

RESCRIPTOS Y COGNICION EXTRAORDINARIA

SUMARIO: 1. El planteamiento de Palazzolo.—2. Marco cronológico del tema.—3. Carácter no-procesal de los *rescripta*.—4. *Rescripta y epistulae*.—5. Conexión procesal de los rescriptos.—6. ¿Copias de rescriptos remitidas al magistrado?—7. Rescriptos “provinciales”.—8. Recursos complementarios y jurisdicción cognitoria de fideicomisos.—9. Antonino Pío, sobre caución fideicomisaria.—10. Caución de eventual reducción por la Falcidia.—11. Rescriptos en causas de libertad.—12. Rescriptos sobre tutela: el caso de Tulia.—13. Conclusiones.

1 EL PLANTEAMIENTO DE PALAZZOLO

El tema de los rescriptos imperiales ha suscitado interés en estos últimos años. La aparición del papiro Columbia 123 con un fragmento de traducción de un *liber libellorum propositorum* de Septimio Severo, la recopilación por Gualandi del enorme material de rescriptos citados por los juristas, y el estudio de Volterra sobre los problemas de transmisión de los textos de rescriptos imperiales han suscitado ese nuevo interés. Una aportación importante dentro de esta línea de investigación es la que nos ofrece ahora Palazzolo con su libro acerca del alcance de las decisiones imperiales respecto a los órganos jurisdiccionales del s. II; en concreto, como reza el subtítulo de su obra, sobre “L’efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi”¹.

Pocas lecturas romanísticas de estos últimos tiempos han resultado para mí tan interesantes como la de este libro, pero mejor que una recensión del mismo (que resultaría desmesurada), quisiera hacer aquí unas observaciones acerca de algunos puntos que me parecen

1. Nicola PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.* (Giuffrè, Milano, 1974). Las citas a páginas, sin más indicación, se refieren siempre a esta obra.

especialmente relevantes para el tema planteado por el autor. No se trata ya del aspecto constitucional de la relación entre el Príncipe y los magistrados republicanos que subsisten en el Principado, ni del valor general de las constituciones imperiales, sino de la concreta incidencia de los rescriptos en las distintas formas de procedimiento coexistentes, de la vinculación o no de los magistrados de jurisdicción ordinaria y de los funcionarios de cognición oficial, y de la política imperial respecto al control de la jurisdicción ordinaria, *extra ordinem*.

2. MARCO CRONOLOGICO DEL TEMA

Como puede comprenderse, las cuestiones implicadas en este amplio tema son de trascendencia para poder alcanzar una más exacta visión del *ius novum* imperial, y de la actitud de la tradición jurisprudencial del último siglo "clásico" frente a ese nuevo derecho. Porque, aunque el título del libro a que nos referimos parece concretar la investigación al siglo II, ya el subtítulo concreta mejor el período tomado en consideración: "da Adriano ai Severi". Esto equivale a decir del 130 al 230, es decir, el último siglo del derecho clásico.

En efecto, aunque Palazzolo (p. 44) no excluye la posibilidad de rescriptos anteriores a Adriano, parece cada vez más cierto que sólo con Adriano empiezan los verdaderos *rescripta*. Por otro lado, aunque esta actividad sigue siendo la más importante en la formación del derecho hasta el mismo Diocleciano, no es menos verdad que desde la crisis del siglo III no podemos hablar ya de diferencia entre procedimiento ordinario y *extra ordinem*, pues la cognición campea como única. Una razón más, a mi modo de ver, para que nos decidamos a hablar de época post-clásica desde el segundo tercio del siglo III, mejor que de "epi-clásica" como, siguiendo a Wieacker, continúan haciendo algunos autores.

Es congruente con esta idea de que el procedimiento ordinario no subsiste después del primer tercio del siglo III el que nos parezca inadecuado alegar rescriptos posteriores, a propósito de la cuestión tratada por Palazzolo. Así sucede con C.J. 8,10,4 (del año 245), en el que éste (p. 84 s.) quiere ver una referencia al *ordo* por el hecho

de que el emperador Filipo dice que no es necesaria la reclamación *extra ordinem*, pues la reclamación de la cuota de propiedad contra el copropietario que no colabora en la refacción es conforme al derecho antiguo². En efecto, una *oratio* de Marco Aurelio (mencionada por Ulpiano D 17,2,52,10), lo disponía así. Si no me equivoco, lo contra-puesto a *extra ordinem* no es aquí el *ordo* del procedimiento formulario (que considero ya desaparecido antes del 245 d. C.), sino el derecho establecido, sin más. Lo que el emperador quiere decir es: no hay necesidad de introducir novedades "extraordinarias" en el derecho, pues ya se conoce desde antiguo ese tipo de expropiación del copropietario que no contribuye a la refacción.

3. CARACTER NO-PROCESAL DE LOS "RESCRIPTA"

Una cierta línea doctrinal —Pernice, Andt, etc.— tendía a considerar los rescriptos como piezas procesales, similares en cierto modo a las fórmulas, y a anticipar con ello el procedimiento por rescripto (que sabemos funciona en época tardía) ya a la última época clásica. Palazzolo reacciona justamente contra esa opinión, y destaca convenientemente la analogía del *rescriptum* con el *responsum* jurisprudencial. Observa con razón que cuando el Príncipe desea introducir novedades, suele acudir a la intervención judicial por medio de la *evocatio*, y que por eso los *decreta* resultan en conjunto mucho más innovadores que los *rescripta*, sobre todo respecto a materias comunes, que se podrían someter a la jurisdicción ordinaria, lo que no excluye que los rescriptos respeten las costumbres locales cuando se trata de controversias provinciales, pues una prudencia mínima hacía aconsejable no restringir excesivamente el arbitrio de los gobernadores, cuando resultaba difícil controlarlo, si no se volvía a ver aquellas controversias por vía de apelación.

Esta actitud general de Palazzolo no es desacertada, aunque queda siempre por investigar el campo de los posibles precedentes clásicos del procedimiento por rescripto, una cuestión que me parece merecería nueva atención³.

2. Dice el rescripto: *iuxta placitum antiquitus*, lo que recuerda la expresión de Diocleciano (h.t.5 i.f.) *legum placita*.

3. Vid. infra, núm. 6, lo que decimos a propósito de los *libelli dati*.

Lo que quizá me parece menos seguro de los resultados a que ha conducido la investigación de Palazzolo es la diríamos impresión de que los emperadores procuraron favorecer la jurisdicción ordinaria, la de las fórmulas procesales, suministrando en sus propios rescriptos criterios al magistrado ordinario. Porque una cosa es que los rescriptos no sean piezas procesales de un nuevo procedimiento cognitorio y otra muy distinta que la actividad de dar rescriptos no esté en íntima relación con el nuevo procedimiento cognitorio, como creo que se puede admitir después de revisar cuidadosamente la evidencia alegada por Palazzolo.

4. "RESCRIPTA" Y "EPISTULAE"

De todos modos, si se trata de determinar con cierta exactitud los efectos procesales de los rescriptos, creo que es necesario empezar por apartar aquel tipo de decisiones imperiales que, aunque aparezcan a veces bajo el nombre de "*rescripta*" (introducidos con la palabra "*rescripsit*", "*rescripserunt*", etc.), no lo son, precisamente porque van destinados a un magistrado o funcionario, y no a un particular. Porque es evidentísimo que no puede tener el mismo efecto una instrucción cursada al encargado de una jurisdicción —incluso al mismo pretor urbano— que la respuesta dada a un particular: en este segundo caso, nunca podemos afirmar con seguridad si la decisión imperial llegó a ser presentada en juicio; es más, cuando resulta negativa para el interés del solicitante, podemos sospechar que no llegó a ser presentada a ningún juez. Porque no debemos olvidar que conocemos los rescriptos, no por las actas de los procesos^{3 bis}, sino principalmente por los registros de salida, o, en todo caso, los archivos de la Cancillería imperial; así, nada podemos decir, ordinariamente, acerca del uso o no de tales decisiones en procesos concretos, ni del resultado que pudieran tener en las sentencias. Ocurre, aproximadamente, lo mismo que con los *responsa* de los juristas, de cuyo éxito procesal concreto no solemos saber nada. En cambio, cuando un magistrado o funcionario solicitó por carta, y obtuvo por otra carta, un criterio

3 bis. Sólo, a veces, en procesos posteriores en que figuran como precedentes. De la "publicación" de los *rescripta* propiamente dichos nos ocuparemos en otra ocasión.

imperial, es lo más probable que ese criterio fuera considerado como vinculante para el que lo solicitó, aunque sólo fuera por reverencia.

Conviene, pues, apartar las que solemos llamar *epistulae* de los *rescripta* propiamente dichos. Es verdad que una *epistula* no es más que una forma de comunicación, una carta, y que nada impide que también un rescripto o un decreto imperial sean comunicados en forma de *epistula*, pero no hay inconveniente en mantener esa denominación para designar aquellas decisiones imperiales que no han sido solicitadas por particulares, sino por magistrados o funcionarios. Palazzolo, en cambio, ha preferido no excluir de su consideración tal tipo de constituciones imperiales, llevado por el abuso en que los mismos juristas romanos incurrieron de llamar a veces *rescripta* a tales decisiones que no lo son; sin embargo, la distinción me parece esencial para nuestro tema.

Como ya se ha advertido antes, deben eliminarse ante todo aquellos falsos rescriptos atribuidos a emperadores anteriores a Adriano⁴. De alguno de ellos tendremos ocasión de hablar más adelante, pero, para que se vea cómo Palazzolo llama rescriptos algunas decisiones que no lo son, me permitiré observar el caso del *decretum* de Claudio referido por Suetonio, *Claud.* 14, relativo a una *restitutio extra ordinem*, que Palazzolo (p. 184) califica de "rescritto"

Hay otros falsos rescriptos que, por su época, podrían ser verdaderos rescriptos, pero no lo son porque van destinados a magistrados y no a particulares.

a) Así ocurre con la *epistula* de Adriano que se menciona en D. 37,9,1,14 y 43,4,3,3 (p. 163). El pretor Claudio Próculo consultaba a Adriano acerca de un caso no previsto en el Edicto, y el emperador le dice que aplique por analogía (*ad exemplum*) el edicto Carloniano

b) En D. 25,4,1 pr (p. 173) recoge Ulpiano una constitución de los *divi fratres* por la que se dice que, a petición del presunto padre, la divorciada puede ser llevada a casa de una "mujer honesta" para ser inspeccionada por tres comadronas que dictaminen sobre su presunto embarazo, y, en caso positivo, se nombre un *custos ventris*. La

4. Por ejemplo, D. 5,3,7 pr.: *divus Traianus rescripsit differendum de libertate iudicium, donec de inofficioso iudicium aut inducatur aut finem accipiat*; se trata de una *epistula* sobre procesos de libertad; cfr. infra. p. 31 s.

novedad del trámite (*novam rem desiderare Rutilius Severus videtur*) estaba en que el decreto se hacía a instancias del ex-marido, pues la mujer negaba hallarse encinta. En este sentido el emperador venía a introducir una medida extraordinaria (§ 1 i.f.): *extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit*. Admito, con Palazzolo (p. 175) y contra Kaser (4 bis), que no es necesario pensar en un procedimiento cognitorio, sino que se aplicó en la misma jurisdicción pretoria; pero no se trata de un rescripto (a pesar del "*rescripserunt*" de Ulpiano), sino de una *epistula*, y por eso se habla del particular interesado (*Rutilius Severus*) en tercera persona y no en segunda, pues no es él el destinatario de la misiva⁵.

c) Otra *epistula* (de Antonino Pio) tenemos en D 4,1,7pr (p. 186), a pesar del "*in hanc sententiam rescripsit*" de Marcelo. Va destinada al pretor Avito, pero, a pesar de Palazzolo (p. 186 s), creo que tienen razón cuantos piensan que esa citación *per praeconem* no corresponde al procedimiento ordinario, sino a un trámite cognitorio⁶.

d) Otro falso rescripto tenemos en D. 4,4,11,2 (p. 196): una *epistula* de Septimio Severo dirigida al pretor Venidio Quieto, sucesor de Etrio Severo, que había hecho la consulta. Esta versaba sobre la procedencia de una *restitutio in integrum (ob aetatem)*, pero el emperador aclara que no hace falta acudir a la rescisión, porque el acto (una *excusatio curatoris "contra constitutiones"*) era nulo sin más, y por eso se podía obligar al curador indebidamente excusado a que volviera a la gestión abandonada. Aunque no debe excluirse que el *praetor tutelarius* interviniera también en el nombramiento de *cu-*

4 bis. KASER, *RZPrR.* p. 359 n. 60.

