sólo podía ser establecida si el actor hubiera declarado su autorización, fuera en un tribunal, fuera en un registro de una oficina dotada con *ius auctorum conficiendorum*.⁴⁶⁹ El *Brev.* obraba correctamente al rehusar incluir esta PS o cualquier otra *sententia* que la siguiera. El hecho que Cs incorporara PS 1.3.3,5,7,8 sólo se entiende por la falta de escrúpulos de su autor, quien, en su afán de ganar un caso, intentó atacar la sentencia dada contra su cliente desde dos puntos de vista incompatibles. En primer lugar, él alega que el *procurator* no había sido autorizado conforme los requisitos de CT 2.12.3 y, en segundo término, que éste no había dado la garantía (3.1.2).⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ Donatuti, *Arch. giur.* 89, reimpresso 30; Solazzi, *loc. cit. supra*, n. 376, 146.

⁴⁶⁶ El texto es auténtico en este aspecto: ver *Ind. Int.*, también Rabel, *loc. cit. supra*, n. 205, 510; Frese, *Studi Bonfante* IV, 419 s. *Contra*, según parece, sólo Beseler.

⁴⁶⁷ En Oriente c. 3 fue profundamente modificado por CJ 2.12.24. La insuficiente prueba de la autoridad del procurador no fue más entendida como motivo para anular la sentencia. La sentencia era nula sólo si el representante obraba realmente sin mandato, es decir, si él fuera un *falsus procurator*. La falta de prueba de autoridad únicamente obligaba al otorgamiento de garantía (*Inst.* 4.11.3) la cual continuaba teniendo allí razón de ser. La presentación y solución del problema en los ερωτησεις de Thalelaios (Heimb., I. 415) es esclarecedora. Ver a este respecto también Eisele, *loc. cit. supra*, n. 330, 226 ss., 230 s.

⁴⁶⁸ La *cautio* tenía que otorgarse sólo si entre las co-partes de un proceso, aquellas que acudían al juicio querían representar a las ausentes sin tener autorización para eso (CT 2.12.2 [364] = Cs 3.12). Otro caso referido probablemente por *Codex Eurici* (L. Visig. 2.3.6), aunque no por el *Brev.* (Ct e IT 2.12.4) era que un marido inició un juicio en favor de su mujer sin tener mandato: cf. Zeumer, *loc. cit. supra*, n. 351, 96 s. En cambio, las fuentes de Occidente no parecen tener noticia ni de la *cautio r.r.d.h.* ni del *falsus procurator*. Un representante debidamente examinado en el tribunal era o admitido o rechazado. Si él fuera erróneamente admitido, la sentencia del juicio sería nula. Ver también Conrat, *Paulus*, 227 s. y *Breviarum Alaricianum* (1903), 496 ss.

⁴⁶⁹ Ver *supra* en 1.3.1 i.f.

⁴⁷⁰ Eisele, 225 ss. toma esto seriamente, aunque no excluye totalmente la posibilidad de

1.3.4 (FV 336)

Cum quo ag[itur suo nomine, si quidem in rem, pro praede litis et] vindiciarum adver[sario satis dare cogitur aut iudicatum solvi; quod] si in personam sit actio, d[umtaxat ex certis causis iudicatum solvi satisdat. Alieno nomine qui convenitur] in rem, pro praede litis et [vindiciarum aut iudicatum solvi, qui in personam, iudicatum solvi satisdabit].⁴⁷¹

Esta es la reconstrucción de Seckel-Kübler⁴⁷² hecha sobre la base de Gai. IV 89 ss. El resultado, por lo tanto, es un texto de doctrina clásica. El texto conservado es demasiado magro como para dar una idea de lo que dijo PS. Que A todavía conociera la *cautio pro praede litis et vindiciarum* está también establecido por 5.9.1,2.

1.3.5 (Cs 3.7)

[Actoris procurator] non solum absentem defendere sed et rem ratam [dominum habitu]rum satisdare cogitur.⁴⁷³

S. Alguien que intentara iniciar una acción como *procurator* de un ausente estaba sujeto a dos obligaciones. Primero, estaba obligado a representar al ausente en todos los procesos que pudieran haberse iniciado contra éste, particularmente a acordar la *litis contestatio* con cualquier demandante. Segundo, en el proceso particular, tenía que otorgar la *cautio vem vatan dominum habiturum*. 1.3.7 es similar; respecto de las consecuencias ver 1.3.8.

O. Clásico. La *sententia* ofrece un abreviado y simplificado sumario del *edictum Dig. 3.3.33.3* (Lenel, § 32). El edicto no se restringía al *procurator* y menos aún se limitaba al *procurator absentis*.⁴⁷⁴ De hecho, sin embargo,

que el autor de Cs cometiera un error respecto de la *cautio rati* de su tiempo. Pero quien está inclinado a creer que (contrario al mismo 3.4) *nulla actio per procuratorem sine satisfactione intendi potest aut proponi* (3.10); que *testificantur principes per constitutiones innumeratas... nulla esse debere iudicia, ubi procurator satisfactionem non dederit...* (3.11). De estos "innumerables" decretos Cs no menciona ni uno solo. Tampoco CT 2.12.2 (ver *supra*, n. 399) ni *eod.* 3 ofrece prueba. La regla que Cs quiere proclamar como regla cierta que no admite excepción no era, en este aspecto, ni siquiera vigente ya en tiempos de Papiniano (FV 333). Cf. también IT 2.12.2,3.

⁴⁷¹ El demandado que actúa en nombre propio, si se trata de una acción real, está obligado a dar al adversario la garantía por el litigio y las reclamaciones (*cautio pro praede et litis vindiciarum*) o la garantía de cumplir lo juzgado (*cautio iudicatum solvi*); pero si fuese una acción personal, garantizará cumplir lo juzgado, cuando menos en ciertas causas. Quien representa a otro en una acción real garantizará el pago del litigio y las reclamaciones o cumplir lo juzgado; quien en acción personal, garantizará cumplir lo juzgado.

⁴⁷² Es similar a la de Mommsen y Huschke.

⁴⁷³ El procurador del actor está obligado no sólo a defender al ausente sino también a dar garantía de que el dueño del negocio ratificará lo actuado. (Las palabras marcadas [] también se conservan en FV 336.)

⁴⁷⁴ Opuesto, Fresc, *Studi Bonfante* IV, 408 ss.; ver en parte, también, Morelli, *loc. cit. supra*, n. 386, 44 ss.

éste era el caso principal, y en la época de Paulo ya no se practicaba el deber del *procurator praesentis* de dar garantía (FV 333).

Au. A. En el tiempo de Cs la regla era obsoleta: ver en 1.3.3.

1.3.6 (FV 337)

Procurator antequam... accipere iudicim...⁴⁷⁵

Las conjeturas de Huschke (cf. Kübler *ad FV*) no parecen ser afortunadas. Uno debiera mejor referirse a Paul. 9 *ad ed. Dig.* 3.3.43.6 como un modelo. Pero lo que PS afirmó en esta materia no es asequible.

1.3.7 (Cs 3.8)

Petitoris procurator rem ratam dominum habiturum desiderante adversario satisdare cogendus est, quia nemo in re aliena idoneus est sine satisfactione.⁴⁷⁶

S. Si el demandado lo solicitaba, el *procurator* del actor estaba obligado a dar la cautio *r.r.d.h.*, por la razón de que en un juicio iniciado por otra parte, nadie actuaba correctamente sino es dando la garantía.

O. La oración principal que presenta el principio clásico pudo haberse derivado del comentario de Paulo, en tanto que 1.3.5 fue redactada siguiendo más de cerca el texto mismo del edicto. Comparada con 1.3.5, esta PS es más general y por tanto menos precisa. El razonamiento *quia...*, sin embargo, es realmente falso según los principios aplicables al *cognitor* (Gai. IV 97) o a aquellos *procuratores* regulados conforme al ejemplo de ése (FV 317, 333). Esa cláusula *quia* parece recordar Gai. IV 101 = Gai. 3 *ad. ed. prov. Dig.* 3.3.46.2: *nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur*, y pudo haber provenido de ella o de un correspondiente texto de Paulo. Pero una afirmación que era correcta respecto del demandado, no era aplicable al representante de un actor.

Au. A. La negligente generalización hecha en la cláusula *quia* bien puede atribuirse a A. La posibilidad de que B, a quien gustan las frases hechas, la hubiera copiado a Gayo no puede excluirse, aun cuando la inexactitud de la cláusula aumentaba al correr del tiempo. Para Cs toda la *sententia* era sólo derecho obsoleto: cf. en 1.3.3.

1.3.8 (Cs 3.9)

Si satis non det procuratos absentis, actio ei absentis nomine non datur.

F. Presumiblemente Paul. 9 *ad ed. Dig.* 3.3.43.4.

S. Si el *procurator absentis* no daba la garantía requerida (1.3.1) se le

⁴⁷⁵ Si el procurador de un ausente no otorga garantía no se le dará la acción a nombre del ausente.

⁴⁷⁶ El procurador del demandante que no es nombrado en propio interés, puede pedir con la acción ejecutiva que se le abonen los gastos que hizo en el pleito, si el titular resultara insolvente.

negaba autorización para proseguir la acción (*denegare actionem*) en nombre del *absens*.

O. Clásico. Cf. también CJ 2.12.5 (212).

Au. A.

1.3.9 (Dig. 3.3.30)

Actoris procurator non in rem suam datus propter impensas quas in litem fecit potest decidere, ut sibi ex iudicati actione satis fiat, si dominus litis solvendo non sit.

T. Edicto de Lener, & 28.⁴⁷⁷

F. Presumiblemente Paul. 8 ad ed.; cf. Dig. eod. 26.

S. Si el *cognitor* era solamente el representante procesal del demandante no podía esperar que tendría la *actio iudicati* para ejecutar la sentencia dada en su favor; por el contrario, la *actio* se daba, *causa cognita*, al *dominus*. (FV 317, 331; PS 1.2.4). El *dominus*, sin embargo, no obtendría la suma total de la sentencia, si *retentione aliqua [cognitor] uti velit* (arg. Ulp. Dig. eod. 25 i.f.). El *cognitor* podría demandar que se le diera la *actio iudicati* hasta por la suma que hubiera erogado para gastos, es decir que la *actio* se dividiera. Este derecho del *cognitor*, sin embargo, sólo existía cuando el *dominus* era insolvente.⁴⁷⁸

O. Clásico, excepto que, como ha quedado establecido, PS se refiere al *cognitor*. Además, Paulo, tanto aquí como en relación a *translatio iudicii* (Dig. eod. 26), probablemente no rechazaría la demanda del *cognitor*, a menos que el *dominus ei solvere paratus sit*. Si el *dominus* rehusare pagar, el *praetor* no tenía por qué indagar si fuera insolvencia económica o falta de voluntad la causa del incumplimiento.

Au. A. Él probablemente también escribió el *solvendo non sit*. El *procurator*, por otra parte, se introdujo por Justiniano. En la evolución que tuvo PS en Occidente, el *cognitor* sobrevivió; su abolición se dejó a IP.⁴⁷⁹ CT 2.12.7 (424) e IT correctamente preservaron el derecho de retención *expensarum nomine* en favor del *procurator* de su tiempo, pero el autor del decreto parece que hubiera retenido la idea de que ese derecho que originalmente correspondía al *cognitor* (*nec sane videtur...*).

1.3.10 (Dig. 3.3.71)

Absens reus causas absentiae per procuratorem reddere potest.

T. Edicto de Lenel, § 30 (?).⁴⁸⁰

F. Probablemente una discusión en Paul. 8 ad ed. correspondiente a Ulp. ad ed. Dig. 3.3.33.2.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Schulz, SZ 47.42 1.

⁴⁷⁸ Eisele, loc. cit. supra, n. 330, 71 40, 85; Koschaker, Translatio iudicii (1905), 92 s.

⁴⁷⁹ Ver supra en IP 1.2.1.

⁴⁸⁰ Schulz, SZ 47.42 3.

⁴⁸¹ Ver Lenel, 97 3.

S. Un demandado ausente podía presentar las razones de su ausencia a través de un *procurator*.

O. Clásico. Un rescripto de Severo y Caracalla proveyó que *absentem capitali crimine accusari non posse* (CJ 9.2.6 *pr.*).⁴⁸² Una persona ausente podía ser acusada por ofensas no castigadas con pena capital. Sin embargo, estaba exento *qui rei publicae causa afuerit, dum non detrectandae legis causa abest*. (Sat. Dig. 48.2.12 *pr.*; *Lex Julia de adult.* en Ulp. Dig. 48.5.16.1). Conforme a un *senatus consultum*, estas *excusationes absentium* debían ser hechas valer por *procuratores* (Pap. Dig. 48.1.13.1; ver también PS 5.16.11 *i.f.*).

Au. A.

TÍTULO IV. DE NEGOTIIS GESTIS

(*Brev.*)

T. Edicto de Lenel, § 35, excepto 1.4.2a.

Au. A.

1.4.1 (*Brev.*)

*Qui negotia alieni gerit, et bonam fidem et exactam diligentiam rebus eius, pro quo intervenit, praestare debet.*⁴⁸³

S. La persona que voluntariamente gestionara los negocios de otra tenía que guardar la fidelidad y honestidad acostumbradas. Además estaba obligado a obrar con el máximo grado de diligencia.

O. La mayor parte es clásica. El grado acostumbrado de *bona fides*, es decir la responsabilidad por conducta deshonesta, fue el punto de partida (ver p. e., Paulo 9 *ad ed. Dig.* 3.5.17). De aquí, sin embargo, la regla se desarrolló en el sentido de que el *gestor*, al gestionar el negocio, tenía la obligación de proceder diligentemente. La analogía con el *tutor* (Gai I 200) y con *qui pro tutore negotia gerit* (Pomp. Dig. 27.5.4) es evidente. Cada uno de estos pasajes contiene los dos términos (*bona fides* y *diligentia*); lo mismo es cierto respecto de las afirmaciones de Próculo Dig. 18.1.68 *pr.* y de los *Divi Fratres*, Call. Dig. 49.14.3.5; ver también Ulp. Dig. 26.10.8.⁴⁸⁴ La doctrina post-clásica fue responsable solamente por el reconocimiento de la *diligentia* como una medida general y abstracta de responsabilidad,⁴⁸⁵ y por la subdivisión

⁴⁸² Levy, *loc. cit. supra*, n. 97.59.

⁴⁸³ Quien gestiona negocios ajenos debe poner en las cosas de aquel por el cual interviene, la buena fe y la exacta diligencia.

⁴⁸⁴ Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* 2 (1933), 211 s. (sin embargo, no hay razón a pesar de Beseler, *Studi Bonfante* II, 79 ss., para sospechar del adjetivo *bona*); *ibid.*, 57.177 s., 273 s.; Bonfante II, 2.247 2; Lauria, *Studi Riccobono* III, 285 ss.; Kunkel, 248.303 5. Disiente, aunque dudando, Sachers, *stud. et doc.* 4 (1938) 359 s. y, generalmente, Haymann, *Atti, Roma*, II 451 ss. (pero ver también 465).

⁴⁸⁵ A este respecto ver SZ 49.256 2, 51.555 s.; Kunkel, 178 s.

de ésta en varios grados, como p. e., *exacta, exactior (quam in suis rebus), exactissima diligentia*.⁴⁸⁶ La frase *rebus... intervenit*,⁴⁸⁷ rara desde el punto de vista estilístico, no parece, por otra parte, que contenga una idea no clásica escondida.⁴⁸⁸

Au. A. Diocleciano, en dos decretos de 293 y 294 (4.35.11, 13), de los cuales el primero, cuando menos, se refiere a la *negotiorum gestio*, estableció que el *procurator* responde por *dolus* y *culpa*.⁴⁸⁹ Pero *culpa omnis, levis, lata* probablemente no eran todavía familiares al emperador.⁴⁹⁰ De aquí que pudiera parecer incorrecto el atribuir el calificativo *exactam* a A. Pero, aun así, no necesariamente hubiera sido introducida la palabra mucho tiempo antes de B. Constantino, contrastando fuertemente la gestión de negocios por un agente con la hecha por el dueño, había ya tomado el problema al enfatizar: *aliena vero negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est* (CJ 4.35.21 [313-315; Seeck; aproximadamente 321]). Para Constantino, *exacto officio* era sinónimo de *exacta diligentia*.⁴⁹¹ Los últimos decretos publicados en Occidente respecto de los deberes de los empleados públicos,⁴⁹² se refieren no sólo, como una vez lo hicieron los *Divi Fratres* en Call. Dig. 49.14.3.5 a la *fides et diligentia* (CT 12.1.75 i.f. [371]), sino también a la *exactissima cura* (CT 8.5.23.3 [365]) y a *exactior cura* (Nov. Val. 8.2 init. [441]). Por tanto, no parece justificado introducirse en la última etapa del Bajo Imperio o en la teoría oriental para descubrir los comienzos de la doctrina post clásica sobre responsabilidad.⁴⁹³

1.4.2 (Brev.)

