

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

*LA SATISDATIO REM PUPILLI SALVAM FORE COMO
STIPULATIO COMMUNIS EN D.45.1.5 PR. POMP. 26 AD
SAB.*

*THE SATISDATIO REM PUPILLI SALVAM FORE AS
STIPULATIO COMMUNIS IN D.45.1.5 PR. POMP. 26 AD
SAB.*

Xesús Pérez López
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Un rasgo típicamente atribuido a los juristas tardoclásicos es su tendencia al encuadre en esquemas dogmáticos de alcance general de conjuntos de instituciones consideradas anteriormente de forma aislada o cuya interdependencia, en todo caso, no hubiese sido anteriormente objeto de un estudio teórico. Esta tendencia encuentra alguna manifestación conspicua y bien conocida en el tratamiento del

proceso desde el punto de vista iuspublicístico llevado a cabo por los juristas de época de los Severos. En el ámbito mejor documentado del derecho privado, un buen ejemplo (en cuanto que contrastable con mayor facilidad) viene dado por el enfoque clasificatorio adoptado en el caso de las figuras contractuales típicas por parte de los jurisprudentes tardoclásicos. Este enfoque se aprecia a simple vista tanto en la búsqueda del encuadre de cada una de las figuras contractuales típicas dentro de un sistema adecuado a las relaciones entre ellas y a las características consideradas peculiares de cada una de ellas, lo cual se constata de manera más obvia en los manuales institucionales (tipo literario este más difundido según fue avanzando el período clásico) como en la adopción de esquemas clasificatorios generales para la descripción y estudio de cada contrato típico, esquemas que aparecen atestiguados con frecuencia también en los comentarios en cuanto que tipo literario dotado en sí de una naturaleza sistemática más que problemática.

Se ha escrito mucho acerca de los motivos que empujaron a los juristas clásicos en general y a aquéllos tardoclásicos en particular a esta inclinación por la adopción de esquemas dogmáticos. Me interesa destacar aquí únicamente cómo algunos de estos motivos son más contradictorios entre sí de lo que en principio podría esperarse, reflejando la oposición entre ellos las propias contradicciones en las que el devenir

histórico del Principado había sumido al ordenamiento jurídico romano.

Así, es cierto que por un lado la tendencia sistemática de los juristas tardoclásicos puede explicarse como resultado de la relativa deceleración y, finalmente, estabilización que alcanzaron los procesos de cambio introducidos ya desde finales de la República y que se extendieron a todos los niveles a lo largo de los dos primeros siglos de existencia del Principado: alteración del sistema de fuentes, con la desaparición de la ley, la cristalización del Edicto y la introducción de las constituciones imperiales como principales características, intervención creciente del emperador en el ámbito del derecho procesal y del derecho privado, aparición de nuevos titulares de jurisdicción como los *procuratores Fisci* o los pretores puestos al frente de las *cognitiones extraordinariae*, paulatina extensión de los derechos de ciudadanía a las provincias y, sobre todo, gradual introducción de las *cognitiones extraordinariae*¹ y confusión de éstas con el

¹ Desde el artículo de R. Orestano, "La cognitio extra ordinem: una chimera", en *SDHI* 46, 1980, pp. 236 ss., quien afirmaba la imposibilidad de entender los procesos extraordinarios surgidos a lo largo del Principado de manera unitaria en calidad de especialista en el estudio de los mismos, se ha afirmado una tendencia a la sustitución de la denominación tradicional *cognitio extra ordinem* por otras que reflejen la diversidad de los distintos procesos cognitorios y que es seguida invariablemente en los estudios recientes sobre los mismos, que han renunciado con

proceso ordinario. Algunos de estos cambios graduales no habían llegado a su punto de llegada aún a finales de la época tardoclásica², pero la mayor parte de ellos habían alcanzado un grado de desarrollo suficientemente estable como para que fuese posible el tratar de trazar una sistemática relativamente general.

Por otro lado, y al mismo tiempo, la paulatina extensión del ámbito de vigencia de las *cognitiones extraordinariae* no se había visto acompañada, a lo largo de los dos primeros siglos del Principado, por el desarrollo de una terminología propia que sirviese para deslindar los procesos de tipo cognitorio del proceso ordinario y para describir las particularidades de cada una de las *cognitiones extraordinariae*³. Esto hay que achacarlo probablemente a que las *cognitiones* frecuencia a la adopción de una perspectiva de conjunto al respecto. Así por ejemplo por parte de A. B. Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia nelle 'cognitiones extraordinariae'*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 52, n. 2; V. Giodice Sabatelli, *Fideicomissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognitiones extraordinariae*, Bari, Cacucci, 2001, pp. 20 ss.

² Lo cual es visible, por ejemplo, en la tensión continua entre las competencias jurisdiccionales de los *procuratores Fisci* imperiales con aquéllas propias de los gobernadores provinciales, tensión particularmente patente durante la época severiana, sobre lo cual *vid.* Spagnuolo Vigorita, *Secta temporum meorum*, Palermo, Sophia, 1978. Igualmente, a duras penas es necesario decir que la intervención imperial por medio de las *constitutiones* todavía había de alcanzar cotas superiores de protagonismo en el ordenamiento jurídico romano.

extraordinariae se basaban, en cierta medida, en el proceso ordinario, pero sobre todo al hecho de que era absolutamente inasequible a la mentalidad jurídica romana la intencional creación artificial de un acervo terminológico desde cero, aún cuando el acervo en cuestión hubiese de servir para la descripción de una realidad totalmente nueva⁴. Únicamente en época

³ Al respecto cabe aún recordar la famosa afirmación de R. Orestano, *L'apello civile in diritto romano*, Turín, Giappichelli, 1953, p. 24: *...molte volte, scorrendo interi libri del Digesto e molti titoli del Codice, si potrebbe aver l'illusione che fosse ancora viva la vecchia procedura formulare, con tutti i suoi schemi*. G. I. Luzzatto, en *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, t. I, Bolonia, Patron, 1965, p. 10, achacaba la dificultad que presentaba el examen de la *cognitio extra ordinem* como forma procesal contrapuesta al proceso ordinario al lento desarrollo de las *cognitiones*, al hecho de que éstas se habrían desarrollado a través de la praxis forense más que mediante normas de índole legislativa y, precisamente, a la tardía aparición de los intentos de elaboración jurisprudencial.

⁴ Un ejemplo de ello lo tenemos en la legislación tardorrepublicana y de primera época imperial en materia municipal, materia que fue objeto de replanteamiento y de gradual uniformización después de las Guerras Sociales y hasta inicios del Principado: en lo que se refiere a la jurisdicción municipal, los términos empleados para describirla fueron tomados en su totalidad de entre aquéllos acuñados para la descripción de las funciones, actividades y competencias de los magistrados de la ciudad de Roma. Esto implicó por fuerza un cierto grado de confusión en el empleo de los términos de alcance más amplio, que en alguna medida, en cuanto que

tardoclásica comienza a verificarse algún tímido intento de distinguir terminológicamente las actividades jurisdiccionales surgidas de las *cognitiones* de aquéllas propias del proceso ordinario, intento que parece haber quedado detenido en un estadio embrionario ante la tendencia a la confusión y unificación (también desde el

