

## TÍTULO 12

### *De iudiciis omnibus*

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

O. En las provincias las causas civiles de cierta cuantía o gravedad lo mismo que las criminales se sometían a la jurisdicción del gobernador,<sup>509</sup> y en el procedimiento cognitorio, ya en época clásica, según Kaser,<sup>510</sup> se resolvían ante el mismo juez cuestiones civiles y criminales. Esta unión de las jurisdicciones pública y privada en un mismo juez, pudo motivar el intento de hacer un solo título en el que estuvieran reunidas las reglas aplicables a todo tipo de juicios. Pero, de las nueve *sententiae* que conservamos de este título, ocho se refieren a procesos penales públicos,<sup>511</sup> y sólo una (la 8) puede aplicarse a juicios privados, la cual más bien corresponde en el orden edictal al título XIII: *Quibus casus praeiudicium fieri non oportet*.

Del siguiente título (13 A), que lleva la rúbrica *De iudicato*, sus primeras diez sentencias (1ª a 2), se refieren también a cuestiones jurisdiccionales, pero más relacionadas con los juicios privados. Esto hizo conjeturar a Cuyacio<sup>512</sup> que esas sentencias formaban parte en el original de PS (es decir de A) del título 12 *De iudiciis omnibus*. Liebs<sup>513</sup> sigue esa

<sup>509</sup> D'Ors, *DPR*, §360.

<sup>510</sup> Kaser, *ZPR*, § 66 VI.

<sup>511</sup> Las sentencias 3 (4), 4 (5), 6 (7) y 7 se refieren al interrogatorio por tormento (*quaestio*), de lo cual también se ocupan los títulos 5, 14 y 5, 16.

<sup>512</sup> *Observationes*, 1585. (en *Opera Omnia*, III, reimpr. Neapoli, 1758). p. 56, 8.

<sup>513</sup> Liebs, *PS*, pp. 143 y ss.

conjetura y reagrupa todas las sentencias del título 1,12 y las diez primeras del título 1,13 (las nueve que consideraba Cuyacio más la sentencia 1,13<sup>a</sup>,2), en un solo título, que en su orden es el XXII, con la rúbrica *De iudiciis omnibus*, que comprende sentencias que se corresponden todas con el título edictal XIV, salvo la 8 que, como ya se dijo corresponde con el título edictal XIII. La conjetura de Liebs parece razonable.

De las ocho sentencias de este título, que corresponden presuntamente al título edictal XIV, hay tres que se refieren a la falsificación de rescriptos (sentencias 1,2 y 5), lo cual tenía que ver con el uso de rescriptos falsos en los alegatos que las partes presentaban al juez; hay cuatro que se refieren a los interrogatorios (4 y 6 a 8), posiblemente relacionadas con el edicto § 53 (*de interrogationibus in iure faciendis*) y otra que se refiere a una ampliación del término para presentar pruebas en un proceso de adulterio (9).

Hay otra sentencia que en las ediciones antiguas llevaba el número 2, que en realidad es una *interpretatio*, que se refiere al problema de la corrupción de esclavos.

*Au.* El autor de la rúbrica del título pudo ser A. Un intento similar de agrupar reglas aplicables a ambas jurisdicciones se hizo en el libro *De omnibus tribunalibus, libri X*, atribuido a Ulpiano.<sup>514</sup> La configuración del título y la reducción de su contenido, puede ser obra de V.

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

<sup>514</sup> Schulz, *History*, p. 256, considera que tal obra pudo ser colección posclásica de extractos de Ulpiano, con alteraciones y añadidos. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 60, n. 13, y p. 65, piensa que puede ser clásica. En todo caso refleja una situación procesal, el predominio del procedimiento cognitorio, en que es posible tratar unitariamente cuestiones pertenecientes a diversos tipos de jurisdicción; en este aspecto es reveladora la equiparación que hace entre *praetor* y *praesides provinciae* (*Palingenesia*, núms. 2254, 2267, 2268), es decir, entre el funcionario judicial de Roma y el de provincias. En los fragmentos que se conservan del *de omnibus tribunalibus* se tratan cuestiones también tratadas en *PS* 1, 12 y 1, 13A, 1-1h, como las relativas a tutelas, contenido de las sentencias: confesión judicial y ausencia. Teniendo en cuenta que la rúbrica de *iudiciis omnibus* refleja la preminencia del proceso cognitorio, cabe suponer que las rúbricas de los títulos correspondientes de los libros clásicos rezaban simplemente *de iudiciis*, y no llevaban el adjetivo *omnibus*, como erróneamente ha conjeturado Lenel, *Palingenesia* I col. 131, 592, etcétera, siguiendo la rúbrica de *PS*.

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

O. Clásico. *La Lex Cornelia de Falsis*,<sup>515</sup> concebida para castigar la falsificación de testamentos y moneda, fue extendida por senadoconsultos a la falsificación de toda clase de documentos.<sup>516</sup> Por el senadoconsulto Liboniano (16 d. C.) se dispuso la aplicación de las penas previstas en dicha ley<sup>517</sup> en contra de quien usara en juicio documentos falsos signados.<sup>518</sup> Por un rescripto de Antonino Pío (citado por Calístrato 3 *de cognit.* D 48, 10, 31) se ordenó que se castigara, según la gravedad del delito, a los que presentaban al juez documentos (*instrumenta*) falsos (sin especificar tipo de documentos); Marco Aurelio y Vero (*ibidem*) aclararon que no se castigaba a quienes, como solía suceder, presentaban documentos falsos sin saberlo; era tan frecuente este caso, que Papiniano pudo llegar a decir que la Ley Cornelia no se aplicaba a quien alegaba un documento falso (*falso recitato... non incidit*), sino a quien lo falseaba.<sup>519</sup>

A fines de la época clásica se extendió la aplicación de la ley incluso a los documentos no firmados (Marciano 14 *inst.* D 48, 10, 1, 4 y Paulo 3 *resp D h. t.* 16, 2).<sup>520</sup> En este tiempo Alejandro Severo resolvió por un rescripto (CJ 9, 22, 3 [4] [229]) que debía castigarse con mayor severidad a quien usara rescriptos falsos; la mayor severidad quería decir,

<sup>515</sup> Originalmente se llamaba *lex Cornelia testamentaria nummaria* (del año 81 a. C., según Cicerón *in Verr.* 2, 1, 108), pero ya en la última época se le llama *lex Cornelia de falsis*.

<sup>516</sup> Véase D'Ors, "Contribuciones a la historia del «*crimen falsi*»", *Studi Volterra* II, Milano, 1971, pp. 527 y ss.

<sup>517</sup> La pena originalmente prevista era la de muerte, pero ya desde fines de la República se aplicaba la *interdictio aqua et igni* (deportación y confiscación de los bienes) para los *honestiores* y la condena *in metallum* (trabajos forzados en las minas) para los *humiliores*; sin embargo, como en el proceso cognitorio el juez tiene arbitrio para fijar las penas, se presentan variaciones. Véase PS 5, 25, 1; D'Ors, *op. cit.*, nota anterior, pp. 544 y 545.

<sup>518</sup> *Ibidem*, pp. 534-536.

