

TÍTULO 13^a

De iudicato

T. la rúbrica proviene del Breviario. No hay una rúbrica similar en el Edicto; es semejante a la rúbrica *De re iudicata* del título XXXVI, en un lugar muy posterior al título XIV *de iudicis* al que se refiere el título anterior (12) de PS, y que tiene su correspondencia en PS 5,5, que lleva la rúbrica *De effectu sententiarum et finibus litium*.

De las 16 sentencias que contiene este título, las diez primeras se corresponden con el título edictal XIV *de iudicis*. Las sentencias 1^a y 1 se relacionan con el edicto *de noxalibus actionibus* (Lenel § 58). Las otras ocho (1^b a 1^h) se refieren a diferentes cuestiones relativas a las sentencias judiciales, y podrían relacionarse con la introducción al procedimiento que, según Lenel, se hacía en el principio del título XIV *de iudicis*. Estas diez sentencias, como se mencionó arriba,⁵⁹⁵ parecen mejor ubicadas en el título 12 de PS. La sentencia 3, que se refiere al castigo que corresponde a quien falsificaba el Edicto, parece corresponder con la cláusula edictal *de albo corrupto* (Lenel § 7), que se ubicaba en el segundo título del Edicto, por lo que resulta extraña su ubicación aquí. Quizá estaba originalmente relacionada con las sentencias 1, 2 y 5, del título anterior, que se refieren a la pena por usar o falsificar rescriptos.

Las restantes sentencias (2, 4, 5 y 6) tratan de materias correspondientes al título edictal XV *De his quae cuiusque in bonis sunt*. La sentencia 2, que se refiere a la manumisión de un esclavo, quizá estaba relacionada, lo mismo que la sentencia 4, que se refiere a la obligación del vendedor de entregar y hacer la manumisión (¿de un esclavo?) con el Edicto *de publiciana in rem actione* (Lenel § 60). Las sentencias 5 y 6 pueden corresponder al Edicto *de servo corrupto* (Lenel § 63).⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ Ad PS 1,12, sub T.

⁵⁹⁶ Liebs, PS, p. 143.

Considerando que los siguientes ocho títulos de PS (13^b a 20) corresponden a respectivas cláusulas del título edictal XV, se advierte que la materia comprendida, tanto en el título anterior (1,12) como en éste, era considerablemente más amplia que lo que se nos ha conservado y dividida en un número mayor de títulos. Liebs conjetura que las sentencias 1,13^b,5 y 6 formaban parte de un título con la rúbrica *de servo corrupto*; también podría conjeturarse otro título con la rúbrica *de noxalibus actionibus*, que comprendería las sentencias 1^a y 1, y otro con la rúbrica *de publiciana in rem actione*, que comprendiera las sentencias 2 y 4. Pero me parece que no tiene mucho sentido tratar de reconstruir la disposición original de PS, dado el poco material que se nos ha conservado. Lo que sí me parece interesante, para explicar mejor el contenido de las sentencias es, como lo he pretendido hacer, ubicarlas en relación con el orden edictal.

O. Posclásico. La rúbrica de este título no tiene un paralelo en alguna otra fuente jurídica. El título parece haberse creado para aglutinar diversas sentencias procedentes de varios títulos del original que fueron suprimidos.

Au. El autor de la reducción y de la rúbrica puede ser *V.*

1,13^a,1^a (*ex D 2,4,17*). *Eum, pro quo quis apud officium cavet, exhibere cogitur. item eum qui apud acta exhibiturum se esse quem promisit, etsi officio non caveat, ad exhibendum tamen cogitur.*

S. Quien ha dado garantía ante el juez de que presentará a uno (un hijo o esclavo), está obligado a presentarlo; lo mismo quien lo promete en los registros del gobernador o del municipio.

O. Posclásico.

La sentencia, como afirma que uno está obligado a presentar a otro (*exhibere cogitur*),⁵⁹⁷ parece referirse a una relación en la que un padre de familia asume la responsabilidad de presentar a un subordinado, hijo o esclavo. Esto puede ser en dos casos: cuando el padre de familia, de-

⁵⁹⁷ Giménez Candela, T., "Notas en torno al *vadimonium*", *SHDI*, 1982, p. 155 demuestra que las fuentes usan el verbo *exhibeo, ere* para indicar el contenido de la obligación de presentar una cosa o a alguien sujeto a dominio o potestad, mientras que para referirse a la responsabilidad por la comparecencia de una persona libre usan el verbo *sisto, ere*.

mandado por el delito que cometió su hijo o esclavo, hace una promesa de que presentará ante el pretor (o ante el juez en el procedimiento cognitorio) a su hijo o esclavo en un día determinado, promesa que es el *vadimonium* en la acción noxal (Lenel título VII § 21); el padre hacía esta promesa cuando reconocía que el esclavo o hijo era suyo y que lo tenía bajo su potestad, es decir, que tenía la posibilidad de exhibirlo en un día determinado. El otro es la promesa con fiadores (caución) que hacía el padre de familia, cuando reconocía que el hijo o esclavo era suyo pero no podía exhibirlo en ese momento por estar ausente, quizá de viaje o en fuga, por la cual se obligaba a presentarlo tan pronto como pudiera (*cautio cum primum potuerit servum exhibiturum*); a esta caución se refería el Edicto del pretor en la cláusula sobre las acciones noxales (Lenel § 58), que se ocupa en concreto, como lo afirma Lenel,⁵⁹⁸ de la acción *sine noxae deditio*, esto es de la acción que puede darse en contra de aquel que niega tener potestad o dominio sobre el hijo o esclavo que ha cometido un delito. Quien, en cambio, reconocía tener al hijo o esclavo bajo su potestad tenía que presentarlo a juicio o defenderlo (Paulo 18 *ad Ed. D 9,4,22,3: aut exhibere eum debet aut absentem defendere*), en caso contrario se le sancionaba.

La caución de presentar al esclavo en cuanto pudiera parece haberse introducido especialmente para el dueño que reconoce la propiedad sobre el esclavo y no quiere defenderlo, y como no puede comprometerse a exhibirlo en un día determinado, da la caución para así tener un tiempo adicional para exhibirlo y evitar la sanción correspondiente (Paulo 4 *ad Ed. D 2,9,2,1*). La caución consistía en una promesa, avalada por fiadores, de pagar una cantidad de dinero en caso de no presentar el esclavo. El esclavo debía ser presentado, como lo decía la cláusula edictal relativa al *vadimonium* en la acción noxal, en la misma posición jurídica (*in eadem causa*) que tenía cuando se hizo la caución (Lenel § 21). Los juristas discutieron en qué consistía esa entrega "*in eadem causa*" (Ulp. 7 *ad Ed. D 2,9,1,1*), señalando, entre otras, que no entregaban en la misma condición jurídica aquel que lo hubiese enajenado antes de entregarlo.

La sentencia parece referirse al *vadimonium* en la acción noxal o la caución de exhibir al esclavo, como lo sugiere el que hable de una obligación de exhibir a otro. Quizá sea más probable que se refiriera a la cau-

⁵⁹⁸ Lenel, p. 161.

ción porque utiliza el verbo *caveo*,⁵⁹⁹ y por la ubicación de esta sentencia, junto con las sentencias 1, 2 y 3 de este título, que parecen corresponderse con el título XIV del Edicto y especialmente con la cláusula edictal sobre las acciones noxales (Lenel § 58), y no con el título VII del Edicto (*de vadimoniis*).

En la primera frase afirma que asume esta obligación quien lo garantiza ante un oficio público (*apud officium cavit*), lo que puede significar ante la oficina del juez competente y no ante el pretor, dado que las sentencias suelen referirse al procedimiento cognitorio.⁶⁰⁰ En éste, la promesa de comparecer en principio no hacía falta puesto que la citación del demandado es un acto público, de modo que si el demandado no comparecía, el juez podía seguir el juicio en rebeldía y dictar sentencia. Pero en algunas provincias, como Egipto y Sicilia,⁶⁰¹ se siguió pidiendo la promesa de comparecer, dirigida no a la contraparte, sino a los funcionarios judiciales. La sentencia parece reflejar esa práctica provincial.