términos surgidos consuetudinariamente y aplicados anteriormente a figuras muy determinadas (magistrados urbanos y gobernadores provinciales), contenían ya en sí mismos un cierto grado de definición de un conjunto de competencias que no necesariamente habían de corresponderse con aquéllas de los magistrados municipales. Pienso, obviamente, en el empleo en las leyes municipales de los conceptos amplios de *iurisdictio* e *imperium*. El primero aparece empleado extensivamente para la descripción de las competencias de los magistrados locales, sin que se tratase de construir una expresión del tipo *iurisdictio municipalis* que sirviese para subrayar las enormes diferencias entre la *iurisdictio* de los magistrados romanos y aquélla de los magistrados locales, sujeta a límites de competencia y de cuantía que subordinaban directa o indirectamente la actividad de estos últimos a la de aquéllos: pueden traerse a colación al respecto los caps. XX, XXI y XX de la *lex de Gallia Cisalpina* (FIRA I² 19), los caps. 84 y ss. de la *lex Irnitana* (ed. Á. y X. d'Ors, en *Lex Irnitana*, Santiago de Compostela, Universidad, 1988), que atestiguan tanto el tenor y alcance de tales limitaciones como la subordinación de la jurisdicción local a aquélla de los magistrados romanos (en el caso, al gobernador provincial), así como el cierto grado de dependencia de la ordenación del proceso local con respecto a aquélla del proceso propiamente romano (sobre lo cual *vid.* aún W. Simshäuser, "Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der lex Irnitana", en *ZSS* 109, 1992,

punto de vista terminológico) de todas las actividades de índole jurisdiccional, entendidas éstas en el sentido más amplio posible⁵, confusión y unificación a la que la jurisprudencia severiana trató de responder encuadrando la amalgama resultante bajo una terminología común con un éxito solamente relativo⁶.

pp. 163 ss. y particularmente pp. 171 ss., en que el autor venía a lamentar que los constantes reenvíos al derecho o a la praxis aplicable en la ciudad de Roma permitían extraer escasa información del texto en puntos relevantes). El empleo del término *imperium* para la descripción de las atribuciones de los magistrados municipales en época tardorrepublicana lo ha venido a confirmar definitivamente la reciente aparición del cap. 18 de la *lex Ursonensis*, del cual *vid.* la transcripción diplomática de A. Caballos Rufino y J. A. Correa Rodríguez en *El nuevo bronce de Osuna y la política colonizadora romana*, Sevilla, Universidad, 2006, p. 114, así como la reconstrucción textual llevada a cabo por los mismos en *ult. op. cit.*, p. 134), y no es necesario decir que el mismo término designaba, aplicado a los magistrados romanos y a los locales, haces de atribuciones muy diferentes y entendidos de forma radicalmente distinta. La falta de correspondencia entre el referente del término *iurisdictio* cuando éste se aplicaba ora a los magistrados urbanos, ora a los gobernadores provinciales, ora a los *procuratores Fisci*, ora a los magistrados municipales, habría de obligar a los jurisperitos severianos a categorizar determinadas actividades magistratuales de manera un tanto imprecisa o contradictoria, de lo cual es sólo un ejemplo patente la categoría de los actos *magis imperii quam iurisdictionis* empleada en D.50.1.26 Paul. 1 ad ed. y D.2.1.4 Ulp. 1 ad ed.

Debido a este carácter contradictorio de las causas de la tendencia a la elaboración de esquemas de alcance general por parte de los juristas tardoclásicos, los textos en los que ésta se manifiesta tienden a resultar de difícil interpretación cuando éstos tocan cuestiones relacionadas con el proceso

⁵ El corto título de la Compilación del que la doctrina moderna ha tomado la denominación tradicional de los procesos especiales introducidos a lo largo del Principado, D.50.13 *de variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur*, fue interpretado por parte de A. Pernice, en “Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit”, en *Festgabe für Georg Beseler*, Berlín, W. Hertz, 1885, pp. 51 ss., como prueba de la existencia de la *cognitio extra ordinem* como una forma procesal relativamente unitaria unitaria y opuesta al proceso ordinario, interpretación que constituyó la base de la teoría dominante durante buena parte del siglo pasado con respecto a la existencia de una neta distinción entre ambas formas procesales: así típicamente F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padua, CEDAM, 1937, pp. 300 ss.; en general G. Scherillo, *Lezioni sul processo. Introduzione alla cognitio extra ordinem*, Milán, La Goliardica, 1960; o Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem, cit.*, pp. 10 ss. Lo cierto es que disponemos de un único y conocido texto de Ulpiano en el que parece tratar de establecerse una distinción terminológica entre *ordo* y *cognitio* sobre la base del empleo del término *notio* para designar las actividades propias de esta última, D.42.1.5 pr. Ulp. 49 ad ed. Este texto, por lo demás, entra en aparente contradicción con lo dicho por el mismo Ulpiano en D.50.16.99 pr. Ulp. 1 de off. cos.: ‘*Notionem*’ accipere possumus et cognitionem et iurisdictionem y

cognitorio. Un ejemplo característico de ello lo constituye, desde mi punto de vista, la clasificación de las *stipulationes* en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab.⁷, punto de partida de esta investigación.

Obviamente, la importancia preeminente de la *stipulatio* como contrato típico y la variedad de usos

con el uso de *notio* en D.1.18.10 Hermog. 1 iur. epit. En torno a estos textos y en relación con la doctrina tradicional se desarrolló una prolongada discusión acerca de la existencia de una oposición terminológica entre *iurisdictio* y *cognitio* en época clásica, en contra de la cual se manifestaban decididamente M. Wlassak, v. "cognitio (notio) in der Civilrechtspflege", en *PWRE*, t. 4, 1, Stuttgart, Metzler, 1900, cols. 206 ss.; Scherillo, *Lezioni sul processo. Introduzione alla cognitio extra ordinem, cit.*, pp. 207 ss. A partir de los trabajos de L. Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in Età Classica*, Milán, Giuffré, 1965, pp. 85 ss., y Luzzatto, *ult. op. cit.*, pp. 118 ss., ha tendido a encuadrarse los dos últimos textos dentro de los intentos, por parte de los jurisprudentes tardoclásicos de época de los Severos, de encuadrar bajo una perspectiva unitaria el proceso ordinario, los procesos extraordinarios y especiales e incluso el proceso penal. Así las cosas, D.42.1.5 pr. Ulp. 49 ad ed. atestiguaría un intento aislado por parte de Ulpiano, quien sin embargo habría vuelto más adelante sobre sus propios pasos; acerca de la cronología de la redacción de los comentarios *ad edictum* de Ulpiano *vid.* últimamente, si bien a veces por fuerza sobre la base de consideraciones de estilo y estadísticas atinentes al lenguaje de Ulpiano, T. Honoré, *Ulpian*, 2ª ed., Oxford, University Press, 2002, pp. 158 ss. y concretamente 176, que situaría la redacción del libro 49 entre 214 y 217; sobre la

que ésta vio hicieron que los juristas clásicos en general y los tardoclásicos en particular trataran de enmarcarla dentro de reglas de alcance general, aplicables a conjuntos amplios de *stipulationes*, cuando no a todas⁸. De entre dichos textos, tal vez D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. y D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed. sean ejemplos particularmente característicos, en cuanto que ambos

fecha de redacción de los *libro de officio consulis*, *ult. op. cit.*, p. 198, que la situaría en 215.

⁶ Al respecto *vid.* T. Spagnuolo Vigorita, "Imperium mixtum. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria", en *Index* 18 (1990), pp. 113 ss., con minucioso examen de las fuentes y la literatura al respecto.