<sup>519</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>520</sup> Por virtud de esta ampliación fue comprendida toda la documentación burocrática, especialmente el Edicto del pretor, con lo cual la corrupción del *album* dejó de castigarse por la vía ordinaria (*actio de albo corrupto*). *Ibidem*, pp. 548 y 549. Los rescriptos se conservaban, resumidos, en registros especiales; la copia de un rescripto debía considerarse como un documento *sine consignatione*, a no ser que fuera una copia con valor oficial, pero de la existencia de este tipo de copias no se tiene pruebas.

según Modestino (3 *de poen.*, D 48, 10, 33), que se le castigaría con las penas de la Ley Cornelia. El rescripto exceptuaba a quienes probaban su inocencia, demostrando que habían actuado engañados por otro, y exhibieran a la persona por la que conocieron el texto falseado.<sup>521</sup> La regla parece haber sido que se presume la culpabilidad de quien usa rescriptos falsos, salvo que demuestre su inocencia. La sentencia refleja esta regla y ni siquiera menciona la posibilidad de demostrar la inocencia.

*Au. A.*, que pudo tener como fuente el rescripto citado de Alejandro Severo; en la siguiente sentencia se dice que alega un documento falso (sin precisar si es o no rescripto) sin saber que es falso, no merece castigo. La sentencia 5,25,9 repite la regla pero agrega que se castiga a quien actúa con conocimiento de que el documento es falso (*sciens dolo malo*) y que las penas son de trabajos forzados en las minas para los de condición baja (*humiliores*) y deportación en una isla para los de condición alta (*honestiores*).<sup>522</sup>

La designación de la *Lex Cornelia Testamentaria Nummaria* como *Lex Cornelia de Falsis* es propia del siglo III;<sup>523</sup> PS 5, 25, 1 la llama *Lex Cornelia Testamentaria*, pero en § 11 y en 4, 7, 1, *Cornelia de Falsis*. En cambio, IP, lo mismo que los epítomes del Breviario,<sup>524</sup> no mencionan el nombre de la ley, cuyo texto seguramente desconoce, y dice que al responsable de usar rescriptos falsos se le castiga como falsario (*ut falsarii*).

La *Interpretatio* conserva la regla como está en la sentencia, sin considerar la posibilidad de que el inculcado pruebe su inocencia, pero la limita al uso de documentos falsos en causa propia, con lo cual se pasa por

<sup>521</sup> Los rescriptos se conocían por copias extraídas de los registros oficiales, de modo que cuando se descubría que una cierta copia era falsa podía castigarse al autor de la misma; a esto evidentemente tendía la disposición de Severo. De aquí pudo partir la suposición de que toda copia o colección de rescriptos que no tuviera un autor que respondiera de su autenticidad era falsa; así, Modestino 3 *de poen.* D 48, 10, 33 llama *falsas constitutiones a las que carecen de autor (nullo auctore habito)*.

<sup>522</sup> No existe *interpretatio* de PS 5, 25, 1 y 9 que exigen el conocimiento de la falsedad.

<sup>523</sup> El que tal designación aparezca en las PS citadas desmiente que sea una peculiaridad de los compiladores justinianos, quienes efectivamente la usan en I 4, 18, 7 y en las rúbricas D 48, 10 y CJ 9, 22; también aparece en la rúbrica CT 9, 19 y en las *instituciones* de Marciano (D 48, 10, 1, 4).

<sup>524</sup> Epítomes *Aeg.*, *Guelph.*, *Monach.*, reproducidos por Haenel en su edición de la LRV.

alto lo que podían hacer los representantes judiciales: *Hi, qui in causis suis falsa principium rescripta detulerint, ut falsarii puniatur.*

[1, 12, 2 (sólo en código G Parisiense 4413 e insertada entre corchetes en la edición de Sekel-Kubler) *Ex his, qui ancillam corruperit alienam aliam reformare cogendus est.*]

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

O. Postclásico. La corrupción de esclavo daba lugar en derecho clásico a la *actio servi corrupti* (Lenel § 63) con pena pecuniaria por el doble del valor del esclavo, y eventualmente, a la *actio legis Aquiliae*, a la cual se refiere la sentencia 1, 13<sup>a</sup>, 6), que era también una pena pecuniaria equivalente al valor máximo del esclavo en los últimos 30 días, y que podía crecer al doble contra quien negaba infundadamente su responsabilidad (*infittians*). De esta posible condena al doble, se derivó, en el derecho vulgar, el principio de que todo tipo de daño debía castigarse con el doble, y se llamó a esta pena precisamente *poena legis Aquiliae*;<sup>525</sup> en el caso de corrupción de esclavo la pena al “doble” significaba, como en el texto que se comenta, dar otro esclavo.

Au. El fragmento es en realidad una *interpretatio* a PS 1, 13<sup>a</sup>, 6, e incluso en algunos códigos<sup>526</sup> se le antepone la abreviatura *interpr.*,<sup>527</sup> por lo que los editores modernos no lo incluyen como sentencia.

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

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

O. Clásico. La sentencia primera de este título se refiere en particular al uso de rescriptos falsos, mientras que esta sentencia se refiere en general a todo tipo de documentos falsos. El senadoconsulto Liboniano, que extendió la pena de la ley Cornelia contra los que usaran judicialmente

<sup>525</sup> Levy, *VR*, pp. 331 y ss.

<sup>526</sup> Códices, 7, 22, 26 y 31, citados por Haenel, *LRV*, *ad h. l.c.*

<sup>527</sup> Coincide Levy, *VR*, p. 334, n. 136, Krüger, *Collectio*, II, p. 54, n. lin. 19, piensa que se trata de una *interpretatio* o de derecho germánico, ya que la misma doctrina se recoge en *LRB* 19, 2; pero su contenido también concuerda con *IP* 1, 13, 5 y 6. Véase *infra ad PS* 1, 13<sup>a</sup>, 6 sub *O* y *Au*.

documentos falsos (originalmente documentos *sine consignatione*), exigía que actuaran con dolo.<sup>528</sup> En el rescripto de Antonino Pío (citado por Calistrato 3 *de cognit.* D 48, 10, 31) se castiga a quienes presentaron al juez documentos cuya autenticidad no pudieron probar; esto supone que quien presenta un documento ante el juez debe tener previamente el cuidado de haber confirmado su autenticidad, para luego poder probarla ante el juez; pero, según dice el mismo Calístrato, muchas veces acontecía que se presentaban documentos falsos por error, los emperadores Marco Aurelio y Vero dieron otro rescripto (también citado por Calístrato *loc. cit.*), en el que advierten que no se castigaba a quienes por error presentaban ese tipo de documentos. Este rescripto supone una atenuación de la responsabilidad que antes tenían los litigantes de verificar la autenticidad de los documentos que se presentaban

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

Es posible que esta sentencia se leyera en relación con la primera de este título que castiga, sin señalar excepción, a quienes presentan rescriptos falsos, de modo que no se castigara a quienes usan rescriptos falsos sin saberlo, tal como dice la sentencia 5,25,9.

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

La expresión *falsi poena* para designar las penas de la Ley Cornelia de falsos, parece propia del siglo III,<sup>529</sup> y, por lo tanto, familiar a *A.*

La sentencia fue casi íntegramente transcrita en ET 40,<sup>530</sup> sin indicación de fuente.

<sup>528</sup> El texto del senadoconsulto Liboniano en Marciano 14 *inst.* D 48, 10, 1, Ulpiano 8 *de off. Proc.* Coll. 8, 7 y D 48,10, 93. D'Ors, "Contribuciones a la historia del «*crimen falsi*»", *Studi Volterra* II, Milano, 1971, pp. 527 y ss., hace una confrontación crítica de estas tres versiones.