5. Conviene observar todavía que la frase *persuadendum mulieri erit ut perinde custodem admitat atque si ipsa hoc desiderasset* no alude a una "ficción" pretoria (como dice Palazzolo, p. 173), pues no da lugar en modo alguno a una acción ficticia. Se trata de una simple equiparación, de las que tan frecuentemente aparecen con el giro *perinde ac si*, y similares, que no constituyen verdaderas ficciones: no se finge que la mujer ha solicitado el nombramiento de un *custos ventris*, sino que éste se debe nombrar en este caso lo mismo que cuando, como sucede ordinariamente, lo solicita la misma mujer.

6. Así, también KASER *RZPrR.* p. 377 nn. 62 y 66. La identificación concreta del trámite en cuestión no interesa aquí, una vez que excluimos este testimonio por no ser de un verdadero *rescriptum*.

ratores (7), lo que en este caso llama la atención es que no aparece el magistrado como el encargado de obligar al curador a que vuelva a la gestión, sino los “*principes*”, y por eso se ha pensado que el rescripto se refería a los *consules*. En todo caso, no vale este testimonio para el estudio de los *rescripta*.

e) La misma exclusión —por tratarse de *epistulae*— podemos hacer de otros falsos rescriptos, así:

D. 5,1,2,3 (p. 196, n. 178): *divus Pius... Claudio Flaviano* (vid. infra p. 32)

D. 22,5,3,1 (p. 265): *divus Adrianus Vibio Varo legato Ciliciae “rescripsit”...*

D. 22,5,3,3 (p. 268): *divus Adrianus Iunio Rufino proconsuli Macedoniae “rescripsit”...*

D. 22,5,3,6 (p. 270): *divus Adrianus “rescripsit”... divi fratres “rescripserunt”...* Aunque no se da el nombre del magistrado destinatario, como se trata, al igual que en los dos casos anteriores, de la recepción de la prueba testifical, parece del todo improbable que se dirigiera a un particular, y muy probable, de nuevo, a un gobernador provincial.

D. 29,3,30 pr. (p. 219): *divus Pius “rescripsit” consulibus...*

D. 40,12,27 pr. (p. 25). *divi fratres Proculo Munatio “rescripserunt”...*; un gobernador provincial (vid. infra p. 31).

FV. 211 (p. 219): *imperator noster (Antoninus) praetori (tutelario) “rescripsit”...*

f) No es necesario detenernos en comprobar el abuso del verbo *rescribere* para referirse a toda clase de decisiones imperiales, hasta el punto de valer como sinónimo de *constituere*. Un ejemplo de ello tenemos en Ulp. 12 *ed.*—D. 4,6,26,9, donde se emplea *constitutum est adiuvari* y *est rescriptum subveniri* como sinónimos por pura “*variatio*” estilística. En ambos casos se trata de ausencias de provinciales (*pro civitate... exqualibet provincia*), y las decisiones correspondientes podían ser en ambos casos rescriptos favorables a la concesión de una *restitutio in integrum* por parte del gobernador, pero también podían ser decretos en trámite de apelación o *epistulae* dirigidas a los gobernadores.

7. KASER, *RZPrR.* p. 365 n. 32.

5. CONEXION PROCESAL DE LOS RESCRIPTOS

La reducción de los testimonios utilizables en nuestro tema a los verdaderos rescriptos resulta esencial, como hemos dicho, para esclarecer la cuestión de la mayor vinculación o no del juez al criterio emanado por el emperador. En efecto, el hecho de que los verdaderos rescriptos se dirijan a particulares tiene la insoslayable consecuencia de que, como ya hemos dicho, nunca podemos tener certeza de que llegara a conocerlos el juez, pues el interesado podía presentarlos o no en el juicio; incluso no litigar. Por esto mismo, no cabe decir que los rescriptos se destinan a un proceso ordinario o a uno cognitorio, pues, cuando se solicitan, el interesado suele no haber empezado a litigar. Así, sólo cabe ver (salvo referencia más concreta) si los rescriptos se refieren a supuestos tramitables por fórmulas o por cognición oficial.

La cuestión de la vinculación o no del magistrado o juez, ordinarios o cognitorios, sólo puede plantearse en aquellos casos en que realmente fueron presentados los rescriptos, pero, como decimos, esto no suele desprenderse del mismo texto del rescripto. Cabe pensar que el emperador controlara la observancia de sus rescriptos, no ya por avocación de la causa, pues el rescripto parece presuponer el respeto por una jurisdicción ajena, pero sí mediante apelación. Con todo, no tenemos datos para suponer que, en época clásica, el favorecido por un rescripto personalmente impetrado pudiera prevalecer mediante apelación en caso de que la sentencia judicial no le fuera favorable, pues, entre otras cosas, podía haberle faltado el medio de prueba de los hechos. Así, no podemos asegurar que los rescriptos fueran realmente vinculantes para el magistrado o juez ante al que se llegaron a presentar. Es más, parece haber algún testimonio favorable a la idea de que no le vinculaban, lo que parece más congruente con el hecho de que el interesado que los tenía podía presentarlos o no, incluso en una jurisdicción incompetente.

Este testimonio es el de una decisión pretoria contraria al rescripto de la que nos informa Ulpiano en su comentario (11 *ed*) al edicto "*quod metus causa gestum erit*": D. 4,2,9,3 (p 185 s). Conviene tener presente este texto. Se trata de cuándo la *restitutio in integrum* que decreta el pretor en caso de coacción da lugar a acción y cuándo a excepción. Ulpiano cita a Pomponio, según el cual sólo cuando los

efectos del acto coaccionado se han producido (*in negotiis quidem perfectis*), puede haber tanto acción como excepción (aunque normalmente sólo hay acción, pues la excepción sirve para paralizar los efectos de tal acto), pero presenta un caso real en el que a propósito de un acto "imperfecto" se pensó, no sólo en una excepción, sino también en una acción (como se verá, no la rescisoria, sino la penal). Dice así la cita de este caso:

.. sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare, et praetorem me adsidente interlocutum esse, sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione, adversus petentes non deesse exceptionem. [ex qua constitutione colligitur ut, sive perfecta sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur].

El caso realmente sucedido (*ex facto scio*) es el siguiente: alguien (quizá con ocasión de un cargo obtenido) prometió, por la *pollicitatio* habitual, alguna liberalidad a los munícipes de una ciudad de Campania (Ulpiano habla genéricamente de "*Campani*"), pero luego, al verse quizá comprometido a hacer una liberalidad exagerada, alegando que aquella *pollicitatio* la había hecho (y en forma documentada) bajo la fuerza de la intimidación (*metu illato*), acudió en consulta al emperador (*ab imperatore nostro* = Antonino Caracala). Este le respondió simplemente que debía solicitar del pretor urbano la *restitutio in integrum*. En efecto, sabemos que en caso de actos realizados bajo coacción procedía la rescisión por *restitutio in integrum*; pero aquella solución aparentemente sencilla no resultaba ajustada al caso. En primer lugar, la jurisdicción propia en materia de *pollicitationes* era la de los cónsules⁸ y no la del pretor urbano. Por otro lado, la rescisión decretada a causa de una *restitutio in integrum* podía efectuarse mediante una excepción contra una reclamación del que intentaba hacer cumplir la obligación o mediante una acción rescisoria con el fin de recuperar lo perdido a causa del acto coaccionado, pero en nuestro caso no se daba ninguna de las dos hipótesis. A pesar de todo, el destinatario del rescripto lo presentó al pretor, y éste, quizá influido por el consejo del

8. El mismo Palazzolo (pp. 216 y 260 s.) lo reconoce así a propósito del rescripto de los *divi fratres* referido en D.50,12,8.

mismo Ulpiano, que dice haber asistido al acto (*me adsidente*), decretó (*interlocutum esse*) en un sentido claramente negativo, y con razón: no procedía decretar la *restitutio in integrum* aconsejada por el emperador, sino que, si el interesado quería reclamar contra aquellos *Campani*, tenía anunciada en el Edicto (*esse propositam*) la acción pertinente, que es la *actio quod metus causa*, pero tenía también la posibilidad de esperar que le demandaran los *Campani*, en el correspondiente juicio ante los cónsules, para oponer la *exceptio metus*. De una acción rescisoria no podía tratarse, pues nada había dado ni hecho todavía el promitente, sino acaso de la acción penal *quod metus causa*. Pero parece leerse entre líneas que el pretor requerido no veía como muy ajustada al caso la acción penal, que hubiera podido conceder él. Porque quizá el *metus* ejercido por los municipes no era muy claro (uno puede imaginarse la intimidación de unos vecinos que quieren forzar la generosidad de un rico del pueblo), y mucho menos el perjuicio actualmente sufrido por el promitente. Era mucho mejor valerse de la excepción ante los cónsules: *non deesse exceptionem*⁹. En otras palabras, el pretor venía a declinar su competencia, y podemos imaginar también los comentarios privados de Ulpiano ante tan poco afortunado rescripto¹⁰.

En este caso, pues, vemos que el rescripto fue solicitado antes de haberse incoado trámite procesal alguno. Como el emperador remitía al pretor, el interesado acudió a él, pero el pretor le despachó aconsejándole que esperara la reclamación ante la jurisdicción consular. Ahora bien, esto mismo obliga a no excluir la posibilidad de que un rescripto pudiera ser presentado ante el pretor y aplicado por éste; porque el que en este caso especial el pretor viniera a rechazar el rescripto se debe a lo improcedente de la decisión imperial, y no a que no estuviera dispuesto a recibir consejos del emperador.

9. Esta forma menos decidida que la de *esse propositam* se debe a que el pretor no quiere prejuzgar excesivamente la observancia o no del Edicto en la jurisdicción consular.