*Tutor post finitam tutelam si in administratione duret, actione negotiorum gestorum pupillo vel curatori eius tenebitur.*⁴⁹⁴

S. El tutor que continuara con la administración después de terminada la tutela era responsable ante el *pupillus* o el *curator* de éste por esa administración, mediante una *actio negotiorum gestorum*.

⁴⁸⁶ VIR 2.656. La *exacta diligentia* ahora pudiera parecer que fue comúnmente abandonada como un concepto clásico.

⁴⁸⁷ Kunkel, SZ 45.292.

⁴⁸⁸ Disiente Arangio Ruiz, loc. cit. supra, n. 411,211 1.

⁴⁸⁹ Arangio-Ruiz, 43 1, 218; Solazzi, loc. cit. supra, n. 381, 49 ss.; ver también Sachers, 353 s.

⁴⁹⁰ Lenel, SZ 38.267 ss.; Kunkel, SZ 45.293; Arangio-Ruiz, 212 s.; Solazzi, 50; Haymann, 453 s.; Sachers, 361 178.

⁴⁹¹ Esto ya había sido expresado por la *Glossa*; ver también Seckel-Heumann, v. exigere 4; Bonfante II, 1, 195 2; Frese, *Studi Riccobono* IV, 412.

⁴⁹² Cf. Ebrard, SZ 46.162 ss.

⁴⁹³ Para su desarrollo ulterior ver Kunkel, SZ 45.345 ss.; Arangio-Ruiz, 272 ss.; ver también supra, n. 412, 413.

⁴⁹⁴ El tutor que, después de terminada la tutela, continuase en la administración [de los bienes del ex pupilo], responderá a su [ex] pupilo o al curador de éste por la acción de gestión de negocios.

O. Clásico. Cf. Ulp. *Dig.* 27.3.12; Gai. *Dig. eod.* 14. El *curator* también tenía, o cuando menos debía tener, el derecho de dirigir negocios y procesos judiciales.⁴⁹⁵

Au. A.

*IP. Tutor, si peracta tutela, id est impletis pupillaribus annis, voluerit in ipsa administratione persistere, de actis negotiis pupillo vel curatore eius non tutelae, sed negotiorum gestorum cogendus est reddere rationem.*⁴⁹⁶

Esta es una verdadera reproducción que no añade ningún punto de vista nuevo. El método de entender desde un punto de vista procesal aparece transformado, como es usual, en un concepto de derecho sustantivo. *IP* 1.4.4 está expresado de manera muy similar.⁴⁹⁷

1.4.2a (*Dig.* 3.5.36 *pr.*)

*Litis contestatae tempore quari solet, an pupillus, cuius sine tutore auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cuius patitur actionem.*⁴⁹⁸

T. Aparentemente la rúbrica del edicto *Si hereditas petatur* (Lenel, § 65); cf. Paul. no. 320, 20 *ad ed. Dig.* 44.1.4.

F. Probablemente Paul. 20 *ad ed. Dig.* 44.1.4; ver también *infra* en Au.

S. Cuando un *pupillus* fuera demandado para que regresara el enriquecimiento resultante de negociaciones legítimas que tuvieron lugar sin la *tutoris auctoritas*, el tiempo que se consideraba para medir su enriquecimiento era, como regla general, el tiempo de la *litis contestatio*. *Negotia gerere* no tenía que referirse,⁴⁹⁹ y aquí no podía referirse, a la no autorizada gestión de los negocios de otro, caso en el cual no hubiera tenido lugar la *tutoris auctoritas*,⁵⁰⁰ ni la responsabilidad del *dominus* hubiera sido limitada al enriquecimiento.⁵⁰¹ Si, entonces, se estaba considerando una negociación legítima entre el pupilo y un tercero, la situación de hecho más probable era, como lo sugieren las fuentes, aquella en que se paga al pupilo, sin la *auctoritas del tutor*, un dinero debido.⁵⁰² Si en este caso el deudor tenía que pagar dos veces

⁴⁹⁵ Lenel, *SZ* 35.200; Siber, *loc. cit. supra*, n. 275, 325 s.; Kunkel, 306; ver también *SZ* 37.15 2. Disiente Solazzi, *Minore età* (1912), 213 y *Atti Accad. di Napoli* 55 (1933), reimpresión 15 3. Más referencias en Kunkel.

⁴⁹⁶ Si el tutor, terminada la tutela, es decir habiendo cumplido el pupilo la mayor edad, quisiera seguir en la misma administración, deberá dar cuentas al pupilo o al curador de éste, no por la acción de tutela sino por la de gestión de negocios.

⁴⁹⁷ Conrat, 63 166; 175 503.

⁴⁹⁸ "Suele indagarse en el momento de la litiscontestación si el pupilo cuyos negocios se han gestionado sin la autorización del tutor se ha enriquecido por aquel negocio por el que se le reclama."

⁴⁹⁹ Ver. p. e., el edicto *Dig.* 15.1.1.2; Gai. IV 70, III, 136, y especialmente III, 106, 107.

⁵⁰⁰ Siber, *SZ* 53.473.

⁵⁰¹ Cf. (en cuanto a esto se refiere) Beseler, *SZ* 51.66; respecto *Dig.* 3.5.5.2 *i.f.*; ver también *Ind. Int.* y Siber, 477; respecto de *CJ* 2.18.2 Albertario (cf. Solazzi, *loc. cit. supra*, n. 381, 7 16); Partsch, *loc. cit. supra*, n. 256, 101 s.

⁵⁰² Esta es razón suficiente para dudar de la reconstrucción de Siber, 473; ver además

o se le daba una *exceptio doli mali* respecto del pago previo, dependía de si el *pupillus... ex ea pecunia locupletior factus sit* (Gai. II 84; Pomp. Dig. 46.3.66; Ulp. Dig. 44.4.4.4; Paul. Dig. 44.1.4 y 46.3.15; Marciano Dig. eod. 47 pr.). El que la fecha decisiva para medir el enriquecimiento fuera la *litis contestatio* lo confirma Paulo (Dig. 44.1.4) y Marciano (Dig. 46.3.47 pr.).

O. Clásico y en completo acuerdo con los textos mencionados, si se descartan las tres últimas palabras de la PS. Estas palabras dan al problema un nuevo enfoque, en tanto parecen implicar una acción para recuperar en favor del deudor y contra el pupilo, mientras que todos los otros textos se ocupan únicamente de una *exceptio* del deudor. Pero el nuevo remedio se introduce de una manera tan oscura que parecería demasiado audaz el derivar una regla clásica de estas palabras.⁵⁰³

Au. El núcleo proviene de *A*, a quien deben atribuirse las incongruencias de estilo. Él pudo también haber generalizado el típico *solvere debitam pecuniam* en *negotia gesta*, para lo cual pudo haber encontrado en Paulo indicaciones similares a las presentadas en Ulp. Dig. 44.4.4.4.⁵⁰⁴ Si, como se ha supuesto arriba, redactó la PS sobre Paul. 20 ad ed., él la hubiera dejado bajo la rúbrica de *hereditatis petitio* y ahí, es decir en el título 1.13b, debiere ser colocada por los editores modernos. Así pues, sólo los compiladores justinianos, confundidos por el término *negotia gesta* y apoyándose en glosas como las de Dig. 3.5.5.2 y CJ 2.18.2, habrían transportado el texto a Dig. 3.5. La frase *cuius patitur actionem*, no obstante, debió introducirse por *B*. La forma de ésta tiene la apariencia de un añadido⁵⁰⁵ y en cuanto a su contenido, estaría conforme, en cualquier caso, con las tendencias post clásicas.⁵⁰⁶ Por supuesto, es muy dudoso que el glosador fuera consciente del alcance de su añadido; él probablemente sólo estuviera interesado en explicar la referencia a *litis contestatio*. La autoría de Triboniano es improbable; él se hubiera expresado de manera distinta.

1.4.3 (*Brev.*; Dig. 3.5.36.1)⁵⁰⁷

*Si pecuniae quis negotium gerat,
usuras quoque [—totius temporis—]
praestare [cogetur] et periculum*

Dig.

[—om.—]
[cogitur]
[quae ipse contraxit: nisi

Ulp. Dig. 15.4.1.7. Es más difícil seguir a Bossowski, *Nachtrag zu der Arbeit*, "Die Abrenzung des mandatum und der negotiorum gestio im klass. und just. Recht" (1938), 1 ss.

⁵⁰³ Pomp. Dig. 46.3.66, a modo de *argumentum e contrario*, parece que casi prueba lo contrario: *si pupilli debitor... numeravit, .. exceptione se tueri potest; si autem debitor pupilli non fuerat, ... pupillus ... utili actione tenebitur.*

⁵⁰⁴ Ahí, en la mitad de la oración, cuando menos la referencia al *mutuum* es auténtica; cf. también Pap. Dig. 46.3.95.2 y sobre éste Siber, 472 s.

⁵⁰⁵ Ha sido atacada por Albertario (ver *Ind. Int.*); Beseler, SZ, 52.293; Siber, 473; Volterra, 87.

⁵⁰⁶ Ver Siber, 471 ss.

⁵⁰⁷ Para una breve discusión ver "Vulgarization", 35 s.

*eorum nominum, {quibus collocavit, agnoscere, si litis tempore solvendo non sint: hoc enim in bonae fidei iudiciis servari convenit}.*⁵⁰⁸

fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent}.

S. Cuando una persona, sin autorización, administraba los negocios pecuniarios de otra, tales como cobrar, guardar o invertir dinero, estaba obligada a devolver no sólo el principal, sino también los intereses por todo el período de administración, independientemente de que ella, a su vez, recibiera o no intereses de un tercero. Ella también asumía el riesgo por las cantidades invertidas "si éstas no pudiesen ser cobradas al momento del juicio contra el tercero. Ambas reglas se consideraban establecidas respecto de *bonae fidei iudicia*". En el lugar de " ", el *Digesto* presenta esto: "a menos que en el ínterin, los deudores, a causa de circunstancias accidentales, hubieran sufrido pérdidas a tal grado que fuesen insolventes al momento de la *litis contestatio*".

O. (1) De *Brev.* Principalmente clásico. Sobre la responsabilidad del *negotiorum gestor* por los intereses, ver el rescripto de *Pius* en *Ulp. Dig.* 3.5.5.14 y, en general, *Pap. Dig. eod.* 30.3; *Paul. Dig. eod.* 18.4.⁵⁰⁹ Sobre *periculum nominum* en *tutela* ver *arg. Pap. Dig.* 26.7.39 *pr.*, § 12; ⁵¹⁰ con respecto a las obligaciones de los empleados municipales, ver los rescriptos de los *Divi Fratres* en *Papir. Just. Dig.* 50.8.11 *pr.*; *eod.* 12.6 y de Alejandro Severo *CJ* 11.39.1.⁵¹¹ Éste abarca los dos tipos de administración de los negocios de otro, en los que la responsabilidad, como en la *negotiorum gestio*, se basaba en *fides* y *diligentia* (*supra* en 1.4.1). La frase *ex fide bona* de la fórmula, como el fundamento positivo de las obligaciones del gestor, era suficiente para extender la responsabilidad de éste hasta tal daño accidental,⁵¹² en tanto que pareció estar correctamente referida a la *gestio*.⁵¹³ El *man-*

⁵⁰⁸ Si alguno gestiona una cantidad ajena [queda obligado] a pagar intereses [—por todo el tiempo—] y a responder por el riesgo en el caso de que aquellos a quienes prestó dinero no fueran solventes al tiempo de entablarse litigio contra ellos. Pues [—conviene que esto sea observado en los juicios de buena fe,

[queda obligado]

[—omiso—]

[que él mismo contrato, salvo que los deudores hubiesen perdido sus fortunas por casos fortuitos, de tal suerte que fuesen insolventes en el momento de la litiscontestación de esta acción]

⁵⁰⁹ Ver también Pernice, *loc. cit. supra*, n. 78, 145; Kaser, *Restituere* (1932), 40 s.; Sachers, *loc. cit. supra* n. 411 336 s.; Kreller, *Festschrift Paul Koschaker* (1939) II, 202 s.

⁵¹⁰ Solazzi, *Stud. et doc.* 1938, 135 ss.

⁵¹¹ Partsch, *SZ*, 39.407 s. y *Negotiorum gestio* I (1913), 161; Solazzi, *Istituti tutelari* (1929), 138.

⁵¹² No todos debidos a accidentes: *CJ* 2.18.22; 4.35.13 (ambos de 294); ver Partsch, *Neg. gest.* 161; Sachers, 346, 354. Sobre *periculum nominum* ver Sachers, *SZ*, 59.490 ss. y, en general, Kunkel 301 2.

⁵¹³ El primer autor que insistió en este punto respecto de *tutela* fue Lauria, *Studi Riccobono* III, 285, 302, 309, 311 s.; ver también Sachers, *loc. cit. supra*, n. 411, 314 ss.; Kreller, *loc. cit. supra*, n. 432. Disiente Haymann, *Atti* (*loc. cit. supra*, n. 279) II, 451 ss.

datum, por otra parte, donde el *periculum* dependía de los términos del contrato, no ofrece una analogía completa.⁵¹⁴ Esta es una de las razones por las que parece que la generalización expresada en *hoc enim...* excede los límites que un jurista clásico hubiera debido guardar.

(2) De *Dig.* En esta versión la responsabilidad del *gestor* aparece relajada, un tanto vagamente respecto de *usuræ*,⁵¹⁵ pero definitivamente en tanto que se liberaba a éste de responder por las pérdidas accidentales ocurridas antes de la *litis contestatio*. Lo que quedaba era una mera responsabilidad por culpa. La versión del *Brev.* está indudablemente más cerca del original.⁵¹⁶

Au. (1) De *Brev.*: A.⁵¹⁷ Respecto de *usuræ* el mismo principio se afirmó en rescriptos de 294: CJ 2.18.20.1 y 4.32.24.⁵¹⁸

(2) De *Dig.*: D. Lo asegura el que no haya una afirmación clara con respecto al designio de Justiniano de introducir un cambio. Además, las escuelas jurídicas bizantinas, en principio, ya eran opuestas a la responsabilidad absoluta. Por tanto, no puede ignorarse la posibilidad de que la versión oriental de PS, con base a la cual redactó D, contuviera esa alteración. Pero esto no parece posible. El transformar una regla tan burdamente como lo hace la frase *nisi*, en vez de modificarla cuidadosamente bajo la forma de una mera interpretación, parece señalar al legislador quien simplemente pudo haber querido armonizar este texto con CJ 2.18.22 y 4.35.13, los cuales fueron incorporados en su primer *Codex* y, por consiguiente, tomadas como reglas directrices.

*IP. Qui pecuniam excercet alienam, usuras eius reformare cogendus est. Et si minus idoneis personis de hac ipsa pecunia fortasse crediderit, pro ipsorum personis, qua solvere non possunt, damnum ipse, qui talibus personis crediderit, sustinebit.*⁵¹⁹

Hay un nuevo matiz que aparentemente apareció inintencionadamente. Se supone que el gestor ha invertido dinero con personas que en ese momento ya eran insolventes. Esto implica solamente la responsabilidad por culpa. Esta sustitución de la absoluta responsabilidad del derecho clásico podía deberse al hecho de que la jurisprudencia tardía de Occidente perdió de vista

⁵¹⁴ Ver Sachers, SZ 59.490 ss. De aquí que ni 1.4.3 ni su modelo fueran elaborados, como sugiere Sachers, 493 s., para uniformar la responsabilidad del *gestor* y la del mandatario en cuanto al *periculum nominum*.

⁵¹⁵ Lo que es cierto es que la responsabilidad por los intereses no se había generalizado (sic Volterra, 52).

⁵¹⁶ Esta es la opinión común; está apoyada por argumentos formales y de fondo; para referencias ver Volterra, 52 s., también Schulting *a.h.l.*; Pernice, SZ 19.135 s.; Sachers y Kreller, *loc. cit. supra*. Contra Buckland, *Yale Law Journal* 33 (1924), 350. Ambas versiones son igualmente rechazadas por Haymann, 453 8.

⁵¹⁷ Las irregularidades de forma y la exagerada afirmación de la sentencia final no indican lo contrario.

⁵¹⁸ Cf. Sachers, *loc. cit. supra*, n. 411, 328 s., 360 s.

⁵¹⁹ Quien invirtió dinero ajeno está obligado a pagar los intereses del mismo. Y si acaso hubiera dado en préstamo ese dinero a personas poco idóneas, tendrá que pagar, en favor de aquellas personas que fueran insolventes, la misma suma que tales personas debieran.

el significado técnico de *periculum*.⁵²⁰ La referencia a la *bonae fidei iudicia*, incomprensible en Occidente,⁵²¹ fue probablemente abandonada. En ambos aspectos, el resultado es, en esencia, equivalente al que hubo en Oriente. Pero la reducción de la responsabilidad del gestor a la mera negligencia, que hizo Justiniano, fue deliberada; no fue así en cuanto a la relajación hecha por *IP*.