⁷ De acuerdo con O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, t. II, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1960 (reimpr. de la ed. de Leipzig, B. Tauchnitz, 1889, con la adición del suplemento de L. E. Sierl), col. 135 (Pomp. frs. 722 y 724), D.45.1.5 Pomp. 26 ad Sab. estaría compuesto a partir de dos pasajes no contiguos de la obra de Pomponio, uno de ellos formado por D.45.1.5 pr. a 3 y el otro, por D.45.1.5.3a al final del texto; es cierto que todo el texto hasta el final del fragmento 3 discurre por derroteros muy generales, pareciendo casi tratarse de una introducción institucional, mientras que a partir del fragmento 3a se cambia abruptamente sin solución de continuidad al tratamiento de una cuestión específica. Por lo demás, la colocación de D.45.1.5 pr. a 3 Pomp. 26 ad Sab. en el tercero de los libros de los comentarios *ad Sabinum* que se refieren a las obligaciones verbales ha sido justificada desde la palingenesia de los *libri tres iuris civilis* de Masurio Sabino, al insertarse el fragmento en el comentario a una probable rúbrica *de stipulationum generibus* a la que pertenecería también la división de las *stipulationes* llevada a

establecen clasificaciones de las *stipulationes* con vocación de alcance general (el primero de todas las *stipulationes*, el segundo exclusivamente de aquéllas *praetoriae*) proveyendo ejemplos con los que se ilustra cada categoría que forma parte de cada una de las dos distinciones.

Debido a la especial atención prestada en el texto de Pomponio a las *stipulationes praetoriae*, a la coincidencia terminológica de algunas de las categorías

cabo por Paulo en D.45.1.2 Paul. 12 ad Sab.; al respecto R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, 2ª ed., Padua, CEDAM, 2001, p. 267, n. 321.

⁸ El largo título *de verborum obligationibus* de la Compilación contiene ya varias clasificaciones generales de las *stipulationes*: así, aparte de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. aparecen las contenidas en D.45.1.2 Paul. 12 ad Sab., D.45.1.52 Ulp. 7 disp., D.45.1.54 Iul. 22 dig., D.45.1.74 Gai. 8 ad ed. prov.; a ellas hay que añadir aquélla de las *stipulationes praetoriae* contenida en D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed. (acerca de la *inscriptio* del fragmento y su colocación en el libro septuagésimo séptimo de los comentarios *ad edictum* de Ulpiano *vid.* Lenel, *Palin.* II, *cit.*, col. 868, n. 3). Por otra parte, la enunciación de reglas generales de manera abstracta (esto es, con vocación de validez general) en los textos incluidos dentro del título es muy frecuente, particularmente en Ulpiano (a quien, por lo demás, pertenecen la mayor parte de los textos del título), como en D.45.1.1 pr. a 3 Ulp. 48 ad Sab., D.45.1.26 Ulp. 42 ad Sab., D.45.1.29 pr. Ulp. 46 ad Sab., D.45.1.34 Ulp. 48 ad Sab., D.45.1.35 Paul. 12 ad Sab., D.45.1.38.18 Ulp. 49 ad Sab., D.45.1.45 pr. y 1 Ulp. 50 ad Sab., D.45.1.65 Flor. 8 inst., D.45.1.72 pr. Ulp. 20 ad ed., D.45.1.75 pr. Ulp. 22 ad ed., etc.

contenidas en ambas distinciones⁹, a la difícil interpretación de los ejemplos contenidos en ambos textos y al carácter propedéutico de ambos (determinado por su abstracción y por la presencia en ellos de ejemplos a título aclaratorio), ambos textos han sido objeto de abundantes y en ocasiones razonables sospechas de interpolación¹⁰, así como, en alguna

⁹ Esto es, las categorías de *stipulationes iudiciales* y *communes* aparecen en ambas clasificaciones, si bien en cada una de ellas éstas tienen referentes distintos.

¹⁰ G. Beseler, en *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (en adelante, *Beiträge*), t. III, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1913, pp. 130 s., consideraba fruto del trabajo de dos parafrastas distintos los fragmentos D.46.5.1 pr. a 4 Ulp. 70 (?) ad ed., salvando únicamente la mayor parte del fr. 5; serían indicios de interpolación (aparte, probablemente, del propio carácter abstracto de la clasificación) el empleo de *instar* en el texto y de la expresión *natura sui*, que era interpretada por el a. como un grecismo (*Beiträge*, t. I, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1910, p. 111, donde tachaba la expresión en D.45.1.83.5 Paul. 72 ad ed., hacia la mitad del fragmento, como un volcado deficiente al latín del griego τῆ φύσει αὐτῶν). D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. era condenado por el a. como *...byzantinische graue Begriffstheorie* (Beseler, *Beiträge*, III, *cit.*, p. 137), sobre la base de su coincidencia con Iust. Inst. 3.18 (coincidencia que, sin embargo, no es total, habiendo introducido sensibles alteraciones los comisarios en la clasificación que aparece en las Institutiones con respecto a aquélla del Digesto). Las reticencias de la crítica interpolatoria de principios del siglo XX con respecto a las distinciones y categorías de carácter abstracto fueron un elemento constante de la crítica a ambos textos. Así F.

ocasión, han sido confrontados directamente entre sí por los estudiosos modernos, a la búsqueda una explicación satisfactoria para las coincidencias terminológicas antes mencionadas¹¹.

A pesar de la práctica necesidad de considerar ambos textos de manera conjunta, conviene sin

Pringsheim, "Beryt und Bologna", en *Festschrift für Otto Lenel*, Leipzig, Tauchnitz, 1921, pp. 204 ss. y particularmente pp. 265 ss., comparaba el método de la Escuela de Berito con aquél de la Escuela de Bolonia en la colocación al inicio de cada sección temática de un tratado de una introducción general, y por lo tanto consideraba probablemente interpolados los textos contenidos en un elenco de aquéllos que abren un libro o título compilatorio, entre los cuales incluía D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed. Ahora bien, la tendencia afirmada por el a. podría traducirse simplemente en la colocación por parte de los comisarios compiladores al principio de ciertos libros o títulos del Digesto de fragmentos de las obras de juristas clásicos que sirviesen como tal introducción general, sin que ello implicase por fuerza la necesidad de alterar tales fragmentos. Por otro lado, aún si se aceptasen tales alteraciones habría que explicar por qué solamente en ciertos títulos se habría considerado oportuno insertar una tal introducción general y no en todos (o, al menos, no en todos aquéllos que se considerasen más importantes). S. Solazzi, en *Istituti tutelari*, Nápoles, Jovene, 1929, p. 106, n. 1, reducía la crítica de D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed. al fr. 4, mientras que en lo que se refiere a D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. (sujeto principal de la atención del a., debido a la alusión de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* como *stipulatio communis* al final del pasaje) consideraba objeto de alteraciones menores solamente el final de este último texto; volveré más abajo sobre ello. A.

embargo no perder de vista que el objeto de ambas clasificaciones es distinto, aún si se quiere dejar de lado, en la cuatripartición de Pomponio, la categoría de las *stipulationes conventionales*, que había de abarcar, en realidad, la mayor parte de las *stipulationes* si las consideramos desde el punto de vista numérico: la

Palermo, en *Il procedimento cauzionale in diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1942, p. 71, n. 2, consideraba la tripartición de las *stipulationes praetoriae* en el texto de Ulpiano como sustancialmente genuina, mientras que compartía por completo la opinión arriba mencionada de Solazzi en lo que se refiere a D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. (*ult. op. cit.*, pp. 129 ss.). Las reticencias con respecto a los textos considerados como demasiado abstractos o propedéuticos volvían a reflejarse en la crítica interpolatoria con M. Kaser, "Gaius und die klassiker", en *ZSS* 70, 1953, pp. 127 ss. y concretamente pp. 162 s., en que tachaba D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. de *nachklassiker Schultraktat*; más adelante, sin dejar de considerar el texto como poco afortunado, el a. fue cambiando su perspectiva con respecto a su atribución a Pomponio: así, en la recensión a F. Negro, *La cauzione per le spese*, Padua, CEDAM, 1954, en *ZSS* 72, 1955, pp. 406 ss. y en concreto p. 407 afirmaba: *Ulp. D. 46, 5, 1 pr. ff. und Pomp. D. 45, 1, 5 (=l. 3,18), werden m. E. der Schuljurisprudenz zuzuschreiben sein, die schon in der klassischen Zeit mancherlei mehr oder minder unscharfe Systematisierungen versucht hat*. Finalmente, en Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, 1ª ed., Munich, C. H. Beck, 1966, p. 336 con n. 25, el a., aún señalando la poca agudeza de la clasificación de las *stipulationes praetoriae* contenida en D.46.5.1 pr. a 4 Ulp. 70 (?) ad ed., que a la base de ésta estaría un núcleo clásico, mientras que seguía juzgando D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad

categoría de las *stipulationes iudiciales* juega un papel demasiado importante en esta última clasificación como para que ésta pueda considerarse como referida simplemente a las *stipulationes praetoriae*, a pesar de