10. No creo se deba atribuir a Ulpiano la conclusión de este párrafo: [*ex qua constitutione colligitur-fin*], pues la alternativa entre acción y excepción proviene del decreto del pretor y no de la *constitutio* imperial, que se limitaba a recomendar la *restitutio in integrum*. De este modo, no debe deducirse de este texto una contraposición entre Pomponio y Ulpiano. Sobre la interpretación de KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis* (1974) pp. 131 ss., trataré en otra ocasión.

6. ¿COPIAS DE RESCRIPTOS REMITIDAS AL MAGISTRADO?

Todavía cabría pensar que la fuerza vinculante de un rescripto pudiera derivar del hecho de que la Cancillería imperial remitiera una copia del mismo al magistrado que debía resolver la controversia. Tendríamos entonces una *epistula* que duplicaba el *rescriptum*, sin que aquella hubiera sido causada por una consulta del mismo magistrado que la recibía, sino por la solicitud del particular destinatario del rescripto. Palazzolo (pp. 219-227) piensa en este trámite, y cree que esa comunicación directa al magistrado podía quedar justificada por la “esigenza di dare ulteriori istruzioni, piú personali e dirette, al magistrato, istruzioni che per la delicatezza del caso non si voleva che l'interessato conoscesse”. Esto no convence, pues el mismo Palazzolo (p. 221) supone que lo remitido al magistrado era una simple “copia del libello (e della relativa *subscriptio*)”, de forma que no cabrían en él ulteriores instrucciones confidenciales. Pero además: ¿y si el interesado no presentaba el rescripto?, ¿debía tenerlo en cuenta el magistrado? Tal trámite me parece que no se dio en el ámbito de los rescriptos de época clásica. Palazzolo presenta unos pocos casos para documentar tal trámite, pero me parece que no prueban que aquél se diera realmente. Conviene verlos.

a) En el primer caso alegado (D. 42,1,33), a pesar del “*rescriptum*” de Calístrato (5 *cognit.*!), nada tenemos que permita pensar en un verdadero rescripto consultivo. Un tal Julio Terencio elevó un libelo a Adriano para denunciar (*indicante*) una corrupción procesal (*falsis testimoniis*, etc.), y el emperador lo remite¹¹ a un juez superior, quizá el *praefectus urbi*, para que lo revise *extra ordinem* (“*rem severe vindica et... in integrum restitue*”). Está claro que no se trata de una *restitutio in integrum* parecida a la pretoria, sino de hacer justicia al demandante en procedimiento *extra ordinem*.

b) Un nuevo *libellus datus*, no un rescripto, es el de Ulp. 7 *de off. proc.* (!) — D. 48,6,6 en materia de *plagium*. No hay aquí apelación, como en el caso anterior, sino una simple orden de Antonino-

11. Palazzolo, p. 225: rimette gli atti di un processo già deciso in primo grado.

Pío para que el gobernador instruya un proceso criminal: *rem severe exequeris*. El acto del particular que movió el trámite aparece calificado por el mismo emperador como *querella*. Así, nada hay aquí que recuerde un verdadero rescripto

c) El tercer caso vuelve a ser de un *libellus datus*: Ulp. 2 *de off. consulis* — D. 34,1,3¹² De nuevo una instrucción de juzgar, dirigida aquí a los cónsules, encargados de la jurisdicción *extra ordinem* en materia de alimentos. Ulpiano cita a continuación (lo omite Palazzolo) un verdadero rescripto (*divus Pius Rubrio cuidam Telesphoro rescripsit...*). La diferencia entre una y otra decisión resulta patente: el primer *libellus datus* (Ulpiano no habla aquí de *rescribere*) es un escrito de demanda, y el segundo, en cambio, un libelo en solicitud de rescripto, en la forma habitual.

Así, pues, no consta que la Cancillería imperial remitiera al posible magistrado o juez competente una copia de los rescriptos dirigidos a los particulares. Tales copias (*exempla*) son de solicitudes de demanda que se remiten para incoar un trámite procesal *extra ordinem*. Otro tanto debe decirse de algún caso en que, como en D. 49,3,3. (p. 231 ss.), de Modestino, se habla de una designación *nominatim* de juez por parte del príncipe: tampoco ahí tenemos un rescripto. Y cuando en algún otro caso vemos un juez nombrado *ex rescriptio principis*, sea por el prefecto de Egipto (P. Col. 123 XIII), sea por los cónsules (D. 49, 1,1,3), no debemos pensar que tal nombramiento se hiciera siguiendo una orden imperial con indicación nominativa, sino con ocasión de un rescripto: podemos pensar que el príncipe se limitaba a decir que tal o cual magistrado debía tramitar (*extra ordinem*) una reclamación del consultante, y, presentado por éste tal rescripto, el magistrado procedía a cumplir el rescripto nombrando un juez para aquella causa^{12 bis}.

7. RESCRIPTOS "PROVINCIALES"

Hechas estas aclaraciones previas para acotar mejor nuestro tema, hemos de considerar ahora el resultado que parece alcanzar Palazzolo: que los rescriptos sirven frecuentemente para dar criterio al juez de un

12. Sobre este texto, vid infra p. 29.

12 bis. No entramos aquí en la cuestión de la posible remisión de libelos rescriptos "a través" de gobernadores provinciales; vid. ahora, en sentido negativo, WILLIAMS, en *JRS*. 1974 p. 93.

proceso ordinario¹³. Pero al plantearnos esta cuestión, debemos decidir antes de nada, si cabe hablar de proceso "ordinario" en provincias, pues la gran mayoría de los rescriptos aparecen solicitados por provinciales, como ya reconoce Palazzolo (p. 47 s). Es comprensible que se dé esa desigualdad, pues, no sólo la extensión desproporcionadamente mayor de las provincias respecto a Italia y Roma explica tal mayoría de rescriptos, sino que también resulta muy natural que los provinciales acudan al emperador para resolver sus dudas, pues tienen difícil acceso a los jurisconsultos particulares, es decir, a los prudentes de la capital que podían seguir dando *responsa* privadamente (incluso después de Adriano).

Si Palazzolo se vale de rescriptos provinciales para probar su afirmación de una frecuente conexión de aquéllos con el procedimiento "ordinario", esto se debe, me parece, a un cierto equívoco sobre lo que debe entenderse por procedimiento "ordinario". Para tal calificación hay dos elementos característicos que deben ser tenidos en cuenta: el juez privado (lo que supone bipartición del proceso) y el uso de la fórmula escrita. Palazzolo viene a admitir que en provincias no hay jueces privados, sino jueces "dados" por los gobernadores (p. 76 ss., ctr. 87), pero cree, a pesar de esto, que cabe hablar de procedimiento ordinario por el uso de la fórmula, que, según él (p. 76 s.), "sobrevivió mucho tiempo en las provincias senatoriales y en buena parte de las imperiales". Esta "hipótesis" de Palazzolo no me parece aceptable, aunque quizá refleje una idea bastante difundida. Quizá no sea éste el lugar oportuno para discutir ampliamente esta cuestión¹⁴, sino que nos limitaremos a considerar los testimonios que alega Palazzolo de rescriptos referidos a un supuesto proceso formulario en provincias. Hay que decir, a este propósito, que cuando considera rescriptos pro-

13. Palazzolo reconoce (p. 243) que los rescriptos se refieren a un trámite cognitorio con mucha más frecuencia que a uno de juicio ordinario (*per formulas*), pero cree ver muchos casos de clara referencia a éste.

14. Que Gai 4,109 diga que los juicios "*ex lege*" tramitados en provincias no son "legítimos", sino *imperio continentia*, no prueba, en mi opinión, que fueran "ordinarios" y no "*extra ordinem*", pues aquella calificación no tiene por qué reducirse a los juicios "ordinarios" exclusivamente; antes bien, todos los juicios extraordinarios son *imperio continentia*.

vinciales relativos a materias de derecho civil ordinario (p 271 ss.), reconoce Palazzolo que generalmente debe pensarse en un procedimiento cognitorio, pues “se trata evidentemente de provincias en las cuales no hubo jamás procedimiento formulario o en las que —estamos ya en época severiana— se ha iniciado desde hace tiempo el proceso de sustitución del procedimiento del *ordo* por la *cognitio*” (p 271). Así ocurre, p ej, en CJ. 3,44,3, del 223 (p 273) y en 3,37,2, del 222 (p. 271 s.), donde se ve claramente que el gobernador interviene como juez¹⁵. Incluso lo reconoce así para rescriptos de época anterior, como el de Marco Aurelio y Vero CJ. 8,46,1, o el de Marco Aurelio citado por Paul D 22,1,17 pr. (*praesidem provinciae adi*, en una materia tan ordinaria como el mutuo; cfr. p. 216)¹⁶.

Pero quedarían, según Palazzolo (p 94 ss.), algunos rescriptos provinciales en los que habría alusiones a un procedimiento formulario, y éstos son los que vamos a ver. Son pocos, y del siglo III, es decir, de una época en la que el mismo Palazzolo (p. 21 y n. 137) reconoce como ya avanzada la sustitución del presunto procedimiento formulario provincial por el cognitorio.

a) CJ. 3,8,2 y 7,53,2, de Caracala. Lo que induce aquí a Palazzolo a pensar en el procedimiento formulario es simplemente la expresión “*accipere iudicem*”, aunque él mismo reconoce (p. 77 s.) —como ya hemos recordado— que en provincias los jueces eran nombrados “por acto autoritario” del gobernador. Si no me equivoco, aquí hay una contradicción de Palazzolo: el procedimiento provincial es “ordinario” a pesar de que el gobernador nombra autoritariamente un juez, pero la expresión *accipere iudicem* probaría que el proceso es ordinario. Contra esto, habría que pensar que el *iudex acceptus* no es un juez privado elegido por los litigantes, sino un delegado del gobernador¹⁷.

b) En un rescripto de Alejandro Severo (CJ. 3,42,1), se dice que

15. En este último rescripto no se trata, como cree Palazzolo (p. 272), de una “normale *restitutio in integrum*” (aunque cognitoria), sino de una restitución judicial a favor del vencedor en un juicio real divisorio.

16. Sobre la *epistula* de los *divi fratres* (en *causa liberalis*) D.40,12,27 pr., vid. infra, p. 31.

17. La expresión *accipere iudicem* no es incompatible con la de *iudex datus*, que se refiere precisamente al juez nombrado de oficio. Cfr. infra n. 70, sobre CJ.5,37,1.

el *praeses provinciae* ordenará la exhibición de una esclava, cuya propiedad se quiere reivindicar, *ut apud iudicem de rei veritate quaeratur*. Esta mención de un *iudex* hace pensar a Palazzolo (p. 99 s.) en un procedimiento bipartito¹⁸. Sin embargo, el mismo hecho de que el trámite exhibitorio sea considerado como preparatorio y no como supletivo de la acción reivindicatoria induce a pensar que el proceso es cognitorio y que también este *iudex* es un simple delegado del gobernador

c) Lo mismo hay que pensar del *accipere iudicem* de CJ 3,1,2 (de Severo y Antonino), donde se hace expresa alusión al gobernador. Palazzolo (p. 98 s.) sigue creyendo que se refiere a una fórmula procesal, por el hecho de que se habla de “excepciones” y “réplicas”. Se trata de una *actio tutelae*, y en tal acción *bonae fidei*, suponiendo un trámite formulario¹⁹, las excepciones y réplicas serían judiciales y no formularias, por lo que no tenemos que pensar necesariamente en fórmulas procesales ordinarias.

d) En el rescripto de los *divi fratres* que recoge Papirio Justo en D. 42,5,30, Palazzolo ve una alusión a la fórmula en el hecho de que se excluye la *restitutio in integrum* para rescindir una venta ejecutiva indebida porque se aconseja al solicitante que ejercite un *praeiudicium*, que Palazzolo (p. 84) nombra como “*praeiudicium 'an ex lege bona venierint'*”²⁰ Aparte de que una referencia a provincias falta en este caso, hay que tener en cuenta que también en el procedimiento cognitorio cabe hablar de acciones “prejudiciales”, y que el mencionado *praeiudicium* nos es desconocido en el ámbito de los *praeiudicia* formularios.