La segunda frase (*item eum... non cavitur*) sólo afirma que tiene la misma obligación quien la asume, no ante los funcionarios judiciales, sino mediante un registro (*apud acta*). Esto parece ser una aclaración respecto de una práctica propia del lugar del autor de las PS. En la sentencia 1,3,1 (que no procede del Digesto) también se dice que son válidos los nombramientos de representantes hechos ante los registros (*acta*) del gobernador (*praesidis*) o del magistrado municipal (*magistratus*). En esto la sentencia también refleja el derecho provincial.

Au. A, que transmite las prácticas provinciales. La primera frase de la sentencia (*Eum... exhibere cogitur*), que parece no afirmar nada importante, pues sólo dice que quien promete y garantiza exhibir está obligado a hacerlo, pudo escribirse en relación con un texto que trataba de la obligación de exhibir *in eadem causa*, y como esto último no se comprendía, se pudo suprimir.

⁵⁹⁹ En el tenor de las cláusulas edictales que se nos han conservado respecto del *vadimonium* (Lenel §§ 17-24) se habla en todas de *vadimonium facere*, salvo la relativa al de la acción noxal (Lenel § 21) que habla de *cavere*; es posible que la caución sustituyera al *vadimonium*.

⁶⁰⁰ Véase Giménez Candela, "Notas en torno al *vadimonium*", *SHDI*, 1982, p. 153.

⁶⁰¹ De Egipto dan testimonio los papiros BGU II 581 y Grenf. II 62, sobre los cuales trata La Rosa, en *Studi Betti* III, Milano, 1962, p. 237. De Sicilia, la *epistula* de Vinicius 20-22 de las inscripciones de Cumas, de la cual trata Kunkel, *Studi Betti* II, *cit.*, aquí, pp. 618 y ss.

Considerando que la práctica de hacer la promesa de comparecer a los funcionarios judiciales ya se daba en provincias en el siglo III, se excluye la posibilidad de que la sentencia hubiera sido interpolada con ese fin por los compiladores del Digesto. Antes bien, como afirma La Rosa,⁶⁰² la sentencia parece ser una prueba de que esas promesas se practicaban en otra provincia (en Numidia, según la opinión de Liebs) además de en Egipto y Sicilia.

1,13^a,1 *Qui exhibiturum se aliquem iudicio caverat, mortuo eo pro quo caverat periculo cautionis liberatur.*

S. Quien dio garantía de que exhibiría en juicio a uno (hijo o esclavo), se libera de su responsabilidad si muere aquel por el cual dio la garantía.

O. Clásico.

Esta sentencia parece referirse, como la anterior, a la promesa de presentar al esclavo o hijo en cuanto pudiera (*cautio quum primum potuerit se exhibiturum*) a la que se refiere Paulo (6 *ad Ed.* D 2,9,2,1).

Si el esclavo o hijo que debía ser presentado muere, evidentemente queda liberado de su responsabilidad aquel que había asegurado su comparecencia, como lo dice Ulpiano (7 *ad Ed.* D 45,1,69) refiriéndose directamente al caso de la muerte de un esclavo cuya comparecencia se había asegurado. Pero si el esclavo murió por consecuencia de un acto realizado por quien había prometido su comparecencia, entonces no se libera y queda obligado a pagar la cantidad que hubiera prometido (Paulo 1 *ad Plautium* D 2,11,10,1).

La sentencia refleja, aplicada al caso concreto, la regla clásica de que el deudor no está obligado a lo imposible, misma que transmite Ulpiano en el lugar citado diciendo que no se impone una pena por no hacer lo que es imposible (*nec poena rei impossibilis committetur*). Pero no menciona el caso distinto de que el deudor hiciera algo para provocar la muerte del esclavo, siendo que en otra sentencia (PS 5,7,4) se dice que si la cosa que alguien prometió perece por acto del promitente, se mantiene su responsabilidad.

⁶⁰² La Rosa, *Studi Betti* III, Milano, 1962, p. 329.

Au. A, que hace una regla general sin considerar los casos en que el deudor sigue siendo responsable. Las palabras de la sentencia “*exhibiturum se cavere*” recuerdan el nombre de la caución “*cautio... se exhibiturum*”.

1,13^a,1^b (*ex D 42,1,45pr*) *Acta apud se habita, si partes consentiant et iudex hoc permiserit, potest iubere ea die circumduci, nisi vel negotium vel lis terminata est.*

S. El juez, si las partes lo acuerdan y él lo permite, puede ordenar la revocación de los actos que se hayan hecho ante él el mismo día, siempre que el negocio o litigio no haya concluido.

O. Posclásico. La sentencia contiene una regla que parece no tener correspondencia con alguna otra fuente jurídica.

El verbo *circumduco, ere* con significado de anular aparece en otras fuentes del siglo III.⁶⁰³ En un rescripto de Marco Aurelio y Vero, citado por Ulpiano (*de of. cons.* D 40,12,27,1), respecto de un caso en alguien que discutía la libertad de otra persona y que dejó de presentarse en juicio, se le dice a los jueces⁶⁰⁴ que conocen el caso que ofrezcan al demandado dos alternativas para que escoja la que prefiera: que se anule el juicio (*cognitionem circumduci*) o que se continúe y se dicte sentencia, la cual por regla general se limitará a decir que el demandado no es esclavo del actor, y sólo en casos excepcionales podrá declarar que es libre de nacimiento. El texto contiene un caso en que el juez puede ordenar la nulidad de lo actuado, con la conformidad de una de las partes. En otro texto presuntamente de Ulpiano (*de omn. trib.* D 5,1,73,1 y 2) se propone el caso de alguien que solicitó al juez un edicto perentorio (*edictum perentorium*), esto es un edicto por el que se advierte al demandado que

⁶⁰³ Búsqueda en BIA voz “*circumdu**”. Aparece el verbo *circumduco* o el nominativo *circumductio* en cuatro lugares del Digesto: 5,1,73,1 y 2; 37,11,1,11; 40,12,27,1 y 49,1,22, y en CJ 7,43,6 (Valerio y Galieno, siglo III). En otros lugares de CJ aparece con otro sentido: 7,5,1 (530): borrar un nombre, y 8,48,6 (530): rodeo, engaño. Lo mismo en dos de CT: 4,8,5 (322) *caminata* en derredor; 10,10,27,3: estar rodeado, acosado. No aparece ni en las instituciones de Gayo ni en las de Justiniano; entre las fuentes de los siglos IV, y V, sólo aparece otras dos veces, y con otro sentido, en PS 3,5,8: camino rodeado de ladrones y 5,5A,10: engaño.

⁶⁰⁴ Los procesos de libertad se tramitaban, desde Antonino Pío, ante la jurisdicción extraordinaria de los cónsules; véase Kaser, *ZPR*, §§ 68 n. 60 y 69 n. 24.

de no presentarse se seguirá el juicio en su ausencia y se resolverá a favor del actor si se cumplen los presupuestos ordinarios de la acción,⁶⁰⁵ y resulta que quien solicitó el Edicto deja de presentarse a juicio y la otra parte sí se presenta, entonces, dice el jurista, debe anularse el Edicto (*circumducendum erit edictum*) y suspenderse el conocimiento de la causa, sin dictarse sentencia; añade que el efecto de esta anulación del Edicto es que sólo se deshace la instancia en la que se dictó el edicto (*instantia tantum perierit*), pero puede volver a litigarse todo el asunto. En este texto es el propio juez quien ordena la anulación de la instancia, sin necesidad de la conformidad de las partes, pero motivado por la ausencia del actor.

Hay un rescripto de los emperadores Valerio y Galieno (CJ 7,43,6) que refiere el caso de un gobernador de provincia que anuló una causa de apelación (*causam appellationis... circumduxit*), debido a que los actores dejaron de comparecer.