1.4.4 (*Brev.*)

*Mater, quae filiorum suorum rebus intervenit, actione negotiorum et ipsius et eorum tutoribus tenebitur.*⁵²²

S. Una madre que interviniera en los negocios patrimoniales de sus hijos, respondería a ellos y a sus tutores por medio de la *actio negotiorum gestorum*.

O. Clásico, aunque la afirmación está extremadamente condensada. Si los tutores dejasen a la madre, como a menudo sucedía,⁵²³ la administración de las propiedades de sus hijos, en todo o en parte, y ella prometiera al tutor alguna indemnización, tendría lugar la *actio mandati* o la *actio ex stipulatu*, pero no la *actio negotiorum gestorum*.⁵²⁴ Pero si no hubiera habido tal arreglo, se abre la cuestión de si la madre era libre para administrar el *negotium*, fuera del niño, fuera del tutor, a su discreción, o si, en tanto que ya había un tutor, sólo podría administrar en favor del menor.⁵²⁵ Pero aun cuando la primera alternativa debiese ser considerada clásica, el tutor y el niño, en cuanto alcanzara la pubertad, no podían ser ambos por ningún motivo, titulares de la acción. Por tanto, en cualquier caso, la frase *et... et*, en vez de *vel... vel*, es incorrecta (*cf.* 1.4.2). Este descuido, que es típico de sumalizaciones,⁵²⁶ solamente indica falta de habilidad al hacer la abreviación. No conocemos la fuente de esta PS. Paulo pudo, primero, haberse referido al *filius pubes*⁵²⁷ y, posteriormente, al *filius impubes*. También pudo ser que él discutiera un caso concreto en el que alguno de los *filii* fueran *puberes* y los otros no; el notorio plural que se usa en la PS, pudiera ser un indicio en este sentido. Pero en ningún caso, parecería que la cláusula *et... et* implicase un nuevo principio.⁵²⁸

⁵²⁰ Considérese, p. e., *PS e IP* 2.14.3, *SZ* 49.244 4, consecuentemente, debiera ser revisada.

⁵²¹ Conrat, 167.

⁵²² Si la madre interviene en los negocios de sus hijos, queda obligada por la acción de negocios, tanto ante éstos, como ante sus tutores.

⁵²³ Ver, p. e., Kübler, *SZ* 31.187; La Pira *Bull.* 38.53 ss.

⁵²⁴ *Arg. CJ* 5.51.9 (293). En *CJ* 5.46.2 (246) *et idem...* *malunt* debió ser añadida posteriormente. Ver Solazzi *Atti di Napoli (supra, n. 421)*, reimpresión 16 ss.; *cf.* también *SZ* 52.517 2.

⁵²⁵ El último punto de vista es defendido por Solazzi en el artículo arriba mencionado; ver también Solazzi, *loc. cit. supra*, n. 381, 1 ss.

⁵²⁶ Ver, p. e., *PS* 1.3.1 y 2; *A* también podía haber puesto *aut* en § 1 y *et* en § 2.

⁵²⁷ Ver Pap. *Dig.* 3.5.31.1 y también recomendable *CJ* 4.32.24 (294).

⁵²⁸ Disiente Solazzi, *Atti*, 14 ss., 17 s., 24; en oposición a él ver Frezza, *Studi economico-giuridici della Università di Cagliari* 1933/34, reimpresión 15. Totalmente diferente es el

Au. A, quien de nuevo sacrifica todos los matices de significado en favor de una máxima breve. Después de 390 (CT 3.17.4 = CJ 5.35.2), aun la *actio tutelae* contra la madre podía haber sido considerada.

*IP. Mater, quae se in retinendis rebus filiorum miscuerit, tam ipsis quam tutoribus eorum negotiorum gestorum cogetur reddere rationem.*⁵²⁹

La desintegración del sistema de *actiones* permitió a *IP* interpretar *PS* literalmente, al afirmar que la madre era responsable igualmente ante los tutores y ante los menores. Consecuentemente, los menores, como lo indica la interpolación en *CJ* 5.46.2, podrían elegir entre proceder contra la madre o contra los tutores. La primera alternativa no excluía un segundo juicio y, por tanto, era preferible. Exactamente como en *IP* 1.4.2, el pasaje se abstiene hasta de mencionar la *actio negotiorum gestorum*. *Retinere*, aunque se encuentra frecuentemente en las *Interpretationes*,⁵³⁰ tiene una desusada aplicación aquí, donde parece referirse a la conservación de los bienes de los menores.⁵³¹

1.4.5 (Brev.)

*Filius familias vel servus si negotium alicuius gerat, in patrem dominumve peculio tenus actio dabitur.*⁵³²

S. Si una persona sujeta a la potestad de otra realizaba negocios en favor de un tercero sin tener autorización, se concedía la correspondiente *actio de peculio* en contra de quien tuviera la potestad.

O. Clásico: Ulp. *Dig.* 3.5.13.⁵³³

Au. A.

*IP. Si filius familias aut servus sine iussu patris aut domini negotia gesserint aliena et ex hoc invenientur obnoxii, tantum damni pater vel dominus sustinebit, quantum in eorum peculio potuerit inveniri.*⁵³⁴

Esto está en conformidad con *PS*, aunque más verboso, particularmente al explicar el *peculio tenus*, el cual ya no se entendía por sí mismo. El enfoque

punto de vista de Von Bossowski, *Abgrenzung des mandatum* (1937), 100 ss. Él propone "utili" en vez de "et ipsis et eorum tutoribus" y encuentra en la *PS* prueba de la autorización legal a la madre para administrar los bienes de sus hijos y la responsabilidad de ella, por medio de una *actio negotiorum gestorum* (probablemente *utilis*) tanto ante su hijo, como ante el tutor de éste.

⁵²⁹ La madre que interviniera en la conservación de los bienes de sus hijos, estaría obligada a dar cuentas de su gestión de negocios, tanto a los mismos hijos como a los tutores.

⁵³⁰ *SZ* 49.238.

⁵³¹ Cf. también Conrat, *Breviarum* (*supra*, n. 399), 306.

⁵³² Si un hijo de familia o un esclavo gestionara negocios ajenos, se dará la acción contra el padre o el dueño hasta donde alcance el peculio.

⁵³³ Sobre la amplia interpretación de *negotium gestio* en tanto fue aplicada al *edictum de peculio* ver también Levy, *Konkurrenz der Aktionen und Personen I* (1918), 441.

⁵³⁴ Si el hijo de familia o el siervo, sin la autorización de su padre o dueño hubieran gestionado negocios ajenos y a causa de esto resultaran culpables, el padre o el dueño responderán por tanta [cantidad] de daños, cuanta en el peculio de aquéllos pudiera encontrarse.

de nuevo está hecho en términos de acciones. La tendencia hacia términos que indiquen evidencia (*inveniuntur*) es también algo típicamente postclásico, tal como lo es el uso de *obnoxius* en el sentido de responsable. Que la persona sujeta a la potestad fuera considerado como la demandada por la *actio de peculio*, no parece estar implicado,⁵³⁵ aunque, en general, estaría de acuerdo con el punto de vista de las *Interpretationes*.⁵³⁶

1.4.6 (*Brev.*)

*Si pater vel dominus servo vel filio familias negotia aliena agenda commiserit, in solidum tenebitur.*⁵³⁷

S. Si el titular de la potestad ordenó a una de las personas que le estaban sometidas que realizara negocios en favor de un tercero, sin la autorización de éste, respondería por toda la cantidad involucrada.

O. Clásico.

Au. *A.* Que *A* empleara frases tan desusadas como *negotia agere* (*VIR* 4.90.46) y *committere* con el gerundivo (1.818.35) no es sorprendente. Tampoco el no mencionar la *actio quo iussu*.⁵³⁸

1.4.7 (*Brev.*; *Dig.* 3.5.36.2)

Pater si emancipati filii res |—sine ulla exceptione—|
a se donatas [administraverit], filio actione negotiorum
gestorum tenebitur.⁵³⁹

Dig.

|—om.—|
[administravit]

S. Cuando un padre administrara los bienes pertenecientes a su hijo emancipado, los cuales él le había donado sin reservarse ningún derecho de administración, responderá ante el hijo por la *actio negotiorum gestorum*.⁵⁴⁰

O. Clásico. Solamente llama la atención la cláusula *sine ulla exceptione*, porque la palabra *exceptio* no era muy usada por los juristas clásicos en el sentido de reserva contractual.⁵⁴¹ No obstante, se usaba⁵⁴² y aun el verbo *excipere* tenía un sentido técnico en este respecto.⁵⁴³ Pudo haber sido que Paulo proporcionara ejemplos de tal uso de *excipere* y *A* los sustituyera con

⁵³⁵ *Contra*, Conrat, *Paulus*, 160 s.

⁵³⁶ SZ 49.249 2.

⁵³⁷ Si un padre o un dueño encomendara a su hijo o esclavo la gestión de negocios ajenos, quedará obligado por el total.

⁵³⁸ Sobre este punto ver Conrat, 160 457.

⁵³⁹ Si el padre del hijo emancipado [hubiera administrado] las [administrara] cosas que él había donado a su hijo |—sin ninguna restricción—|, quedará obligado con su hijo por la acción de gestión de negocios. |—omiso—|

⁵⁴⁰ Von Bossowski, *loc. cit. supra*, n. 449, 103 s., considera una *actio negotiorum gestorum utilis* contra el padre, quien, se supone que, "según la costumbre" tenía derecho a la administración.

⁵⁴¹ *VIR* 2.668.10 ss. donde esta *PS* (en 668.9) debiera colocarse.

⁵⁴² Ver p. e., Pomp. *Dig.* 7.1.32; Seckel-Heumann, *v. exceptio*; Wlassak, SZ 33.142, 152.

⁵⁴³ Ver también Partsch, *loc. cit. supra*, n. 256, 56 139.

la cláusula general que contiene el sustantivo. Haciendo eso, él no introdujo ningún cambio en el derecho, como tampoco lo hicieron los compiladores omitiendo la cláusula. Éstos, por sus tendencias clasisistas, debieron haber objetado el uso no técnico de *exceptio*.

Au. A. De la versión del *Dig.: D. El Brev.* está más cerca del original.

IP. *Si pater ea, quae emancipato filio sine aliqua condicione donaverat, administrare praesumsit, filio emancipato pro his, quae in rebus eius gessit, negotiorum gestorum tenebitur actione.*⁵⁴⁴

Esta es una verdadera paráfrasis de PS. La *exceptio*, como generalmente hacen las *Interpretationes*,⁵⁴⁵ se suprime y es sustituida correctamente por *condicio*, término entonces muy usado para indicar cláusulas contractuales.⁵⁴⁶ La *actione teneri* de PS se mantuvo.⁵⁴⁷

1.4.8 (*Brev.*)

Qui, cum tutore curatoreve non esset, pro tutore curatoreve res pupilli adultive administravit, actione negotiorum gestorum pro tutore curatoreve tenebitur.

S. El que, no siendo *tutor* o *curator*, administró los negocios de un *pupillus* o *minor* como si fuera *tutor* o *curator*, era responsable por la *actio negotiorum gestorum pro tutore* o *pro curatore*.

O. (1) PS es post clásica en tanto se refiere a *curator* y *adultus*. Esta afirmación, como tal, es casi universalmente reconocida.⁵⁴⁸ Pero en cuanto al modelo clásico, no tenemos tal seguridad. Si la acción contra el verdadero *curator* era una *actio neg. gest. directa*⁵⁴⁹ en estricto sentido,⁵⁵⁰ es decir ejercitable por medio de la *formula* normal sin ninguna cláusula adicional,⁵⁵¹ la acción contra el pretendido *curator* requería, a *potiori*, la misma *formula*, y *cum curator non esset* apuntaría un contraste que, en términos de *acciones*, no existía. Por otra parte, si la *formula* usada contra el *curator* real lo designaba como tal,⁵⁵² la *formula* contra el pretendido *curator* debió haber incluido un *pro curatore* de alguna manera.⁵⁵³ Pero aun en ese caso, un escritor clásico no hubiera mencionado al pretendido *tutor* y al pretendido *curator* al

⁵⁴⁴ Si el padre continuó administrando aquellas cosas que había donado a su hijo emancipado sin ninguna condición, será responsable ante el hijo emancipado, mediante la acción de gestión de negocios, por todo lo que hubiera gestionado respecto de esas cosas del hijo.

⁵⁴⁵ Ver *supra* en 1.1.2 *i.f.*

⁵⁴⁶ *Atti*, Roma, II, 32 s.

⁵⁴⁷ *Conrat*, 63 166.

⁵⁴⁸ Cf. los lugares mencionados en las siguientes notas. *Contra*, Von Bossowski, *loc. cit. supra*, n. 449, 88, 104, 150.

⁵⁴⁹ Así Thalelaios en *CJ* 2.18.8 (*Bas. suppl.*, 158 21).

⁵⁵⁰ Cf. Wlassak, *Prozessformel* (1924), 88 ss.

⁵⁵¹ Así Wlassak, *loc. cit. supra*, n. 395, 94 ss.; Alibrandi, *Bull.* 2.162 s.; Solazzi, *Minore età* (1912), 109 s.

⁵⁵² Así Lenel, 320.

⁵⁵³ En favor de una *actio neg. gest. utilis* en este caso está Partsch, *Neg. gest. (supra*, n. 434), 65.

mismo tiempo, pues mientras el pretendido *curator* estaba, en esencia, sujeto a la misma *actio* que un *curator*, la *actio negotiorum gestorum* contra el pretendido *tutor* presentaba un marcado contraste con la *actio* contra un *tutor*.

(2) *PS* es clásico en tanto se refiere al pretendido tutor. Si, como la mayoría de los especialistas mantiene,⁵⁵⁴ la acción contra éste era una *actio neg. gest. utilis*, la "utilidad" bien pudo haber sido expresada en la *demonstratio* por la determinación *pro tutore*.⁵⁵⁵ El origen clásico no queda negado por el hecho de que la referencia de *PS* a esta *demonstratio* sea gramaticalmente impropia.⁵⁵⁶ Este argumento tendría peso, únicamente si Paulo hubiera escrito las *Sententiae*. No hay indicios, hasta ahora, de una *actio pro tutelae*.⁵⁵⁷ Tal acción parece haber sido ajena a Occidente.

Au. (1) En cuanto al pretendido *curator*: *A* o *B*. La asimilación de *tutela* y *cura*, en general, probablemente no era familiar a *A*.⁵⁵⁸ Pero, si la *formula negotiorum gestorum* empleada en derecho clásico contra el pretendido *curator*, había sido ya determinada por *pro tutore* o una frase similar, el obtener el resultado que presenta *PS* hubiera sido simplemente un asunto de abreviación y simplificación de las afirmaciones necesariamente más elaboradas de Paulo. Y esto pudiera haber sido trabajo de *A*.

(2) En cuanto al pretendido *tutor*: *A*.

1.4.9 (*Dig.* 3.5.46 *pr.*)

Actio negotiorum gestorum illi datur cuius interest hoc iudicio experiri.⁵⁵⁹

S. La *actio negotiorum gestorum*, sea *directa*, sea *contraria*, se otorgaba a la persona que estuviera interesada en ejercerla.

O. Post clásico. Si el mero interés del *dominus* o del *gestor* hubiera sido suficiente motivo para otorgarle la *actio*, la riqueza de las discusiones y la casuística de los escritos clásicos hubiera sido inconcebible. Hablando más específicamente, la *PS* difiere francamente de la doctrina clásica que no daba lugar a la *a. neg. gest.* normal, cuando el negocio era gestionado por razón de un *mandatum*. Si fuera el mismo *dominus* quien diese al *gestor* el man-

⁵⁵⁴ Partsch, *Neg. gest.*, 62 ss.; Solazzi, *Arch. giur.* 91, reimpresión 18 ss. Lenel, 321. También Siber, *loc. cit. supra*, n. 275, 193 aunque dubitativamente.

⁵⁵⁵ A este respecto ver Lenel, *op. cit.* Esto es lo que quedaría de la sugestión de Huschke (ver Seckel-Kübler *a.h.l.*) que fue aprobada también por Alibrandi. *Contra* Partsch, 65, apoyado por Solazzi: [*pro tutore*] {*utili*}.

⁵⁵⁶ Partsch, 66.

⁵⁵⁷ Para probar su origen bizantino la *PS* fue usada, desde un principio, como evidencia importante; Peters, *SZ* 32.244, 247; Partsch, 63; Lenel, 321 4; aun Solazzi, *Arch. giur.* 86, 196 1 ciertamente no negaría ese hecho.

⁵⁵⁸ Ver *Vulgarization*, 31 s. También debe notarse que la mayoría de las *sententiae* que se refieren a *tutela* no incluyen la *cura*, p. e. 2.27.1,2,4; 2.29.1; 3.6.15,15a. En algunos otros textos las frases diseñadas para introducir al *tutor* (1.13a.1d) o al *minor* (1.13a.1e) o al *curator* (2.30.1) son, puede ser demostrado, añadidos posteriores. Cf. también *SZ* 49.241 8, 242 2.