Quedan todavía otros rescriptos que, según Palazzolo (p. 82 ss) aluden de algún modo al procedimiento formulario en provincias.

e) D 47,19,13: Severo y Caracala dejan una alternativa entre *agere crimen expilatae hereditatis extra ordinem apud praefectum urbi*

18. También KASER, *RZPzR.*, p. 124 n. 63 (que cita Palazzolo, p. 100 n. 65) cree que “quizá” tengamos aquí un juez privado de un procedimiento formulario “puro o degenerado”.

19. Cfr. infra, núm. 12, sobre la jurisdicción competente para esta acción.

20. MARRONE, en *Ann. Palermo*, 1955 pp. 393 s., cree que este “prejuicio” serviría para evitar una *vindicatio* del comprador de los bienes indebidamente vendidos.

vel apud praesides y hereditatem a possessoribus iure ordinario vindicare. La contraposición que este rescripto presenta, no es entre procedimiento cognitorio y ordinario (formulario), sino entre derecho criminal y derecho civil: entre *crimen expilatae hereditatis* y *hereditatis petitio*. Debe observarse, por lo demás, que la alternativa *apud praefectum urbi vel apud praesides* no es posible en un rescripto, que puede ser itálico o provincial, pero no las dos cosas a la vez; puede pensarse²¹ que la mención [*vel apud praesides*] es añadida, con lo que el rescripto deja de interesar para el tema del procedimiento formulario o no en provincias. En fin, ni siquiera en Italia parece muy segura la existencia de una fórmula para la *hereditatis petitio*²².

f) En CJ 3,36,3, Caracala excluye la alternativa entre el *crimen expilatae hereditatis* y la *actio familiae erciscundae*²³, pero aquí no se indica expresamente el carácter provincial. En mi opinión, el trámite

21. Así, DÉNOYEZ, *Le sc. Inventien*, p. 69.

22. En Ulp. D.5,3,5,1 se trata de la relación entre el *crimen falsi* (sobre testamento falso) como prejudicial de la *hereditatis petitio* que quiere ejercitar el supuesto heredero testamentario, solicitante del rescripto, pero no se puede decidir el tipo de procedimiento. Tampoco en el párrafo anterior (pr.), donde Ulpiano cita un rescripto de Antonino Pío, que Palazzolo cree (p. 103) iba dirigido ("probablemente era diretto") a un pretor (lo que le privaría del carácter de rescripto para convertirlo en *epistula*, pero no se entendería entonces que se hablara del pretor en tercera persona: *praetor edixit ..debet praetor distrahere*, siendo así que es precisamente la referencia al pretor lo que hace pensar a Palazzolo en el procedimiento ordinario). En verdad, Antonino Pío no mencionaba para nada al pretor: su *rescriptum* decía que el poseedor de la herencia, pendiente la *hereditatis petitio*, no podía vender bienes de esa herencia, a no ser que estuviera dispuesto a *satisdare* o, al menos, *causa cognita* y *post litem coeptam*, a prometer sin garantía; luego sigue diciendo Ulpiano (no ya Antonino Pío) que el pretor anunciaba en su edicto que permitiría la venta de bienes hereditarios (*deminutionem se concessurum*) y el mismo Ulpiano añade que el pretor incluso puede proceder directamente a la venta de bienes que pueden perecer, en alusión al edicto de *satisdando* (EP. § 51), que no se refería especialmente a la *hereditatis petitio*. La cuestión del carácter formulario o no de la *hereditatis petitio* excede de la discusión presente; ahora deseaba hacer constar que, en todo caso, estos rescriptos no prueban tal carácter.

23. Se trata de esta acción y no de la "*vindicatio hereditatis per formulas*", como cree Palazzolo, p. 82.

de esa acción civil es aquí cognitorio y no formulario²⁴. La expresión *secundum iuris formam* lejos de probar que la acción es formularia, viene a hacer un reenvío, como en tantos otros casos, a un modelo edictal que no era de directa aplicación en el procedimiento cognitorio.

g) Un nuevo *praeses* apócrifo²⁵ vuelve a presentarse en el rescripto de Gordiano CJ. 3,36,7: *praetor* (sc. *fideicommissarius*) [*vel praeses provinciae*], en contraposición, de nuevo, al *iudex familiae erciscundae*. También aquí el gobernador ha quedado asociado a la instancia cognitoria y no a la ordinaria, pero es poco probable que en la época de Gordiano haya juicios formularios incluso en Italia; aún menos en la época de Filipo²⁶.

h) Juliano (D. 1,18,8) y Calistrato (h. t. 9) comentan la frase *eum qui provinciae praest adire potes* (frecuente en los rescriptos provinciales) en el sentido de que el gobernador solicitado puede resolver bien él personalmente, bien nombrando un juez: *ipse cognoscere an iudicem dare*. Así suele entenderse esta frase, pero Palazzolo quiere ver en ella una alternativa entre *cognitio* y proceso formulario.

i) Tampoco en materia de interdictos cabe ver una muestra de procedimiento ordinario en provincias. Palazzolo (p. 169) la quiere ver en un rescripto de Alejandro Severo (CJ. 8,1,1) en el que se reenvía, como modelo para la jurisdicción del *praeses*, a las cláusulas edictales:

...praeses ad exemplum interdictorum quae in albo proposita habet "si arbor in alienas aedes impendebit" item "si arbor in alienum agrum impendebit"... rem ad suam aequitatem rediget.

Es claro que el Edicto del pretor urbano no tenía aplicación directa en la jurisdicción presidial de cualquier provincia, sino que, una vez más, el príncipe orienta aquella jurisdicción señalando un modelo aplicable por analogía²⁷.

24. En este sentido, LEMOSSE, *Cognitio*, p. 229, n. 3. No se explica que Palazzolo haya tenido tan poco en cuenta esta obra (1944, reprod. anast. 1971).

25. Vid. SOLAZZI, *Scritti* III p. 126 n. 20.

26. CJ.8,10,4 (p. 84), que, por lo demás, no presenta una referencia explícita a las provincias; cfr. supra, pp. 6 s.

27. Aparte este rescripto provincial, Palazzolo alega otros dos textos que acreditarían la incidencia de un rescripto en el procedimiento inter-

Así, pues, no hay entre los rescriptos aducidos por Palazzolo ninguno que pruebe la existencia del procedimiento ordinario en provincias. Con razón critica Palazzolo (p. 91, n. 42) la idea de que el reenvío que puede hacer un emperador a la "*competens actio*" (vid. CJ. 8, 29[30],4) supone la necesidad de admitir una fórmula procesal; sin embargo, no ha acabado de ver que este tipo de reenvío a modelos edictales es frecuente en los rescriptos, pero nunca puede probar la observancia del procedimiento propio del pretor urbano.

8. RECURSOS COMPLEMENTARIOS Y JURISDICCION COGNITORIA DE FIDEICOMISOS

Aparte las alusiones a interdictos que acabamos de ver, algunos de los rescriptos que Palazzolo refiere al procedimiento ordinario versan sobre otros recursos complementarios (*cautiones* y *missiones*), y precisamente en materia de fideicomisos, la cual, por sí misma, era de la competencia de los cónsules o de un pretor especial, siempre evidentemente cognitoria²⁸. A pesar de esta indiscutible competencia siempre cognitoria, cree Palazzolo que sólo el pretor urbano podía decretar aquellas medidas complementarias. Por mi parte, me inclino a pensar que tales medidas entraban también en la competencia del magistrado especialmente competente, sin perjuicio de que las ulteriores consecuen-

dictal ordinario (a propósito del interdicto *de liberis exhibendis vel ducendis*); i) D.25,4,1 pr., que ya hemos dicho (supra p. 9) no es un rescripto, sino una *epistula*, y, por lo demás, se refiere al trámite de la *inspectio ventris* y no del interdicto *de liberis exhibendis vel ducendis* (como cree Palazzolo, p. 172). Luego, ii) D.43,30,1,3, donde se quiere ver la conexión con el procedimiento ordinario en la referencia a una excepción: *aeque subveniendum ei erit per exceptionem*; pero esto no lo decían los decretos (cfr. D.43,30,3,5) de Antonino Pío, ni los rescriptos de Marco Aurelio y Septimio Severo, que cita Ulpiano, sino sólo éste, a modo de comentario. Lo que los príncipes decían era simplemente que *apud eam (sc. matrem) interdum magis quam apud patrem morari filium debere*. Por lo demás, tampoco la alusión de Ulpiano a una *exceptio*, en materia de interdicto, obliga a reducir el caso al procedimiento de la *actio ex interdicto* ordinaria. Así, nada prueban estos textos respecto a una incidencia de rescriptos en un trámite interdictal ordinario.

28. No entramos aquí en la delimitación de competencias, y nos referiremos simplemente al pretor fideicomisario.

cias de una *missio* pudieran tramitarse ante el pretor ordinario²⁹. Quizá haya enturbiado algo esta idea el hecho de que algunos de los rescriptos en cuestión parecen referirse indistintamente a legados y fideicomisos, de suerte que la mención de aquéllos los desvinculara de la competencia del pretor fideicomisario. Conviene detenerse un momento en la consideración de estos rescriptos, y, en especial (núm. 9), en la referencia a una intervención de Antonino Pío en materia de cauciones fideicomisarias.

a) El primer rescripto que a este propósito presenta Palazzolo (p. 153) es el de Severo y Antonino CJ. 2,12,3, donde se trata de una *missio in possessionem* a favor de un fideicomisario:

Eum qui res agit heredum a quibus tibi deberi fideicommissum dicis, evoca ad praetorem virum clarissimum, qui aut respondere tibi cogetur aut administratione negotiorum secundum formam iurisdictionis prohibebitur. (1) Deliberabit autem praetor, si non defendat heredes, debeatne te mittere in possessionem, secutus iurisdictionem quae exerceri adversus indefensos solet.

Según Palazzolo, el *praetor* mencionado no sería el *praetor fideicommissarius*³⁰, sino el urbano, y tendríamos así un rescripto relativo a la instancia ordinaria y no a la *cognitio* fideicomisaria³¹.

No creo que hiciera falta acudir al pretor urbano para decretar la *missio* fideicomisaria, sino que podía hacerlo el mismo pretor fideico-

29. Palazzolo, p. 151, alega el rescripto de Alejandro Severo CJ.6, 37,9 como prueba de que el decretar cauciones corresponde al pretor. Debe observarse, en primer lugar, que este texto nada probaría respecto a fideicomisos, pues versa sobre legados, para los que, por razón de materia, no hay jurisdicción especial. Pero, en segundo lugar, que se trata de un caso provincial, sometido al *praeses provinciae*. El reenvío a la *forma iurisdictionis* muestra una vez más que, para la *cognitio* del gobernador, el Edicto no era una norma directamente aplicable, sino sólo por la analogía que señala el reenvío expreso que hace el emperador.