<sup>529</sup> Aparece también en PS 5, 25, 5; 9 (10) y en Marciano 14 *inst.* D 48, 10, 1, 13, pero no en CT, según *Heidelberg Index s. v. falsus* (cfr. CT 9, 9, 1 pr [326] *falsae accusatio-ni poena*), ni en las otras fuentes del derecho vulgar, según *Ergänzungsindex s. v. falsum*, excepto en ET 30; 40; 41; 90; en estos tres últimos lugares, el texto parece depender de PS 4, 7, 2; 1, 12, 3; 5, 25, 1 y 5 respectivamente.

<sup>530</sup> ET 40: *Qui falsum nesciens allegavit, ad falsi poenam minime teneatur.*

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

S. No se puede interrogar por tormento ni al esclavo ni al liberto en contra de la persona<sup>531</sup> de su dueño o patrono.

O. Clásico. A los esclavos no se les reconocía capacidad para actuar como testigos, por lo que cuando se quería interrogarlos para que declararan en algún proceso judicial, se les interrogaba mediante tormento (*quaestio*).<sup>532</sup> Desde tiempos de la República,<sup>533</sup> se definió la regla que los esclavos no podían ser interrogados contra su dueño. La aplicación de la regla requería que se aclarara bien quién era el propietario,<sup>534</sup> lo cual dio lugar a varios rescriptos referidos a casos concretos: uno de Adriano (citado por Papiniano 16 *resp.* D 48, 18, 17, 2) permitió interrogar al esclavo común contra uno de los copropietarios acusado de haber matado al otro; en otros rescriptos (citados por Ulpiano 8 *de off. proc.* D *h.t.* 1, 7) se admitió el interrogatorio de un esclavo perteneciente a la ciudad en contra de un ciudadano, y, por otro de Trajano (citado por Ulpiano 8 *de off. proc.* D *h. t.* 1, 11), se admitió el interrogatorio de un esclavo en contra de la esposa del dueño. Cuando la propiedad sobre el esclavo era dudosa, se abría una controversia en la que podía interrogársele sobre la propiedad (Diocl. CJ 9, 41, 12); pero en tanto ésta no terminara, no podía interrogársele en una acusación criminal contra el supuesto dueño (Calístrato 5 *de cognit.* D *h.t.* 15, 2). Luego se fue ampliando la prohibición para que tampoco pudiera interrogarse al que alguna vez había sido dueño del esclavo, aunque actualmente no lo fuera: por eso se prohibió interrogar, en contra de su aparente dueño, a quien lo había servido de buena fe (al *homo bona fide serviens*, Ulp. 8 *de off. proc.* D *h. t.* 1, 8); también se prohibió interrogar al esclavo en contra de quien lo había comprado y luego devuelto (Paulo 2 *de off. proc.* D *h.t.* 11), y al liberto en contra de

<sup>531</sup> VIR I col. 628 indica que en esta sentencia *caput* tiene el significado *status* de hombre libre; *cfr.* Marciano 2 *inst. in personam domini*; PS 5, 16, 5, *in caput domini... neque in pecuniariis quam in capitalibus causis interrogari possunt.*

<sup>532</sup> D'Ors, DPR § 107.

<sup>533</sup> Según Tácito (*Anales* 2, 30), la regla derivada de un antiguo senadoconsulto. Véase Erhardt, *RE s. v. tormenta* col. 1789. Mommsen, *Strafrecht*, pp. 414 y ss.

<sup>534</sup> PS 5, 16, 8b (=D 48, 18, 18, 8) dice que antes de discutir si se interroga un esclavo, debe averiguarse sobre su propiedad.

quien había sido su dueño y ahora era su patrono (Ulpiano 8 *de off. proc. D h. t.* 1,11).

La regla fue admitiendo excepciones. Ya en época republicana se admitió que podía interrogarse al esclavo contra su dueño en un proceso de incesto,<sup>535</sup> y luego, en los primeros años del Principado, se admitió que lo fuera en los procesos de lesa majestad (*crimen maiestatis*), adulterio o defraudación fiscal.<sup>536</sup>

A fines del siglo II, un rescripto de Alejandro Severo (CJ 9, 41, 1, pr [196]) todavía mantiene la regla de que no puede interrogarse a los esclavos en contra de sus dueños, aunque mencionan expresamente las excepciones en los procesos de adulterio, defraudación fiscal y lesa majestad, admite además que en otros juicios públicos pueda tenerse en consideración el testimonio de los esclavos contra sus dueños si hay otras pruebas que lo corroboran, y concluye diciendo que es evidente (*manifestum est*) que en los juicios privados (*pecuniaris causis*) no se puede interrogar a los esclavos en contra de los dueños, aun cuando falten otras pruebas. Pero casi 50 años después, el emperador Gordiano (CJ 9,41,6 [240]) emite un rescripto que parece eliminar toda posibilidad de interrogar a los esclavos en contra de sus dueños o sus patronos. Dice que desde antiguo se dispuso que no se interrogara a los esclavos ni a los libertos en contra de sus dueños o patronos y que las declaraciones que se obtuvieran de ellos en nada servirían ni en asuntos criminales con pena capital ni en asuntos pecuniarios. En rescriptos posteriores de Diocleciano (CJ 9,41,7 [286] y 14 [294-305]) se repite la regla sin considerar las antiguas excepciones.

La sentencia refleja la regla tal como parece haber sido entendida en los rescriptos citados del siglo III.

*Au. A*, que recoge la regla posiblemente del rescripto de Gordiano citado que, al igual que la sentencia, se refiere a los dueños y los patronos y no menciona excepción alguna.

<sup>535</sup> Erhardt, *RE s. v. tormenta* col. 1789.

<sup>536</sup> Durante los primeros emperadores, se acudía al expediente de que el fisco comprara los esclavos que habían de ser interrogados en procesos de lesa majestad o adulterio, con lo cual la regla seguía incólume; a partir de Alejandro Severo (CJ 9, 4, 1 pr), la regla ya sufre excepciones expresas. También se aceptó el interrogatorio de esclavos contra sus dueños en el caso de falsificación de moneda (Hermog, 1, *iur epit.* D 5, 1, 53; *cfr.* Constantino CT 9, 19, 1) y otros más; véase Mommsen, *Strafrecht*, pp. 414 y 415. Es quizá la relación entre *crimen falsi* y *quaestio*, lo que explica la presencia de las sentencias de este título que se refiere a la *quaestio* (§ § 3, 4, 6 y 7).



La sentencia usa la expresión *in caput domini*,<sup>537</sup> que es también usada por los textos jurisprudenciales, pero no en las resoluciones imperiales, que prefieren decir *adversus* o *contra dominum*.<sup>538</sup>

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

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

O. Clásico. Ulpiano (14 *ad Sab.* D 48, 19, 3) dice que la ejecución de una pena de muerte<sup>539</sup> contra una mujer embarazada se difiere hasta después del parto. La razón de este criterio era proteger los derechos hereditarios del no nacido, como lo demuestra la ubicación del texto: formaba parte del título sobre el heredero póstumo.<sup>540</sup> Parece que tal criterio ya era conocido por el mismo Sabino, porque después de enunciarlo, Ulpiano añade, como conocimiento no derivado de Sabino (*ego quidem... scio*),<sup>541</sup> que ni siquiera se acostumbraba atormentar a las mujeres en tal estado.<sup>542</sup>

Au. A, que al condensar las dos situaciones en una sola regla, produce confusión. La mujer embarazada sí podía ser condenada a pena de muerte, sólo que la ejecución se difería hasta después del parto. La sentencia, entendida literalmente, dice que la mujer embarazada no puede ser condenada y, como no especifica el texto a qué pena se refiere, puede entenderse que se impide la condena a cualquier pena, no sólo a la de muerte.