Teniendo en cuenta la posibilidad de anular un juicio por la ausencia del actor, puede aclararse el sentido de una breve respuesta de Papiniano (2 *resp.* D 49,1,22), quien dice que un juicio (*cognitio*) remitido al emperador, puede ser anulado (*circumduci*) por el mismo juez que lo remitió.⁶⁰⁶ Quizá se trate de un juez que pide al emperador una opinión, mientras él sigue conociendo el caso, y puede, por la ausencia del actor, anular el procedimiento (*circumduci cognitionem*), lo cual no implica menospreciar o desatender la opinión del emperador.⁶⁰⁷

En todos estos textos, que se refieren al procedimiento cognitorio, la anulación del procedimiento o de la instancia es una decisión del juez provocada por la ausencia del actor, y no, como dice la sentencia, por el consentimiento de las partes. Pero puede ser que la ausencia del actor fuera previamente convenida por las partes. Cicerón (*pro Quinto Roscio* 11,32 *passim*) informa de un convenio por el que el actor, a cambio de recibir algo, deja de presentarse a juicio para facilitar así la absolución del demandado. Paulo (11 *ad Ed.* D 4,3,20,1 y 25) da noticia de dos casos en que el actor, engañado por el demandado permite (§ 21: *absolvi te passus sim*) o consciente (§ 25: *consentiente me absolveveris*) que salga absuelto. Cabe suponer que lo que hace el actor en ambos casos es dejar de

⁶⁰⁵ Kaser, *ZPR*, § 71 II.

⁶⁰⁶ Lenel, *Pal.* I col. 889 no encuentre rúbrica bajo la cual pudiera ser ubicado el texto.

⁶⁰⁷ Esta posibilidad de que el juez ordinario remita al emperador una causa aun no fallada se reconocía en el procedimiento cognitorio, Kaser, *ZPR*, § 67 III.

presentarse en juicio para que el demandado pueda ser absuelto.⁶⁰⁸ Esta práctica pudo también usarse en el procedimiento cognitorio, de suerte que las partes, en primera o segunda instancia, podían convenir que el actor dejara de presentarse para que el juez fallara a favor de la otra parte. La práctica de estos convenios pudo ser algo establecido, pues Ulpiano (12 *ad Sab.* D 38,17,1,12) dice que el senadoconsulto Orficiano se refería a las causas juzgadas, transigidas o terminadas (*iudicata, transacta, finitave*) y explica que las causas terminadas son aquellas que quedan como apaciguadas o desactivadas (*sopita*) por efecto del consentimiento o del silencio prolongado (*vel consensu vel longo silentio*), es decir de la inactividad procesal.

La sentencia podría reflejar esa práctica y de ahí que requiriera el consentimiento de las partes. Pero cabe notar que no se refiere en particular a la anulación del proceso (de la *cognitio*) como dicen los otros textos, sino a la anulación de los actos (*acta*) celebrados ante el juez, expresión que puede designar todo el proceso o conjunto de actos procesales, o también actos procesales en particular u otros actos además de los propiamente procesales, como podrían ser nombramientos de tutores o curadores, emancipaciones y otros. La regla que transmite la sentencia podía haberse originado en la costumbre de convenir la ausencia del actor para favorecer al demandado, pero parece haberse ensanchado hasta admitir que cualquier acto celebrado ante el juez puede ser anulado por el consentimiento de las partes, autorizado por el juez. Esto puede ser una regla aplicable en la jurisdicción local del compilador de PS, es decir una regla del derecho provincial.

La frase final de la sentencia que excluye la invalidación de los actos procesales cuando el negocio o litigio estuviere ya terminado (*nisi vel negotium vel lis terminata est*) parece dirigida a excluir que pueda convenirse algo respecto de una sentencia, de acuerdo con la regla, recogida en el rescripto de Antonino Caracala y Septimio Severo (citado por Ulp.

⁶⁰⁸ Da referencias sobre estos convenios Kaser, *ZPR*, § 42, n. 20; sobre ellos trata Amirante en *Studi Betti* III, Milano, 1962, pp. 32 y ss. Los textos citados de Paulo parecen referirse al procedimiento formulario, pues las soluciones que da a los casos, son recursos típicos: en el primer caso, la acción de dolo, y en el segundo una *in integrum restitutio*. La admisión de esta forma de terminar las controversias quizá la facilitó la regla clásica de que en todos los juicios el demandado puede salir absuelto si cumple, antes de la sentencia, la reclamación del actor (*omnia iudicia sunt absolutoria*).

43 *ad Sab.* D 12,6,23,1), de que no vale la transacción respecto de una sentencia firme.⁶⁰⁹

Au. A., que fiel a su estilo formula una regla general. No encontré⁶¹⁰ alguna fuente de los siglos IV o V que pudiera explicar el contenido de esta sentencia, por lo que conjeturo que se explica como rasgo propio de la provincia de *A.*

1,13^a,1^c (*ex D* 42,1,45,1) *De amplianda vel minuenda poena damnatorum post sententiam dictam sine principale auctoritate nihil est statuendum.*

S. La pena definida en la sentencia de un procedimiento criminal no puede aumentarse ni disminuirse sin la autorización del príncipe.

O. Clásico. En el procedimiento penal de la época republicana, la sentencia podía ser recurrida por el condenado solicitando la intercesión (*intercessio*) de algún magistrado o del tribuno del pueblo. El efecto de la intercesión era anular la sentencia recurrida haciendo imposible su ejecución.⁶¹¹ Con el procedimiento penal cognitorio se introdujo, en vez de la intercesión ante el magistrado, la posibilidad de apelar al príncipe contra las sentencias dictadas por los funcionarios judiciales. Por esta apelación se conseguía, no anular la sentencia, sino una nueva sentencia que confirmaba o modificaba la sentencia anterior.⁶¹²

El fragmento de PS que aquí se analiza se refiere a esta posibilidad de apelar al príncipe respecto de alguna sentencia penal, en términos que pretenden remarcar que sólo el príncipe puede modificar la sentencia. Parece que, de hecho, era frecuente que los gobernadores modificaran ellos mismos las sentencias que dictaban, porque hay otros textos que insisten en que sólo el príncipe puede reformar una sentencia penal. Así, Calístra-

⁶⁰⁹ Véase *supra* PS 1,1,1 y 1,1,5^a *sub O.*

⁶¹⁰ Véase *supra* la nota 602 de este título.

⁶¹¹ Mommsen, *Strafrecht*, p. 463.

⁶¹² *Ibidem*, pp. 465 y ss., así como 469 y ss. Por otra parte, el emperador tiene el derecho de gracia, es decir de conceder el indulto a los condenados; pero este derecho, cuyo origen está en la *provocatio ad populum* por la que el ciudadano podía conseguir que el pueblo reunido en comicios suspendiera la ejecución de una pena de muerte, no se refiere a la modificación de una sentencia, que es lo que contempla el texto de PS que aquí se analiza.

to (*De cognit.* D 48,19,27) cita dos rescriptos de Marco Aurelio y Lucio Vero que ordenan que los gobernadores no modifiquen las sentencias que dictaron, y añade el jurista que es posible modificar las penas definidas en una sentencia, pero esto solamente lo pueden hacer los emperadores (*id dumtaxat a principibus fieri potest*). También Ulpiano (10 *de off. proc.* D 48,19,9,11) dice que para modificar una sentencia penal debe acudirse a la autoridad del príncipe (*verum referre ad principem debet, ut ex auctoritate eius poena aut permutetur aut liberaretur*).⁶¹³

Au. A., que formula la regla interesado principalmente en la jurisdicción de los gobernadores. Como la regla se da respecto de los denominados *damnati*, que son ordinariamente los condenados en un proceso capital,⁶¹⁴ y con ese sentido aparece el término en otras sentencias: 3,4^a,9; 5,3,5; 5,4,9; 5,4,22, quizá se refiere sólo a esas sentencias y no a todas.