Sab. con escepticismo, pero en Kaser, *Das römische Privatrecht*, Munich, C. H. Beck, 1975, p. 556, n. 28, aducía este último texto como prueba de que en época clásica el comprador podía forzar la prestación de la *stipulatio duplae* por parte del vendedor mediante la *actio empti*, lo cual implica la aceptación de la genuinidad, al menos, de la clasificación de la *stipulatio duplae* como *stipulatio communis praetoria et iudicialis* al final del texto. En definitiva, a lo largo de los años se ha tendido a juzgar con mayor benevolencia estos dos pasajes, de acuerdo con el signo de los tiempos. La última crítica radical de D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed. llevada a cabo por A. Mozzillo, en *Contributi allo studio delle 'stipulationes praetoriae'*, Nápoles, Jovene, 1960, pp. 23 ss., de por sí poco condivisible al partir ésta de la negación de la existencia de la propia categoría de las *stipulationes praetoriae* (que el a. denominaba la *categoria "unitaria"*), la cual sin embargo aparece empleada como tal en muchos otros textos compilatorios (al respecto *vid.* v. "praetorius", en *VIR*, t. IV 1, eds. B. Kübler y M. Meinhart, Berlín, W. de Gruyter, 1914-1985, cols. 1112 s. y particularmente col. 1113, líns. 9 ss.), encontró solamente el apoyo relativo de A. Guarino, en "La classificazione delle stipulationes praetoriae", en *Labeo*, 8, 1962, pp. 214 ss., quien sostenía los resultados alcanzados al respecto por Mozzillo sobre la base, sin embargo, de una interpretación que viene a ser sustancialmente un desarrollo de la de Beseler (Guarino, *ult. op. cit.*, p. 219), esto es, la tripartición sería resultado de la

la especial atención prestada en el texto a estas últimas¹².

Por otro lado, no cabe duda de que un eje de la clasificación se encuentra en la contraposición de las *stipulationes iudiciales* y de las *stipulationes praetoriae*, particularmente patente en la categoría que cierra el

intervención de dos parafrastas sucesivos sobre un texto original. Si bien F. Wieacker, en *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1975 (reimpr. de la ed. de 1959), pp. 231 ss., consideraba la versión empleada por los comisarios compiladores como objeto de una intensa reelaboración prejustiniana, cosa distinta es que este texto en concreto lo haya sido: el argumento aducido por Guarino al respecto se limitaba a la difícil interpretabilidad de la categorización de la *cautio iudicio sisti* como *stipulatio praetoria communis*; por lo demás, si se parte, como hacía el a., del carácter postclásico de esta última, puede siempre asumirse, como se hizo con frecuencia, que toda mención de esta *cautio* sustituiría una referencia a una original *cautio vadimonii*. Parece más bien que deban acogerse los puntos de vista manifestados por G. Branca en su recensión a Mozzillo, *ult. op. cit.*, en *Iura* 12, 1961, pp. 304 ss., y Luzzatto, en *Il problema d'origine del processo extra ordinem, cit.*, pp. 400 s.

¹¹ Dedicaba un trabajo específicamente a la confrontación de ambos textos A. M. Giomaro, en "Ulpiano e le stipulationes praetoriae", en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, t. IV, Milán, Cisalpino-Goliardica, 1983, pp. 413 ss. Normalmente, la similitud terminológica entre ambos pasajes ha sido resuelta en el sentido de atribuirle a una coincidencia, al constatarse tanto el distinto criterio que informa cada una de las dos clasificaciones de las *stipulationes* como el diferente ámbito de cada una de ellas

texto de las *stipulationes communes praetoriae et iudiciales* que cierra el texto, categoría que plantea mayores problemas textuales y que ha sido objeto con mayor frecuencia de sospechas de interpolación¹³. Ciertamente, los problemas de interpretación que presenta esta parte del texto no son pocos, teniendo que ver buena parte de ellos con el carácter *communis*

(todas las *stipulationes* en el caso de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., sólo las *stipulationes praetoriae* en el caso de D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed.): así ya Solazzi, *Istituti tutelari*, cit., p. 109, cuyo punto de vista al respecto fue seguido con ligeros matices por Palermo, *Il procedimento cauzionale in diritto romano*, cit., p. 130 (si bien este a. trataba de conciliar, debido a las coincidencias terminológicas señaladas, las categorías usadas en ambos textos dentro de un esquema unitario: vid. en ult. op. cit., p. 132), Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., pp. 398 ss. Tanto el intento de Palermo como el de Giomaro revisten interés en la medida en que las coincidencias terminológicas antes reseñadas resultan sugestivas, siempre y cuando se tenga presente que ambas distinciones operan sobre la base de criterios y objetos diferentes entre sí (como lo hace Giomaro, ult. op. cit.).

¹² Refería la clasificación de Pomponio exclusivamente a las *stipulationes praetoriae* Palermo, *Il procedimento cauzionale in diritto romano*, cit., p. 130, y en cierta medida, sobre la base de las sospechas de interpolación con respecto a las categorías de *stipulationes conventionales* y *communes*, Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., pp. 398 s.

¹³ Cabe señalar que excepcionalmente Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 3ª ed., Aalen, Scientia, 1985 (reimpr. de la ed. de Leipzig, 1927), p. 542, aceptaba ya la autenticidad de esta parte

de la misma y, por lo tanto, con la configuración en el pasaje de las categorías que en ella se superponen, esto es, la de las *stipulationes praetoriae* tal y como son entendidas en el pasaje y la de las *stipulationes iudiciales*. Lógicamente, no es posible aquí abordar la totalidad de los problemas que presenta la exégesis del

del fragmento al dar credibilidad a la afirmación hecha en él de que la *stipulatio duplae* estaba propuesta en el edicto de los ediles curules y no en el pretorio. Solazzi, en *Istituti tutelari, cit.*, pp. 104 ss., elencaba las perplejidades que planteaba D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., refiriéndose buena parte de las dificultades interpretativas que traía a colación a la categoría de las *stipulationes communes praetoriae et iudiciales*: carencia de ejemplos en las fuentes de la imposición por el *iudex* de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* así como de la *stipulatio duplae*, carencia de una definición para la categoría de las *stipulationes communes praetoriae et iudiciales* mientras que no falta para las otras tres y empleo de la expresión *aedilis edicto* en singular, cuando en todos los demás pasajes en los que se hace referencia al edicto de los ediles curules ésta se construye en plural. En fin, Solazzi, *ult. loc. cit.*, afirmaba que era la parte final del fragmento la que estaba interpolada (*communes sunt... aedilis edicto*), explicando las referencias al *iudex* en todo el texto como una sustitución de un original *consules* (sobre lo cual *vid.* más abajo), opinión seguida por Palermo, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano, cit.*, pp. 130 s. Luzzatto, en *Il problema d'origine del processo extra ordinem, cit.*, p. 397 s., consideraba insiticia a raíz de su referibilidad a la *cognitio extra ordinem* la categoría de las *stipulationes iudiciales* (y, por lo tanto, aquélla de las *communes*). Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen, cit.*, pp. 329 s., afirmaba la presencia de una reelaboración postclásica en

texto de Pomponio¹⁴, y me limitaré en esta sede a tratar de explicar, si es posible, un aspecto de ellos, a saber: la calificación en él como *iudicialis* de la *stipulatio rem pupilli salvam fore*. Por ello, haré solamente las referencias imprescindibles al resto de los problemas planteados por el fragmento.