⁵⁵⁹ Se da la acción a aquel que tiene interés en demandar con ella.

dato, simplemente no habría *a. neg. gest.*; si el *dominus* lo diese a un tercero o éste al *gestor*, podría otorgarse una *a. neg. gest. utilis*, según las circunstancias.⁵⁶⁰ Una generalización, como la que presenta PS, parece no tener paralelo en las fuentes.

Au. A. Con toda probabilidad tuvo en mente, al principio, los casos de concurrencia de la *negotiorum gestio* y el *mandatum*, sea cuando el *dominus* pedía a un tercero que hiciera el servicio,⁵⁶¹ sea cuando el *gestor* actuaba conforme al *mandatum* de un tercero. Sabiendo que en estos casos, se permitía por varios textos, incluyendo rescriptos,⁵⁶² la *a. neg. gest.*, A creyó que simplemente copiaba cuando escribió como lo hizo. El hecho que esos textos se refirieran a una *utilis actio* no le preocupó, pues concordaba con su propia afirmación en 1.4.10.⁵⁶³ Tampoco podía este hecho haberle turbado, considerando que su propósito era ofrecer una guía para la práctica provincial de la *cognitio procedure*. Él asumió la misma actitud que tuvo al discutir la *actio furti*, la cual concedía simplemente, en completo desacuerdo con la distinción clásica entre los varios tipos de *actiones* implicadas, a quien tuviera interés en demandar: 2.31.17 y 30.2.31.17 (*Ves.*), al mismo tiempo, proporciona evidencia contra la autoría de E o D.

1.4.10 (*Dig.* 3.5.46.1)

*Nec nefert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.*⁵⁶⁴

S. No tiene importancia que la *actio negotiorum gestorum* por la que una persona demanda o es demandada, sea *directa* o *utilis*. Pues en los procesos legales conducidos *extra ordinem*, donde las reglas para la redacción de las

⁵⁶⁰ Partsch, *Neg. gest.* (*supra*, n. 434), por un lado, 38 s. (ver también *loc. cit. supra*, n. 256,96 ss.), por el otro, 14 ss., 98 ss.; Riccobono, *Annali* (*supra*, n. 208), 3-4 (1917) 216 ss., 244 1; concordando ampliamente, Solazzi, *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 66 (1921), reimpresión, 3 ss., y *Atti di Napoli* (*supra*, n. 421), 55, reimpresión 19 2.

⁵⁶¹ Este caso de una *a. neg. gest. utilis* es mencionado por Stephanos (?) al comentar *Dig.* 3.5.46 *pr.* (*Heimb.*, II, 218).

⁵⁶² *CJ* 2.18.4 (201) y *eod.* 14 (234). Que originalmente estos rescriptos y aun en el primer *Codex* (ver también *SZ* 53.176 2) estuvieran considerando una *a. neg. gest. utilis* es muy probable en vista de los reportes de Thalelaios (*Zachariae, Bas.*, suppl., p. 157): respecto de c. 4 ver su *index* (= *Bas.* 17.2.4), respecto de c. 14 su *paragraphe* (*schol.* 15 en *Bas.* 17.2.4). Una discusión más completa la da Partsch, *loc. cit.*

⁵⁶³ 1.4.9 y 10 muy probablemente pertenecieron al mismo contexto. Ver los ejemplos dados por Stephanos (*loc. cit. supra*, n. 475). Tampoco la *Glossa* dividió *D* 3.5.46 en secciones. Coincide Kreller, *Festschrift* (*supra*, n. 432) II, 225 y *SZ* 59.422. Disiente Von Bossowski, *loc. cit. supra*, n. 449, 104 s.

⁵⁶⁴ No importa que uno demande o sea demandado por la acción directa o por la útil, porque en los juicios por vía extraordinaria, en los que no se observa el tenor de las fórmulas, es inútil esta sutileza, sobre todo cuando ambas acciones tienen el mismo alcance y producen el mismo efecto.

formulae ya no se observan, esa distinción sutil es superflua, particularmente en cuanto ambas acciones tienen el mismo objetivo y el mismo efecto.

O. Post clásico. Está generalmente aceptado que esta *PS* no pudo haber sido íntegramente compuesta por Paulo,⁵⁶⁵ pero tampoco sería correcto atribuirle a él ni siquiera una de las partes. Para confirmar esto, es posible separar, a manera de núcleo, la oración: *Nec... conveniatur, quia utraque actio... est*,⁵⁶⁶ la cual, inobjetable en cuanto al lenguaje, en el fondo no sería obviamente no clásica. Pero si *Dig.* 3.5.46.1 refleja el contexto original, nada sería más natural que referirla a *eod.* 46 *pr.*,⁵⁶⁷ es decir, a un problema que hizo que los clásicos tuvieran serias dificultades en distinguir nítidamente los campos de aplicación de la *actio directa* y la *actio utilis*. Aun independientemente de este problema, el mencionado núcleo delataría un espíritu extraño a los escritores clásicos. Es completamente cierto que una *utilis actio*, como regla, produciría la misma *condemnatio* que la *actio directa* que sirvió de modelo; éste era, verdaderamente, uno de los principales objetivos que inspiraron a los juristas para diseñar el ingenioso método de "utilizar" las acciones establecidas. Pero, como resultado, el texto de la *formula* de una *utilis actio* difería del de la *formula* propuesta *in albo*, y sólo el demandante que obtenía el texto correcto tenía oportunidad de conseguir algo. Además, el otorgamiento de una *utilis actio* dependía frecuentemente de la discreción del magistrado en turno. El terminar con esa distinción fundamental afirmando simplemente que, después de todo, ambas acciones llevaban a la misma cosa era algo inconcebible en las mentes de aquellos hombres que veían la redacción de las *formulae* como el alfa y omega del arte jurídico. Por tanto, no llama la atención el que no haya llegado hasta nosotros ninguna otra afirmación de ese tenor, atribuida a un jurista clásico.⁵⁶⁸

Au. La *PS* se desarrolló en estratos.

(a) *Nec... observatur, utraque actio iusdem potestatis est*. No puede admitirse, como probablemente sostiene la mayoría de los especialistas,⁵⁶⁹ que esta parte se originó en *D.*⁵⁷⁰ Justiniano pudo suprimirla porque aunque reconoció tanto una *a. neg. gest. contraria* del gestor que actuaba conforme al *mandatum* de un tercero, como la correspondiente *actio directa* del *dominus*,

⁵⁶⁵ Sobre la gran cantidad de literatura escrita desde Faber y Schifordeger, ver *Ind. Int.* y su *Supl.* Más referencias se encuentran, p. e., en Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II (1891), 61 4 y Ciapesconi, *Studi Bonfante* III, 702 175.

⁵⁶⁶ Este es, aproximadamente, el enfoque de Faber, *Coniecturae* (1661), 4.7.8; Siber, *loc. cit. supra*, n. 251, 217; Seckel-Kübler *a.h.l.*

⁵⁶⁷ Ver *supra*, n. 477.

⁵⁶⁸ En este pasaje Ulpiano simplemente niega que hubiera razón para excluir, en el principio, a una de las dos acciones concurrentes (*restitutoria actio* o *directa actio*), porque la mujer que intercedía (*eius!*) no tenía interés en la *actio* bajo la cual sería demandada. Disiente Riccobono, *SZ* 43.380 s.; *Corso di diritto romano* II (1933-34), 480.

⁵⁶⁹ Una nueva sugerencia fue hecha recientemente por Kreller, *Festschrift*, 224 ss.; *SZ* 59.422 s. (ver *supra*, n. 477). En su opinión, Justiniano transformó todo el problema al sustituir las palabras *honoraria* y *civili* de *A* con *directa* y *utili*. Esta sugerencia, inaceptable por varias razones, no puede ser discutida aquí.

⁵⁷⁰ Ver Partsch y Solazzi, *loc. cit. supra*, n. 474; cf. *SZ* 52.517 2.

rehusó llamarlas *utiles*,⁵⁷¹ lo cual era correcto puesto que el carácter de *utilis* en los tiempos clásicos se debía solamente a la redacción de la *formula*. Pudo haber sido que esta misma *PS* lo indujera a suprimir esa *actio utilis* que había sido conservada en el primer Codex.⁵⁷² Sin embargo, la irrelevancia de la distinción entre *utilis actio* y *directa*, no pudo ser aprobada, ni menos aun inventada por él. Teniendo una marcada predilección por las antítesis,⁵⁷³ él creó un grupo de nuevas *acciones utiles*, y ningún término técnico le gustaba tanto, cuando, por razones de política legal, quería ver aplicada por analogía una acción establecida a otras situaciones.⁵⁷⁴ Él obró en consecuencia en el campo de la *negotiorum gestio*. Así, p. e., desde que las *acciones* en favor o en contra de los *curatores minorum*, en el derecho tardío, ya no caían en el concepto de una no autorizada gestión de negocios, las designó constantemente como *utiles*.⁵⁷⁵ Qué tan lejos estaba él de eliminar la noción de *utilis actio* es claramente mostrado por *Inst.* 4.15.8, cuyo pensamiento general parece muy similar a esta *PS*: afirma que en vista del hecho de que todos los procedimientos *hodie* son *extra ordinem*, los *interdicta* ya no serían emitidos, *sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si UTILIS ACTIO ES CAUSA INTERDICTI REDDITA FUISSET*. Otro ejemplo es presentado por Diocl. *CJ* 8.1.3 en la frase final, la cual, desde hace tiempo,⁵⁷⁶ ha sido atribuida a Triboniano: *interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habet, tamen ad exemplum eorum res agitur*. También debe notarse que Justiniano, por propia cuenta, nunca intentó mencionar las *formulae* que en su tiempo ya habían sido prácticamente suprimidas desde hacía varios siglos. Lo más que hizo fue tolerar una afirmación que las rechazaba.⁵⁷⁷

La autoría de *A* es más posible. Es verdad que, en general, él odiaba contradecir a su maestro. Más bien solía recoger frases y distinciones tradicionales, aun cuando ya no significaran mucho para el procedimiento por *cognitio*. Al mencionar los recursos procesales, él también parece, en principio, haber seguido fielmente su modelo.⁵⁷⁸ *Acciones utiles*, en particular, se en-

⁵⁷¹ Partsch, *Neg. gest.*, 22,24; Solazzi (1921), 11.

⁵⁷² Ver *supra*, n. 476.

⁵⁷³ Wlassak, *loc. cit. supra*, n. 465, 89; ver además Seckel-Heumann, 609 s.

⁵⁷⁴ El *utilis* fue rechazado únicamente donde sólo servía para indicar una desviación del texto del modelo edictal. La doble actitud de Justiniano respecto de *utilis actio* ha sido señalada a menudo; ver, p. e., Alibrandi, *Bull.* 2.153 s., 162; Riccobono, *loc. cit. supra*, n. 474, 196 1, 219 s., 638 ss.; Bonfante, I, 509; Perozzi, II, 88 5; Ciapesconi, *Studi Bonfante* III, 688 132, 701 s.; Albertario, *Introduzione storica* I (1935), 82 2.

⁵⁷⁵ *CJ* 5.37.26.1 (531). Para más sobre el tema ver Partsch, 68 s.; Lenel, *SZ* 35.205 ss., 213; Bonfante, I, 508 s.

⁵⁷⁶ El primero fue Giphanius. Referencias antiguas se encuentran en Riccobono, *Corso*, *loc. cit. supra*, n. 481, 480 1, más recientes en Wenger, 326 42.

⁵⁷⁷ Así en *CJ* 2.57 rubr. y c. 1. La *formula hypothecaria* que sobrevivió sólo como una *actio* en el significado sustantivo del término solamente se menciona en *inscriptiones* (ver también *const. Omnem* § 4). *Dig.* 47.2.42 *pr.* se debe al descuido de los compiladores (ver Levy, *loc. cit. supra*, n. 82, 79 5). *CJ* 11.19.1 *if.* sustituyó con *voluntates* las *formulas* de *CT* 14.9.3 *if.* (425). Sobre el problema en general ver también Levy, *loc. cit. supra*, n. 452, II, 17.

⁵⁷⁸ Ver *Vulgarization*, 23 s.

cuentran no pocas veces en el texto conservado (2.12.8 [ex Co.]; 2.30a.1; 4.1.4a; 5,6,8a [todos ex Dig.]) y se hubieran encontrado todavía más a menudo, si no fuera por el hecho que después, presumiblemente en el siglo quinto, fueron sistemáticamente canceladas en Occidente.⁵⁷⁹ Si en alguno de estos pasajes, en cuanto fueran transmitidos por el *Digesto*, la *actio utilis* pudo haber sido introducida por los bizantinos para sustituir una denominación clásica más circunstancial,⁵⁸⁰ esta misma denominación debió haber sido preservada por *A*. Pero esta actitud básica no lo habría prevenido de tratar los problemas específicos de *actio neg. gest. directa y utilis* en un modo como el que muestra el período (*a*). El análisis de su modelo, indudablemente más extensivo, no fue escrito para, ni aplicable al procedimiento por *cognitio*. Es esto y sólo esto lo que se subraya en el período (*a*). *A* no se hubiera comprometido, como si en alguna parte, p. e. en la ciudad de Roma, el *ordo iudiciorum* con sus *formulae* no pudiera, en ciertos casos, continuar vigente. Solamente ahí, *ubi conceptio formularum non observatur*, no veía él ninguna razón para mantener esa distinción. Por eso redactó sus palabras mucho más cuidadosamente que Justiniano (*Inst.* 4.15.8: *nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt OMNIA iudicia,...*⁵⁸¹ y porque él guardó una medida difícilmente concebible, si en su tiempo hubiera sabido que *iuris formulae... cunctorum actibus radicitus amputentur*) (*CJ* 2.57 [342]). Para los sucesores de *A* el sistema de las acciones era una antigualla. Ellos no hubieran tenido problemas para enfatizar el principio *nec refert*. Sale sobrando decir que para los visigodos no tendría ninguna utilidad.

(*b*) *Haec subtilitas supervacua est, maxime cum*: Este no es el estilo de *A*, pero es típico de Justiniano. Además *subtilitas*, mientras que no fue popular entre los escritores clásicos, desusada en las fuentes occidentales y empleada en pocos decretos anteriores emitidos desde Constantinopla, era una de las palabras favoritas de Justiniano.⁵⁸² La inserción tenía cierto peso: calificaba la afirmación de *A*. No descartaba la distinción *actio directa y utilis* porque (*quia*) ambas acciones tenían el mismo efecto. *D* desea mantener esa afirmación sólo en tanto (*maxime cum*) ellas tuvieran el mismo efecto.⁵⁸³ Ellas lo tendrían si difirieran meramente en las palabras de las antiguas *formulae*. Ellas no lo tendrían cuando la acción se extendía a situaciones que hasta entonces no prevenían o no lo hacían en el mismo grado. La alteración sirve para dar testimonio de la tendencia del emperador a restablecer las *acciones utiles*, en tanto referidas al derecho sustantivo.

⁵⁷⁹ La única referencia en *Brev.* (5.6.5) es evidentemente debida a negligencia. Son muy correctas a este respecto las indicaciones de Erman, *Mélanges Fitting II* (1908), 586 y Partsch, *Neg. gest.* (*supra*, n. 434), 65.

⁵⁸⁰ Sobre *Dig.* 7.1.60 *pr.* y *Dig.* 32.4 ver *Ind. Int.*

⁵⁸¹ Ver también *Inst.* 3.12 *pr.*

⁵⁸² De 32 textos que usan *subtilitas* en *CJ* no menos de 29 se originaron con él; muy estrechamente relacionada a la *PS* son *CJ* 5.27.11.2 y 8.37.13.1. Cf. Gradenwitz, *SZ* 26.364 ss.; Seckel-Heumann, 564; Riccobono, *loc. cit. supra*, n. 474, 601; Pringsheim, *SZ* 42.663.

⁵⁸³ Por tanto no es correcto objetar el indicativo después de *cum*, como lo hace Beseler, *loc. cit. supra*, n. 83, III, 62.

(c) *Eundemque habet effectum. D* quiso poner más énfasis en *eiusdem potestatis est*. Lo hizo utilizando una frase que evidentemente gustaba usar.⁵⁸⁴ No implicó ningún cambio de fondo.

TÍTULO V. DE CALUMNIATORIBUS

(*Brev.*, Cs 6.20)

T. Edicto de Lenel, §§ 36-38.

Au. A.

1.5.1 (*Brev.*, Cs 6.20)

Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat.

F. Desconocida. Pero con toda probabilidad el modelo se incluía en Paul. 10 *ad ed.* Es imposible suponer que los comentarios sobre el edicto de *calumniatoribus* no discutieran el concepto de *calumnia* que era tan necesario explicar.⁵⁸⁵ El hecho que la compilación de Justiniano guarde silencio en este punto se debe a la posterior difusión del concepto.⁵⁸⁶ Esta PS parece presentar el único resto de lo que dijeron los escritores clásicos al interpretar el edicto.