30. En este sentido, en cambio, RÖHLE, en *RIDA*. 1968, p. 423. Probablemente ha caído en el texto actual el nombre del magistrado: <—> *vir clarissimus*.

31. Palazzolo no acepta la idea de SOLAZZI, *Scritti* III p. 539 n. 6, de que habría existido una competencia concurrente del pretor urbano en causas fideicomisarias, sino que reserva a éste tan sólo la intervención para las medidas cautelares de fideicomisos.

misario; me parece que esto resulta del hecho de que, según vemos en este rescripto, el magistrado que puede decretar la *missio* es el mismo ante el cual se presenta la reclamación del fideicomiso³²; el que afirma que los herederos impúberes le deben un fideicomiso tiene que citar al tutor de aquéllos (*evoca*) ante el pretor (en mi opinión, el pretor fideicomisario), y éste o bien exigirá de ese tutor que asuma el juicio (*respondere tibi cogetur*) o le privará de la administración, como se hace en la jurisdicción ordinaria (*secundum formam iurisdictionis*), con el fin de poder considerar "indefensos" a los pupilos y decretar la *missio*, siguiendo siempre el modelo de la jurisdicción ordinaria (*secutus iurisdictionem*). Precisamente estas concretas referencias al edicto indican que estamos ante una jurisdicción especial, la fideicomisaria, respecto a la que lo dispuesto en el Edicto para los legados no vale como derecho directamente vinculante, y por eso hace falta que el príncipe señale expresamente el reenvío. De este modo, este rescripto antes parece probar la competencia del pretor fideicomisario para decretar la *missio* que la necesidad de desplazarse al tribunal del pretor urbano para obtener la *missio* quien reclamaba un fideicomiso ante el pretor especialmente competente. Volveremos a encontrar esta unidad de competencia sub núm. 9.

b) Una aparente alternativa legado-fideicomiso aparece en un rescripto de Caracala citado por Ulp. D. 36,4,5,16 (p. 157): *legatarios et fideicommissarios esse mittendos*, pero, como se ve por el final (*qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt*), el caso era exclusivamente de jurisdicción fideicomisaria, y no hay motivo para pensar que la *missio Antoniniana* a que se refiere el rescripto tuviera que ser decretada necesariamente por el pretor urbano³³

c) De nuevo aparece la alternativa legado-fideicomiso en otro rescripto de Alejandro Severo CJ. 6,54,6, cuando, en realidad, se trata otra vez de un caso exclusivamente de fideicomiso. El modelo edictal (*forma iurisdictionis*) se refería a la *missio* a favor de los legatarios, y se aplica por analogía en materia de fideicomisos, pero se distingue de ella la *missio Antoniniana* (*secundum divi Antonini patris mei constitu-*

32. Esto es lo que podía hacer pensar en una competencia concurrente del pretor urbano sobre fideicomisos: cfr. n. anterior.

33. En PS.4,1,17 (p. 159) tampoco hay razón para apartar esta *missio* de la competencia del pretor fideicomisario.

tionem) ³⁴ Ambas *missiones* podían ser decretadas por el pretor fideicomisario, la primera, por analogía, la segunda, directamente. puesto que Antonino Caracala la había dispuesto directamente para los casos de mora de un fiduciario.

9. ANTONINO PIO, SOBRE CAUCION FIDECOMISARIA

Especial atención conviene prestar a una serie de referencias a una intervención de Antonino Pío en materia de caución fideicomisaria: CJ. 6, 54,1 - D 36,3,14,1 - h. t. 5,3 - 36,4,1,3 - h. t. 3,1.

a) CJ. 6.54,1, dirigido a un tal *Salvius*: cuando se pide caución por un fideicomiso, el magistrado debe decretar que se dé, sin entrar en la existencia o no del pretendido fideicomiso ³⁵.

b) Ulp. 79 *ed*—D. 36,3,14,1: cuando es “evidente”, sin necesidad de juicio, que no existe fideicomiso alguno ³⁶, Antonino Pío decía que no se debía exigir caución al heredero. Que este rescripto del *divus Pius* era el mismo del que se nos conserva el fragmento que acabamos de ver (a), parece lo más probable.

c) Pap. 28 *quaest.*—D 36,3,5,3: la caución debe darse en el lugar donde está la herencia, y el heredero no puede imponer el lugar de su propio domicilio. Así lo disponía Antonino Pío en un rescripto (*rescripsit*) que parece podía ser el mismo de las referencias anteriores: por tanto, se trataba de fideicomiso y no de legado ([*legatarius*]).

d) Ulp. 52 *ed*—D 36,4,1,3: el rescripto de Antonio Pío referido por Ulpiano aparece dirigido a *Aemilius Equester*, y no a *Salvius*, como en CJ. 6,54,1. Un *Sextus Aemilius Equester* parece conocido como gobernador de Dalmacia quizá el año 145 ³⁷. De querer identi-

34. Cfr. D.43,4,3,1, que Palazzolo (p. 161) parece referir también a los fideicomisos.

35. *Subtiliter* es posiblemente un añadido de Justiniano en relación con la *cognitio* sumaria que él introduce en estos casos; vid. infra p. 27. Lo que quiere decir Antonino Pío es que no debe entrar en la cuestión de fondo, aunque, si resulta evidente que no existe tal fideicomiso, no debe el magistrado decretar la caución; cfr. infra sub b y d.

36. No creo que se deba corregir [*fideicommisso*] <*legato*>, como hacía SOLAZZI, en *RIL*. 1916, p. 315, cfr. *Index Interpol*.

37. GROAG y STEIN, *Prosopographia Imperii Romani s.v. Aemilius*, p. 54.

ficar este gobernador con el destinatario de la constitución citada por Ulpiano —sería una *epistula*, no un rescripto propiamente dicho—, cabría pensar ³⁸ que se le habría destinado la *epistula* durante su pretura. Ahora bien: el mismo Ulpiano (lugar citado supra sub b) nos informa acerca de un rescripto de Antonino Pío en el que se dice exactamente lo mismo:

b

quotiens evidens res est ut certum sit nullo modo *fideicommisso* locum esse, perquam iniquum esse supervacua cautione onerari heredem.

d

cum constat *legatum* non deberi...non debere praetorem satisfactionem admitere.

La única diferencia aparente es que el primer testimonio (b) aparece referido a fideicomisos y el segundo (d) a legados ³⁹. Aunque no es imposible que Antonino Pío hubiera dado una *epistula* reiterando respecto a legados lo mismo que había dicho respecto a fideicomisos o viceversa ⁴⁰, la consideración de todos estos testimonios (a-e) de una constitución de Antonino Pío inclina a pensar que el emperador se refería a fideicomisos y no a legados, y que también esta constitución dirigida a Emilio Ecuestre se refería a la *satisfatio* fideicomisaria ⁴¹. De ser así, habría que pensar que Emilio Ecuestre fue pretor fideicomisario, o también que este Emilio Ecuestre, quizá llamado también Salvio, no era un magistrado sino un particular a quien se dirigió este rescripto sobre caución fideicomisaria que vemos reflejada en estos testimonios.

38. Así, GROAG y STEIN, *loc. cit.*

39. En esta diferencia hace hincapié Palazzolo (p. 145, n. 36) para negar que se trate del mismo rescripto.

40. Como los comentarios de Ulpiano a las cláusulas edictales pertinentes (en el tit. *de legatis*: § 172 *ut legatorum servandorum causa caveatur*, y en el tit. *de stipulationibus praetoriis*: § 287 *legatorum servandorum causa*), en los libros 52 y 79, respectivamente, combinan los fideicomisos con los legados, la razón palingenésica no sirve para decidir esta cuestión.

41. En D.36,4,1,3, por tanto, habría que corregir: [*legatum*] <*fideicommissum*> *non deberi*, o mejor, pensar que ese texto es un resumen por el que se refiere a legados lo que el rescripto de Antonino Pío decía sobre fideicomisos.

e) Ulp 52 *ed.*—D. 36,4,3,1: nueva mención de un rescripto de Antonino Pío relativo a la caución fideicomisaria, en el sentido de que el magistrado de quien se requiere que exija la caución debe indagar si no se requiere *per calumniam*. Esto no está en contradicción con la referencia (a) (CJ. 6,54,1): en (a) se dice que no debe hacer una *cognitio* sobre la existencia o no del fideicomiso, y en (e) que debe indagar si se pide la caución sólo por vejar el fiduciario. En efecto, no es lo mismo el ver si hay algún indicio favorable al solicitante y el resolver sobre el fondo de la cuestión.

Justiniano distingue, en estos casos, entre la *cognitio* ordinaria y el *summam cognoscere*, y por eso añade al final de este párrafo: [*de qua re summam debet cognoscere*] ⁴².

De la consideración de estos textos (a-e) puede derivarse la sospecha de que todos ellos se refieren a una misma y única constitución de Antonino Pío, dirigida a un tal Emilio Ecuestre Salvio, que se refería a la caución fideicomisaria, y en el que, probablemente entre otras cosas, se decía que: el fiduciario debía dar caución donde se hallara la herencia (c), y que no debía exigirse esa caución cuando constara la inexistencia del pretendido fideicomiso (b y d), es decir, cuando era evidente la *calumnia* del que solicitaba la caución (e), aunque en ningún caso debía el magistrado entrar en el fondo de la cuestión para decretar la caución (a). Quizá fue un rescripto importante por el que se extendió la caución de los legados a los fideicomisos ⁴³.

Que este decreto de caución fideicomisaria debía darlo el mismo pretor fideicomisario parece lo más natural, mucho más natural que una necesaria intervención del pretor urbano. En este sentido parece estar la posibilidad de que tenga lugar una *cognitio* sobre el fondo del fideicomiso en el mismo momento en que se solicitaba la caución, como dice Ulpiano 52 *ed.*—D. 36,4,3 pr.:

Si is a quo satis petitur offerat cognitionem et dicat: "hodie constet de fideicommissis, hodie agamus", dicendum est ces-

42. A esta distinción corresponde el *subtiliter* de CJ.6.54,1; supra sub (a). Vid. sobre la cognición "sumaria" que introduce Justiniano para la exigencia de cauciones, BIONDI, en *BIDR.* 30 (1921), pp. 238 ss.

43. Según LENEL, *EP*³, p. 369 (cfr. 540), esta extensión se habría introducido por la práctica y la misma Jurisprudencia.

sare satisfactionem, cum possit ante de fideicommisso quam de satisfactione constare.

Es más en otro rescripto de Marco Aurelio que cita Ulpiano 6 *fideicommissum* —D. 40,5,37 (p 250), podemos ver que el pretor fideicomisario⁴⁴ podía extender su jurisdicción a materias conexas: dando, en este caso, un *arbiter* para el arreglo de cuentas con el manumitido por fideicomiso, aunque no lo hubiera sido bajo condición de rendir cuentas⁴⁵.