<sup>537</sup> Véase *VIR* col. 628.

<sup>538</sup> En el título de *quaestionibus* de CJ (9, 41) nunca aparece la expresión *in caput*; en el lugar de ella, se usa *adversus dominum* (const. 2, 6 y 13) o *contra dominum* (const. 1, 7 y 13). En cambio, en los textos jurisprudenciales recogidos en D 48,17 aparece frecuentemente *in caput*.

<sup>539</sup> Gai 1, 90 y 91 suponen la ejecución de penas de deportación y reducción a esclavitud de mujeres embarazadas.

<sup>540</sup> Lenel, *Palíngenesia*, núm. 2528.

<sup>541</sup> *Ind. Int.*, *ad h.l.*, no menciona que este texto haya sido interpolado.

<sup>542</sup> También se exceptúan del tormento a impúberes, ancianos, sordos, ciegos y mudos. Véase Erhardt, *RE s. v. tormenta* col. 1780.

El significado de la sentencia sería correcto si *damnari* pudiera entenderse significando ejecutar<sup>543</sup> la pena.

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

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

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

O. Posclásico. El texto se refiere al tardío procedimiento por rescriptos, en el cual el emperador decide una controversia planteada por un particular, sin examinar las pruebas de los hechos, por medio de un rescripto. Obtenido el rescripto, el solicitante debe entregarlo a un juez ordinario para que examine los hechos, y si encuentra que éstos están debidamente probados, dicte sentencia según el tenor del rescripto.<sup>544</sup> Parece que en la práctica los jueces no tenían suficiente cuidado de examinar las pruebas y juzgaban ordinariamente conforme lo prescribía el rescripto, pues Constantino llegó a establecer severas penas contra los jueces que se niegan a examinar si los hechos invocados por el peticionario del rescripto son reales o no (CJ 1, 22, 3 [313]). El mismo emperador dispuso que los jueces examinaran la veracidad de los hechos aun en el caso de rescriptos en los que se ordenara una ejecución (CJ 1, 22, 4 [333] = CT 1, 2, 6 con IT). A fines del siglo IV se llega a castigar, en ciertos casos, al juez que juzga según el tenor de un rescripto amañado (CT 14, 3, 20 [398]). El problema debió de seguir durante el siglo V, ya que todavía el emperador Zenón ordena que todos los rescriptos sean redactados con la cláusula de que valen si se demuestra la veracidad de los hechos que fundan su petición (CJ 1, 23, 7 [477]).

<sup>543</sup> Pero en las demás sentencias donde aparece el verbo *damno*, según *Ergänzungsindex*, tiene claramente el significado de condenar, generalmente referido a pena capital.

<sup>544</sup> Kaser, *ZPR*, § 98 II.

*Au.* Podría ser *B*, que recoge una preocupación de su tiempo (siglos IV y V)<sup>545</sup> y se funda en disposiciones similares a las arriba citadas. La expresión *elicere rescriptum* que tiene la sentencia se repite en CT 1, 2, 3 (316); 16, 5, 6 (381) (=CJ 1, 1, 2 *pr*) y 14, 3, 20 (398).

Pero por su forma parece una *interpretatio*. La constitución de Constantino (CT 1,2,6 [313]) que ordena que los jueces averigüen la veracidad de los hechos mencionados en un rescripto, aun cuando éste tuviera carácter ejecutivo, y que si encontraban alguna falsedad, tendrían que conocer de nuevo todo el asunto, recibió una *interpretatio* (IT 1,2,6) que en su forma breve y general recuerda esta sentencia: *quidquid non vera, sed falsa petitio a principe obtinuerit, quia fraus intervenit, non valebit*.

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

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

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

*O.* Clásico. Según Mommsen,<sup>546</sup> en el proceso criminal acusatorio de época clásica no se acepta el testimonio de quien ha sido condenado en un proceso criminal; la razón de esta limitación es que, considerándose el testimonio como una función pública, se excluye de rendirlo a perso-

<sup>545</sup> Sobre los abusos a que condujo la práctica de los rescriptos, véase Krueger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, München, 1912, p. 304.

<sup>546</sup> Mommsen, *Strafrecht*, pp. 402 y 403. La misma limitación se contiene en la *lex Iulia repetundarum* (Marcelo 3 *dig.* D 1, 9, 2), en las leyes de Augusto contra el adulterio (Paulo 2 *de adult.* D 22, 5, 18), si bien respecto de los condenados en los procesos previstos por esas leyes. De una manera general, la limitación la expresa Calístrato (4 *de cognit.* D 22, 5, 3, 5): *ne... in reum testimonium dicere liceret... quique iudicio publico damnatus erit.*

nas indignas. En el proceso cognitorio, en cambio, en que el juez tiene facultades inquisitivas, la cuestión de las declaraciones de los reos o convictos<sup>547</sup> de algún crimen, se planteó de otro modo: ahí habría que decidir acerca del valor que tendrían las declaraciones de tales personas en contra de otras y, en particular, en contra de sus captores. Respecto de estos últimos, se dispuso por rescriptos (citados por Ulpiano 8 *de off. proc.* D 48, 18, 1, 26)<sup>548</sup> que se analizara caso por caso si se les daba fe o no. Las declaraciones de un reo en contra de personas a quien involucraba como cómplices, debían ser, no sólo apreciadas, sino incluso propiciadas, mediante tormento, por el juez (PS 5, 14, 1); en ciertos crímenes el juez podía incluso interrogar mediante tormento a los convictos (PS 5, 16, 13).

La sentencia se refiere, no a cualquier reo, sino a un *confessus*.<sup>549</sup> La dificultad que tiene en cuenta, no es la de interrogar a persona indigna, sino, de conformidad con las exigencias del procedimiento cognitorio, la de valorar el testimonio de una persona que no pudo, o no quiso, defenderse a sí misma. Concuerta en todo con el rescripto de Antonino Pío, citado por Modestino (3 *de poen.* D 48, 18, 16, 1) que dispone que no se interroge contra otros al que se haya confeso de su delito.

*Au. A*, que se funda en el rescripto de Antonino Pío citado por Modestino.<sup>550</sup> El rescripto de Antonino Pío que, según la cita de Modestino, dice: *Is, qui de se confessus est, in caput aliorum non torquetur* concuerda en fondo y forma con la sentencia: *qui de se confessus est, in alium torqueri non potest*; la expresión *de se confessus* sólo aparece en esos dos lugares en el Digesto.<sup>551</sup>

<sup>547</sup> Caracala CJ 9, 41, 4 se refiere a *convictis confessisque*; Ulpiano 8 *de off. proc.* Sin distinguir etapas procesales, habla de los *latrones*. En los supuestos fácticos de ambos textos, se pueden incluir tanto declaraciones de personas sometidas a proceso (*reus*), como de personas ya condenadas (*convictus*). PS 5, 14, 1 se refiere exclusivamente al sometido al proceso (*reus*), mientras que PS 5, 16, 13 al convicto (*reus convictus*).