S. Una persona era culpable de *calumnia* cuando con conocimiento, intencionada y fraudulentamente,⁵⁸⁷ iniciaba un proceso judicial injustificado en contra de otro.⁵⁸⁸ Aquí *negotium* se refiere al procedimiento judicial,⁵⁸⁹ tanto civil como criminal.⁵⁹⁰ La definición abarca ambos.

O. Clásico, como se reconoce generalmente.⁵⁹¹ Sin embargo, Lauria sugiere que los últimos juristas clásicos, incluyendo quizá a Paulo, ya habían abandonado el requisito de *dolus* y consideraban que cualquier acusación temeraria constituía *calumnia*, de manera que esta PS sería anacrónica y únicamente debida a una falta de información de A. Este punto de vista no parece confiable.⁵⁹² Marciano *Dig.* 48.16.1.5 todavía seguía a Papiniano, quien trazó una línea distintiva entre *calumnia* y *temeritas*. Marciano, por su propia

⁵⁸⁴ Ejemplos se encuentran en Guarneri Citati, *loc. cit. supra*, n. 307, además en *Studi Riccobono*, I, 718 y *Festschrift (supra)*, n. 432), I, 133.

⁵⁸⁵ Lenel, 106 s.

⁵⁸⁶ Ver Lauria, *Studi in memoria di Umberto Ratti* (1933), 110 ss.

⁵⁸⁷ Cf. Ferrini, *Dirito penal romano* (1899), 87 s.

⁵⁸⁸ Esto es complementado por 1.6b.1e.

⁵⁸⁹ Seckel-Heumann, *v. negotium* 2; Patsch, *Neg. gest.*, 13 2; ver también Lenel, 106 12 respecto *Dig.* 3.6.7.2.

⁵⁹⁰ SZ 53.189 2.

⁵⁹¹ Lauria, 115 3, 118, a quien sigue De Dominicis, *Annali della Università di Ferrara* 1937, reimpresión p. 18; cf. además, p. e., Mitteis, I, 317 7, Stroux, *Eine Gerichtsreform des Kaisers Claudius* (1929), 53.

⁵⁹² Ver también SZ 53.153 8.

cuenta, probablemente consideró el *consilium accusatoris* como el criterio determinante (*Dig. eod.* 1.3).⁵⁹³ Alejandro Severo (*CJ* 9.46.3) tomó el mismo criterio con notable énfasis. *CJ* 9.16.2 (243), según el cual el hombre que cometía homicidio en defensa propia no tenía que temer una acusación calumniosa, no señala lo contrario. Tampoco *CJ* 9.35.5 (290) al afirmar que *fides veri a calumnia te defendit*, es decir, de una *actio iniuriarum* basada en el argumento no probado de que en un disturbio en la vía pública el *tu* había llamado asesino al otro.⁵⁹⁴ Lauria sólo se apoya en las palabras *et calumnia notaberis et* en *CJ* 2.7.1 (213), y ellas indudablemente que son una adición posterior.⁵⁹⁵

Au. *A*, no obstante el hecho que *negotium comparare* (en vez de *n. facere*) *alicui* no se encuentra en los textos clásicos.⁵⁹⁶ *Calumniosus* (en el lugar de *calumniator*) parece señalar positivamente a *A*, en tanto que como sustantivo o término referente a una persona, la palabra sólo se encuentra en *PS*,⁵⁹⁷ y no aparece en la literatura no jurídica anterior al siglo cuarto.⁵⁹⁸ *PS* 5.4.12 no tiene valor probatorio: el pasaje, en tanto no fue basado en *CJ* 9.35.11 (478), claramente indica una nueva ideología (tipo *B*),⁵⁹⁹ aun cuando no es suficientemente distinto para evidenciar el nuevo concepto de *calumnia*.⁶⁰⁰

1.5.2 (*Brev.*; *Cs* 6.21; *Dig.* 48.16.3)

	<i>Cs</i>	<i>Dig.</i>
[— <i>Et in</i> —] <i>privatis et</i> [in] [<i>publicis</i>	[— <i>Idem lib. V</i>	[<i>extraordinarii</i>
<i>iudiciis</i>] <i>omnes calumniosi extra ordi-</i>	<i>tit. de</i> —]	<i>criminibus</i>]

⁵⁹³ Marciano *Dig. eod.* 1 *pr. init.* aun cuando fuera genuino (ver *SZ* 53.212 4), no refutaría esto.

⁵⁹⁴ Así expresamente afirma el índice de Thalelaios, *a.h.l.* incluido en *Bas.* 60.21.48 (Heimb., V, 641 s.).

⁵⁹⁵ (a) Alejandro (*CJ* 9.46.3) no podía fácilmente haberse desentendido de un decreto emitido poco tiempo antes de su reinado. (b) La cuestión era solamente si el peticionario que, como él alegaba, había perdido el pre juicio por causa de la *prevaricatio* de su abogado, podía reiniciar el juicio; el resto del rescripto se limita a esta cuestión. (c) *calumnia notare* se ha descubierto no clásica en los otros dos pasajes en que aparece (*VIR* 1.612.42): sobre *Dig.* 34.9.22 ver Solazzi, *Bull.* 33.10 4, Lauria, 110 5, 128 2; sobre *Dig.* 48.2.4 ver *SZ* 53.160 1; lo que este texto intenta significar es *infamia notare* como *calumnia*. (d) Estas palabras parecen objetables aun a los bizantinos (Thalelaios ?); aun si el peticionario hubiera acusado maliciosamente a su abogado de *prevaricatio*, él no hubiera incurrido en *infamia* porque la *prevaricatio* procedente no era un *iudicium publicum*; la *calumnia* entonces no hubiera resultado en un *notari: schol.* ὄνχ ὄτι Heimb., I, 341 (ver también Zachariae, *SZ* 8.9); sobre el problema ver *SZ* 53.209 ss.

⁵⁹⁶ Cf. *VIR* 4.93.10.

⁵⁹⁷ *VIR* 1.614; ver también el *Ergänzunindex* (*supra*, n. 44). Una referencia posterior es *CT* 9.39.2 = *CJ* 9.46.8 (385).

⁵⁹⁸ *Thes LL* 3, 193.47 ss.

⁵⁹⁹ De Dominicis, *loc. cit. supra*, n. 504, ha señalado esto.

⁶⁰⁰ Como es supuesto por Lauria, 118 6 y De Dominicis, 18 s.

nem pro qualitate admissi [plectun- [om.]
tur].⁶⁰¹ [plectendi sunt]

S. Cuando un juicio se seguía conforme al *ordo iudiciorum*, el demandante o acusador calumnioso tenía que afrontar consecuencias legales bien definidas: el demandante en el *ordo iudiciorum privatorum* estaba sujeto a las sanciones mencionadas por Gai. IV 174-181 o las previstas en el edicto *Dig.* 3.6.1 *pr.*; un acusador en el *ordo iudiciorum publicorum* afrontaría la *infamia*. Pero, cuando un juicio privado, o la demanda para imponer una pena establecida por las *leges iudiciorum publicorum*, era desahogada a través del procedimiento por *cognitio*, el juzgador (un empleado público) no estaba obligado por esas normas; él podía castigar discrecionalmente al peticionario calumnioso, de acuerdo con la gravedad de la ofensa.⁶⁰² El *Digesto*, que ya no estaba familiarizado con esa antítesis, se limita a decir que en todas las materias penales, sea que implicaran *delicta privata*, sea que implicaran *crimina* inspeccionados *extra ordinem*, el *calumniator* sería castigado a discreción del juez.

O. *Brev.* y *Cs* presentan correctamente la sustancia de la doctrina jurídica clásica tardía. Pero esto no es cierto en cuanto a la versión del *Dig.*⁶⁰³ Para el derecho contemporáneo de Justiniano el concepto *iudicia publica* era inútil.⁶⁰⁴ Entonces, después de todo, no había más *crimina* que aquellos que, en tanto opuestos a los determinados en decretos, habían sido llamados *extraordinaria*. El único contraste que había se encontraba en los delitos perseguidos por el procedimiento civil *cognitorio*. Que ellos aparezcan en esta *PS* como *crimina privata* es más bien un accidente que un subproducto intencionado de ese cambio.⁶⁰⁵

Au. De la versión del *Brev.* y *Cs*: A. El uso técnico del término *iudicia publica* apunta a las últimas fechas del período de Dioclesiano.⁶⁰⁶ Por consiguiente, el término proporciona otra señal de que A escribió antes que Constantino. *Calumniosus* es característico de A (1.5.1), en tanto que *admissum* no es sorprendente.⁶⁰⁷ La versión del *Digesto* aparentemente procede de Justiniano. Un cambio prejustiniano probablemente hubiera aparecido en *Cs*, ya que las versiones occidental y oriental parecen haberse diferenciado

	<i>Cs.</i>	<i>Dig.</i>
⁶⁰¹ Todos los que cometen calumnia [—tanto en—] los juicios privados como [en] {los públicos} que sean tramitados por vía extraordinaria [son castigados] según la falta que cometieron.	[—Idem lib. V tit. de—] [omiso] [habrán de ser castigados]	}procesos criminales extraordinarios }

⁶⁰² Lo anterior se basa en SZ 53.165 ss., especialmente 171 s.; ver también *Bull.* 45.89 s.

⁶⁰³ SZ 53.167 1, 171 3; para más referencias ver *Ind. Int.* y Volterra, *loc. cit. supra*, n. 375, 3 ss. (*Indice* en *PS* 1.5.2 y *Cs* 6.21).

⁶⁰⁴ Levy, *Kapitalstrafe* (1931), 69 s., 74.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, 69 6; ver también a este respecto Mommsen, *Strafrecht*, 10 4; *contra* Albertario, *Delictum e crimen* (1924), 56 ss.

⁶⁰⁶ *Kapitalstrafe*, 65 5, 69 s.

⁶⁰⁷ Albertario, *Rendiconti* (*supra*, n. 376), 1931, 379.

muy tardíamente. Ellas hasta parecen tener en común la mayoría de las alteraciones tipo C.

IP. *Qui apud cunctos aut apud privatos iudice fuerit de calumniae obiectione convictus, non expectata ordinis sententia, prout causa fuerit, supplicio subdetur.*⁶⁰⁸

Los autores de IP se encuentran aquí en una posición difícil. Los conceptos clásicos de *iudicium publicum* y *plectere extra ordinem*, los cuales mientras no fueron suprimidos habían sido bien comprendidos por la doctrina bizantina, habían desaparecido completamente de su horizonte. Para ellos *iudicium publicum* son los jueces oficiales colegiados,⁶⁰⁹ a quienes se contraponen los árbitros privados, como se hace en *IT* 8.8.3 y *Edictum Theodorici* 12.⁶¹⁰ La frase *extra ordinem* los lleva a pensar en un tratamiento fuera del orden normal, es decir, un procedimiento expeditivo, cuyo concepto en sí mismo no diferiría de la práctica legal general.⁶¹¹ Pero al mismo tiempo, el *ordo decurionum*, la *curia*, se presentaba en sus mentes. La decisión de ésta, afirmaron, no tenía que ser esperada. Esta es la manera como ellos constantemente interpretan el *extra ordinem* de *PS*.⁶¹² Con esto, ellos probablemente quisieran decir que el *iudex* que detectaba una *calumnia* estaba obligado a castigarla instantáneamente, es decir, en *maioribus causis*, el *ordinarius iudex*, o sea el *rector provinciae*; pero en *parvis criminibus*, los *mediocres iudices*, o sea, primariamente, el *defensores civitatum* (*IT* 2.1.8; ver también 1.29.7). Es significativo en el mismo sentido que el *iudex*, en un sentido o en otro, solía contraponerse a la *curia* (*IT* 2.4.1; 2.17.1 *i.f.*; 3.1.3; 8.12.1 *i.f.*; 9.42.10). En todos estos textos, la *Interpretatio*, entrando en conflicto con su modelo, revela que se refiere al derecho vigente en su tiempo.⁶¹³ Más dificultades presenta la frase negativa *non expectata ordinis sententia*. ¿Tendría la *curia* jurisdicción para dar un juicio? Tal jurisdicción no está probada en el procedimiento civil,⁶¹⁴ ni por *IT* 1.20.1⁶¹⁵ ni por *IT* 2.4.1,⁶¹⁶ y respecto de

⁶⁰⁸ Quien ante los jueces públicos colegiados, o ante los jueces privados fuera convicto del reproche de calumnia, sin esperar la sentencia del orden [de los decuriones], se le infligirá un castigo, según la gravedad de la causa.

⁶⁰⁹ *Cuncti* es popular en el periodo tardío; la palabra está completamente ausente de *VIR*.

⁶¹⁰ *Kapitalstrafe*, 70; ver también Conrat, 219 640.

⁶¹¹ Mommsen, *Strafrecht*, 193 3, 398 s.; a este respecto ver también Hartmann-Ubbelohde, *Ordo Judiciorum*, I (1886), 484 ss.

⁶¹² *IP* 1.13a.3; 1.15.2. Cf. *SZ* 49.243 2.

⁶¹³ Savigny, *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter* 1 (1834), 303 s.; Von Halban, *Römisches Recht in den germanischen Volksstaaten* I (1899), 171 ss.

⁶¹⁴ Ver, en general, también Bethmann-Hollweg, *Römischer Civilprozess* III (1866), 106 s.; contra Savigny I, 105 m, 308 1, 309 m. Las referencias de Kübler, *RE* IV 2341 no prueban nada para el tiempo de la *Interpretatio*.

⁶¹⁵ El *residere cum iudice* es, como en *CT* 1.20.1 (ver Gothofredus, *loc. cit. supra*, n. 193), únicamente un derecho honorífico de los *honorati* y no incluye participación al decidir los casos.

⁶¹⁶ Una demanda podía ser enviada a la *curia*, aunque ésta no podía decidirla. Su *ius actorum conficiendorum* (ver también *IT* 2.4.2) explica eso. Hay abundantes pruebas de

las materias criminales no hay el menor indicio en las fuentes.⁶¹⁷ Nada parece sostenerse, excepto la suposición de que los autores de *IP*, siendo incapaces de encontrar cualquier otra explicación de *extra ordinem*, se contentaron con afirmar que no había necesidad de una decisión del *ordo*. Tal proposición negativa, después de todo, parece ser inofensiva.⁶¹⁸ Tampoco parece aconsejable inferir que un árbitro privado estaba en posición para imponer castigos por *calumnia*.

TÍTULO VIA. DE FUGITIVIS

(*Ves.*)⁶¹⁹

T. Edicto de Lenel, § 4.

Au. A. Es de poca importancia si él trató este tema en este lugar⁶²⁰ o, conforme al orden observado en el *album*, en relación con los magistrados municipales (ver *supra*, 1. 1a. 2-30).⁶²¹ Parece que no hay una razón definitiva para separarse tan ampliamente del orden evidenciado por Cuyacius para el *Codex Vesontinus*. Lo que es casi seguro es únicamente que los títulos V y VIb, que están estrechamente relacionados entre sí, no estaban separados en el original.

1.6a.1 (*Ves.*)

*Servus a fugitivario comparatus intra decem annos manumitti contra prioris domini voluntatem non potest.*⁶²²

S. Si el dueño de un esclavo fugitivo empleó una persona que hace negocio capturando esclavos,⁶²³ para que capturara ese esclavo, y al mismo tiempo vendió a esa persona el esclavo, para el caso de que ésta lo capturara, tanto la venta como el convenio eran válidos. El nuevo propietario, sin embargo, no podía manumitir al esclavo contra la voluntad del primer propietario, durante un período de 10 años.

O. Clásico. La *Lex Fabia* prohibió y castigó como *plagium* la venta y adquisición del esclavo de otro (5.30b.1). Sin embargo, las medidas del decreto eran ineficaces cuando el esclavo, frecuentemente con su propio consentimiento, era sustraído y escondido a su dueño, hasta que posteriormente, para salvar cuando menos algo, el dueño consentía venderlo, aun muy por debajo de

las actividades de la *curia* en jurisdicción voluntaria: ver, p. e., Von Halban, 171 9, 173 2; Conrat, *Breviarum (supra, n. 399)*, 759 ss.

⁶¹⁷ La sugerencia de Conrat, *Paulus*, 237 s. parece inaceptable.

⁶¹⁸ Savigny, 307^a también advierte no forzar ese texto.

⁶¹⁹ Para un breve análisis del derecho de *fugitivis* ver Buckland, *Slavery* (1908), 267 ss., también Westermann, *RE*, Suppl. 6.1056 s.

⁶²⁰ Así Schulting *a.h.l.*; Schulz, *SZ* 47.42 4.

⁶²¹ Así Huschke y Seckel-Kübler *a.h.l.*

⁶²² El esclavo adquirido por el fugitivario no puede ser manumitido durante el plazo de diez años, en contra de la voluntad del dueño anterior.