1,13^a,1^d (*ex D 42,1,45,2*) *Contra indefensos minores tutorem vel curatorem non habentes nulla sententia proferenda est.*

S. Los jueces no deben dictar sentencia en contra de menores indefensos que carecen de un tutor o curador.

O. Posclásico.

En el proceso cognitorio clásico, se llegó a considerar nula la sentencia dictada en contra de un menor en edad pupilar (menor de 14 años) que no tenía tutor.⁶¹⁵ Así lo dice expresamente un rescripto de Gordiano (CJ 3,6,1 [239]). En cambio, se reconocía que el púber menor de 25 años (al que se denomina *minor* o *adultus*) tiene plena capacidad procesal, por lo que podía actuar y defenderse en juicio sin necesidad de un curador, aunque, si resultaba que fue engañado durante el juicio, podía pedir la *in integrum restitutio*; esta posibilidad la tuvo el menor aun cuando hubiera estado asistido durante el juicio por un curador, como lo afirma un rescripto de Alejandro Severo (CJ 2,24,2 [223]).

La capacidad procesal de los menores de 25 años cambió en la segunda mitad del siglo III. En un rescripto de Diocleciano (CJ 2,26,2 [286]) se instruye a un gobernador que tenga por nulo el juicio que se diera

⁶¹³ Repite la necesidad de acudir al emperador en 8 *de off. cons.* D 48,18,1,27 *i.f.*

⁶¹⁴ Heumann-Seckel, *s.v. damnare*.

⁶¹⁵ Kaser, *ZPR*, § 71 n. 72. Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extraordinaria*, Milano, 1965, pp. 242 y ss.

respecto de unos menores, sin especificar si son impúberes o púberes, e indefensos (*minores... et indefensos*), es decir, como se colige de la frase siguiente del rescripto, que no tuvieron la asistencia de algún tutor o curador; añade el rescripto que aun en el caso de que esos menores fueran defendidos en juicio con la asistencia de sus tutores o curadores (*justa defensione tutorum vel curatorum vobis assistente*), podrán ellos pedir la *in integrum restitutio* respecto de la sentencia.⁶¹⁶ El rescripto, por una parte, equipara la posición de los púberes e impúberes, comprendiéndoles ambos bajo el término de *minores*, lo cual también implica hacer una equiparación, al menos en este punto, entre los tutores de los impúberes y los curadores de los púberes menores de 25 años; por otra parte, el rescripto distingue el efecto de una sentencia dictada contra un menor, diciendo que si careció de la asistencia de su tutor o curador la sentencia es nula, pero si contó con esa defensa, la sentencia es válida aunque impugnabile por medio de la *in integrum restitutio*.⁶¹⁷ Años más tarde, el mismo emperador dio otro rescripto (CJ 3,6,2 [294-305]) donde aclara que los pupilos pueden demandar o ser demandados con la autorización de su tutor, y los menores con el consentimiento de su curador. Esta disposición implica que ni el pupilo ni el menor tienen capacidad procesal por sí mismos, y aunque el rescripto señale con claridad la diferencia entre pupilo y tutor respecto de menor y curador, a ambos los trata igual, lo mismo que en el rescripto anteriormente citado.

Constantino da un paso más adelante en esta evolución tendiente a limitar la capacidad procesal de los menores. Establece claramente (CT 2,4,1 [319]) que ni los menores (*minores= impuberes*) ni los púberes menores de 25 años (*adulti= puberes menores*) pueden ser demandados o demandar judicialmente, sin la intervención de sus respectivos tutores o curadores. Es notable que en este texto, que no pudo ser interpolado por Justiniano, se dé la misma regla sobre capacidad procesal a los dos tipos

⁶¹⁶ La traducción latina del escolio respectivo de los Basílicos interpreta el rescripto diciendo que la sentencia es nula sin necesidad de la *in integrum restitutio* (*neque valet sententia, neque vobis in integrum restitutio necessaria est*).

⁶¹⁷ Es distinto el caso previsto en el rescripto de Valerio y Galieno (CJ 7,43,6), comentado arriba (ad PS 1,13A,1c) donde el gobernador suspende (*circumduci*) el conocimiento de una apelación, por la ausencia de los apelantes que eran unos menores que carecían de curadores; el rescripto resuelve que el gobernador debe volver a conocer el asunto, es decir anular su decisión de suspenderlo, para no perjudicar a los menores que carecían de curador.

de menores. En otra constitución emitida el mismo año (CT 3,17,1= CJ 5,34,11) afirma que los menores púberes no tienen capacidad jurídica si carecen de curadores (*non prius puberem iusta habere personam, nisi... curator datus*). En estas disposiciones ya no se habla de anulación de la sentencia sino de la imposibilidad de seguir el juicio si falta el curador o el tutor.

La sentencia refleja la situación jurídica de la segunda mitad del siglo III, señalando que es nula la sentencia proferida contra un menor, expresión en la que comprende a todo menor de 25 años, sea púber sea impúber, sin la asistencia del curador o tutor.

Au. A, que parece seguir el rescripto de Diocleciano (CJ 2,26,2 [286]), que fija la misma regla y tampoco distingue si los menores son o púberes o impúberes, e igualmente habla de la falta de tutores o curadores.⁶¹⁸

Se ha dicho⁶¹⁹ que esta sentencia, lo mismo que el rescripto de Diocleciano, fueron interpolados por Justiniano, con el fin de hacer aplicable a los *minores* que carecían de curador, la regla que originalmente se había dado sólo respecto de *pupili* que carecían de tutor. De ser así, habría que concluir que la sentencia es de *D*.

Pero cabe advertir, por una parte, que en el otro rescripto de Diocleciano citado (CJ 3,6,2) que habla en términos clásicos, distinguiendo entre el pupilo y su tutor y el menor y su curador, y distinguiendo además entre la *auctoritas* del tutor y el consentimiento del curador, se da para ambos la misma regla de incapacidad procesal. Por otra parte, en un rescripto de Diocleciano, recogido en el Código Gregoriano (10,13,1), del año 287, se dice que es de derecho conocido que las sentencias en contra de los ausentes indefensos, máxime si son menores, son nulas; este rescripto parece referirse, en su alusión a los menores, al del año 286 que señala la nulidad de las sentencias dictadas contra ellos, y confirma que la regla es del tiempo de Diocleciano. Además, las constituciones citadas de Constantino, que no fueron interpoladas por los compiladores de Justiniano, enfatizan esa misma regla, de modo que no introducen algo totalmente nuevo sino que continúan una evolución ya antes incoada, que llevará a la generalización del uso del término *minores* para referirse a los menores de 25 años sin distinguir si son púberes o impúberes.⁶²⁰

⁶¹⁸ Así también opina Cervencia, *BIDR* 75, 1982, p. 300, n. 12.

⁶¹⁹ Solazzi, *La minor età nel diritto romano*, Roma, 1912, p. 223.

⁶²⁰ Kaser II, p. 116.

1,13^a,1^e (*ex D 42,1,54 pr*) *Contra pupillum indefensum eumque qui rei publicae causa abest vel minorem viginti quinque annis propositum peremptorium nihil momenti habet.*

S. El *edictum peremptorium*, por el que se advierte a la parte que no ha comparecido a juicio que se seguirá en contumacia si no se presenta en una fecha determinada, cuando ha sido dictado contra un pupilo indefenso, un ausente por causa de utilidad pública o un menor de 25 años, no produce efecto alguno. Al decir que no produce efecto alguno, implica que la sentencia dictada como consecuencia del edicto, tampoco produciría efecto.

O. En parte clásico.

Ese Edicto se daba en el procedimiento cognitorio, y daba lugar, si la parte citada no comparecía, a que el juez siguiera el juicio y dictara sentencia considerando únicamente las pruebas presentadas por la contraparte.⁶²¹

La sentencia se refiere a tres supuestos distintos: el pupilo indefenso, el ausente por causa de utilidad pública y el menor de 25 años. Respecto del pupilo indefenso, es decir del que carece de tutor, se consideraba, ya en un rescripto de Gordiano (CJ 3,6,1 [239]), que la sentencia era nula, por lo cual tampoco tendría efecto el edicto perentorio dictado contra él. En el caso de un ausente por causa de utilidad pública, la sentencia dictada en su contra, podía, en el procedimiento ordinario, ser impugnada por la *in integrum restitutio*. En el procedimiento cognitorio, se consideró que la sentencia era válida, pero apelable, y este régimen se mantuvo en la primera mitad del siglo III.⁶²² El régimen va a cambiar en tiempo de Diocleciano (CJ 7,43,10 [291]), quien establece la regla de que es nula la sentencia dictada en contra del ausente, si bien requiere que la ausencia no sea voluntaria sino urgida por alguna necesidad. La sentencia dictada contra los menores de 25 años que carecen de curador, como lo indica la PS anterior, se tuvo como nula en tiempo de Diocleciano. En el caso de que se citara perentoriamente a un menor que está auxiliado por su tutor o curador, pero no acude y se le condena como contumaz, puede pedir la *in integrum restitutio* respecto de la sentencia (Hermogeniano 2 *iur. epit.* D

⁶²¹ De este Edicto trata también PS 5,5A,7(6).