la referencia a las *stipulationes conventionales* y ... *wahrscheinlich im Schluss von 'item' an* (pero *vid.* las dudas de D. Nörr, "Pomponius oder 'Zur Geschichtverständnis der römischen Juristen'", en *ANRW*, 2, t. 15, ed. H. Temporini, Berlín, W. de Gruyter, 1976, pp. 497 ss. y concretamente pp. 546 s., acerca de la reelaboración postclásica de los *libri ad Sabinum* de Pomponio en general y de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. en particular). Aunque las reticencias con respecto a la categoría continúan (al respecto Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 430, nn. 26 y 28), algunos autores recientes tienden a considerarla genuina: así Giomaro, "Ulpiano e le stipulationes praetoriae", *cit.*, pp. 434 s. (según la cual "no hay ninguna dificultad" interpretativa en esta categoría); F. J. Casinos Mora, *La noción romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Granada, Comares, 2000, p. 229 (en que parte de la autenticidad sustancial del fragmento); R. Ortu, "Garanzia per l'evizione: stipulatio habere licere e stipulatio duplae", en *La compravendita e l'interdependenza delle obbligazioni nel diritto romano*, t. II, ed. L. Garofalo, Padua, CEDAM, 2007, pp. 313 ss. y concretamente pp. 360 s. (en que considera atendible el final del texto, concretamente en su referencia a la *stipulatio duplae* como *communis praetoria et iudicialis*).

¹⁴ Problemas a los que trato de hacer frente, en la medida de lo posible, en un trabajo monográfico que espero verá la luz en

Cabe decir, en primer lugar, que no es imposible que la parte final del texto haya sufrido alteraciones: ciertamente, la referencia al *edictum aedilis* empleando el nombre del magistrado en singular es un *unicum* en la Compilación¹⁵, y a menos que queramos suponer que Pomponio habría empleado aquí una metonimia, debemos deducir, sobre la base de los testimonios unánimes con respecto a la denominación del edicto de

breve tiempo.

¹⁵ Según señalaba oportunamente Solazzi, *Istituti tutelari, cit.*, p. 108, seguido por Palermo, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano, cit.*, p. 131 (sobre lo cual *vid.* O. Gradenwitz y B. Kübler, v. "aedilis", *VIR*, t. I, Berlín, Reimer, 1903, col. 290): en todos los demás casos se emplea el plural, como ocurre en D.21.1.28 Gai. 1 ad ed. aed. cur. (*edicto aedilium*), Gai. 1.6 (*in edictis aedilium curulium*), D.2.14.31 Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (*contra edictum aedilium*), D.9.2.27.28 Ulp. 18 ad ed. (*ex edicto aedilium*), D.21.1.1 pr. Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (*edictum aedilium curulium*), D.21.1.1.10 Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (...*aediles de corporalibus vitiis loquuntur...*), D.21.1.14.10 Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (*edictum aedilium*), D.21.1.17.17 Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (*aiunt aediles*), D.21.1.19.5 ad ed. aed. cur. (*aiunt aediles*), D.21.1.23.1 Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (*iubent aediles*), D.21.1.25 pr., 8 y 10 Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (*Aediles... volunt; ordine fecerunt aediles*), D.21.1.33 pr. Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (*edicto aedilium*), D.21.1.38 pr. y 1 Ulp. 1 ad ed. aed. cur. (*Aediles aiunt:...; Loquuntur aediles*), D.21.1.40 Ulp. 2 ad ed. aed. cur. (*Aiunt aediles*), D.21.1.44.1 Paul. 2 ad ed. aed. cur. (en su sentido general), D.21.1.62 Mod. 8 diff., D.21.2.31 Ulp. 42 ad Sab. (*stipulatio quae ab aedilibus proponitur*), D.21.2.32 pr. Ulp. 46 ad Sab. (*ex edicto aedilium curulium*).

los ediles curules en la Compilación, que hay aquí una imprecisión en la utilización de una nomenclatura de uso común. Además, prescindiendo de la originalidad del resto del pasaje, esta parte final dedicada a las *stipulationes communes* se distancia de la estructura, más o menos coherente, que presenta el resto del mismo.

Así, D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. aparece encabezado por una simple enunciación de las categorías que componen la clasificación general propuesta por el autor¹⁶, para a continuación referirse particularizadamente a cada una de ellas: se contrapone la categoría de las *stipulationes iudiciales* a la de las *stipulationes praetoriae*, dándose de cada una de las dos una corta definición y un ejemplo introducido por un *veluti*.

Para el caso de las *stipulationes conventionales*, no resulta extraña la omisión de la provisión de un ejemplo, en cuanto que la categoría sólo tendría sentido

¹⁶ Si bien el uso del genitivo partitivo en el texto (*Stipulationum aliae... sunt, aliae..., aliae..., aliae*, implicando en este caso el uso del pronombre la coordinación copulativa entre las oraciones que constituyen la enumeración) no implica la afirmación del carácter exhaustivo de la clasificación, este carácter general parece deducirse, a falta del contexto del fragmento, del mismo contenido de las categorías en él formuladas (otros ejemplos similares en O. Hey, v. "alius", en *Thesaurus linguae Latinae*, vol. I, Leipzig, Teubner, 1900, cols. 1622 ss. y particularmente col. 1637, con referencia a D.45.1.5 pr. en lín. 53).

por oposición a los tipos de *stipulationes* cuya conclusión no dependía (al menos, no necesariamente) de la voluntad de las partes, esto es, aquéllas *stipulationes* cuya conclusión fuese resultado de la orden del magistrado iudicente o del *iudex*. Ahora bien, el que las categorías alusivas a este último tipo de *stipulationes* (*stipulationes praetoriae*, *stipulationes iudiciales*, *stipulationes communes praetoriae et iudiciales*) aparezcan ejemplificadas parece casi obligatorio en la medida en que la clasificación (de querer considerarse genuinos todas las categorías que la componen) trataría de distinguir entre aquéllas *stipulationes* que normalmente son ordenadas sólo por el magistrado iudicente, dentro o fuera de un proceso, aquéllas que lo son sólo por el *iudex* (y por tanto necesariamente dentro de un proceso) y aquéllas que, según los casos, pueden ser ordenadas tanto por uno como por otro. Teniendo en cuenta el carácter cruzado de estas tres categorías, su mera enunciación serviría de poco al lector, imponiéndose o la provisión de un elenco exhaustivo de las *stipulationes* que componen cada categoría o, al menos, como es el caso en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., un ejemplo de cada una de ellas. En el caso de las *stipulationes conventionales*, la variedad prácticamente ilimitada de su contenido y lo

claro de los elementos que componen la categoría habría hecho innecesaria la provisión de un ejemplo¹⁷.