10 CAUCION DE EVENTUAL REDUCCION POR LA FALCIDIA.

Lo que acabamos de ver respecto a la caución fideicomisaria puede decirse también de la caución que sirve para asegurar la eventual devolución a consecuencia de exceso contra la ley Falcidia⁴⁶: también esta caución podía ser decretada por el pretor fideicomisario

a) En un rescripto (D. 35,3,3,4) de los *divi fratres* (dirigido a una Pompeya Faustina) se dice que esa caución puede quedar dispensada por el reducido valor de lo dejado por una testadora a sus libertos: *minuta alimenta... alimentorum vel vestiarii libertis relictorum*.

Aunque Ulpiano (79 *cd.*), que nos da referencia de este rescripto, habla indistintamente de legatarios y fideicomisarios, podemos pensar que no se trataba de un legado, sino de un fideicomiso a favor de todos los libertos de la testadora⁴⁷. Pero, en todo caso, como se trata de

44. Sobre la competencia de éste en materia de manumisión fideicomisaria, vid. KASER, *RZPrR*, p. 355.

45. Ulpiano interpreta el rescripto en el sentido de que el pretor puede exigir, no sólo la entrega de las cuentas, sino de las cantidades y objetos que retuviera del tiempo de su administración.

46. Vid. D.35,3: *Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur*.

47. El mismo Palazzolo (p. 150, n. 54, cfr. 249) ve la relación con el rescripto de Cómodo citado por Calístrato D. 35,3,6, por el que, en materia de fideicomiso, se dispensa de esta misma caución en consideración a que podía resultar excesivamente gravosa para el fideicomisario, hasta el punto de tener que renunciar al fideicomiso (*ut a fideicommissi petitione avertaris*).

alimenta, la jurisdicción competente es la cognitoria de los cónsules⁴⁸. En D 34,1,3, Ulpiano, 2 *de off cons.* (!), trata de esta jurisdicción⁴⁹ y recoge un rescripto de Antonino Pío⁵⁰ dirigido a un Telesforo, evidentemente un liberto, que debe dirigirse a los cónsules para exigir un fideicomiso de *alimenta*.

b) Esta misma caución aparece dispensada (salvo que el testador la haya impuesto expresamente) en una constitución de Antonino Pío citada por Paulo, 7 *ad leg Iul et Pap*—D 35,3,7. La dispensa se funda aquí en que se trata de un legado anual sobre el que recae un fideicomiso de repartir algo entre unas personas cuya identidad no se determina (*ad distribuendum*). La razón de la dispensa parece clara: si el heredero hubiera cumplido sin observar la ley Falcidia, resultaba fácil descontar el exceso en las anualidades sucesivas, y no era necesaria su caución por parte del legatario⁵¹.

Tratándose en este caso de legados y no de fideicomisos, podemos pensar en la incidencia de la decisión imperial en la jurisdicción ordinaria del pretor. Es verdad que Paulo no habla estrictamente de “*rescribere*”, y que la expresión “*vetuit*” *cautionem exigi* podría referirse a una *epistula* u otra forma de constitución imperial, pero también a un propio rescripto. Así, tendríamos aquí otro caso en el que un rescripto imperial parece destinarse a su aplicación por el pretor urbano. Recordemos una vez más que, siendo un verdadero rescripto, dirigido a un particular, no podemos tener seguridad de que llegara al conocimiento del magistrado; pensemos, por ejemplo, que el rescripto hubiera sido solicitado por el heredero: la negativa de caución exigible al legatario le habría inhibido de exigirla ante el magistrado; en todo caso, no iba a presentar al magistrado aquel rescripto que resultaba contrario a su deseo.

48. Sobre esta jurisdicción en materia de *alimenta*, Palazzolo, pp. 255 y siguientes.

49. Los compiladores han sustituido, como otras veces, <consules> por [*iudices*]; cfr. infra, n. 57.

50. Sobre el *libellus datus* que cita antes, vid. supra, p. 15 s.

51. Palazzolo (p. 150) cree que la razón de la dispensa está en que el fiduciario es un “ejecutor testamentario” mejor que un legatario, pero Ulpiano habla de *annua legata*, y no se ve razón para no considerarle legatario. En todo caso, el heredero no podía perder su derecho a la cuarta Falcidia, aun en el supuesto de que el legatario no lucrara nada por tener que repartir íntegramente todas las cantidades recibidas.

11. RESCRIPTOS EN CAUSAS DE LIBERTAD

Otra cuestión especial que presenta el tema de la posible incidencia de los rescriptos en la jurisdicción ordinaria es el de los límites de la jurisdicción especial en tema de procesos sobre libertad (*causa liberalis*). Conviene recordar la jurisdicción competente en esta materia ⁵².

El tribunal de los *décemviri* fue el primero que juzgó estas controversias *de statu*, pero desapareció en época de Augusto, de modo que la Jurisprudencia que básicamente conservamos no habla ya de él. Su competencia no parece haber pasado al tribunal de los *centumviri*, como algunos autores creyeron, sino que se sometió al juicio de los *recuperatores*, es decir, en procedimiento ordinario ⁵³. Probablemente, los *recuperatores* ya venían interviniendo en procesos de libertad que interesaban a *peregrini*. Luego, la competencia de los *recuperatores* pasó a los cónsules, ya en procedimiento cognitorio; posteriormente, a un nuevo pretor especial, el *praetor de liberalibus causis*, en procedimiento también *extra ordinem*. Finalmente, Justiniano eliminó el carácter contencioso de este proceso para convertirlo en un *praeiudicium an liber sit* (CJ. 7,17,11). La cuestión está en determinar si las referencias de los juristas pertenecen al proceso ordinario ante *recuperatores* al cognitorio ante los *consules* o al cognitorio ante el nuevo pretor especial ⁵⁴.

La primera mención indiscutible de este nuevo pretor con exclusiva de jurisdicción sobre los procesos de libertad es del año 223 ⁵⁵, pero es muy verosímil que ya se hubiera liberado a los cónsules de tal trabajo mucho antes. Según Palazzolo (p. 250 s), aunque la *cognitio* es el

52. Vid. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano* (1961).

53. Sobre esto, vid. IVONNE BONGERT, *Recherches sur les récupérateurs*, en *Varia: Etudes de Droit Romain* (1952), pp. 188 ss.; MARRONE, en *Ann. Palermo*, 1955, pp. 27 s., 29 s., 305; KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic* (1976), pp. 10 ss. y cfr. 54 ss. sobre competencia de los *recuperatores*.

54. Cuando se habla de un *iudex* (único), puede pensarse en cualquiera de estos tribunales, y no es necesario entender un *iudex unus* ordinario.

55. CJ.4,56,1: *praetor cuius de liberali causa iurisdictio est*; cfr. el rescripto h.t.2, del mismo año.

procedimiento de la *causa liberalis* desde la época de los Antoninos, el nuevo pretor no habría generalizado su competencia hasta la época de los Severos, pero la determinación del comienzo de la nueva jurisdicción es insegura. La *epistula* de los *divi fratres* recogida por Ulpiano 2 *de off. consulis* (1)—D. 40,12 27 pr. estaría dirigida a los cónsules, y por eso Ulpiano hablaba de ella en su *de officio consulis*. A pesar de este indicio, creo que el destinatario de esa *epistula* no era un cónsul, sino un gobernador provincial, pues el título de *gravitas* que se da al destinatario es propio de *praesides* o de *rationales* provinciales⁵⁶. Una referencia a la jurisdicción de los *consules* aparece, en cambio, en el rescripto de Antonino Pío que cita Ulpiano 1 *de off. cons*—D. 35,1,50 (p. 252): “*aditi a vobis amplissimi consules...*”⁵⁷. En fin, quizá la nueva magistratura especial hubiera podido aparecer antes de terminar el siglo II, de suerte que los textos jurisprudenciales puedan referirse generalmente a ese nuevo pretor.

En todo caso, las referencias de la Jurisprudencia, al ser de los siglos II/III, deben referirse a una tramitación cognitoria, sea ante los cónsules, sea ante el pretor especial. Sin embargo, Palazzolo quiere ver intervenciones imperiales en esta materia que incidirían en el procedimiento ordinario. Son las siguientes:

a) Una *epistula*⁵⁸ de Trajano citada por Ulpiano 14 *ed.*—D. 5, 3,7 pr (p. 101), por la que se declara que el proceso *de libertate* debe postponerse al *de inofficioso (testamento)*, para evitar prejuzgarlo. Ulpiano confirma este criterio, invocando la autoridad de un senado-

56. Vid. HEUMANN y SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *gravis* i.f. Observo, a este respecto, que CJ.3,3,3 también se dirige a un gobernador provincial (vid. JONES, MARTINDALE y MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, p. 823), y que también debe de serlo el *Alexander* de CJ. 5,73,4, del 303 (vid. *Prosop.* cit., p. 39); luego, el *Bulephorus* destinatario de CJ.3,26,7, del 349, era probablemente un *rationalis* provincial (vid. *Prosop.* cit., p. 165), y el *Scyrio* de CJ.10,10,1, también. Añádase a los citados por Heumann y Seckel: CJ.1,33,1; 4,62,4; 10,13,1; 10,26,2; 12,24,1, siempre con un cargo provincial como destinatario.

57. Observo que este título debe ser restituído en el rescripto del mismo emperador (en materia de alimentos) que cita Ulpiano 2 *de off. cons.* D.25,3,5,7: “*aditi a te [competentes iudices] <amplissimi consules>*”, pues Palazzolo (p. 256) deja *competentes <consules>*, creo que sin acierto.

58. No rescripto, cfr. *supra*, n. 4.

consulto: *et ita senatus censuit*. Una decisión de este tipo, por parte del emperador, parece natural que se dirija al magistrado competente, que, en época de Trajano, parecen ser ya los cónsules. Es decir, aparte de que aquí no tenemos un verdadero rescripto, es lo más probable que no afecte para nada al pretor urbano. No prueba, pues, este texto una incidencia en el procedimiento ordinario

b) Sólo excepcionalmente, por existir una "*magna causa*", podía conceder el príncipe una *restitutio in integrum* contra la *vindicatio in servitutem* ejercitada por un *minor*: D. 4,4,10 (cfr h. t 9, 6)⁵⁹. Pero aquí no se trata de la jurisdicción pretoria, sino de una resolución imperial: *si hoc a principe fuerit consecutus*. Palazzolo (p. 196, n. 178) compara esta *restitutio* con la de la *epistula*⁶⁰ de Antonino Pío de D. 5,1,2,3. pero es evidente que aquí es el pretor quien debe conceder o denegar la *restitutio in integrum*. Lo que inclina a Palazzolo a atribuir el trámite al pretor urbano es que "todo el texto de Ulpiano habla de la *iurisdictio* pretoria". Debe observarse, sin embargo, que la referencia a la concesión de restitución por el príncipe se encuentra en un texto de Paulo (frag. 10) intercalado en el comentario de Ulpiano (frags. 9 y 11)⁶¹. Aunque tanto Paulo como Ulpiano (ambos en el libro 11 de sus respectivos comentarios *ad edictum*) estén tratando de la cláusula edictal (E.P. § 41: *de minoribus XXV annis*), resulta evidente que la expresión paulina *hoc a principe fuerit consecutus* alude a una concesión directamente imperial y no pretoria: difícilmente cabe pensar a la vista de esa frase en una concesión pretoria por influencia de un rescripto imperial.