⁶²² Véase Orestano, *L'appello civile in Diritto Romano*, 2a. ed., Torino, 1953, pp. 355 y ss.

4,4,7,12).⁶²³ El texto que se comenta refleja el régimen vigente en tiempo de Diocleciano.

Au. A, que formula la regla descuidadamente sin precisar que los menores a que se refiere también deben ser indefensos, como los pupilos que menciona en primer lugar. Respecto del ausente, se refiere sólo al que lo es por causa de utilidad pública (*rei publicae causa*), cuando ya Diocleciano había ampliado el supuesto a toda ausencia necesaria, como también lo dice PS 1,7,2. Puede ser que la sentencia se relacione con el rescripto de Diocleciano conservado en el epítome de Código Gregoriano (CG 10,13,1) que dice que es nula la sentencia dictada en contra de ausentes y menores indefensos.

1,13^a,1^f (*ex D 42,1,54,1*). *Is qui ad maius auditorium vocatus est, si litem inchoatam deservit, contumax non videtur.*

S. Si alguien abandona un litigio porque es llamado a acudir al tribunal imperial, no es tratado ni condenado como contumaz.

O. Clásico. En el proceso formulario, en la etapa *apud iudicem*, si una de las partes se ausenta sin causa justificada, el juez dicta sentencia en su contra.⁶²⁴ En el proceso cognitorio se sigue aplicando esta regla, pero para determinar que una parte se había ausentado injustificadamente, es decir que era contumaz, se requiere una triple citación o la publicación del *edictum peremptorium*, y si el requerido no comparece, el juez dicta sentencia. Sin embargo, la sentencia dictada contra el ausente podía ser declarada nula, como lo prevé la PS anterior, cuando la ausencia era justificada por causa de utilidad pública. Esta PS parece simplemente decir que el ser llamado al tribunal imperial es una causa de ausencia justificada. Hermogeniano (1 *iur. epit.* D 42,1,53), jurista contemporáneo del autor de PS, dice que no es contumaz el que no asiste por causa de su mala

⁶²³ Aru, L., *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1971, pp. 193 y 194, cita que Steinwerter, *Versäumnisverf.*, p. 59, considera que no hay contradicción entre la sentencia y el texto de Hermogeniano, porque éste se entiende referido a menores debidamente defendidos y la sentencia a menores indefensos, lo cual me parece bien: aunque Aru rechaza en parte esta opinión por considerar que el medio para anular la sentencia es la *in integrum restitutio*, y no considera que la nulidad de la sentencia en el procedimiento cognitorio se puede dar sin necesidad de acudir a la *i.i.r.*

⁶²⁴ Kaser, *ZPR*, § 54 V, aunque no es seguro que la regla se aplicara sin excepciones.

salud, o de una ocupación de mayor importancia (*maioris causae occupatio*), en lo cual bien podía caber el ser llamado al tribunal imperial.

Au. A., que transmite un criterio concreto comprendido en la regla general expresada en la sentencia precedente. La expresión *litem inchoatam* (iniciado el litigio) en vez de *litis contestatam* (convenido el litigio), como podría esperarse en un texto referido al procedimiento formulario, simplemente indica que *A* se refiere al procedimiento cognitorio y no es un indicio de una interpolación de *D.*⁶²⁵

La palabra *auditorium*, que usa la sentencia, designa en fuentes clásicas el consejo del emperador,⁶²⁶ es decir el grupo de juristas que asesoran al emperador en sus decisiones judiciales y legislativas, y luego significó el tribunal del emperador, como en Ulpiano (11 *ad Ed.* D 4,4,18,1 y 2), donde hablando del emperador se refiere al *auditorium suo*. Como también se formó un consejo del prefecto del pretorio (Paulo 3 *quaest.* D 12,1,40) y posiblemente de otros funcionarios, para designar el *auditorium* del emperador se le calificó con algún adjetivo como *sacrum* (Cs 9,1), o *publicum* (Marcelo 5 *de off publ.* citado por Marciano *De delat.* D 40,15,1,4), o *maius*, como en esta sentencia.⁶²⁷

1,13^a,1^g (*ex D* 42,5,38 *pr*) *Bonis venditis excipiuntur concubina et liberi naturales.*

S. Al venderse los bienes de un deudor insolvente, se exceptúan de la venta su concubina esclava y los hijos de ella, que son a la vez sus esclavos.

O. Clásico. En el derecho clásico de la prenda, cuando ésta versa sobre todo un patrimonio, se entiende que ciertos bienes quedan excluidos, como los niños expósitos (*alumni*), la concubina, los hijos naturales y las cosas de uso cotidiano. Así lo dispone todavía un rescripto de Severo y Antonino Caracala (CJ 8,16,1 [197]), que excluye a los hijos expósitos y a todas las demás cosas que ninguno está dispuesto a pignorar en particular (*et ceteras res, quas neminem credibile est pignori specialiter*

⁶²⁵ Véase Solazzi, “*Litem (actionem iudicium) inchoare*”, *Scritti de Diritto Romano*, 5, Napoli, 1972, pp. 315 y ss.

⁶²⁶ Véase Humbert, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 1926, s.v. *auditorium principis*.

⁶²⁷ En PS 1,1A,1 se usa la palabra *auditorium* para designar un tribunal local.

daturum fuisse). Esta razón general del rescripto dio pie para que se fueran precisando⁶²⁸ algunas cosas que quedaban excluidas como el menaje de casa, la ropa, las cosas de uso cotidiano, y los menciona expresamente Ulpiano (73 *ad Ed.* D 20,1,8) la concubina esclava, los hijos naturales esclavos. PS 5,6,16 también excluye, junto con los hijos expósitos (*alumni*) a la concubina y a los hijos naturales. Constantino (CT 2,30,1 [315]) hace nuevas exclusiones: los esclavos y los bueyes que sirven para el arado de la tierra.

En el procedimiento cognitorio clásico, para la ejecución patrimonial de una sentencia que obliga al pago de una cantidad, el juez ejecutor puede ordenar la toma en prenda bienes del deudor (*pignus ex iudicati causa captum*) para asegurar el pago de la sentencia en caso de que el deudor no pague en un plazo determinado.⁶²⁹ Los bienes que se toman en prenda en primer lugar son los muebles, en especial el ganado y los esclavos, luego los inmuebles y finalmente los créditos (Ulpiano 3 *de off. cons.* D 42,1,15,2).

Pero la sentencia no se refiere a esta toma de prendas, sino, como dice el texto, a la venta de todos los bienes o ejecución patrimonial del deudor por no haber pagado, y aplica a esta ejecución, que se hacía respecto de todo el patrimonio, las exclusiones que se habían considerado respecto de la prenda convencional de todo el patrimonio. No es creíble, como sugiere Kaser,⁶³⁰ que la sentencia se refiriera a la ejecución concursal en el procedimiento formulario, pues las PS se publican cuando ese procedimiento ya había desaparecido.

Au. A.

1,13^a,1^h (*ex* D 42,5,38,1) *Res publica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur.*

S. En una liquidación concursal, la ciudad que es acreedora tiene preferencia respecto de todos los acreedores “quiropgrafarios”, es decir de los que solo tienen una acción personal contra el deudor.

⁶²⁸ Así Ulpiano, 73 *ad Ed.* D 20,1,6 y 8; Paulo 68 *ad Ed.* D. *h.t.* 7. Para justificar la exclusión de algunas cosas, Ulpiano aduce las mismas palabras del rescripto: *res quas neminem credibile est pignori speciliter daturum fuisse.*

⁶²⁹ Kaser, *ZPR*, § 76 II.