Ahora bien, en el caso de las *stipulationes communes* la mención se abre directamente con la provisión de un ejemplo introducido (como en el caso de aquéllos atinentes a las *stipulationes praetoriae* y a las *stipulationes iudiciales*) por un *veluti*, faltando aquí la definición¹⁸. Resultaría extraño que en un texto

¹⁷ Se alude expresamente en el texto a la extensión y variedad del contenido de esta categoría, si bien en un latín sospechosamente deficiente, sobre lo cual Wieacker, *Teststufen klassischer Juristen*, cit., p. 330: *Den zugleich trocken-gezierten wie unklaren Schulmeisterstil möchten wir auch einem bescheideneren Autor wie Pomponius nicht zutrauen: 'tot genera sunt quot paene dixerim rerum contrahendarum' und das sachlich unverständliche 'nam et' (!) 'ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto'.*

¹⁸ Giomaro, "Ulpiano e le stipulationes praetoriae", cit., p. 435, afirma que la categoría de las *stipulationes communes* estaría acompañada en el texto de una definición y tres ejemplos (contando la autora como tal aquél de la *cautio de rato* incluido en *Iust. Inst.* 3.18, el texto gemelo de *D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab.*). Pero en el texto no aparece una definición propiamente dicha de la categoría, sino en todo caso una aclaración de por qué la *stipulatio rem pupilli salvam fore* es considerada como *stipulatio communis*. Por más que de la aclaración (y del tenor anterior del texto) podamos deducir fructíferamente la orientación de esta categoría, no puede suponerse sin más que la misma aclaración aducida en el fragmento para la pertenencia a la misma de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* valiese perfectamente para aclarar la pertenencia a la misma categoría

planteado desde un punto de vista sustancialmente dogmático como éste, esto es, en el que se trata de llevar a cabo una distinción que engloba en su totalidad a una institución del alcance de la *stipulatio*, se tratase de describir la categoría de las *stipulationes communes* únicamente mediante ejemplos y aclaraciones posteriores de los mismos.

Por otro lado, esta anomalía, que ha sido interpretada como indicio de alteración del final del fragmento referente a la categoría de las *stipulationes communes*¹⁹, depone, sin embargo, a favor, al mismo tiempo, de la existencia como tal de la categoría en el texto original de Pomponio. Si suponemos que los posibles interpoladores del texto, ya sean los comisarios compiladores, ya sean los eventuales reelaboradores postclásicos de los comentarios *ad Sabinum* de Pomponio, se habrían visto atraídos por las construcciones de carácter abstracto y generalizante²⁰,

de la *stipulatio duplae*, y aún si se quisiera aceptar como definición la aclaración habría que explicar un motivo para el uso de un estilo tan dispar en la formulación de la misma con respecto al empleado para la de las demás descripciones de cada categoría en el resto del texto.

¹⁹ Solazzi, *Istituti tutelari, cit.*, p. 108, seguido por Palermo, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano, cit.*, p. 131.

²⁰ Si se quiere, por la *Begriffstheorie*, como afirmaba en su crítica al fragmento Beseler, *Beiträge*, t. III, *cit.*, p. 137; de manera similar Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen, cit.*, p. 328, n. 258, caracterizaba el texto como *schulmässige Lehrtraktat* (*vid.*

de haber insertado éstos *ex nihilo* la categoría de las *stipulationes communes* en el texto de Pomponio difícilmente habrían omitido un intento de conceptualización al respecto. Siguiendo este razonamiento, debería extrañar más bien el hecho de que falte aquí una tal conceptualización: si partimos de la naturaleza común pretoria y judicial de las *stipulationes* consideradas en último lugar, parece posible que Pomponio (o, con mayor razón, un posible interpolador postclásico o justiniano) se hubiese extendido especialmente en la definición de las mismas. La introducción directa de un ejemplo con la palabra *veluti* podría indicar, por el contrario, que la posible alteración del fragmento haya podido consistir en un acortamiento del mismo, por considerar los interpoladores suficientemente aclaratorias las definiciones anteriores de las *stipulationes praetoriae* y de aquéllas *iudiciales* de lo que podría ser la categoría de las *stipulationes communes*; no puede descartarse tampoco que la definición original no fuese adecuada a la realidad procesal de la época en la que se introdujo la alteración, optándose por la simplificación del texto (una operación rápida y poco exigente) con el mantenimiento únicamente de los dos ejemplos que ilustran la categoría. La aclaración relativa a la *stipulatio rem pupilli salvam fore*, fácilmente

también en p. 328 los rasgos atribuidos por el a. a este tipo de reelaboraciones).

reconducible al proceso monofase generalizado ya en época postclásica, pudo ser considerada como desarrollo suficiente de la categoría²¹.

Por otro lado, no debe perderse de vista el hecho de que uno de los ámbitos en los que la intervención imperial fue más amplia y constante desde comienzos del Principado fue precisamente el de la tutela. A duras penas es necesario recordar cómo las múltiples excepciones al régimen en materia de tutela resultante del *ius civile* y del *ius honorarium* por medio, sobre todo, de *senatus consulta*, así como la creación por Marco Aurelio del *praetor tutelaris*, acompañada de la introducción de importantes reformas al respecto²²,

²¹ Ligaban la referencia con las *cognitiones extraordinariae* Mozzillo, *Contributo allo studio delle stipulationes praetoriae, cit.*, p. 40, y Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extraordinem, cit.*, p. 398. No me parece muy segura la relación que lleva a cabo el primero entre la posible alteración del texto y Teoph. *Paraphr.* 3.18.4: el texto de la Paráfrasis me parece más un intento de explicar una referencia que resultaba extraña al comentarista bizantino que un reflejo del régimen justiniano de la *stipulatio rem pupilli salvam fore*.

²² Acerca de la creación del *praetor tutelaris*, ésta debería situarse hacia los primeros años del principado de Marco Aurelio, posiblemente en el año 161. Al respecto *vid. Vita Marci Antonini*, 10.12: *praetorem tutelarem primus fecit, cum ante tutores a consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur*; e, igualmente, la famosa inscripción (CIL V 1874) en la que se recoge la titulación de Arrio Antonino, primer tutor tutelar, personaje acerca del cual disponemos, afortunadamente, de

supusieron que las necesarias actuaciones magistratuales en materia de tutela²³ y algunos de los procesos relacionados (particularmente el alusivo a la rendición de cuentas del tutor) asumiesen los caracteres propios de una *cognitio extraordinaria*. Si hemos de creer el testimonio de las *Institutiones* justinianeas en la breve descripción de la evolución del régimen de la tutela, la propia *stipulatio rem pupilli salvam fore* habría sido uno de los puntos en los que las innovaciones imperiales se hicieron sentir desde un primer momento en forma de reglamentación de los casos en los que debía exigirse la prestación de ésta de los tutores²⁴.

noticias relativamente precisas (*vid.* P. v. Rohden, v. “Arrius. 13) C. Arrius Antoninus”, en *PWRE* 2, 1, Stuttgart, Metzler, 1895, cols. 1255 s.).

²³ Particularmente, la *datio tutoris* magistratual y la relativa *inquisitio* acerca de la idoneidad de los potenciales tutores, objeto de intervención imperial desde época temprana (al respecto Suet. *Claud.* 23.2: *Sanxit ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur...*; e *Iust. Inst.* 1.20.3, sobre el cual *vid.* a continuación).

²⁴ *Iust. Inst.* 1.20.3, refiriéndose a la *lex Atilia* y a la *lex Iulia et Titia* (sobre las cuales Gai. 1.185): *Sed ex his legibus pupillis tutoris desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus. Nam supra scriptis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem cavebatur.* Según la cuestión aparece expuesta en el texto,

La interpretación de la referencia a la *stipulatio rem pupilli salvam fore* en D.45.1.5 pr. Pomp. ad Sab. exige, por lo tanto, la contextualización del pasaje en la paulatina extensión de la normativa de inspiración imperial en materia de tutela. Ello no es particularmente sencillo, si tenemos en cuenta que el fechado de la redacción de los comentarios *ad Sabinum* de Pomponio plantea grandes dificultades (como por lo demás ocurre para la mayor parte de las obras de Pomponio²⁵), sin que parezca posible, al estado actual parecería que las disposiciones de la *lex Atilia* y de la *lex Iulia et Titia* habrían sido derogadas desde la atribución a los cónsules de competencias en materia de tutela por parte de Claudio, cosa que las mismas *Institutiones* de Gayo, empleadas como modelo para aquéllas justinianeas, desmienten claramente, si se atiende a las referencias que el jurista clásico hace a las mismas en Gai. 1.195 y Gai. 1.195b. Dado que la comisión redactora de las *Institutiones* justinianeas estaba bien lejos de desconocer el texto de Gayo, como se declara elocuentemente en *const. Imperatoriam* 6, tal vez deba buscarse una interpretación de Inst. Inst. 1.20.3 poco literal, esto es: las leyes en cuestión siguieron en vigor, pero las innovaciones en la materia por vía de intervención imperial fueron tan importantes (especialmente en lo que se refiere a los particulares mencionados en el texto, vale decir, la *satisfatio rem pupilli salvam fore* y los medios de sanción contra el tutor que abandone la administración de la tutela sin que concurra a su favor una *excusatio* pertinente) que el magistrado nombrante había de decidir con mayor frecuencia sobre la base de tales innovaciones.