Así, pues, tampoco este texto de Paulo viene a probar una intervención mediante rescripto en la jurisdicción ordinaria del pretor a

59. Palazzolo, p. 193 quien recuerda (pp. 194 s.) una concesión semejante a favor del Fisco cuando el esclavo de un patrimonio confiscado ha sido proclamado libre sin haber intervenido el representante del Fisco: D.49,14,3,9. En efecto, el Fisco goza de una protección similar a la del *minor*, y también respecto a esta defensa de los intereses fiscales se invoca la *causa generalis* de la *restitutio in integrum* edictal (D.4,6, 33 pr.).

60. No rescripto: vid. *supra*, p. 11.

61. El mismo hecho de que se haya tenido que intercalar ese fragmento de Paulo hace pensar que Ulpiano no se refería a ese posible caso excepcional.

propósito de *restitutio in integrum* y respecto a una causa de libertad. Lo que Ulpiano decía era tan sólo que el pretor urbano no podía dar (*impossibile est*) una restitución contra una *vindicatio in servitutem*, aunque el interesado fuera un *minor*. Esto equivale a decir que se daba una incompetencia del pretor para una nueva *vindicatio in libertatem*, no sólo en caso de solicitarla un *minor*, sino en cualquier otro caso. Porque no debemos olvidar que una *restitutio in integrum* contra una *vindicatio in servitutem* fallida para el demandante quería decir que se podía repetir la acción (con ficción rescisoria de la anterior sentencia favorable a la libertad), y eso, en la época de Ulpiano, sólo era posible ante el magistrado especialmente competente, es decir, el *praetor de liberalibus causis*.

c) La referencia a este pretor especial parece segura en el rescripto de Alejandro Severo CJ 7,21,4, que es cinco años posterior al otro rescripto (ya mencionado supra p 30: CJ. 4,56,1) en el que se habla expresamente de su jurisdicción. Conviene tener presente el texto completo, ya que Palazzolo (p 101) omite el pr :

Si is, quem servum tuum fuisse et a fratre tuo manumissum atque heredem scriptum proponis, ut civis Romanus vixit nec intra quinquennium post mortem eius status quaestionem movere coepisti, intellegis neque heredibus ab eo scriptis neque his quos liberos esse voluit controversiam contra formam senatus consulti facere posse. (1) Quod si prius quam id spatium temporis excederet agere coepisti, et peculium eius more iudiciorum persequi et cum manumissis ordinata lite secundum formam edicti experiri non prohiberis.

El supuesto es el siguiente: un hermano del dueño de un esclavo (quizá mero copropietario por herencia) instituyó heredero (con la libertad) a aquel esclavo. Este aparente liberto orcano, a su vez, dispuso por testamento de los bienes de su antiguo peculio y manumitió en el mismo testamento a unos esclavos del mismo peculio. El dueño del aparente liberto testador consulta al emperador Alejandro Severo. Este empieza por recordar la prescripción de la *vindicatio in servitutem* por el transcurso de cinco años después de morir el aparente liberto, pero admite la reclamación si se ha ejercitado esa reclamación antes del quinquenio. Esto no es lo que presenta especial interés, sino la extensión de la cognición especial del pretor de causas liberales a la

reclamación de los bienes del peculio y de los esclavos manumitidos por el aparente liberto, siempre que se declare judicialmente su condición servil. Esta extensión prueba que esa reivindicatoria, como accesorio de la principal *vindicatio in servitutem* sobre el muerto, quedaba atraída a la jurisdicción del pretor especial de causas liberales. Con esto de particular: la reivindicatoria sobre los bienes del peculio debía tramitarse según la "costumbre judicial" (*more iudiciorum*), lo que suponía ya un reenvío a la práctica del proceso petitorio en la jurisdicción ordinaria; pero la reclamación de los *servi vicarii* indebidamente manumitidos por el aparente liberto podría también tramitarse (*experiri non prohiberis*) como una simple reivindicatoria, conforme al modelo de la reivindicatoria ordinaria (*ordinata lte secundum formam edicti*). Es decir, el mismo pretor especial que declarara la condición servil del aparente liberto testador no tenía que tramitar otra *vindicatio in servitutem* distinta sobre cada uno de los *manumissi*, sino que, una vez declarada la esclavitud del testador, se podía proceder a una reivindicatoria simple sobre aquellos *manumissi*. El modelo edictal, una vez más, aparece referido en forma de reenvío, pues el Edicto no era directamente aplicable en la *cognitio* del pretor especial, y se requería el reenvío mediante rescripto imperial.

Así, pues, también la *cognitio* especial del *praetor de liberalibus causis* aparece extendida, por reenvío a un modelo edictal, a los recursos conexos, sin necesidad de que intervenga el pretor urbano.

12. RESCRIPTOS SOBRE TUTELA: EL CASO DE TULIA.

El rescripto de Alejandro Severo CJ. 2,4,3 (del año 223) tiene una abundante literatura, en relación sobre todo con el tema de la estipulación Aquiliana⁶². Pero se me permitirá que no entre en el tema de la estipulación Aquiliana, que no interesa en este momento, sino sólo en el interés de este texto para la cuestión de la conexión de los rescriptos con la jurisdicción ordinaria⁶³. En efecto, Palazzolo (p. 99 s.).

62. Vid. STURM, *Stipulatio Aquiliana. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht* (München, 1972), p. 373, con liter.

63. Es posible, por lo demás, que la confirmación de que el rescripto se refiera a la *cognitio* atenúe las exigencias de los críticos en materia de estipulación Aquiliana.

presenta este texto como ilustrativo de una clara incidencia en el procedimiento formulario, ante un *iudex unus* privado. Es necesario reproducir el texto entero, y sin omitir la *inscriptio*, por las consecuencias que tiene.

Imp. Alexander 3. Tulliae: Age cum Geminiano, quod pater eius *curator* tibi datus negotia tua gesserit, et si apud iudicem negabit se actione teneri quoniam transactio et Aquiliana stipulatio interposita est, iudex contemplatione iudicii quod est bonae fidei quaeret de quanta pecunia nominatim transactum sit: et si apparuerit de minore transactum, quantam pecuniam reliquam ex administratione *curae* deberi probatum fuerit, Aquilianam obligationis *curae* tantum deductum est quanti erat quantitas pecuniae quod debebatur.

Ante todo, hemos de llamar la atención —y por eso hablamos del “caso de Tulia”— sobre el hecho de que la destinataria de este rescripto relativo a “curatela” es una mujer (mujer, precisamente, y no una ex-niña). Este dato me parece decisivo para afirmar que se trata en nuestro caso de una *actio tutelae* y no de la *actio negotiorum gestorum*, pues, como es sabido, la *tutela mulieris* es siempre sustituida en la Compilación por la *cura minoris* a que se asimila aquélla en el derecho tardío⁶⁴.

Cabría todavía el reparo de cómo podía referirse el texto a una *actio tutelae* cuando se dice ordinariamente (sobre la base de Gai. 1,190 s) que no se daba tal acción en la *tutela mulieris*; pero esta opinión no es del todo correcta, y Guzmán ha mostrado recientemente

64. Que yo sepa, sólo LEMOSE, *Cognitio*, p. 229, lo advirtió: “l’interpolation assez probable de *curator* pour *tutor*” (no registrado en el *Index* de BROGGINI). SIMON, en *SZ.* 1970, p. 329, no se plantea el problema, y STURM, *Stipulatio Aquiliana*, cit., p. 373 n. 57, considera irrelevante la cuestión de “qué clase de *cusa* era ésa”. La idea, que ha seducido a los críticos de este texto, de que debía mencionarse en él la *actio negotiorum gestorum* por la razón de que los escolios bizantinos tratan acerca de si la regla sentada en ese texto vale sólo para esa acción o para todo juicio de buena fe, no es apremiante, pues, al presentarse un caso de curatela (en la redacción que los escoliastas tuvieron a la vista), ya se presentaba implícitamente la *actio negotiorum gestorum*, y no era necesario que ésta apareciera expresamente mencionada. En todo caso, tenían a la vista un texto ya interpolado por los compiladores.

te⁶⁵ cómo era posible que también una mujer pudiera ejercitar esa acción contra su tutor.

La referencia a los juicios "*bonae fidei*" que hace el emperador no era incompatible con la *actio negotiorum gestorum*, que, como es sabido, obtuvo una fórmula *in ius* (además de la otra *in factum* que tenía de antiguo), pero conviene todavía más claramente a la *actio tutelae*, que fue siempre de buena fe.

Del tenor del rescripto se desprende que la acción de Tulia contra el heredero de su tutor fue inhibida por una *transactio* en la que, mediante una estipulación aquiliana, se daba por liquidada toda la obligación que el tutor hubiera podido tener con su pupila. Admitiendo —pues no vamos a entrar aquí, como hemos dicho, en la crítica de esta referencia a la estipulación aquiliana— que la cantidad cancelada por aceptilación era una suma determinada (*de quanta pecunia nominatim transactum sit*), el emperador considera que esto no fue suficiente para cancelar lo que luego resultara deber el tutor por encima de tal cantidad: tal rigor parecía incompatible con el carácter *bona fidei* de la acción (de tutela).

A pesar de esta aparente referencia a una fórmula de buena fe, que haría pensar en el procedimiento formulario ante el pretor urbano, quizá las dificultades que ha presentado este texto se pueden superar si pensamos que se refiere a un trámite de *cognitio* y no de procedimiento ordinario. Como tantas otras veces, la mención de los modelos edictales —aquí de la fórmula *bonae fidei*— tendría el sentido de un reenvío a los mismos para ser aplicados por analogía en una jurisdicción cognitoria.

El problema está ahora en determinar la magistratura competente para tramitar la *actio tutelae*. Una opinión ya antigua⁶⁶ mantenía la competencia específica del pretor urbano en litigios contra el tutor, pero pensando en la cognición pretoria, y no en la jurisdicción ordinaria. Se suponía que al nuevo *praetor tutelarius* (luego *tutelar*) creado por Marco Aurelio se había encomendado la *datio tutoris* y algo más, pero no la jurisdicción general en materia de tutelas⁶⁷. La inseguridad

65. Alejandro GUZMÁN, en *AHDE*, 1976, p. 145.

66. BETHMANN-HOLLWEG, *Der romische Civilprozess* II, p. 761.

67. Una simplificación en sentido contrario, que aparece otras veces, hace BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 468: "with ju-

para delimitar competencias, en materia de tutela, entre el pretor urbano y el pretor tutelar se refleja en el estudio de Pernice⁶⁸. Según Pernice (p. 171), el pretor urbano conservó su competencia en el nombramiento de tutor extraordinario para dotar y actuar en juicio, también para autorizar la enajenación de bienes del pupilo (conforme a la *oratio Severi*), y quizá en el proceso contra el tutor sospechoso. Pero él mismo reconoce (p. 171 s) la debilidad de los apoyos textuales, y no se declara concretamente acerca de la jurisdicción competente para la *actio tutelae*.

Posiblemente ha pesado en esta afirmación, de que los juicios sobre tutelas eran de la competencia del pretor urbano, el hecho de que la *accusatio suspecti tutoris* se tramitara como juicio pretorio cognitorio⁶⁹.