⁶²³ Ver Mommsen, *Strafrecht*, 297 1.

su valor. Para evitar tales evasiones⁶²⁴ hubo varios *senatus consulta*, la mayoría de los cuales no son nombrados en las fuentes, que, aunque técnicamente referidos a la *Lex Fabia*, solían no referirse al *plagiator*, sino al *servus fugitivus* como el objeto común o instrumento del *plagium*. Los *senatus consulta* mencionados por Ulp. *Dig.* 11.4.1.1,2 pertenecen a este grupo.⁶²⁵ Otro SC prohibió y castigó la venta de un esclavo en fuga, aun cuando fuera el dueño quien lo vendiera (Ulp. no. 2232 *Dig.* 48.15.2.3; PS 1.6a.2), y por lo tanto el *plagium* estaba fuera de la cuestión. Pero esto no cubría una situación que se consideraba menos objetable, es decir *si quis Titio mandaverit servum fugitivum adprehendum, ut, si adprehendisset, eum emptum haberet* (*Dig.* 48.15.2.2); *non enim fugam vendidit* (*Dig. eod.* 2.1; ver también Gai. *Dig.* 18.1.35.3). En tal caso, se suponía que la venta era válida.⁶²⁶ Sin embargo, el esclavo, que ordinariamente intervenía en esa operación con el fin de procurarse un mejor dueño, por medio de la deserción y la insubordinación, no podía, durante un período de diez años, obtener su libertad, a menos que el primer dueño lo consintiera. También esta regla, sin lugar a dudas, se originó en un decreto especial que muy probablemente era así mismo un *senatus consultum*. La pena establecida recuerda una medida de la misma *Lex Fabia* que prohibía la manumisión, durante diez años, del esclavo que después de haber cometido él mismo un *plagium*, evitó el castigo porque su dueño pagó la multa debida (Paul. 50 *ad ed. Dig.* 40.1.12).⁶²⁷

Au. A. Una vez más él suprimió la referencia al decreto implicado. El último período imperial no parece haber tenido aplicación para una regla como ésta, tanto en Occidente como en Oriente.

1.6a.2 (Ves.)

*Contra decretum amplissimi ordinis fugitivum in fuga constitutum nec emere nec vendere permissum est, irrogata poena in utrumque sestertiorum D milium.*⁶²⁸

(Cf. *Fragm. de iure fisci* 9: *Absentes fugitivos venundari aut comparari amplissimus ordo prohibuit denunciata in emptorem venditoremque poena sestertiorum quinquaginta, quae hodie fisco vindicatur.*)⁶²⁹

⁶²⁴ Ver también Cujacius, *Observ.* 17.10; Mommsen, 781.

⁶²⁵ La incompleta cita en Ulp. *Dig.* 11.4.1.2 es insuficiente para permitir la inferencia de que la *Lex Fabia* había tratado ya a los meros *fugitivi*. La *lex* probablemente incluía medidas tendientes a facilitar la localización de personas secuestradas.

⁶²⁶ Así también *CJ* 9.20.6 (287), donde la oración final parece ofrecer una antítesis precisa del análisis precedente.

⁶²⁷ En sustancia clásica, independientemente de si la frase *qui plagium admisit* fuera tomada o no de la parte suprimida del original, con el objeto de hacer más claro el significado. Ver también Mommsen, *Strafrecht*, 782 2; Lauria, *Atti ... di Napoli* 56 (1934), reimpreso 21 1, 22 2; Berger, *Bull.* 45.289 s.

⁶²⁸ No se permite comprar ni vender, contrariando así el senado consulto respectivo, al esclavo fugitivo mientras está en fuga, siendo la pena impuesta de 500,000 sestercios para cada una de las partes.

⁶²⁹ El senado prohíbe vender o comprar los fugitivos ausentes, señalando una pena de 50,000 sestercios, la cual hoy recauda el fisco.

S. El esclavo fugitivo,⁶³⁰ durante la fuga, no debía ser vendido ni comprado en una forma contraria al *senatus consultum* discutido en Ulp. *Dig.* 48.15.2. Las dos partes del contrato prohibido eran castigados con multa de 500,000 sesteracios.

O. Clásico (ver *supra* en 1.6a.1) excepto por la "D" en vez de "L". Los 50,000 del fragm. *d.i.f.* es verificado, *a potiori*, por la indicación de *Co.* 14.3.5 respecto de la sanción del segundo capítulo de la *Lex Fabia*.

Au. A. Algunas razones se combinan para hacer su autoría casi segura. (a) *Amplissimus ordo* usado como nombre técnico de *senatus*. (b) La estrecha relación del texto con el fragm. *d.i.f.*, el cual usa el mismo término⁶³¹ y únicamente agrega que el *fiscus* será el receptor de la multa.⁶³² (c) La conservación del *sestertius* como la moneda corriente (ver también 3.5.12a; 4.6.2a; 5.9.1 *i.f.*). Es seguro que el *sestertius*, ya durante Dioclesiano, no estaba en circulación, pero como un signo de valor todavía no desaparecía tan completamente como lo haría después.⁶³³ Por tanto, los autores de *PS* y el fragm. *d.i.f.* pudieron permitirse el suprimir la unidad clásica cuando comentaran decretos antiguos, pero aparentemente ellos serían los últimos escritores que pudieron hacer eso. Si A fue también responsable de sustituir la "L" con la "D", no puede contestarse con seguridad. Si él fuera, podría haber intentado tomar en consideración la depreciación del dinero, la cual se aceleraba en ese tiempo.⁶³⁴ Pero otros textos no sugieren esa actitud. La conformidad de las multas en 3.5.12a y *Gai. Dig.* 29.5.25.2 más bien parece apuntar lo contrario.⁶³⁵ De aquí que parece más seguro atribuir "D" al descuido de un copista. En otro aspecto, la fraseología de *PS* pudo haber sido influenciada por *CJ* 9.20.6 (287): *in fuga servum constitutum neque vendere... licet*.

1.6a.3 (*Ves.; Dig.* 1.4.4)⁶³⁶

*Limenarchae et stationarii fugitivos deprehensos recte in custodiam retinent.*⁶³⁷

F. Probablemente Paulo *1 ad ed.*, que correspondería a Ulp. *1 ad ed. Dig.* 11.4.1.

S. Los empleados de las aduanas portuarias y los policías estaban obligados

⁶³⁰ Para la concepción de *fugitivus* ver Buckland, *loc. cit. supra*, n. 530, 267 s.; Berger, *Bull.* 45.288 s.

⁶³¹ Sobre todo esto ver *SZ* 50.284, 288 ss.; Volterra, 123.

⁶³² Mommsen, 782 1, 1028 2; Mitteis, I, 353.

⁶³³ Regling, *RE* 2 A, 1881 s.

⁶³⁴ Regling, 1882 s.; Kübler, 357 ss.; Mickwitz, *RE*, Suppl. 6.129.

⁶³⁵ La interpolación en estos fragmentos (ver Lenel, 365 y n. 4) no afectaría el monto de la multa.

⁶³⁶ La versión subsistente, sin embargo, parece ser únicamente la del *Digesto*: P. Krüger, *ad tit.* 1.6a.

⁶³⁷ Los jefes de la vigilancia de los puertos y los policías municipales lícitamente retienen en custodia a los esclavos fugitivos capturados.

a conservar bajo debida custodia a todos los *fugitivi* que hubieran sido capturados.

O. Clásico. Las fuentes son el edicto pretoriano (Lenel, § 4) y la *generalis epistula* de Marco Aurelio y Cómodo (*Dig.* 11.4.1.2). No sólo los magistrados municipales, quienes, por supuesto, eran específicamente mencionados por Ulpiano al comentar el edicto (*Dig. eod.* 1.4.6), sino también los empleados subordinados estaban obligados a *diligenter custodire* a los esclavos arrestados, para que *ne evadant*. *Milites stationarii* también se mencionan en *Dig. eod.* 1.2.

Au. A. De nuevo no da ninguna referencia a las fuentes pertinentes.

1.6a.4 (*Ves.*; *Dig.* 11.4.4)⁶³⁸

*Magistratus municipales ad officium praesidis provinciae vel proconsulis comprehensos fugitivos recte transmittunt.*⁶³⁹

F. Ver en 1.6a.3.

S. Los magistrados municipales que capturasen y retuviesen *fugitivi* con la ayuda de sus empleados subordinados (1.6a.3) estaban obligados a enviarlos a la oficina del *praeses provinciae* o del *proconsul* para la acción correspondiente.

O. Esencialmente clásico; ver Ulp. 1 *ad ed.* *Dig.* 11.4.1.8.⁶⁴⁰ Pero Ulpiano se refiere a la más alta autoridad administrativa como *ad praefectum vigilum vel ad praesidem*, por lo tanto, aludiendo a los magistrados superiores a cargo tanto de la capital,⁶⁴¹ como de las provincias. Paulo no pudo haber pasado por alto al magistrado con jurisdicción sobre Italia, como definitivamente lo hace PS.⁶⁴² Además, la alternativa presentada por PS no puede provenir de un escritor clásico tardío, para el cual el *proconsul* era sólo un tipo de *praeses provinciae* (Macer *Dig.* 1.18.1).⁶⁴³ *Gaius*, hablando del *proconsul*, también siempre menciona al *praetor* (I, 20, 101, 102, IV 139); además, algunas veces, al *legatus* (I 101, 102), pero nunca al *praeses* quien, en cambio, aparece muy frecuentemente en sus *Institutiones*.⁶⁴⁴ Como en el *Digesto proconsul* y *praeses* se agrupan juntos, el origen espurio parece establecido.⁶⁴⁵ PS también difiere de Ulp. *Dig.* 11.4.1.8 al referirse, no al magistrado imperial, sino a

⁶³⁸ *Supra*, n. 544 se aplica aquí igualmente.

⁶³⁹ Los magistrados municipales pueden enviar lícitamente a los esclavos fugitivos y capturados a la oficina del gobernador de provincia o del procónsul.

⁶⁴⁰ Ver también Lenel, 54 7.

⁶⁴¹ Cuya jurisdicción en la materia había sido, una vez más, confirmada recientemente por los emperadores: Ulp. *Dig.* 1.15.4; ver también Mommsen, *Strafrecht*, 297 1; Lenel, 54 10.

⁶⁴² Disiente en este aspecto Solazzi, *loc. cit. supra*, n. 164, 6, según el cual Paulo pudo haber escrito *proconsulis vel legati* en el lugar de *praesidis provinciae vel proconsulis*. Lo que es cierto es que si Paulo hubiera mencionado al *legatus*, PS hubiera sido incapaz de recoger esa referencia: *supra* en 1.1a.23.

⁶⁴³ Esto es genuino. Para más sobre este fragmento ver *Ind. Int.* y Solazzi, 3.

⁶⁴⁴ El *praeses* está igualmente ausente en Ulp. *epit.* 1.7.

⁶⁴⁵ Solazzi, 3 ss. La interpolación en *Dig.* 1.18.8 también se aclara por *Dig. eod.* 9.

su *officium*, es decir, su oficina. Tal uso, aunque extraño a Paulo, es familiar a *A.*⁶⁴⁶

Au. *A.* Teniendo en mente las condiciones y las autoridades provinciales,⁶⁴⁷ *A* no podía usar *praefectus vigilium*.⁶⁴⁸ El hecho de que lo incluyera en 1.6a.6 es otra prueba de su falta de cuidado.⁶⁴⁹ Lo que él incluyó en vez de *p. v.* fue *praeses*, más bien que el *proconsul*, no sólo porque después de las reformas administrativas de Diocleciano muy pocas provincias eran gobernadas por un *proconsul*,⁶⁵⁰ sino básicamente porque para *PS* la designación ordinaria de un gobernador era *praeses* y no *proconsul*.⁶⁵¹ Considerando que en la segunda mitad del siglo tercero, *praeses* llegó a ser el nombre técnico para un gobernador⁶⁵² perteneciente al orden de los caballeros, en tanto que los pocos gobernadores del orden senatorial que quedaban eran conocidos como *proconsules*, *consulares* o *correctores*,⁶⁵³ no causa sorpresa ver que *praeses* y *proconsul* aparezcan uno junto a otro. *Consulares* y *correctores* no se encuentran en *PS*. Además, puede ser que *A* tuviera preferencia por usar *transmittere*⁶⁵⁴ en vez de otros términos más comunes, como *remittere* o *deducere*.

1.6a.5 (*Ves.*)

*Fugitivi in fundis fiscalibus quaeri et comprehendi possunt.*⁶⁵⁵

S. Los *fugitivi* pueden ser buscados y arrestados aun en terrenos del fisco.

O. Clásico; ver *Oratio Marci* en Ulp. *Dig.* 11.4.3; también *Dig. eod.* 1.2.

Au. *A.* Este breve resumen es todo lo que queda del argumento de Paulo, que debió haber sido tan rico como el de Ulpiano. Es probable que Paulo también nombrara esas tierras *fundi Caesaris*. Aparte de *Dig.* 40.1.10, que es

⁶⁴⁶ Es instructivo el examen de los textos listados en *VIR* 4.404.44 ss. y de aquellos referidos a *officiales* (*VIR*, *Addenda ad Tomum IV*). Compárese la cantidad de pasajes en *CT* y *CJ*. Ver también Gradenwitz, *Interpolationen* (1887), 66. Cf. "Vulgarization", 20²⁸.

⁶⁴⁷ Ver *supra*, n. 379.

⁶⁴⁸ El *praef. vig.* fue desde el principio (*Dig. Tit.* 1.15) y permanentemente (*CT* 2.17.1.2; *CJ* 1.43.1; *CT* 1.6.11 *if.*) limitado a la *urbs*; ver Mommsen, *Strafrecht*, 274 s. La supresión no puede atribuirse a Triboniano.

⁶⁴⁹ Los compiladores justinianos son comparables en que ellos, en general, suprimieron o parafrasearon el *legatus Caesaris* (Solazzi, 3 ss.), pero no en todas partes: ver, p. c., *Dig.* 1.18.1.9; 1.22.4; 40.2.7 (Solazzi, 9).

⁶⁵⁰ Ellos eran tres entre aproximadamente cien: Mommsen, *Gesammelte Schriften V*, 561; Kübler, 323 s.; Jolowicz, *Historical Introduction to the study of Roman Law* (1932), 436.

⁶⁵¹ En 1.1a.24, también, los *proconsules*, tomados del modelo, se mencionan además de los *praesides*. Sobre la tendencia de decadencia del *proconsul* en las fuentes legales ver Solazzi, 9 s. En *Brev.* el término está ausente.

⁶⁵² Mommsen, *Staatsrecht II*, 240 2, 3; Hirschfeld, *Verwaltungsbeamt (supra, n. 126)*, 385 ss.

⁶⁵³ Bentham-Hollweg, *loc. cit. supra*, n. 252, 39 ss.; Seeck, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, II 2 (1921), 59 ss., 504 s. E. Stein, *Geschichte des spätrömischen Reiches I* (1928), 65 s., 102 s.

⁶⁵⁴ Ver 5.23.9. Por otra parte, la palabra aparece en este sentido únicamente en Macer, *Dig.* 48.21.2.1.

⁶⁵⁵ Los esclavos fugitivos pueden ser perseguidos y aprehendidos en fundos del fisco.

una mera noticia de una decisión tomada en el *auditorium* imperial, *fiscalis* nunca aparece en Paulo, pero se encuentra ocho veces en *PS*.

1.6a.6 (*Ves.*)

*Fugitivi, qui a domino non agnoscuntur, per officium praefecti vigilum distrahuntur.*⁶⁵⁶

S. Los *fugitivi* no reconocidos ni reclamados por su dueño eran vendidos a través de la oficina del *praefectus vigilum*.

O. La regla, aunque no puede ser verificado de otra manera, es indudablemente clásica, por razón de una importante implicación de lo que conocemos por otras fuentes. En Italia, el *praefectus vigilum* tenía la decisión final respecto de *fugitivus* arrestado (Ulp. *Dig.* 11.4.1.8). Él recibía todos los datos apropiados para facilitar el reconocimiento del esclavo (*ut facilius adgnosci et percipi fugitivi possint*: Ulp. *Dig. eod.* 1.8a). Él examinaba al *fugitivus* y lo restituía al dueño que lo reclamaba (Severo y Caracala en Ulp. *Dig.* 1.15.4). Si no había reclamación, procedía a venderlo, en una venta seguramente pública.⁶⁵⁷

Au. A. A causa de negligencia, olvidó sustituir la autoridad de la ciudad de Roma con el magistrado provincial (ver en 1.6a.4). Por otra parte, de nuevo se refiere al *officium*, en tanto que Paulo podía haber afirmado que el magistrado podía proceder *de plano*.⁶⁵⁸

1.6a.7 (*Ves.*)

*Intra triennium venditionis agniti fugitivi emptor pretium a fisco recipere potest.*⁶⁵⁹

S. Si dentro de tres años después que el *fugitivus* fue vendido, de acuerdo con 1.6a.6, el dueño lo reclamara, el comprador tenía que ceder, pues podía ser demandado con la *rei vindicatio*. A cambio, él podía recuperar, del *fiscus*, el precio.