⁶³⁰ *Ibidem*, § 58 n. 25.

O. Posclásico.

En el procedimiento cognitorio clásico, además de la ejecución concursal sobre todo el patrimonio, que sigue ordinariamente las reglas del procedimiento formulario, fue posible hacer una ejecución especial sobre bienes particulares. Esta ejecución especial llegó a ser, en el siglo III, la forma ordinaria de hacer cumplir las sentencias en las provincias.⁶³¹ Para llevar a cabo la ejecución de una sentencia que condenaba a pagar una suma de dinero, el juez ordenaba que se tomaran bienes del deudor a fin de venderlos y pagar con el precio adquirido (*pignus in causa iudicati captum*); si los bienes tomados eran de la propiedad de otro, éste podía rescatarlos, o si estaban previamente pignorados en favor de otro acreedor, éste podía hacer efectivo su derecho de prenda sobre esos bienes, es decir que la prenda judicial no daba un derecho de ejecución preferente frente a otros acreedores prendarios. Sin embargo, la ejecución concursal subsistió, aun en el proceso de la época de Justiniano, como la forma de ejecución más conveniente en el caso de que los bienes del deudor no alcanzaran a satisfacer a todos los acreedores; en este caso, una ejecución especial causaría perjuicios a los demás acreedores.⁶³² Podría suceder que en un proceso iniciado por un acreedor que daba lugar a una ejecución especial para pagar su crédito, se llamara a participar a los otros acreedores y se hiciera una ejecución concursal.

Esta sentencia parece referirse al procedimiento ejecutivo cognitorio, pero llama la atención que indique que la ciudad, en general, lo que puede entenderse en el sentido de cualquier ciudad, tiene una preferencia respecto de los demás acreedores quirografarios. En la época clásica, el fisco imperial tenía, en un concurso de acreedores, el privilegio de cobrar en primer lugar e íntegramente su crédito, en tanto alcanzara con la venta de los bienes del deudor;⁶³³ así PS 5,12,10 dice que el privilegio del fisco (*privilegium fisci*) es tener el primer lugar entre todos los acreedores. Este mismo privilegio parece que se concedió a otras ciudades, porque Marciano dice (*sing. de delat.* D 50,1,10), que ninguna ciudad tiene un privilegio sobre los bienes del deudor, a no ser que se le hubiera expresamente concedido por el príncipe. Papiniano habla de un privilegio de la ciudad de Celesiria respecto de los bienes de un deudor difunto, pero

⁶³¹ *Ibidem*, § 76 II.

⁶³² *Ibidem*, §§ 76 II y 96 V.

⁶³³ D'Ors, *DPR*, § 116.

parece que se trata de otro tipo de privilegio que se estableció en la propia ley de la ciudad y solo respecto de deudores difuntos. En un rescripto de Antonino Pío (CJ 11,30,2) se dice que una ciudad no tiene derecho de prenda sobre un fundo, a no ser que lo hubiera constituido voluntariamente o que se le hubiera concedido tal beneficio, se entiende que concedido por alguna decisión imperial.

La situación de las ciudades sin privilegio parece haber sido, en la segunda mitad del siglo III, igual a la de otros deudores. Si tenían un crédito solo exigible por acción personal, su posición era exactamente igual a la de los otros acreedores con acción personal, como lo dice expresamente un rescripto del emperador Antonino Pío (CJ 11,30,2). A principios del siglo III, en un rescripto del emperador Antonino Caracala (CJ 8,17,3 [213]) se dice que si un acreedor tenía un derecho de prenda, antes de que el deudor quedara obligado con la ciudad, el derecho de prenda del acreedor ordinario se respetaba y se seguía la regla común: *prior tempore potior iure*. En otro rescripto del mismo emperador, dos años después (CJ 8,17,4 [215]), se da una solución diferente, para un caso también diferente, que concede cierta preferencia a la ciudad; se trata de un deudor de una ciudad (Heliópolis, en concreto) que fallece sin haber pagado la deuda, y la ciudad obtiene que un juez la ponga en posesión de todos los bienes (*rerum... possessionem missa esse*) de la herencia y también en los del heredero; como se presenta el hijo de un acreedor de la herencia, alegando que su crédito es anterior a la sentencia, el rescripto resuelve que la ciudad tiene preferencia por derecho de prenda (*iure pignoris*) respecto del acreedor con acción personal, puesto que ha ocupado los bienes por causa de ejecución de sentencia (*servandi iudicati causa occupavit*). La diferente solución de este rescripto en comparación con el emitido dos años antes que respetaba el derecho del acreedor pignoraticio puede deberse a que considera, no el derecho de un acreedor pignoraticio en comparación con el derecho de una ciudad acreedora, sino el derecho de una ciudad que tiene un derecho de prenda judicial respecto de todos los bienes del deudor en comparación con el derecho de un acreedor con un crédito anterior; por eso el rescripto justifica la mejor posición de la ciudad diciendo que es por derecho de prenda. El rescripto no da una preferencia a la ciudad sino tan sólo hace prevalecer el derecho de prenda judicial respecto del derecho de un acreedor ordinario. Sólo daría una preferencia en el caso de que el acreedor que se pospone tuviera un

derecho de prenda contraído antes de la prenda judicial, pero el rescripto expresamente señala que se pospone a un acreedor con acción personal.

Hay una ley posterior de Constantino (CT 12,11,1,1 [314]=CJ 11,33,2,1) que otorga un privilegio a todas las ciudades, en el caso de que un deudor de ellas resulte insolvente; el emperador dispone que la ciudad puede reclamar de todos los que adquirieron algún bien de ese deudor a que paguen una parte proporcional, en relación al bien que adquirieron, de la deuda no pagada a la ciudad; el privilegio se limita a exigir a quienes adquirieron bienes que el deudor tenía cuando contrajo la deuda con la ciudad o que adquirió posteriormente. Late aquí la idea de una especie de hipoteca legal de todos los bienes que tenía el deudor en favor de la ciudad que le prestó dinero; según Levy,⁶³⁴ la regla se inspira en la *protopraxia* helenística. La ley añade que los adquirentes de bienes que paguen a la ciudad tendrán acción personal en contra del deudor para exigirle lo pagado. Pero esta ley no se refiere, como la sentencia, a un concurso de acreedores, por lo que no parece haber sido la fuente de la sentencia.

Me parece que la sentencia puede explicarse o como una regla propia de la ciudad donde se publican las PS que tenía concedido algún privilegio ejecutivo, o como una regla que se limita al caso del rescripto citado de Antonino Caracala, de modo que su significado sería que la ciudad, que por orden del juez tiene una prenda sobre los bienes del deudor, tiene una preferencia, por el mismo derecho de prenda, respecto de los demás acreedores *chirografarios*.

Au. A, que transmite de nodo impropio, por excesiva generalización, una regla sólo aplicable a su propia ciudad o en una relación específica en que la ciudad ha tomado una prenda judicial.

La palabra *chirographarius* para designar a los acreedores con acción personal, si bien es de origen griego, se encuentra usada en rescriptos del siglo III, principalmente de Diocleciano.⁶³⁵ En uno de ellos (CJ 7,72,6 pr), se dice que el acreedor con prenda tiene preferencia respecto del

⁶³⁴ Levy, *VL*, p. 60 considera que este texto se inspira en la *protopraxia* helenística y, pp. 219 y ss., que contiene una confusión de los conceptos de acción real y acción personal, ya que la acción que da contra los terceros adquirentes parece considerada implícitamente una acción real, en tanto que la acción que se da a los terceros contra el deudor a cuyo favor pagaron se denomina *actio personalis*. No relaciona la ley de Constantino con la sentencia analizada.

⁶³⁵ Gordiano, CJ 8,26,1,3 (239); Diocleciano CJ 7,72,4 (293); 7,72,6 pr (¿?); 8,17,10 (294); 8,41,7 (294).

acreedor quirografario, lo cual coincide con la hipótesis de que la sentencia se refiere a la preferencia de la ciudad que obtuvo una prenda judicial respecto de los acreedores quirografarios.