En cambio, falta en absoluto una referencia clara a la competencia del pretor urbano respecto a la *actio tutelae*, se entiende, después de la aparición del *praetor tutelaris*; los comentarios al Edicto pueden dar una impresión favorable a la competencia del pretor, pero ello se debe a que la fórmula había quedado codificada antes de la creación del pretor tutelar. La comparación con los otros pretores especiales tiende a favorecer la idea de que también este pretor tuvo una competencia amplia, en todo lo relativo a tutelas. Por otro lado, el hecho de que los juicios sobre tutelas muestren una tramitación cognitoria parece explicarse mejor si admitimos la jurisdicción de un pretor

jurisdiction in controversies between guardians and their wards". Se cita allí un artículo (*tutelarius*) de la *Pauly-Wissowa RE.*, pero no es de Preissendanz, sino de K. SCHNEIDER.

68. PERNICE, *Parerga V: Das Tribunal und Ulpian's Bücher 'de omnibus tribunalibus'*, en *SZ.* 1893, pp. 170-178; cfr. SOLAZZI, *Ist. tutelari* (1929), pp. 77 ss., que mantiene también la competencia concurrente de los cónsules hasta época severiana.

69. Ulp. D.26,10,1,3: *Damus autem ius removendi suspectos tutores Romae praetoribus, in provinciis praesidibus eorum.* A este texto parece referirse la cita inexacta de SCHNEIDER, op. cit. n. 67, col. 1609, lín. 44. Vid. SOLAZZI, *Ist. tutelari* (1929), pp. 73 s., ns. 4, 230 y 243 ss.; KASER, *RPR.I²*, p. 363 n. 4; en *RZPrR*, p. 365 n. 2 dudaba entre el tutor urbano y el tutelar. Efectivamente, los textos no deciden la cuestión, y el *praetor* de D.26,10,4,3 podría ser el pretor tutelar. En época Constantiana, aparece para ese tipo de reclamaciones un pretor especial: CTh. 3,32,2 = CJ.5,71,18 y 7,62,17. La *inscriptio* de FV.247 (de "*urisdictio*" *tutelaris*) no prueba nada en esta cuestión.

especial. En fin, los títulos con que aparece el primer pretor tutelar, Cayo Arrio, son oscilantes: una vez (CIL.VIII 7030), *curatoribus et tutoribus dandis*, pero otra (CIL.V 1874), *cui primo iurisdictio pupillaris a sanctissimis imperatoribus mandata est*. El primer título parece indicar que sus funciones se reducían exclusivamente al nombramiento de tutores y curadores (lo que tampoco es exacto), y el segundo parece hablar de una jurisdicción general sin excepciones. Aun admitiendo que se reservó alguna función al pretor urbano, y que debía tramitarse ante él la *actio ex stipulatu* por la *cautio rem pupilli salvam fore*, parece más probable que, desde Marco Aurelio, la *actio tutelae* se tramitará ante el nuevo pretor especial

Solazzi, al ver las frecuentes referencias a la *cognitio* en materia de tutela, las quiso explicar como régimen especial de la tutela legítima, pero su esfuerzo crítico no parece acertado⁷⁰.

70. En D.45,1,122,5, *iudex tutelae* está interpolado en lugar del *praetor tutelarius*, como ya vieron Mommsen, Lenel, Heumann-Seckel y Solazzi (*Ist. tut.*, p. 248). Este último cree que el carácter *extra ordinem* del juicio dependería de dirigirse la acción contra la heredera de un tutor legítimo (*heres [unius] <legitimi> tutoris*), pues sostiene que la *actio tutelae* no se daba ordinariamente en caso de tutela legítima. También el enigmático *iudex tutelaris* de PS.5,16,2 (= D.48,18,18,4: *iudex*) sería un magistrado con jurisdicción *extra ordinem* (Solazzi, *Ist. tut.*, pp. 249 y siguientes), que tendría poder para someter a *quaestio* a los esclavos; pero esta facultad se reconoce en D. 27,3,1,3 a todo juez en la *actio tutelae* (a pesar de la crítica de SOLAZZI, *Ist. tut.*, p. 251) y parece confirmarlo D.26,7,34, que SOLAZZI, *Ist. tut.*, p. 252, cree puede ser el pretor urbano, aunque le niegue la *quaestio* de los esclavos. En D.46.2,9 pr. vuelve a aparecer *iudex tutelae*, que SOLAZZI, *Ist. tut.*, p. 145, cree interpolado con toda la frase *sed iudex*-fin, pero podría sustituir ahí, otra vez, al *praetor tutelarius*. En el rescripto de Severo y Antonino CJ.5,37,1 aparece un *iudex inter te et tutores datus*, que parece ser también un juez *extra ordinem*, pero quizá por ser un caso provincial; vid. la crítica poco acertada de SOLAZZI, *Ist. tut.*, pp. 269 s. (que entiende mal "*quae agenda putas age*" como actuación procesal). Un rescripto de Severo y Antonino citados por Ulp. 3 *de off. cons.* (!) —D.27,3,17, habla de una *postulatio* contra los tutores, y el hecho de citarlo Ulpiano en su *de officio consulis* haría pensar en una competencia de los cónsules, *extra ordinem*; pero es muy posible que se trate, no de la *actio tutelae*, sino de la *actio rationibus distrahendis*, pues ambas acciones entran promiscuamente en el título 27,3: *de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa*

Que la acción de la tutela era normalmente cognitoria (por ser de la competencia del *praetor tutelarius*), parece desprenderse de D. 11,2,2:

Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante eo omnes ad eundem iudicem mittuntur: et hoc rescriptis principum continetur.

Que, a petición del único tutor demandado, puedan los otros cotutores ser atraídos a consorcio es algo imposible en el procedimiento ordinario, pero sí en la *cognitio*⁷¹. La referencia a los rescriptos encuentra una confirmación en el rescripto provincial de Gordiano CJ. 5,51,5: *Omnes tutores seu heredes eorum qui administraverunt tutelam ad eundem iudicem ire debere iam pridem constitutum est*, etcétera⁷².

En D. 34,3,28,3, un hijo emancipado libera por testamento a su padre —tutor legítimo, como *parens manumissor*— de la responsabilidad exigible por la *actio tutelae*. Escévola (16 *dig.*) dice que el magistrado *cuius notio est* deberá determinar el alcance de ese fideicomiso⁷³. Evidentemente, se trata de una jurisdicción *extra ordinem*, pero Solazzi⁷⁴ entiende que ese magistrado es el *praetor fideicommissarius*. No creo que deba excluirse esa posibilidad de que el asunto se tramite como reclamación de un fideicomiso, con el fin de obtener una cancelación formal por parte del heredero, pero también cabe pensar que la cuestión se plantee a propósito de una excepción contra la *actio tutelae*, y esta segunda posibilidad me parece incluso la más probable.

actione. La reclamación del caso es de deuda de los tutores (*an aliquid tibi a tutoribus [vel curatoribus] debeat*), y los emperadores niegan que se pueda exigir las costas procesales (*sumptum litis*): esto puede encajar perfectamente en la *actio rationibus distrahendis*.

71. SOLAZZI, *Ist. tut.*, p. 263 ss., admite esta reducción a la *cognitio*, pero ésta se daría en este caso por tratarse de tutores legítimos (aunque el texto no diga que lo son).

72. Según SOLAZZI, *Ist. tut.*, pp. 270 ss., se trata de un juicio cognitorio porque de nuevo se refería a tutores legítimos.

73. El final [*praesumptio-fin*] parece, como otros autores han señalado, una interpolación. Parece claro que la liberación no podía ser absoluta; p. ej., no se podía liberar de la responsabilidad por dolo; cfr. D.34,3,8,6.

74. SOLAZZI, *Ist. tut.*, pp. 274 s.

Si es así, Escévola se habría referido al *praetor tutelarius* y a su jurisdicción cognitoria; es posible incluso que Escévola pensara en las dos posibilidades y que precisamente por eso mismo se refiriera al magistrado con la expresión vaga *cuius notio est* ⁷⁵.

Solazzi, que no entra directamente en el tema que nos interesa, de la competencia del *praetor tutelarius* en las reclamaciones contra el tutor, parece mantener la jurisdicción ordinaria para la *actio tutelae*, puesto que sólo habla de que se tramita *extra ordinem* cuando se dirige esa acción contra el tutor legítimo ⁷⁶. Pero nada excluye que este tipo de tramitación fuera normal en toda *actio tutelae*, precisamente por ser de la competencia del *praetor tutelarius*.

Así, este "caso de Tulia" nos mostraría, una vez más, una intervención imperial por rescripto para reenviar, en sede de cognición del *praetor tutelarius*, a un modelo edictal, a la fórmula de buena fe, pero no en el sentido de que el proceso debiera tramitarse con una fórmula escrita, sino en el de hacer valer el carácter de buena fe de aquella fórmula para salvar el carácter estricto de la estipulación aquiliana. Paradójicamente, se invocaría el carácter de buena fe que la fórmula ordinaria presentaba para salvar los efectos estrictos que la estipulación aquiliana tenía en el derecho ordinario.

13. CONCLUSIONES

Como decía al principio, no era mi propósito hacer una crítica completa de la obra de Palazzolo, sino tan sólo indicar algunos de los puntos problemáticos tratados en su libro. La misma extensión de estas observaciones pueden hacer comprender el interés que aquél ha suscitado para mi reflexión sobre un tema especialmente importante para una recta comprensión del derecho de la última época clásica, es decir, aquella en que empiezan los rescriptos imperiales.

De acuerdo con Palazzolo en considerar el rescripto como una especie de *responsum* imperial y no como una especie de instrucción.

75. SOLAZZI, *loc. cit.*, desecha la posibilidad de una referencia al *praetor tutelarius* precisamente porque quiere excluir la *actio tutelae* de la tutela legítima, y para ello presenta la mención que hace este texto a tal acción como una manera menos técnica de expresarse el testador.

76. SOLAZZI, *Ist. tut.*, pp. 243 ss.

procesal, creo que debe tomarse con mayor reserva la idea de que los rescriptos tendían a consolidar la jurisdicción ordinaria, es decir, el procedimiento formulario. Aunque nada impide que el destinatario de un rescripto lo hiciera valer en un proceso formulario, la consideración de los rescriptos conservados induce a pensar que ésa fue la vía por la que los emperadores fueron creando el *ius novum* de la cognición oficial, no sólo en materias reservadas a los magistrados con jurisdicción *extra ordinem*, como los cónsules y los nuevos pretores especiales, sino ante todo en el derecho provincial, dejado enteramente a la jurisdicción cognitoria de los gobernadores.

Lo que sí puede decirse es que, en esta labor de formación del *ius novum* tramitado *extra ordinem*, los príncipes hacían frecuentes reenvíos al Edicto pretorio, el cual, desde su codificación y promulgación oficial bajo Adriano, se había convertido en un libro que servía de modelo para cualquier actuación jurisdiccional, aunque no constituyera ya, para esas nuevas instancias cognitivas, una norma propiamente vinculante; precisamente porque no lo era, debían los príncipes indicar la conveniencia de su aplicación por analogía: *secundum formam edicti*.

ALVARO D'ORS

(Universidad de Navarra)