²⁵ Sobre lo cual en general Nörr, "Pomponius oder 'Zur Geschichtverständnis der römischen Juristen'", en *ANRW*, 2, t.

de nuestros conocimientos, el acotar con un margen de precisión aceptable la fecha de redacción del libro vigésimo sexto de la obra; la falta aparente de uso de los *libri digestorum* de Salvio Juliano ofrece un tenue indicio que permitiría el tender a situar la conclusión de la redacción antes del final de principado de Marco Aurelio²⁶. Si tenemos en cuenta que Juliano conoció y empleó los *libri ad Sabinum* de Pomponio, como sabemos por Ulpiano en D.17.2.63.9 Ulp. 31 ad ed., que resulta poco probable que citase una obra aún no terminada y que la obra de Juliano a la que se refiere Ulpiano en el texto sería muy probablemente sus *libri digestorum*, parece razonablemente seguro tomar como fechas de referencia para la redacción de la obra los principados de Adriano y de Antonino Pío²⁷.

15, *cit.*, pp. 540 ss.

²⁶ Al respecto D. Liebs, "Variae lectiones (Zwei Juristenschriften)", en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, t. V, Varese, Giuffrè, 1971, pp. 51 ss., y concretamente p. 78, n. 110, donde consideraba probable que la referencia a Juliano llevada a cabo en D.41.1.31.6 Pomp. 32 ad Sab. se referiría no a los *libri digestorum* de éste, sino a una obra menor de juventud, tal vez los *libri ex Minicio*, mientras que en D.17.2.63.9 Ulp. 31 ad ed. el a. interpretaba la referencia de Ulpiano al uso por parte de Juliano de los comentarios *ad Sabinum* de Pomponio como no necesariamente tomada de los *libri digestorum* de Juliano, pero sí muy probablemente.

²⁷ Así Nörr, "Pomponius oder 'Zur Geschichtverständnis der römischen Juristen'", en *ANRW*, 2, t. 15, *cit.*, p. 540.

Por lo tanto, D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. habría sido redactado antes de las grandes reformas en materia de tutela introducidas por Marco Aurelio²⁸, que mediante la introducción de nuevas reglas especiales con respecto a la *inquisitio*, a las *excusationes* y a la autoridad jurisdiccional competente para conocer de los procesos tutelares²⁹, novedades cuya importancia atestigua la frecuencia con la que los juristas posteriores citaron los rescriptos de este emperador y las *orationes divi Marci* (u *oratio divi Marci*³⁰) supuso la asunción definitiva de la institución dentro del ámbito de las *cognitiones extraordinariae*.

²⁸ Sobre lo cual en general F. Arcaria, *Oratio Marci*, Turín, Giappichelli, 2003, pp. 206 ss.

²⁹ A este respecto la novedad principal hubo de ser la propia introducción del *praetor tutelaris* antes mencionada, pero la reforma afectó también a la competencia en materia de tutela en las provincias: D.26.5.1.1 Ulp. 39 ad Sab. prueba la atribución de la competencia para la *datio tutoris* a los *legati proconsulis* como competencia originaria (puesto que ésta era indelegable, de acuerdo con D.26.1.6.2 Ulp. 38 ad Sab.), lo cual hubo de suponer la introducción de una excepción al origen exclusivamente delegado de las atribuciones de éstos.

³⁰ Esto es, en caso de que se acepte el punto de vista de Arcaria, *Oratio Marci, cit.*, pp. 231 ss., que ve en las menciones recurrentes de una *oratio divi Marci* en los textos compilatorios la referencia a una única *oratio in senatu recitata* de Marco Aurelio que contendría un amplio programa de reformas procesales.

Sin embargo, hemos de recordar que la competencia para la *datio tutoris* (y, por lo tanto, para la *inquisitio tutoris*) había sido otorgada a los cónsules ya durante el principado de Claudio (competencia que éstos habrían mantenido tras la aparición del pretor tutelar³¹), magistrados cuyas atribuciones jurisdiccionales se situaron sistemáticamente dentro del ámbito de las innovaciones legislativas imperiales. Atestiguan la frecuencia con que estas innovaciones tuvieron que ver con la tutela, institución que los príncipes atrajeron hacia sí, tanto la frecuencia con la que los senadoconsultos de inspiración imperial modificaron particulares del régimen preexistente o introdujeron nuevas normas como la atención prestada a la materia en las constituciones imperiales. De particular interés resulta para la interpretación de nuestro pasaje la constatación del particular interés por la tutela y la curatela mostrado por los emperadores a partir de Trajano hasta los Severos, interés especialmente patente en el caso de Antonino Pío³².

³¹ Esto es, si asimilamos los tutores a los curadores en la referencia a los *curatores dati* que lleva a cabo Gayo en Gai. 1.200.

³² Se alude a dos rescriptos de Trajano en materia de *excusatio tutoris* en D.27.1.17.6 Call. 4 de cogn. y *Vat. Frag.* 235, a sendos rescriptos de Trajano y Adriano sobre la materia en D.26.7.12 Paul. 38 ad ed., y a rescriptos de Adriano en D.26.5.13 pr. Papin. 11 quaest., D.27.1.6.12 Mod. 2 excus., D.27.1.15.17 Mod. 6 excus. y D.27.8.1.8 Ulp. 36 ad ed., *Vat. Frag.* 151 y 223 (que aluden a la misma *epistula Hadriani* a Claudio Saturnino, *legatus*

La intensidad del interés imperial en materia de tutela durante la primera mitad del siglo II d. C. apunta ya a que aún antes de las reformas introducidas por Marco Aurelio la tutela era percibida, en buena medida, como un ámbito sujeto a la dirección de la autoridad imperial. Esto, por lo demás, queda suficientemente ilustrado por el hecho de que Claudio confiase para

Augusti pro praetore para Bélgica). No cabe descartar que en D.27.1.6.12 Mod. 2 excus. el *Antoninus* mencionado sea Antonino Pío y no Caracalla, en cuanto que Modestino parece citar por orden cronológico los rescriptos acerca de la mediocridad y la ignorancia de los potenciales tutores como posibles causas de *excusatio*, mencionándose primero el de Adriano, luego el de Antonino y por último el de los *fratres* Marco Aurelio y Lucio Vero. Es posible que debido al encuadre del nombre en tal elenco cronológico, que haría superflua la puntualización, Modestino omitiese añadir el *Pius*, como hacía en cambio en D.27.1.6.10 Mod. 2 excus.; se alude a los mismos rescriptos acerca de la *mediocritas et rusticitas* de los potenciales tutores en *Vat. Frag.* 244 Paul. sing. de off. praet. tut., mencionándose el nombre del *praetor tutelar* destinatario de los rescriptos de los *divi fratres*, Caerellio Prisco (en este sentido, la puntualización de Groag, v. "Caerellius", en *PWRE*, t. III, 1, Stuttgart, Metzler, 1897, cols. 1283 s. y concretamente col. 1284, debe aún seguirse). Se mencionan rescriptos de Antonino Pío atinentes a la cuestión con gran frecuencia: así en D.26.4.1.3 Ulp. 14 ad Sab., D.26.5.2 Ulp. 35 ad ed., D.26.5.12.1 y 2 Ulp. 3 de off. proc., D.26.7.2 Ulp. 9 ad ed., D.26.7.11 Ulp. 33 ad ed., D.26.8.5 pr. Ulp. 40 ad Sab., D.26.10.3 pr. Ulp. 35 ad ed., D.27.1.6.8 y 10 Mod. 2 excus., D.27.1.17.1 Call. 4 de cogn., D.27.3.1.13 Ulp. 36 ad ed., D.27.8.6 Ulp. 1 ad ed. y *Vat. Frag.* 223.