O. Clásico, aunque no puede verificarse de otro modo. Un esclavo fugitivo, *sui furtum facere intellegitur* (Afr. *Dig.* 47.2.61). Por lo tanto, como él era un *fugitivus*, al igual que cualquier *res furtiva*, no podía ser usucapido por un tercero.⁶⁶⁰ Tampoco era aplicable, posteriormente, la *longi temporis praescriptio* (CJ 6.1.1 [286]; ver también *Inst.* 2.6.1). Pero para evitar las indeseables consecuencias de tal ilimitado estado de indefinición, se tomaron

⁶⁵⁶ Los esclavos fugitivos [una vez que son capturados] que no son reclamados por sus dueños, son vendidos por la oficina del gobernador.

⁶⁵⁷ Ver, p. e., Westermann, *RE*, Suppl. 6.1008.

⁶⁵⁸ Este término técnico (sobre este significado ver Düll, *SZ* 52.170 ss.) parece haber desaparecido completamente del vocabulario posclásico, incluyendo el de Diocleciano. En 5.16.16 se tomó del modelo. *Planarius* usado en este lugar aparece raras veces.

⁶⁵⁹ Dentro de los tres años posteriores a la venta del esclavo fugitivo [que luego es reclamado por el propietario] el comprador puede recuperar del fisco el precio que pagó.

⁶⁶⁰ Ver Rabel, *Studi Riccobono* IV, 223 s., 228.

algunas medidas respecto de aquellos casos en que el *fiscus* disponía de la cosa y la ponía de nuevo en circulación vendiéndola. En principio, tal venta o convenio no privaba de la propiedad a la persona a quien la cosa había sido robada.⁶⁶¹ El comprador estaba sujeto a la evicción y podía demandar al *fiscus* una indemnización, conforme al derecho de la compraventa.⁶⁶² Pero si pasaban los años sin que el propietario iniciara ninguna acción, parecía que el comprador merecía alguna protección. El carácter de la cosa como *res furtiva* pudo, hasta cierto punto, aparecer compensado con el hecho de que era adquirida del gobierno.⁶⁶³ Probablemente hubo consideraciones como ésta detrás del *edictum divi Marci* que daba a la persona *qui a fisco rem alienam emit* (*Inst.* 2.6.14; ver también *CJ* 2.3.6.3 [294]) una *praescriptio* general contra el propietario, después de cinco años. La principal situación cubierta por ese edicto era ciertamente la venta de una *res furtiva* (*Theopil. ad Inst. cit.*), incluyendo al *fugitivus*. Es verdad que bien pudo ser que el período de cinco años se aplicara inicialmente así mismo al *fugitivus*, pero también pudo ser que para este caso particular Marco Aurelio, quien tuvo un activo interés en los problemas referentes al *fugitivus*,⁶⁶⁴ ya hubiera reducido el período al *triennium*. Había suficientes razones para abreviar el período. Un esclavo era más fácilmente localizado que una *res furtiva* inanimada; por disposiciones imperiales se organizaba y realizaba la búsqueda,⁶⁶⁵ por lo que se resentiría la falta de cooperación del propietario, y el estado quería librarse de la tarea de guardar y alimentar esos huéspedes no gratos, con la mayor rapidez posible. La *PS*, en cualquier caso, hace casi seguro que después de tres años de la venta, el *emptor* tenía una *praescriptio* directamente contra el *dominus*.⁶⁶⁶ Esta particular *praescriptio trienni*, estrechamente relacionada con la general *praescriptio quinquenni* del derecho fiscal, indudablemente tuvo su origen en una providencia imperial. Estas *praescriptiones*, o cuando menos la *pr. quinquenni*, fueron precursoras de la *longis tempore praescriptio*⁶⁶⁷ y, a *potiori*, de la aplicación de ésta a las *res mobiles* (Marciano, *Dig.* 44.3.9). Los períodos de tres y cinco años, entonces, deben ser comparados con el período de un año de la *usucapio*, más que con el de diez o veinte años de la *longi temporis praescriptio*. La extensión del período debió establecerse, entre otras razones, para equilibrar el abandono de la antigua excepción que impedía la *usucapio* de la *res furtiva*.

⁶⁶¹ La regla era diferente en derecho griego y en el derecho imperial tardío que la tomó de ahí: Partsch, *loc. cit. supra*, n. 256, 173.

⁶⁶² Cf. *Ulp. Dig.* 49.14.5 *pr.*

⁶⁶³ Sobre otras particularidades de la compra al *fiscus* ver, p. e., Pringsheim, *loc. cit. supra*, n. 196, 56 y *SZ* 50.415; *Archiv. Stud. et doc.* 1935, 125 con referencias.

⁶⁶⁴ *Ulp. Dig.* 11.4.1.2 se refiere a la *generalis epistula divorum Marci et Commodi. Bas.* 10.19.3 (Heimb., I, 527) igualmente atribuye el edicto mencionado en *CJ* 2.36.3 a los dos emperadores. Marco Aurelio también pudo haber sido el autor de la *constitutio de redempti* (*Tryph. Dig.* 49.15.12.8), cuya idea subyacente revela las referidas tendencias; ver el artículo del autor en *Classical Philology* 38 (1943), 170 ⁹⁰.

⁶⁶⁵ *Dig.* 11.4.1, 3, 5.

⁶⁶⁶ Ver también Cujacius, *Observ.*, 21.11; Schulting, *a.h.l.*

⁶⁶⁷ Sobre su era ver, p. e., Kunkel, § 76 2.

TÍTULO VIB. DE REIS INSTITUTIS

(Brev.)

T. Apéndice de los edictos de Lenel, §§ 36-38.⁶⁶⁸

S. A lo que el título se refiere es a la acusación de una persona en un procedimiento criminal. Si esto era expresado, como no lo es en ninguna otra parte, por *reum instituere*, es algo sujeto a duda.⁶⁶⁹ Cuyacius y Schulting conjeturaron *destitutis*. Pero el objeto "abandonado" era la acusación, más que el acusado, y pasajes como 1.6b.1,2,4 no se refieren totalmente a un *tergiversari*. Es más probable que el error fuera hecho al escribir *institutis* en vez de *constitutis* tal como ocurrió en Gai. III, 32 *if.*, lo cual pudo fácilmente haber pasado en vista de la semejanza entre la sigla de *con* y la de *in*.⁶⁷⁰ Sobre *reus constitutus* en derecho criminal ver Pap. Dig. 2.4.14.⁶⁷¹

Au. A.

1.6b.1a (Dig. 48.16.6 *pr.*)

*Ab accusatione destitit, qui cum adversario suo de compositione eius criminis quod intendebat fuerit locutus.*⁶⁷²

S. Conforme al *SC Turpillianum* una persona podía ser culpable de *tergiversari* y castigada si desistía de proseguir una acusación que había iniciado. Las disposiciones del *SC* se aplicaban al acusador que conferenciaba con su oponente, es decir, con el acusado, con el intento de arreglar, de manera amigable, el proceso ya iniciado.

O. Clásico, aunque distorsionado por abreviación. Un simple *loqui* también podía servir para un objetivo lícito, como, p. e., cuando se hacía para preparar el camino para una *abolitio*.

Au. A.⁶⁷³

1.6b.1b (Dig. 48.16.1)

*Animo ab accusatione destitit, qui affectum et animum accusandi deposuit.*⁶⁷⁴

F. Probablemente Paulo 3 *de adult.* Dig. 48.16.13 *pr.*

S. También se castigaba (*cf.* 1.6b.1a) a quien abandonaba su intención original de proseguir adecuadamente la acusación.

⁶⁶⁸ Ver *supra* los comentarios introductorios a los títulos V y VIa; también Schulz, SZ, 47.43 1.

⁶⁶⁹ Hay *instituere accusationem* o *iudicium*, pero esto es técnicamente usado en un sentido diferente: Wlassak, SZ, 33.126 6 y *Anklage und Streibefestigung* (1917), 224 7.

⁶⁷⁰ Studemund, *loc. cit. supra*, n. 60, 260, 271.

⁶⁷¹ Ver también Wlassak, *Anklage*, 26.

⁶⁷² Desiste de su acusación el que hubiera conferenciado con su adversario acerca de la composición del proceso criminal que había iniciado.

⁶⁷³ Para más ver Levy, SZ 53.213 ss., esp. 216 1.

⁶⁷⁴ Abandona la acusación quien abandona el ánimo y la disposición de acusar.

O. Posclásico.⁶⁷⁵ La antítesis clásica subrayada en el modelo *Dig. eod. 13 pr.* y apoyada por *Ulp. Dig. 5.1.10*; Marciano *Dig. 48.16.1.1*; Diocl. *CJ 9.45.6* era entre un completo abandono de la acusación iniciada y un mero retraso en proseguirla. Es verdad que no se podría afirmar cuál de las dos situaciones se daba en un caso que se examinara, sin investigar la entera actitud del acusador, incluyendo su intención, la cual podría inferirse de sus actos. Pero *PS*, aunque pasa por alto esa antítesis, parece enfatizar excesivamente el elemento *animus*, como si allí hubiere un *desistere corpore* y un *desistere animo*. Una intención no expresada no podía ser castigada, ni aun en tiempos posclásicos. Detrás de la alteración, más bien parece haber un lugar común típico del período imperial tardío, o sea la tendencia a inferir una situación de hecho jurídicamente relevante de la intención subjetiva de una parte.⁶⁷⁶ En el presente caso, el *animus agendi* del modelo pudo haber dado la pauta, mientras que la inclinación escolástica aprovechaba la oportunidad para contrastar un no expresado (*animo*) *desistere* con un *desistere* implicado en un acto perceptible (1.6b.1a). El resultado fue una regla criticable en su forma, impracticable en su contenido y, en general, carente de sentido.

Au. B. El que *A* ya hubiera adoptado la doctrina extrema del *animus* subjetivo no puede probarse ni demostrarse. Diocl. *CJ 9.45.6* continuó moviéndose definitivamente conforme la línea clásica. Triboniano, por otra parte, no tenía que interpolar la *PS*; él ya la encontró en su forma presente. Hay un buen número de *sententiae* redactadas antes que Justiniano y transmitidas desde Occidente, en las que una intención no expresada decide el punto en cuestión (p. e. 3.6.60,71,76,77,88; 4.4.1) o que se contentan con un insignificante énfasis en *affectus* (5.4.1,2). Por tanto, la *PS* debió ser formada por *B*, quien siguió la tendencia del período tardío hacia un estilo de pensamiento abstracto y especulativo. El influjo de la doctrina oriental parece probable, aunque no seguro.

1.6b.1c (*Dig. 48.16.6.2*)

*Destitisse videtur, qui intra praefinitum accusationis a praeside tempus rerum suum non peregit.*⁶⁷⁷

S. Según las provisiones del *SC Turpillianum* se consideraba que un acusador desistía, si no proseguía la acusación en el plazo determinado por el *praeses provinciae*.

O. Clásico.⁶⁷⁸ Pero, en tanto que el *SC Turpillianum* no se limitaba a las provincias, Paulo no podía dejar de mencionar al *praetor*, en tanto presidente de la *quaestio*, o al *praefectus urbi* o *praetorio*, como los jueces superiores en

⁶⁷⁵ Para más ver *SZ 53.216 2* con referencias; ver también Volterra, 111.

⁶⁷⁶ Ver, p. e. Pringsheim, *Law Quarterly Review*, 1933, 43 ss., 379 ss.; Albertario, *loc. cit. supra*, n. 487 118 ss.; Betti, *loc. cit. supra*, n. 275, 222 ss.; ver también Arangio-Ruiz, *loc. cit. supra*, n. 386. 98. *Contra*, sobre todo, Riccobono, *Atti*, Roma, I, 179 ss.

⁶⁷⁷ Se entiende haber desistido el que no prosigue la acusación de su reo dentro del plazo señalado por el gobernador para tal acusación.

⁶⁷⁸ Para más ver *SZ 53.214 s.*

procedimiento criminal por *cognitio*, de entre los magistrados que tenían jurisdicción en Italia.⁶⁷⁹

Au. A, quien, como de costumbre, sólo se refiere a las condiciones de provincia. Un *terminus ante quem* lo proporciona CT 9.19.2.2 (320 Seeck) que, en general, determinaba un año como el máximo plazo permitido para continuar una acusación. De ahí que PS dejara de ser correcta.

1.6b.1d (Dig. 48.16.6.3)

*Nuntiatores, qui per notoriam indicia produnt, notoriis suis adsistere iubentur*⁶⁸⁰

S. El empleado subalterno cuyo deber era dar noticia por escrito al gobernador, como juez ordinario, de cualquier ofensa criminal cometida dentro de su respectiva provincia, tenía que hacer escrupulosamente sus reportes, de otra manera se hacía acreedor a un castigo.

O. Posclásico. Adriano se contentaba con decir a los gobernadores que no tomaran las afirmaciones de sus subordinados, p. e., los *irenarchae*, como verdaderas, sino que las revisaran (Marcian. Dig. 48.3.6 *pr.*).⁶⁸¹ Pius et alli principes agregaron que un *irenarcha* sería amonestado, si procedía *parum prudenter*, y castigado, si procedía *maligne* (Dig. eod. 6.1 *i.f.*). Pero, en ningún caso se trataba de los conceptos y consecuencias de las típicas ofensas de los acusadores, p. e., *calumnia*, aplicadas a esos empleados. Estas ofensas no se extendían al procedimiento de forma inquisitiva, que era el único que estaba aquí en cuestión, a menos que el *delator* asumiera el riesgo de un acusador por *inscriptio*,⁶⁸² y a esto sólo estaba obligado un *delator* privado. Los *officia* públicos, al hacer denuncias, estaban exentos de esa *solemnia accusationem*⁶⁸³ y por tanto no estaban sujetos al *delatorum criminibus* (CJ 10.11.4 [284]). Constancio fue el primero en regular (CT 6.29.1 = CJ 12.22.1 [355]) que los *curiosi et statuarii vel quicumque funguntur hoc munere*, es decir, los *nuntiatores* oficiales a que PS se refiere,⁶⁸⁴ debían recordar *sibi neecessitatem probationis incumbere, non citra periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constiterit*.⁶⁸⁵ Esto está más cerca del *notoriis adsistere iubentur* de PS que cualquier otro texto. El *iubentur* no podía entenderse sin una pena criminal que lo sancionara. PS parece haber sido inspirada en tal decreto.

Au. B. Es también notable que PS use términos aparentemente extraños tanto a Diocleciano como a los juristas clásicos. Esto es cierto respecto de

⁶⁷⁹ Contra SZ 53.214 5. Más correcto es Solazzi *Studi sulla tutela*, II (1926), 4, aunque él cree que Triboniano es responsable por la alteración.

⁶⁸⁰ Los que denuncian indicios por escrito deben responder de tales escritos.

⁶⁸¹ Ver también CJ 9.2.14 enmendando CT 9.1.15 (385).

⁶⁸² SZ, 53.232; ver, en particular, también Wlassak, *Anklage* (*loc. cit. supra*, n. 572), 83 ss. ⁶⁸³ Wlassak, 213 s.

⁶⁸⁴ Ver Gothofredus, *loc. cit. supra*, n. 193 ad CT 6.29.1.

⁶⁸⁵ Esta frase es otra prueba del amplio concepto de *calumnia*, como típico del período imperial tardío (ver *supra* en 1.5.1). Cf. Lauria, *loc. cit. supra*, n. 499, 120.

nuntiator usado fuera del derecho fiscal,⁶⁸⁶ y más aún del *notoria*, usado dos veces, que parece haber tenido alguna popularidad solamente alrededor del año 400.⁶⁸⁷

1.6b.1e (*Dig.* 48.16.6.4)

*Calumniæ causa puniuntur, qui in fraudem alicuius librum vel testimonium oliudve quid conquisisse vel scripsisse vel in iudicium protulisse dicuntur.*⁶⁸⁸

S. Se castigaba por *calumnia* a quien, a sabiendas, procurara, escribiera o alegara en juicio documentos o testimonios falsos o usara otros medios para desprestigiar a otro.