<sup>548</sup> Caracala CJ 9, 41, 4 dice que las declaraciones no valen, a menos que existan otras pruebas que las acrediten. Ulpiano (*loc. cit.*) habla de unos rescriptos más completos (*pleniores*) que disponen que puede darse crédito a tales declaraciones.

<sup>549</sup> El *confessus* no era inmediatamente condenado, sino que seguía sometido al proceso y sujeto a custodia pública, Venuleyo 2 *de iud. publ.* D 48, 3, 5; Scaevola 4 *reg.* D 48, 4, 4 pr. Podía haber confesado sin aplicársele tormento (Ulpiano 9 *de off. proc.* D 48, 22, 6, 2).

<sup>550</sup> Liebs, *PS*, p. 144 propone dubitativamente que ésta sea la fuente de la sentencia.

<sup>551</sup> Según *VIR*, s. v. *Confiteor* col. 914.

La frase final explicativa de la sentencia (*ne alienam... desperavit*) contiene una razón de la regla similar a la que da Marciano (1 *delator*. D 49, 14, 18, 3) para explicar que los condenados a minas no pueden presentar denuncias: que éstos se encuentran desesperados y pueden actuar por ligereza.

La regla fue recogida por Honorio y Teodosio (CT 9, 1, 19, 1 [423]): *Nemo igitur de proprio crimine confitentem super conscientia scrutetur aliena*, quienes fundan la regla en la autoridad del derecho antiguo (*veteris iuris auctoritas*), que podía ser esta sentencia.<sup>552</sup>

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

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

O. Clásico. La sentencia se refiere a los que son detenidos (*in custodiam*<sup>553</sup> *recepti*), sin acusación previa, por el servicio de seguridad de la ciudad. En Roma, este servicio se confiaba, en el Principado, al *praefectus urbi*, y en las provincias a los magistrados municipales.<sup>554</sup> La sentencia posiblemente se refiere a estos últimos.<sup>555</sup> Durante el arresto, el magistra-

<sup>552</sup> La constitución de Honorio y Teodosio es del 6 de agosto de 426, y sólo tres meses después el mismo Honorio y Valentiniano dan la constitución (CT 1, 4, 3) en que confirman la validez de los escritos de, entre otros, Paulo y Modestino. Como en la frase final de esta constitución parece darse preferencia a las PS (*semper valere*), puede conjeturarse que la fuente de CT 9, 1, 19, 1 sea la sentencia. Gradenwitz (citado por Berger, *RE s. v. Paulus* col) piensa que esa frase es una interpolación de los visigodos, hecha en atención a la constitución anterior; pero esto no parece probable, pues si ya en la const. 2 se había hecho un elogio de las PS, ¿qué razón tendrían los visigodos para añadir otro en la const. 3? Es significativo que IT destaca la autoridad de Gayo, Papiniano y Paulo, y deja en segundo término a Modestino y otros.

<sup>553</sup> *Custodia* significa según Venuleyo 7 *stip.* D 50, 16, 22, 4 siempre custodia pública; también Labeón citado en D 4, 6, 9 *i. f.*; Calístrato 4 *cognit.* D 22, 5, 3, 5.

<sup>554</sup> Mommsen, *Strafrecht*, pp. 299, 306 y ss.

<sup>555</sup> En las provincias orientales, los magistrados municipales encargados de la seguridad eran los *irenarchae*; en las provincias occidentales se mencionan al *praefectus arcendis latrocinios* y al *praefectus stationibus* de quien dependen los *stationarii* (cfr. PS 1, 6A, 3) Mommsen, *Strafrecht*, pp. 307 y 308.

do encargado de la custodia de los reos debía interrogarlos, preparar un informe de su situación y remitirlos al magistrado con jurisdicción penal que correspondiera,<sup>556</sup> a fin de que ante éste se realizara el juicio respectivo, sea con acusadores, sea sin ellos y por vía cognitoria.<sup>557</sup>

Los detenidos, si eran esclavos, podían ser interrogados mediante tormento (*quaestio*).<sup>558</sup> Un caso especial fue el previsto por el senadoconsulto Silaniano (10 d. C.), que preveía el tormento de los esclavos para descubrir al homicida de su dueño; al respecto, PS 3, 5, 10 (*ex Appendix* 2, 16) dice que se deben interrogar por tormento a los esclavos sobre los que haya alguna sospecha (*qui in suspicione veniunt*). Pero desde los primeros años del Principado (ya en tiempos de Tiberio), se aplicó el tormento a hombres libres, especialmente por delitos de lesa majestad.<sup>559</sup>

En todo caso, el tormento no debía ser usado al comienzo de la instrucción, según ya lo había prescrito Augusto (citado por Ulpiano 8 *de off. proc.* D 48, 18, 1 *pr*);<sup>560</sup> esta disposición fue entendida en el sentido de que eran necesarias algunas pruebas que incriminaran al detenido para poder proceder al tormento; así, un rescripto de Adriano<sup>561</sup> (citado por

<sup>556</sup> Véase el rescripto de Adriano, citado por Marciano 2 *de iud. publ.* D 48, 3, 6, donde se precisa cómo han de hacerse los informes, interrogatorios y el valor que han de tener en el proceso. Un ejemplo del proceder de estos magistrados lo proporciona *Hechos de los apóstoles* 16, 18 y ss. A propósito de la detención de San Pablo y Silas en Filipos.

<sup>557</sup> El procedimiento penal acusatorio de época republicana, fue paulatinamente desplazado, sin llegar a desaparecer del todo, por el procedimiento extraordinario o cognitorio sin acusación, introducido en el principado. Mommsen, *Starfrecht*, pp. 340-346.

<sup>558</sup> *Quaestio* significa, entre otras cosas, interrogatorio por tormento. Véase Heumann-Seckel, *s. v. quaestio*. Ulpiano 7 (?) *ad Ed.* D 47, 10, 15, 41 dice que por *quaestio* debe entenderse los tormentos que se infligen para averiguar la verdad.

<sup>559</sup> Para la aplicación del tormento a hombres libres, se distinguía entre *honestiores* y *humilliores*; a los primeros se les eximía; no obstante, en los de lesa majestad no valía este privilegio. Es uso de este medio probatorio respecto de hombres libres no fue regulado con detalle; su aplicación dependía de la política de los emperadores. Véase Mommsen, *Strafrecht*, pp. 406-407.

<sup>560</sup> Este texto parece ser la fuente de PS 5, 14, 1.

<sup>561</sup> El nombre del emperador no se cita, pero puede conjeturarse, en tanto que en el párrafo precedente se habla de una disposición de Augusto y de una epístola de Adriano, y en el siguiente de otro rescripto de Adriano. Coinciden D'Ors *et al.* *Digesto, ad. h. l.*

Ulpiano 8 *de off. proc. D h. t.* 1,1) dice que se aplique el tormento al esclavo, sólo cuando sea un reo al que otras pruebas incriminen.<sup>562</sup>

La infracción de esta regla debió ser frecuente, como lo demuestra el hecho de que varios rescriptos insistieran en ella;<sup>563</sup> Diocleciano mismo la repite (CJ 9, 41, 8, 1).<sup>564</sup>

La sentencia reproduce esta regla para ser aplicada en el ámbito del procedimiento cognitorio sin acusación. En opinión de Lovato,<sup>565</sup> esta sentencia, como otros textos del siglo III, constituye una entre otras formas de protección en contra de los abusos de los magistrados en el uso de su poder coercitivo.