1,13^a,2 *Filius familias iussu patris manumittere potest, matris non potest.*

S. El hijo de familia puede manumitir un esclavo de su padre con la autorización de éste, pero no con la autorización de la madre.

O. Clásico. En derecho clásico el hijo de familia, con la autorización del padre, podía disponer de bienes de su padre y también manumitir esclavos; incluso podría manumitir libremente los esclavos de su peculio castrense.⁶³⁶ En cuanto la sentencia reproduce este régimen es conforme con el derecho clásico y no contiene novedad alguna. Pero el hacer la aclaración de que el hijo no puede manumitir con la autorización de la madre, sólo tiene sentido en relación con una organización familiar, distinta de la romana, en la que la madre pudiera ser titular del patrimonio familiar. La frase *matris non potest* se refiere a un derecho provincial no recibido.

Au. A, la frase *iussu matris* puede ser la expresión de una costumbre local de A.⁶³⁷

1,13^a,3 *In eum, qui album raserit corruperit sustulerit mutaverit quidve aliud propositum edicende causa turbaverit, extra ordinem punitur.*

S. Quien raspaba, corrompía o alteraba el Edicto del pretor, o cualquier otro documento expuesto para ser conocido públicamente, era castigado por vía del procedimiento extraordinario o cognitorio, con las penas correspondientes a los falsificadores.

O. Clásico. En el proceso formulario, el pretor concedía una acción popular, *in factum*, contra quien alteraba el Edicto pretorio, llamada acción por corrupción del Edicto (*actio de albo corrupto*, Lenel § 7), por

⁶³⁶ D'Ors, *DPR*, § 225 n. 1.

⁶³⁷ En las fuentes del derecho vulgar (Levy, *Ergänzungsindex s.v. iussum*) no aparece en ningún otro lugar la expresión *iussum matris*.

la que se imponía al culpable una pena pecuniaria de cincuenta mil ses-tercios. A mediados del siglo III se extendió⁶³⁸ a los falsificadores del Edicto la pena establecida por la ley Cornelia (*Lex Cornelia Testamentaria Nummaria*, conocida en el siglo III como *Lex Cornelia de falsis*, y a la cual se dedica el título 5,25 de PS), contra los falsificadores de testamentos o moneda. Modestino (1 *de poen.* D 48,10,32pr) dice que en su tiempo (hoy, *hodie*, que es la segunda mitad del siglo III) ya se castiga con las penas de falsarios a los que corrompen los edictos expuestos.⁶³⁹ Las penas eran de trabajos forzados en las minas para los de condición baja (*humiliores*) y deportación en una isla para los de condición alta (*honestiores*). Aunque la sentencia no se refiere expresamente ni a la ley Cornelia ni a estas penas pero resulta claro que se refiere a ellas, sobre todo si se considera que otra sentencia (PS 5,25,5) que habla de la corrupción del Edicto, sí habla expresamente de la aplicación de las penas de la ley Cornelia en este caso. Cuando la sentencia dice que se castigará por vía extraordinaria (*extra ordinem punitur*) hace referencia, no a una pena extraordinaria, sino al procedimiento penal cognitorio, y parecen un eco de las palabras de Paulo (de *iud. publ.* D 48,1,8) donde dice que el procedimiento ordinario de los juicios capitales ha caído en desuso y, aunque se conservan las penas, ahora se reclaman por vía extraordinaria.

La frase de la sentencia por la que se aplica la pena a la alteración de cualquier documento expuesto al público (*quidve aliud propositum edicendi causa turbaverit*) corresponde a la amplia extensión que se hizo en el siglo III del supuesto original de falsificación previsto en la ley Cornelia.⁶⁴⁰

Au. A. El uso de los verbos *radere*, *corrumpere*, *sufferre* y *mutare* no indica nuevos supuestos sino la intención de abarcar todo tipo de alteración. Estos verbos no coinciden con los que transmite Paulo (3 *respons.* D 48,10,16,2), que habla en general de falsificar (*falsum facere*)

⁶³⁸ Véase *supra ad PS 1,12,1 sub O.*

⁶³⁹ Palazzolo, “L’edictum ‘*de albo corrupto*’ e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postadrianea”, *Studi Sanfilippo 7*, Milano, 1987, pp. 621 y 622 conjetura razonablemente que lo que se castiga es la corrupción, no del Edicto expuesto en Roma, sino de una copia oficial del mismo (*album*) que estaba a disposición de los magistrados en todo el Imperio.

⁶⁴⁰ D’Ors, “Contribuciones a la historia del «crimen falsi»”, *Studi Volterra II*, Milano, 1971, p. 549.

o encubrir la verdad (*ut verum non appareat*) por medio de ocultar algo (*celare*), sustraerlo (*surripere*), suponerlo (*subiicere*) o quitarle el sello (*resignare*). La otra sentencia que se refiere a la falsificación de documentos, incluido el Edicto (PS 5,25,5) usa otros verbos: *delere*, *mutare*, *subiicere*. Esto sugiere que estos verbos no tienen en PS un significado técnico preciso.

Krüger, en su edición, conjetura que en la sentencia el verbo *punitur* debe sustituirse con *vindicatur*, que lo tiene la IP correspondiente. Pero esto no parece necesario, ya que PS usa indistintamente las expresiones *extra ordinem punitur* (1,13^a,3; 1,21,2; 5,4,5 y 11), *extra ordinem vindicatur* (1,20^a; 5,1,5; 5,3,1; 5,4,4; 16 y 17) y *extra ordinem animadvertitur* (1,16; 5,4,8). Esto indica que A no tiene la preocupación de usar un lenguaje técnico.

IP 1,13,3: *In eum, qui album curiae raserit, vitiaverit vel quocumque aliud scriptura genus sua presumptione turbaverit, capitaliter non expectata ordinis sententia vindicatur.*

La IP amplía más el campo de aplicación de las penas de falsarios al decir que se castiga la corrupción, no, como dice la sentencia, de documentos expuestos al público, sino la de cualquier tipo de escritura. Es interesante la referencia que hace al Edicto de la curia municipal (*album curiae*), que no se menciona en ninguna otra fuente del derecho vulgar.⁶⁴¹ La expresión *extra ordinem* de la sentencia la interpreta, como hace en otros lugares, diciendo que no hace falta esperar una sentencia del consejo municipal (*ordo*).⁶⁴²

1,13^a,4 *Si id quod emptus est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet.*

S. Si el vendedor no ha entregado o mancipado lo que fue comprado, puede ser obligado a que lo entregue o mancipe.

O. Clásico. En el régimen clásico de la compraventa, el vendedor está obligado a entregar (*tradere*) la libre posesión de la cosa (*vacua possessio*), pero, en principio, no está obligado a dar la propiedad (*dare*) de la cosa al comprador. Como el fin natural de la compraventa es que el comprador adquiriera la propiedad, se consideró que el vendedor estaba

⁶⁴¹ Levy, *Ergänzungsindex*, s. v. *album*.

⁶⁴² Véase *supra ad PS 1,5,2 sub Au*.

obligado, por la *bona fides* contractual,⁶⁴³ a hacer de su parte todo lo necesario para que el comprador la adquiriera. Por eso, cuando la cosa vendida era una *res Mancipi*, el vendedor podía ser obligado por el comprador, mediante la misma acción de compra, a que hiciera el acto formal de atribución de la propiedad (*mancipatio* o *in iure cessio*). Esta sentencia, junto con Gai 4,131^a, son las fuentes principales que afirman esta obligación del vendedor.⁶⁴⁴

Au. A., que transmite una regla del derecho clásico.⁶⁴⁵ Omite decir que se exige al vendedor la entrega o mancipación por medio de la acción de compra, porque no considera la tipicidad de las acciones propia del procedimiento formulario.

Quizá esta sentencia se ubicaba en un contexto en el que se hablaba de la venta de esclavos, pues no es un lugar adecuado, conforme al orden del Edicto, para tratar de la compraventa; sobre ella trata PS 2,17. La venta de esclavos, así como su mancipación, de la que trata la sentencia 2 de este título, era algo relevante en relación con las acciones noxales, de las que tratan las primeras dos sentencias de este título.