O. En parte clásico. Dejando a un lado la incongruencia *puniuntur...*⁶⁸⁹ *dicuntur*, la PS debió ser escrita respecto del comentario de un texto, p. e., la *Lex Iulia iudiciorum publicorum*⁶⁹⁰ que muy probablemente se refiriera a *quive praevaricationis calumniave causa quid fecisse iudicio publico pronuntiatu erit* (Ulp. *Dig.* 48.2.4), o sobre el comentario del edicto *Dig.* 3.2.1, el cual empleaba casi la misma frase. El texto, entonces, confirmaría, exactamente igual que en el caso de *praevaricatio*,⁶⁹¹ que se presuponía en todo caso que el prerequisite de *fraus*⁶⁹² no tenía que existir, cuando menos, al momento de iniciarse la acusación. Por consiguiente, era culpable de *calumniari* el acusador que, aunque empezó actuando de buena fe, posteriormente intentara fundar sus cargos con evidencias falsas, a fin de evitar que se rechazaran los cargos que entretanto habían resultado infundados. Esta es la razón de que el lenguaje oficial prefiriera *facere* como el término más general, el cual en la fraseología de decretos más antiguos, solía usarse, muy significativamente, añadido a *accusare* (*Tab. Heracl.* 120: *accusasse fecisseve*).

Pero PS, yendo más lejos, parece considerar como *calumnia* aun meros actos preparatorios, tales como la redacción u obtención de un documento o testimonio calumnioso, independientemente de si el acusador lo usara contra el acusado en juicio, y aun independientemente de que hubiera un juicio. En derecho clásico esto era considerado *iniuria* (Ulp. *Dig.* 47.10.5.9), pero

⁶⁸⁶ La palabra es de lo más rara. Las primeras cuatro palabras en *CJ* 9.35.3 (239) son innecesarias y aun ilógicas; igualmente sospechoso es el final de *CJ* 10.11.4 (284), respecto del cual Albertario, *loc. cit. supra*, n. 517, 14. En general cf. Berger, *RE*, 17.1474 ss.

⁶⁸⁷ *CT* 1.10.7 (401) según la conjetura de Mommsen, aunque el manuscrito y *CJ* 1.32.1 tienen *notaris*, esta palabra es una corrupción a la cual solían acudir los copistas no familiarizados con *notoria* (cf. Krüger en su gran edición *ad CJ* 1.32.1). Ver además *CT* 16.2.31 *init.* = *Const. Sirm.* 14 (409; cf. Seeck). Aparte de estos pasajes, la única referencia en la literatura legal es la frase final de *CJ* 9.2.7, que no es posible que haya sido escrita en 244: el sujeto falta, *insimulatus* es más desusado y *perpenso* está tomado del precedente.

⁶⁸⁸ "Se castiga por calumnia a los que se pruebe que han procurado o escrito un libro o un testimonio en daño de alguien, o han denunciado algún indicio contra él."

⁶⁸⁹ Que la frase *calumniæ causa punire* sólo se encuentra en este lugar, no significaría mucho: *VIR* 1.612.43 ss.; 613.26 ss.

⁶⁹⁰ *SZ* 53.160.

⁶⁹¹ *SZ* 53.192; ver también 182.

⁶⁹² *Fraus* era esencial para los juristas clásicos, incluyendo a Paulo: ver *supra* en 1.5.1.

no calumnia. Aun en el período tardío, en que tanto en derecho fiscal como en el privado, se llegó a considerar ciertos actos cometidos fuera de juicio como calumniosos,⁶⁹³ no se llegó tan lejos como PS. En el procedimiento criminal, *calumnia* nunca perdió su carácter de ofensa del acusador. Esto está claramente mostrado, particularmente respecto de Occidente, en una oración de IT 9.39.3 que comenta CT 9.39.2,3 y que ofrece cierto contraste con los textos que lo siguen: *calumniatores etiam sunt, qui falsa deferentes contra cuiuscumque innocentis personam principum animos*⁶⁹⁴ *ad iracundiam commovere praesumunt*. PS 5.16.11a = Dig. 48.2.9 solamente dice que un hombre que fue una vez sobornado por un acusador y dio testimonio falso, posteriormente se encontraba impedido de actuar como acusador porque era sospechoso de *calumnia*.

Au. Lo principal se debió a A, quien también pudo ser responsable del *punire* (*scil. extra ordinem*). Pero la separación de PS de su objetivo procesal,⁶⁹⁵ y el no considerar al acusador como el perpetrador no deben atribuirse a A, sino más bien a B, quien pudo haber introducido *conquisisse vel scripisse vel*. Una prueba independiente parece ser *conquirere*, que en el sentido de procurar una cosa⁶⁹⁶ (= *adquirere*), mientras que no se encuentra en la literatura legal⁶⁹⁷ anterior o contemporánea de Diocleciano, aparece frecuentemente entre 349 y 458, y también se encuentra en *Gai. Epitome* y en IT. Lo que indujo a B a añadir esas palabras no puede afirmarse con seguridad. Impresionado por la ampliación del alcance del concepto de *calumnia*,⁶⁹⁸ él pudo haber creído que no había objeción para esa confusión de *calumnia* e *inuria*. Pero también pudo haber sido que, por mero descuido, él escribió su segundo *vel* en lugar de un *et*.

1.6b.1 (*Brev.*)

*De his criminibus, de quibus quis absolutus est, ab eo, qui accusavit, refricari accusatio non potest.*⁶⁹⁹

S. Cuando el acusado era absuelto de un cierto crimen, la acusación no podía ser promovida de nuevo por el mismo acusador.

O. En parte clásico. En el procedimiento de tipo acusatorio del derecho clásico, una absolución era definitiva. No podía abrirse otra investigación contra el mismo demandado, a no ser que el primer acusador fuese convicto de *praevaricatio* (*Lex. Acil. repet.* 55,56; *Lex Julia iudic. publ.* en Macer

⁶⁹³ Lauria, *loc. cit. supra*, n. 499, 130 s.

⁶⁹⁴ CJ 9.46.8 *i.f.* hace eso más fácilmente sustituyendo *iudicum animos*.

⁶⁹⁵ Ver también *alicuius* en vez de *rei*.

⁶⁹⁶ Sobre *conquirere* referido a personas ver *VIR* 1.920 s.; ver también *Bull.* 45.82.

⁶⁹⁷ La *Lex Acilia repetundarum* usa *conquarere* varias veces; ver, p. e., Mommsen, *Strafrecht*, 418 8.

⁶⁹⁸ Más sorprendente en este aspecto es todo el texto de IT 9.39.3; ver también *supra*, n. 584.

⁶⁹⁹ Acerca de aquellos crímenes de los cuales alguien es absuelto, no puede abrirse un nuevo proceso promovido por el mismo acusador.

Dig. 47.15.3.1; Ulp. *Dig.* 43.29.3.13).⁷⁰⁰ Pío (Ulp. 7 *de off. proc.* *Dig.* 48.2.7.2) adoptó el principio para un procedimiento por *cognitio* que había sido iniciado por un acusador privado: ⁷⁰¹ *isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari*. La misma posición sostuvo Diocleciano en *CJ* 9.2.11 (292), quien se refirió al *statutis principum parentum nostrorum*.⁷⁰² Esta regla, como todos los textos lo muestran, se aplicaba tanto si la nueva acusación era iniciada *ab eodem* como *ab alio*. Únicamente Ulpiano, sosteniendo un punto de vista personal, y hasta cierto límite (*putem: Dig.* 48.2.7.2; *magis arbitrator: Dig.* 48.5.4.2,⁷⁰³ se inclinó a sugerir una categoría *magna ex causa*, para beneficio del *alius*, es decir, en tanto que el *alius*, era la parte injuriada y no supo del juicio previo al tiempo que éste se ventilaba. Pero *PS* claramente presenta un punto de vista distinto, en que el acusado solamente era protegido de una segunda acusación hecha por el primer acusador, y no de la acusación por un *alius*. ¿Podría explicarse la diferencia suponiendo que la discusión referente al *accusari ab alio*, correspondiente a la parte final de *Dig.* 48.2.7.2, fue suprimida, sea por abreviación de *A*, sea por omisión de *V*? Tal hipótesis se demuestra improbable por 1.6b.2 y rechazada por 1.6b.3.

Au. *A* probablemente seguía la interpretación clásica; ver también Diocl. *CJ* 9.2.11. *Refricare*, aunque no se encuentra en ningún otro escrito legal, aparece en cuatro decretos entre 316 y 429 y, además, en *Just. Nov.* 111.1 *i.f.* Esto parece apuntar a *B* quien, si no escribió de nuevo todo el texto, cuando menos lo alteró introduciendo *ab eo qui accusavit*.

1.6b.2 (*Brev.*)

*Filius accusatoris si hoc crimen, quod pater intendit, post liberatum reum persequi velit, ab accusatione removendus est.*⁷⁰⁴

S. Si una persona era absuelta de una acusación, no se permitía al hijo del acusador renovar la acusación.

O. Post clásico. En derecho clásico, el problema del *filius accusatoris* no podía presentarse. Si un tercero era incapaz de acusar a un demandado absuelto (ver en 1.6b.1), el hijo del acusador no victorioso estaba, *a potiori*, descalificado. Esto lo asegura el que un rescripto de Pío (Ulp. *Dig.* 48.2.7.3) tratara del *ius accusandi* de un *filius accusatoris* pero en cuanto se discutía

⁷⁰⁰ SZ, 53.195 s.; ver también Mommsen, *Strafrecht* 450 s., 480 s.; Wlassak, *Anklage* (*loc. cit. supra*, n. 572), 32 s.

⁷⁰¹ Ver, en general, Levy, *Bull.* 45.81 ss.

⁷⁰² Independientemente de si el procedimiento se instituía por acusación o *ex officio*, la irrevocabilidad de la sentencia del *praeses provinciae* es enfatizada por los *Divi Fratres* en *Call. Dig.* 48.19.27 *pr.* y por Diocleciano *CJ* 9.47.15.

⁷⁰³ Sobre este fragmento ver Volterra, *Studi Cagliari* (*supra*, n. 449), 17 (1928), 52, pero tiene alteraciones: Kunkel, *SZ* 45.316; las sugerencias de Beseler (ver *Ind. Int.*) van muy lejos. Sobre *Dig.* 48.2.7.2 ver *infra* en 1.6b.3.

⁷⁰⁴ Debe rechazarse la acusación contra un reo ya liberado, interpuesta por el hijo que quisiera renovar el proceso criminal que su padre había iniciado.

un *aliud crimen*, y el problema se originaba por el hecho que el padre, por la *calumnia* que había cometido en el primer juicio, había perdido el derecho de acusar a cualquiera.⁷⁰⁵ Hay puntos de relación entre *PS* y *Dig.* 48.2.7.3 como los hay entre 1.6b.1 y *Dig.* 48.2.7.2. Pero en ambos casos, el enfoque jurídico de Ulpiano es totalmente diferente al de *PS*. Las dos *sententiae* entre sí concuerdan muy bien. Si la absolución dejaba abierto el camino para otra acusación por parte de un tercero, podía presentarse la cuestión de si el hijo del primer acusador debía considerarse como un tercero. La cuestión se resuelve por la negativa.

Au. *B*, es decir, el mismo autor de 1.6b.1.

1.6b.3 (*Brev.*)

*Crimen in quo alius destitit vel citus recessit, alius obicere non prohibetur.*⁷⁰⁶

S. Cuando un acusador desistía de proseguir el juicio contra el acusado o se retiraba después de perder el caso, un tercero podía volver a acusar.

O. Clásico en cuanto a *alius destitit* (ver Macer *Dig.* 48.2.11.2),⁷⁰⁷ posclásico en cuanto a *victus recessit*. La última frase es una negación directa del principio clásico de dar efecto definitivo a la sentencia absolutoria (*supra* en 1.6b.1).⁷⁰⁸ El único pasaje similar a esa frase se encuentra en *Dig.* 48.2.7.2: *quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant*, y estas palabras, que indudablemente fueron tomadas del procedimiento civil y están claramente en contraste con el análisis de Ulpiano que las sigue, han sido fácilmente expuestas como un añadido posterior.⁷⁰⁹ Por otra parte, la frase *victus recessit* se combina con 1.6b.1 y 2 para formar un cuadro completo. El cuadro presenta una regla enteramente lógica para el periodo tardío, porque aparece como una consecuencia orgánica del desarrollo que sustituyó el procedimiento de forma acusativa con el procedimiento de forma inquisitiva. En tanto que el acusador privado ya no era necesario para iniciar y proseguir un proceso criminal, su conducta⁷¹⁰ y eficiencia se hicieron irrelevantes.⁷¹¹ Esto lo confirma el que se dejara continuar el sistema acusatorio, en tanto descargaba de trabajo al aparato administrativo y parecía útil como un instrumento contra los *delatores* calumniosos; pero, en cuanto a su sustancia, fue completamente transformado y ya no producía el efecto de excluir ni una acción independiente de parte de las autoridades, ni al segundo acusador privado que

⁷⁰⁵ SZ 53.160. La tímida frase *non facile admittendum eum* puede explicarse por el hecho que las restricciones previstas en los decretos respecto de *quaestiones perpetuae* no se aplicaban directamente al procedimiento ante el *praeses*.

⁷⁰⁶ No se prohíbe a un tercero continuar el proceso criminal que abandonó o perdió otro.

⁷⁰⁷ Para más referencias ver SZ 53.216 ⁵, también Wlassak, *Anklage*, 35.

⁷⁰⁸ Esto ha quedado establecido hace tiempo. Intentos para armonizar los textos fueron hechos, p. e., por Cujacius, *opp* I (Venetiis 1758) 323 y Schulting, *a.h.l.* Para sugerencias más recientes ver Mommsen, *Strafrecht*, 480 1, Seckel-Kübler, *a.h.l.*, Wlassak, 13 24.

⁷⁰⁹ Las palabras son rechazadas por la *Glossa* y también por Mommsen, *loc. cit.* Disiente Betti, *Dig.* 42.1.63 (1922), 399 s.

⁷¹⁰ P. e., su *praevaticari* o *tergiversari*.

⁷¹¹ Para más ver SZ 53.231 s.; cf. Mommsen, 346 ss., 351.

estaba dispuesto a asumir el riesgo mediante *inscriptio*. El derecho occidental parece haber mantenido esta conclusión lógica y eliminado consistentemente la ofensa de *praevaricatio*.⁷¹² Pero Justiniano no pudo hacerse a la idea de eliminar la teoría del obsoleto procedimiento acusatorio y de las ofensas de los acusadores.⁷¹³ Al adoptar el efecto decisivo de una sentencia absolutoria obtenida contra un acusador privado no culpable de *praevaricatio*,⁷¹⁴ él obra correctamente desechando textos más modernos como los de *PS* 1.6b.1,2,3. La glosa *quoniam...* en *Dig.* 48.2.7.2 parece ser el único texto que, dejado intacto erróneamente, da testimonio en la codificación justiniana de las reglas comunes del período intermedio.

Au. A. La estructura pudo provenir de A. Pero el *vel victus recessit* difiere completamente de *CJ* 9.2.11 (292) y puede atribuirse al mismo B que es responsable de las alteraciones de 1.6b.1 y 2. Es imposible determinar la fecha con más exactitud. *CT* 9.39.1 (383) nadamás objeta la iteración del mismo acusador (*damnabili adpetitione*).⁷¹⁵ *Recedere* en sentido figurativo, aunque probablemente no siempre es posclásico, parece extraño con *in*, en lugar de *a*. *Victus est* parecería más sencillo y más correcto.

1.6b.4 (*Dig.* 49.14.44)

*Delator non est, qui protegendae causae suae gratia aliquid ad fiscum nuntiat.*⁷¹⁶

T. En vista del hecho de que el quinto libro de *PS* incluye un título especial sobre los *delatores* fiscales, el *primo* de la *inscriptio* bien puede deberse al error de un copista. Pero también puede ser que el *delator* en derecho fiscal fuese tratado junto con el *delator* del derecho criminal por Paulo y consecuentemente por A.

S. Quien daba información al *fiscus* contra un deudor del estado con el objeto de proteger sus intereses personales, pero no de obtener una recompensa, no se consideraba *delator* en el sentido técnico de la palabra. De aquí que no se le castigase,⁷¹⁷ si su información resultase infundada.

O. Clásico. De modo similar se asienta la proposición negativa en *Pap. Dig.* 49.14.39.1 y Paulo *Dig. eod.* 13.7 *i.f.*, ver también *Call. Dig. eod.* 2 *pr.* y *PS* 5.13.2. En sustancia, la *propriam causam agere* aparece exenta, p. e., en *Pap. Dig. eod.* 38.1 y 39.1, *Marcian. Dig. eod.* 18.7 y *CJ* 10.11.3 (241). *Deferre* y *nuntiare* eran intercambiables,⁷¹⁸ como, p. e., en Paulo *Dig. eod.* 13.7 *i.f.* y *Marcian. Dig. eod.* 22.3, ambos basados en rescriptos.

Au. A.

⁷¹² *SZ*, 53.182.

⁷¹³ *SZ* 53.232 s.

⁷¹⁴ Ver *supra* en 1.6b.1.

⁷¹⁵ Ver también Gothofredus, *loc. cit. supra*, n. 193, *a.h.l.*

⁷¹⁶ No es delator quien gratuitamente denuncia algo al fisco para proteger una causa propia.

⁷¹⁷ Ver Mommsen, *Strafrecht*, 879 s.

⁷¹⁸ Ver Bereger *RE* 17.1476.