*Au.* A que refiere la regla creada por Augusto, verosíblemente en atención al procedimiento acusatorio, al procedimiento sin acusación generalizado en el siglo III. Es notable que la expresión *suspicione urgeri* que aparece en esta sentencia, se repite en PS 5, 14, 1, pero no aparece en el Edicto respectivo de Augusto, ni en los rescriptos de Adriano, ni en el comentario que de ellos hace Ulpiano (8 *de off. proc. D* 48, 18, 1). Tampoco aparece en las fuentes del derecho vulgar ni en el Código Teodosiano.<sup>566</sup>

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

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

<sup>562</sup> También Caracalla CJ 9, 41, 3, que prevé el tormento de una mujer.

<sup>563</sup> Sugiere también abusos por parte de los magistrados municipales encargados de la policía, el rescripto de Adriano y los mandatos imperiales de Antonino Pío, cuando era gobernador de la provincia de Asia, citados por Marciano 2 *de iud. publ. D* 48, 3, 6, que dicen que no se les otorgue mucha fe a los informes que dan los policías municipales acerca de los reos que remiten para ser juzgados. Véase *supra* PS 1,6<sup>b</sup>,1<sup>d</sup>.

<sup>564</sup> Diocleciano se refiere a *iudicia publica*; en época clásica se denominaron así, los juicios ventilados ante tribunales especiales (*quaestiones*) y tramitados por el procedimiento acusatorio (Mommsen, *Strafrecht*, pp. 186 y ss.): como en tiempo de Diocleciano, el procedimiento acusatorio es excepcional, la expresión *iud. publica* parece comprender los procesos criminales, cognitorio o acusatorio, e oposición a los juicios penales de carácter privado.

<sup>565</sup> Lovato, A., *Il carcere nel Diritto Penale Romano*, Bari, 1994, pp. 50-51.

<sup>566</sup> Según *Ergänzungsindex s. v. urgeo.* y *Heidelberger Index s. v. urgeo.*

O. Posclásico. En derecho clásico hay ciertas cuestiones que se ventilan en procesos especiales y que no pueden ser prejuzgados por otras cuestiones conexas. Así, una petición de herencia, que se desahoga ante el tribunal de los centunviros, no puede ser prejuzgada por la sentencia de otro proceso en el que un acreedor de la herencia reclama el pago a uno de los presuntos herederos, por lo que si el juez de esta cuestión condena al presunto heredero a pagar, no se da por cierto que el condenado sea el legítimo heredero. Para evitar que se prejuzgue una causa el pretor puede denegar la acción de una cuestión conexas en tanto se resuelva la principal, o puede decretar que se suspenda el conocimiento de una causa conexas incluyendo en su fórmula una excepción (*ne praeiudicium fiat*) que autoriza al juez a absolver si no se ha resuelto la cuestión principal.<sup>567</sup>

El edicto pretorio contiene un título (XII *quibus causis praeiudicium fieri non oportet*) que enlista las cuestiones que no pueden ser prejuzgadas por otras: el juicio de petición de herencia no puede prejuzgarse por la reclamación de alguna de las cosas de la herencia (Ulpiano 14 *ad Ed.* D 5, 3, 5, 2); el juicio de propiedad no puede ser prejuzgado por un juicio sobre servidumbre (Ulpiano 14 *ad Ed.* D 8, 5, 1); el juicio sobre la libertad de una persona no puede prejuzgarse por otro en que esa persona reclama algo de otra, ni por el que otra persona reclame algo de ella (Paulo 51 *ad Ed.* D 40, 12, 24pr a 4).

Además de esos casos previstos por el pretor, se introdujo la práctica de suspender el conocimiento de una cuestión civil en tanto no se resolviera una cuestión criminal conexas.<sup>568</sup> Paulo (15 *ad Ed.* D 48, 1, 2), en un contexto en que se refería a las cuestiones que no pueden prejuzgarse, distingue entre juicios públicos capitales y no capitales, por lo que conjetura Lenel, con razón, que la distinción se hace con el objeto de afirmar que sólo los juicios capitales no deben ser prejuzgados por juicios privados.<sup>569</sup> Hay, por otra parte, textos donde Paulo y Ulpiano hablan de casos

<sup>567</sup> Kaser, *ZPR*, § 33 V.

<sup>568</sup> Cicerón, *De inventione*, 2, 20, 59, habla de una *exceptio extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*. Se discute si dicha excepción fue incluida en la redacción juliana del edicto (Lenel, *EP*, p. 140, n. 8), pero, en todo caso, es cierto que se suspende el conocimiento de cuestiones civiles ligadas con ciertas cuestiones criminales.

<sup>569</sup> Lenel, *EP*, p. 140. Lo acepta Kaser, *ZPR*, § 33 V; Raggi, *Studi sulle impugnazione civili nel processo romano I*, Milano, 1961, pp. 178 y ss., en cambio, considera que sólo ciertos procesos capitales (*crimen falsi, accusatio adulterio y el iudicium ex sc. Silania-*



en que un juicio público (o criminal) puede prejuzgarse por uno privado (Ulp. 56 *ad Ed.* D 47, 8, 2, 1; 57 *ad Ed.* D 47, 10, 7, 1; Paulo 55 *ad Ed.* D 47, 10, 6; 37 *ad Ed.* D 48, 1, 4), por lo que no puede aceptarse la existencia en época clásica de una regla general que dijera que los juicios públicos no pueden ser prejuzgados por los privados.<sup>570</sup>

Esta doctrina sobre la prejudicialidad se conservó, en términos generales, en el ámbito del procedimiento cognitorio y aun en el del procedimiento posclásico.<sup>571</sup> Se mantuvo la idea de que las cuestiones relativas al *status* personal, a la propiedad, a la titularidad de una herencia y ciertas cuestiones criminales son preferentes;<sup>572</sup> pero para evitar que sean prejuzgadas, se acudía, tanto en la *cognitio* como en el procedimiento posclásico, a la suspensión del conocimiento de las cuestiones conexas en tanto se resolviera la principal.<sup>573</sup>

La sentencia, en cambio, establece, como regla general, que las cuestiones *maiores* no deben ser prejuzgadas por las *minores*. Una regla así es desconocida en el derecho clásico,<sup>574</sup> y ni siquiera podría ser válida entendida en el sentido de que la cuestión mayor es la criminal y la menor la civil, como ya se ha visto. Hay un texto de Neracio (4 *membr.* D 44, 1, 21) que explica cuándo un asunto de mayor importancia económica (*res maioris pecuniae*) es prejuzgado por otro, y un texto de Calístrato (1 *ed. monit.* D 4, 1, 4) que dice que algunos juristas<sup>575</sup> no admiten la *in integrum restitutio*, cuando, de ser concedida, quedaría prejuzgado un asunto de mayor importancia o cuantía (*maioris res vel summa*) por otro menor.<sup>576</sup>

La frase final de la sentencia (*ad se trahit*) parece indicar que el juez que conoce el asunto mayor atraerá a su conocimiento el asunto menor,

*no*) conllevan la suspensión de cuestiones civiles conexas, pero no analiza el argumento de Lenel fundado en Paulo 15 *ad. Ed.* citado arriba.

<sup>570</sup> Así Lenel, *EP* 140; Kaser, *ZPR*, § 33 V; Raggi, *op. cit.*, p. 177.