IP 1,13,4: *Si eam rem quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam vendidit, omnibus modis compellendus est.*

Llama la atención que no considera la compraventa como un contrato que produce la obligación de entregar por el mero consentimiento, ya que, a diferencia de la sentencia, exige que el vendedor haya recibido el precio (*accepto pretio*). Cuando dice que se obliga al vendedor a entregar por todos los medios (*omnibus modis*), parece decir, como opina Levy,⁶⁴⁶ que el comprador tiene una acción real para reclamar la cosa, o,

⁶⁴³ Por eso la compra es causa o título adquisitivo para adquirir la propiedad por traditio o usucapio.

⁶⁴⁴ Véase también Ulp. 32 *ad Ed.* D 19,1,11,2; 13,17. Arangio Ruiz, *La compraventa in Diritto Romano* I, Napoli, 1952, pp. 168 y ss. considera que el vendedor no está obligado a hacer la *mancipatio* por efecto del mismo contrato de compraventa y que los textos, como esta sentencia, que hablan de esa obligación se refieren a relaciones en las que se convino que el vendedor tuviera esa obligación. Pero hoy se acepta comúnmente que el fundamento de esa obligación es la buena fe. Así, Zulueta, *The Institutes of Gaius* II, Oxford, 1951, p. 286; D'Ors, *DPR* § 493; Kaser I, p. 551 n. 53.

⁶⁴⁵ Así también Peters, *SZ*, 96, 1979, p. 179.

⁶⁴⁶ Levy, *VL* p.134 y 230.

como sugiere Kaser,⁶⁴⁷ que se confunden la acción de compra y la acción reivindicatoria.

1,13^a,5 *Deteriorem servuum facit, qui fugam suaserit et qui furtum, et qui mores eius corpusve corruperit.*

S. Aminora el valor económico de un esclavo quien le aconseja huir, robar o, en general, quien corrompe sus costumbres o su cuerpo.

O. Clásico. El pretor concedía al propietario la acción por corrupción de esclavo (*actio servi corrupti*, Lenel § 63) en contra del corruptor del esclavo, por la que se le condenaba a pagar el doble de lo que perdía el propietario por la corrupción del esclavo. El supuesto para dar la acción era que alguien dolosamente encubriera o aconsejara al esclavo hacer algo que le deterioraba (*eum deteriorem facere*), como lo indicaba la cláusula edictal correspondiente. Era natural que los juristas discutieran cuáles eran las conductas en concreto que aminoraban el valor de los esclavos. Ulpiano (23 *ad Ed.* D 11,3,1,5) menciona estos actos: persuadir al esclavo que injurie, hurte o huya, o a que seduzca al esclavo de otro, o a que empeñe su peculio, o a que sea mujeriego o vagabundo, o a que se dedique a las malas artes o con exceso a los espectáculos; también persuadir a un esclavo administrador para que altere o falsee las cuentas. Paulo (19 *ad Ed.* D 11,3,2) añade el hacer licencioso o rebelde al esclavo, o persuadirle a que consienta el estupro.

De estas conductas específicas, la sentencia sólo conserva aconsejar la fuga o el hurto y hace una frase general en la que pretende englobar las demás: el corromper su cuerpo o sus costumbres.

Au. A, que como es su estilo tiende a eliminar lo específico y a generalizar.⁶⁴⁸ No menciona aquí la acción para exigir responsabilidad al corruptor, pero en PS 2,31,33 sí dice que quien aconseja la fuga del esclavo responde por la acción de corrupción de esclavo (*actio servi corrupti*).

⁶⁴⁷ Kaser, II p. 278, n.38.

⁶⁴⁸ Albanese, *Actio servi corrupti* (*Annali del Seminario Giuridico de la U. di Palermo* 27), Palermo, 1959, p. 34, dice que la frase final de la sentencia es muy general, que podría ser atribuida a una de las muchas manos posclásicas que alteraron el texto, y que no implica una intención innovadora sino que es sólo una forma incorrecta de expresión.

1,13^a,6 *Qui ancillam alienam virginem immatguram corruperit, poena legis Aquiliae tenebitur.*

S. Quien comete estupro con una esclava ajena, virgen y joven queda sujeto a la pena de la ley Aquilia.

O. Clásico. El estupro de esclavos daba lugar originalmente a la acción de injurias (*actio iniuriarum*),⁶⁴⁹ en favor de los dueños, para condenar al responsable al pago de una pena que determinaba el juez atendiendo a la ofensa moral (*contumelia*) que se causaba al dueño. Cuando se introdujo la acción de corrupción de esclavo, a la que se refiere la sentencia anterior, para imponer una pena por el doble del valor perdido del esclavo, se consideró⁶⁵⁰ que el estupro era un acto que daba lugar al ejercicio de esa acción. Pero algunos juristas del siglo III (Papiniano 1 *de adult.* D 48,5,6; Ulpiano 18 *ad Ed.* D47,10,25) también admitieron que en este caso se diera la acción de la Ley Aquilia.⁶⁵¹ La ventaja de esta acción respecto de las otras no era la pena, que en esta acción podría ser menor,⁶⁵² sino que el actor no tenía que probar el dolo del demandado pues le bastaba probar su culpa. Ulpiano, en el lugar citado, dice, como también la sentencia, que la acción de la ley Aquilia se da cuando se estupra con una esclava virgen y joven (*virginem immaturam stupraverit*), quizá porque esa condición de la esclava hace presumir la culpa del estuprador.

Au A, que quizá tuvo como fuente el citado texto de Ulpiano, que literalmente dice: *si 'servam' virginem immaturam stupraverit, etiam legis Aquiliae actione competere quidem putant.* Las diferencias de la sentencia con este texto son representativas de su estilo.

La sentencia, en vez del verbo estuprar (*stuprare*) usa corromper (*corrumperere*), lo cual concuerda con la generalización que hace A en la sentencia anterior con la frase final que se refiere a corromper el cuerpo o las costumbres. En vez de decir que compete la acción de la ley Aquilia, dice que corresponde la pena de la ley Aquilia, porque a A no le interesa la

⁶⁴⁹ Ulpiano 57 *ad Ed.* D 47,10,9,4.

⁶⁵⁰ Paulo 19 *ad Ed.* D 11,3,2.

⁶⁵¹ También se admitió la procedencia de la acción de la ley Aquilia en contra de quien persuadía al esclavo a cometer un acto que lo dañara físicamente, D'Ors, *DPR* § 155 n. 1.

⁶⁵² La pena sería el valor máximo que hubiera tenido la esclava en los últimos 30 días, que podía ser una cantidad inferior al doble del valor del daño causado que se conseguía con la acción de corrupción de esclavo.

tipicidad de la acción sino el resultado de la sentencia. Y lo que en Ulpiano era una opinión de algunos autores (*quidem*), en la sentencia aparece como una regla firme.

La IP, colocada en *Brev.* después de esta sentencia, corresponde a las sentencias 5 y 6: *Hae duae secundum Lequem Aquiliano similem poenam habent, ut cum his, quae animo vel corpore corruperunt, alia similia mancipia huiusmodi praesumptores exolvant.*⁶⁵³

Dice que la pena en la sentencia anterior y en ésta es entregar un esclavo semejante al esclavo dañado. En el derecho vulgar se llegó a considerar que todo daño se castigaba con una pena por el doble del valor de la cosa dañada, que en el caso de corrupción de esclavo sería entregar otro esclavo, y se llamaba a esta pena precisamente “pena de la ley Aquilia”;⁶⁵⁴ a esta conclusión se pudo llegar a partir de que la pena por la acción de la ley Aquilia crecía al doble en caso de resistencia infundada del demandado (*infittatio*).

La *interpretatio* ya no exige que se trate de una esclava virgen y joven, porque no le interesa la definición del tipo penal, y por eso puede hacer conjuntamente una observación para las sentencias 5 y 6 que se referían a supuestos distintos, sino la determinación de la pena.

⁶⁵³ Véase arriba *ad PS* [1,12,2], que es en realidad una *interpretatio* a *PS* 1,13^a,6.

⁶⁵⁴ Levy, *VR*, p. 331 ss.