<sup>571</sup> Kaser, *ZPR*, §§ 73 I, 74 III-2, 90 II y 94 II-2; en este asunto, Justiniano no hizo reformas.

<sup>572</sup> *Ibidem*, §§ 73 I, 7 n. 7; 75 n. 46, y 90 n. 19.

<sup>573</sup> *Ibidem*, §§ 73 I y 90 II.

<sup>574</sup> Coinciden Kaser, *ZPR*, § 33 V; Raggi, *Studi sulle impugnazione civili nel processo romano*, I, pp. 176 y 177.

<sup>575</sup> Como Neracio parece haber tenido esa opinión, puede conjeturarse que es propia de los proculeyanos.

<sup>576</sup> No encontré más referencias de *causa* o *cognitio maior* en *VIR s. v. causa* (cols. 677-681) y *cognitio* (cols. 783-785).

lo cual es diferente de las práctica de suspender el conocimiento de la cuestión menor en tanto no se resuelva la principal.

De estos textos o semejantes se puede inferir que la jurisprudencia clásica discutió el tema de la prejudicialidad; pero no la existencia de una regla general como la que formula la sentencia.

La contraposición entre asuntos *minores/maiores* parece haber sido más usada en el derecho posclásico, pero entendida no sólo en términos pecuniarios sino también en relación a la organización judicial establecida en el Dominado, con sus distinciones de rango entre los jueces, las sentencias y los asuntos. Se concibe, por una parte, como *maior* el juicio criminal, respecto del civil. Así, Constantino (CJ 3, 8, 4) dice que cuando se interpone una cuestión civil conexas con otra criminal, sin distinguir si es capital o no, se debe posponer el conocimiento de la civil hasta que se resuelva la criminal por la razón de que lo que es de mayor importancia (lo criminal) se prefiere a lo menor (lo civil) (*maius merito minori praeferitur*). Más adelante Teodosio Arcadio y Honorio dispondrán (CT 9, 7, 7 = CJ 9, 9, 32 [392]) que una cuestión criminal ya iniciada, sin distinguir tampoco tipos de crímenes, no puede interrumpirse porque surja una cuestión civil conexas, por las razón de que las cuestiones de mayor magnitud se anteponen (*quae magnitudine superant praeponatur*), o sea, lo dicen los emperadores expresamente, que la cuestión criminal pospone a la civil (*civiles actio criminali iure postpenatur*). Pero también se llama *maior* el juicio de propiedad respecto del de deslinde (Constantino CT 2, 26, 3), el de mayor envergadura económica (*maior substantia*, Constantino CT 11, 36,5), o el que se tramita ante el gobernador de provincia, en oposición al conocido por jueces inferiores (IT 2, 1, 8).<sup>577</sup> Sin embargo, no hay un texto, ni en el derecho vulgar,<sup>578</sup> ni en CT<sup>579</sup> que defina cuáles juicios han de ser considerados *maiores* y cuáles *minores*. Se trata, por tanto, de una diferencia que no tiene valor técnico ni legislativo.<sup>580</sup>

<sup>577</sup> Constantino CT 11, 7, 8 se refiere a *iudices maiores*.

<sup>578</sup> Según *Ergänzungsindex s. v. maior*.

<sup>579</sup> Según *Heidelberger Index s. v. magnus y maior*. Aparte de los lugares citados se habla de *maior o minor iudicio*, sólo Teodosio y Valentiniano CT 2, 3, 1.

<sup>580</sup> Ciertamente que en el ámbito de la petición de herencia, podría considerarse, como dice Hackl, K *Praeudicium im klassischen römischen Recht*, Salzburg-München, 1976, pp. 65 y ss., que la reclamación de toda la herencia es la causa mayor en comparación con la reclamación de cosas singulares de la herencia que sería la causa menor. Pero la sentencia da una regla desvinculada de toda relación específica.

Au. A pudo formular la regla general, a partir de un texto como los citados de Neracio o Calístrato. Este tipo de generalizaciones es característico de A. La mano de A también se advierte en el uso de la expresión *praeiudicium fieri non oportet*, que es la usada en la rúbrica edictal correspondiente (Lenel XII), y en textos jurisprudenciales clásicos.<sup>581</sup> Todavía Diocleciano (CJ 7, 14, 14, y 7, 56, 3 y 4) usa el verbo *praeiudico*. En cambio, las constituciones imperiales posteriores a Diocleciano sobre esta materia usan otro lenguaje.<sup>582</sup> Constantino (CJ 3, 8, 4) dice que la cuestión mayor *praeferatur*; Teodosio, Arcadio y Honorio (CT 9, 7, 7) dicen que la cuestión mayor *praeponatur* y que la civil *posponatur*. Este cambio terminológico indica un cambio en el entendimiento del problema: a los clásicos les preocupa que una causa se prejuzgue por otra, en el sentido de que la decisión de una influyera en la de la otra, y para evitar que una causa preferente se prejuzgara aconsejaban que, a veces, se suspendiera el juicio (*differere, sustinere iudicium*) de la cuestión conexa hasta que se resolviera la preferente (así Juliano citado por Pomp. 11 *epist.* D 49, 14, 35 y Mela citado por Paulo 51 *ad. Ed.* D 40, 12, 24, 4); en otras ocasiones recomendaban introducir en la fórmula de la acción la *exceptio ne praeiudicium flant (hereditati o fundo)*. Para la doctrina posclásica, que no considera las excepciones en el sentido formulario, todo el problema se reduce a decidir cuál causa debe juzgarse primero, o como dicen las constituciones imperiales citadas cuál *praeferatur* o *praeponatur* y cuál *postponatur*.

La frase final (*maior enim...*) parece indicar que la cuestión menor se resuelve en la sentencia que decida la mayor, pero esto es ajeno tanto al pensamiento clásico como al posclásico.<sup>583</sup> Más bien parece ser una explicación de la regla definida en la primera parte. La idea de que una cosa mayor atrae una menor se da en la adquisición de propiedad por accesión (Paulo 21 *ad. Ed.* D6, 4, 23, 4; *mea res per prevalentiam alienam rem*

<sup>581</sup> Así Ulpiano 14 *ad. ed.* D 5, 3, 5, 2; 56 *ad. ed.* D 48, 7, 2, 1; Juliano citado por Pomponio 11 *epist.* D 49, 14, 35 y citado por Ulpiano 41 *ad. ed.* D 37, 10, 3, 11, etc.

<sup>582</sup> La expresión no aparece CT, según *Heidelberger Index s. v. praeiudicium*; lo más cercano es *praeiudicium fieri non patitur* (CT 6, 4, 34 [408]), pero se refiere a que no se causa un perjuicio por vencimiento de un plazo judicial.

<sup>583</sup> El principio clásico de que por regla general la sentencia no produce efectos contra terceros, se mantuvo en el procedimiento cognitorio clásico y en el procedimiento posclásico. Kaser, *ZPR*, pp. 293, 294, 396 y 504.

*trahit*), pero no aparece en otra fuente que trate sobre prejudicialidad.<sup>584</sup> Pudo ser una glosa.

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

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

O. La primera frase (*in crimine... est*) es de contenido clásico. En derecho clásico, cuando se litiga sobre el estado civil de un impúber que es heredero, se da, en atención al edicto Carboniano, la posesión de los bienes hereditarios al impúber, previo otorgamiento de una garantía, y la controversia sobre el estado civil se difiere hasta que el impúber alcance la pubertad (D 37, 10, 1 §§ pr. 10 y 11; 3 §§ 1 y 2). A partir de esta disposición particular del edicto Carboniano, parece que se llegó a formar la regla de que todas las controversias que contienen una cuestión del estado civil de un impúber se difieren hasta que éste alcance la pubertad (Ulpiano 47 *ad. Ed.* D 37, 9, 7, 1: *omnes controversias quae quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri*). Como una controversia de adulterio podía implicar la legitimidad de un hijo impúber, se preguntó si el juicio de adulterio podía diferirse por consideración al impúber. Papiniano (*sing. de adult.* D 48, 5, 12, 9) respondió que no. Esta negativa a diferir el juicio de adulterio por consideración del impúber es lo que expresa la primera frase de esta PS, que coincide completamente con PS 2, 26, 17: *in causa adulterio dilatio postulata impertiri non potest*.

La frase concesiva (*nisi... exhibeantur*) refleja también derecho clásico, aunque está referida al procedimiento cognitorio. En el procedimiento criminal clásico, si pasado el periodo probatorio, la causa no resulta suficientemente clara, el tribunal puede ordenar que se abra un nuevo

<sup>584</sup> Según *Ergänzungsindex y Heidelberger Index s. v. traho* no hay otro lugar en las fuentes de derecho vulgar ni en CT donde se emplee en el sentido de que un juicio o causa atraiga a otro. Tampoco en el *Digesto*, según Heumann-Seckel *s. v. trahere y VIR s. vv. Causa* (cols. 677-681) y *cognitio* (cols. 783-785).

periodo probatorio en el que se presenten nuevas pruebas. Además, en ese procedimiento no existe, por lo general, un plazo fijo para presentar pruebas. Esto hace ver que en este procedimiento no tenía sentido que las partes pidieran dilaciones para aportar nuevas pruebas. Pero cuando el proceso criminal se tramita en la forma cognitoria, ante un juez único, se deja de acudir a la instauración de nuevos periodos probatorios, y entonces pudo aplicarse la práctica de conceder dilaciones a las partes para traer nuevas pruebas.<sup>585</sup>

En el procedimiento cognitorio (por el que se tramitan causas civiles y criminales), la prueba documental fue adquiriendo importancia, por lo que se fueron concediendo<sup>586</sup> dilaciones a las partes para que pudieran presentar documentos, especialmente cuando éstos se hallaban en un lugar distante de aquel en que se ventilaba el juicio (*dilatio instrumentorum causa*).<sup>587</sup> También se aceptó conceder prórrogas para la presentación de personas que pudieran instruir la cuestión,<sup>588</sup> lo cual sería más útil en un juicio de adulterio en el que difícilmente habría documentos probatorios.

La sentencia, en esta frase, contempla el caso de una dilación con el objeto de presentar una persona que pueda servir de testigo. En el procedimiento penal público, a diferencia del procedimiento privado en que los testigos acuden voluntariamente, el juez puede coaccionar para que los testigos se presenten,<sup>589</sup> si bien tenían que ser citados por el mismo acusador.<sup>590</sup> Esta posibilidad de coacción explica el matiz imperativo (*ut personae exhibeantur*) que tiene la sentencia respecto de la presentación de testigos, el cual, en el procedimiento privado, sólo se explicaría respecto de esclavos o *allieni iuris*.<sup>591</sup>

<sup>585</sup> Mommsen, *Strafrecht*, pp. 422, 423 y 433.

<sup>586</sup> Según Kaser, *ZPR*, §§ 69 n. 21 y 73 n. 60, correspondía a los cónsules, en el principado, otorgar tales dilaciones.

<sup>587</sup> *Ibidem*, p. 389.

<sup>588</sup> En este caso se habla también de *dilatio instrumentorum causa* (Ulp. 1 *de off. cons.* D 50, 16, 99, 3) o de *dilatio personarum causa* (Diocl. CP 3, 11, 1).

<sup>589</sup> Kaser, *ZPR*, §§ 26 n. 73 y 53 n. 46.

<sup>590</sup> La citación se llama *denuntiatio*. Kaser, *RE s. v. testimonium* col. 1049, quien sigue a Mommsen, *Strafrecht*, pp. 183, 408 y ss.

<sup>591</sup> *Exhibere reos* (D 48, 3) también se usa en textos clásicos respecto de personas libres.

La frase final (*aut iudex... permiserit*) refleja derecho posclásico.<sup>592</sup> El emperador Marco Aurelio (citado por Ulpiano 1 *de off. cons.* D 2, 12, 7) dispuso, seguramente por razones de economía procesal, que no se otorgara más de una dilación en cada juicio. Esta regla la menciona también PS 5, 16, 17 (*ex D 2, 12, 10*), aunque referida solamente a causas pecuniarias. Diocleciano (CJ 3, 11, 1 [294]) restringió más la concesión de dilaciones, pues dispuso que sólo se dieran cuando hubiera una razón grave (*ratio urgentissima*) y fuera necesario para la instrucción de la causa (*necessitas desideratae intruccionis exegerit*), y limitó su duración a tres, seis o nueve meses según que la provincia donde se hallaran los documentos o personas fuera la misma en que se litigaba, otra en el continente, o una provincia ultramarina. Los títulos de CT (2, 7) y CJ (3, 11) que tratan sobre las dilaciones no contienen una afirmación de que se pueda dar más de una dilación en un juicio, por lo que puede suponerse que en el derecho de los siglos IV y V no se cambió la regla establecida por Marco Aurelio y precisada por Diocleciano.<sup>593</sup> Pero Justiniano abrió la posibilidad de que el juez concediera excepcionalmente más dilaciones, previa cognición de causa. Así lo dice D 2, 12, 7 *itp.*<sup>594</sup> que las permite en consideración de la utilidad de los litigantes (*utilitatis litigantium gratia*), máxime cuando surge algo imprevisto (*maxime si aliquid inopinatum emergant*). También PS 5, 16, 17 (*ex D 2, 12, 10*) habla de que puede concederse tres dilaciones al reo y dos al acusador en un proceso criminal, previa cognición de causa. PS 1, 12, 9 dice que el juez, en razón de la calidad del negocio (*ex qualitate negotii*) puede conceder más dilaciones, también previa cognición de causa. Aunque las razones que se dan en estos tres textos para conceder más de una dilación

<sup>592</sup> En cambio, Fanizza, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Bari, 1992, pp. 87 y 88, considera que la sentencia refleja el régimen clásico del siglo III, en el que, según ella, el juez tenía libertad para conceder dilaciones, pero no considera los rescriptos arriba citados de Marco Aurelio y Diocleciano.

<sup>593</sup> Así opina Kaser, *ZPR*, § 91 II.

<sup>594</sup> Faber, *Rationalia in Pandectas*, I, p. 149, fue, según *Ind. Int. ad h.l.*, quien por vez primera detectó la interpolación. Él señala la incongruencia de que el rescripto de Marco Aurelio sea corregido por un jurista, y hace ver que el autor de la interpolación conoció el rescripto de Diocleciano CJ 3, 11, 1, pues en la frase interpolada se hace alusión, como en el rescripto, a tener en cuenta el lugar del juicio (*secundum moderamen locorum*) para conceder la dilación.

diferente, todos coinciden en que la concesión tendrá que hacerse previa cognición de causa.

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

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