Roma a los cónsules aquéllas actuaciones directamente relacionadas la tutela (particularmente, *inquisitio* y *datio tutoris*, pero también *confirmatio*³³), magistrados éstos cuyas competencias jurisdiccionales en época clásica tuvieron que ver, ya desde época de Augusto³⁴, con las *cognitiones extraordinarie*³⁵.

La paulatina y creciente intervención imperial en materia de tutela y la consecuente introducción de la institución en el ámbito de las *cognitiones extraordinariae* han sido tomadas por una parte de la doctrina³⁶ como clave de interpretación de la referencia

³³ Sobre la cual *vid.* L. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore*, Milán, Giuffrè, 1995; que la *confirmatio* existió ya desde las primeras intervenciones imperiales en materia de tutela lo prueba D.26.3.1.1 Mod. 6 escus., según el cual esta competencia habría correspondido en origen a los cónsules.

³⁴ Particularmente en materia de fideicomisos, como atestigua I.2.23.1. Que los cónsules mantuvieron tal competencia tras la aparición de la pretura fideicomisaria en época de Claudio lo prueban D.31.1.29 pr. Cels. 36 dig. (en el que el jurista refiere que su padre habría formado parte del *consilium* del cónsul cuando éste conocía sobre fideicomisos) y D.34.1.3 Ulp. 2 de off. cos. (en el que se da cuenta de un rescripto de Antonino Pío en el que se alude a la competencia conjunta de los cónsules en materia de alimentos y fideicomisos).

³⁵ Al respecto *vid.* p. ej. Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., *cit.*, pp. 462 s.

³⁶ Así Mozzillo, *Contributo allo studio delle stipulationes praetoriae*, *cit.*, p. 40, y Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, *cit.*, p. 398, quienes en cierto modo

a la *stipulatio rem pupilli salvam fore* en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., percepción que creo puede y debe compartirse.

Ya se atribuya el fragmento a Pomponio, ya a la mano de un interpolador postclásico, queda abierta en todo caso la cuestión de en qué casos el *iudex* podría haber ordenado a un potencial tutor la prestación de la *stipulatio rem pupilli salvam fore*, cuestión que en modo alguno resulta sencilla de aclarar³⁷. Si nos situamos en el marco del proceso ordinario, hay dos posibilidades al respecto. Uno, que el proceso versase sobre la administración del patrimonio del pupilo y que el tutor no hubiese prestado todavía la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, exigiéndosele en el proceso debido al potencial peligro para la integridad del patrimonio del pupilo, indicado ya por el estado litigioso de la valoración de la administración del mismo por el tutor (lógicamente, el examen de esta posibilidad conlleva el examen de los casos en los que se podía adquirir la condición de tutor sin que mediase la prestación de tal caución, cuestión tampoco clara). Dos, que la *sententia*

venían a partir del punto de vista interpretativo de Solazzi, *Istituti tutelari, cit.*, p. 110, quien identificaba en las referencias al *iudex* en todo el fragmento originarias referencias a los cónsules, referencias originarias que habrían sido eliminadas del texto de manera similar a lo ocurrido con aquéllas contenidas en los *libri de officio consulis* de Ulpiano (al respecto *vid.* Lenel, *Palin.* II, *cit.*, cols. 951 ss.).

³⁷ Como notaba ya Solazzi, *Istituti tutelari, cit.*, pp. 104 ss.

del *iudex* implicase la atribución *ipso facto* de la condición de tutor a una de las partes, en cuyo caso también podría ser necesario, de estar el potencial tutor en el caso de tener que prestar caución a su nombramiento, el exigirle la *satisdatio rem pupilli salvam fore* en plena fase *apud iudicem*.

Comenzando por la primera posibilidad (exigencia de la prestación de la *satisdatio* a un tutor que estuviese ya en posesión de su posición como tal), ésta dependería del hecho de que para el tipo de tutor de que se tratase no se exigiese la prestación de la *satisdatio* en cuestión como prerrequisito para su nombramiento. Para el caso de la tutela legítima y de la tutela testamentaria, resulta claro de las fuentes que no siempre se exigía la prestación de la *satisdatio rem pupilli salvam fore* para la adquisición de la condición de tutor³⁸; las dudas y, consiguientemente, la discusión

³⁸ Para el caso de la tutela testamentaria resulta cristalino el testimonio de Gai. 1.200: *...tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est...*; igualmente D.26.2.17 pr. Ulp. 35 ad ed., que recoge también la introducción en el edicto del deber por parte del pretor de considerar la atribución de la administración del patrimonio pupilar en solitario a aquél de los tutores testamentarios que prestase voluntariamente la *satisdatio*: *Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore certo certius est: sed nihilo minus cum quis offert satisfactionem, ut solus administret, audiendus est, ut edicto cavetur*. Por lo demás, tal prestación voluntaria de la *satisdatio* no implicaba necesariamente para el pretor la obligación de

doctrinal, se centran en la obligatoriedad o no para los tutores dativos de prestar la *satisdatio*, debido al silencio o la difícil interpretación de las escasas fuentes de las que se pueden extraer noticias sobre la cuestión³⁹. Sea como fuere, consta la existencia de casos en los que el tutor podría llegar a un proceso

considerar preferentemente a éste, como resulta de D.26.2.17.1 Ulp. 35 ad ed. Para el caso de los tutores legítimos, su obligación general de prestar la *satisdatio salvam rem pupilli fore* aparece afirmada en D.26.4.5.1 Ulp. 35 ad ed., pero al mismo tiempo se alude a la existencia de excepciones al respecto para el caso de los patronos a cuyo cargo quedaba la tutela de sus libertos, a los que *causa cognita* el pretor (tutelar) podía eximir de la obligación de prestar la *satisdatio ...si persona honesta sit*, especialmente cuando el patrimonio del pupilo fuese exiguo.

³⁹ Si bien con mayor frecuencia se ha seguido la postura según la cual la *inquisitio* directa por parte de un magistrado no municipal acerca de la idoneidad del tutor determinaría la ausencia de la obligación de prestar la *cautio*. En realidad, esta era la postura formulada ya por A. A. F. Rudorff, en *Das Recht der Vormundschaft*, t. II, Berlín, F. Dummler, 1833, pp. 218 s.: quedarían eximidos de la obligación de prestar la caución los tutores dativos cuando éstos fuesen nombrados previa *inquisitio* conducida por cónsul, pretor, *praefectus urbi* o *praeses provinciae*, esto es, previas averiguaciones acerca de su capacidad y su patrimonio. Ello implicaría, según el a., el mantenimiento de la obligación de prestar caución para aquéllos tutores nombrados sin *inquisitio* por dichos magistrados (y aduce al respecto como ejemplo de ello la cláusula *tutor do, si satis dederit* aludida en D.26.1.6.1 Ulp. 38 ad Sab.) o en todo caso por los magistrados municipales. El autor alemán afirmaba la

referido a la administración de los bienes pupilares sin haber prestado la correspondiente *satisdatio rem pupilli salvam fore*. El caso más obvio de un tal proceso sería el de aquél iniciado mediante la *actio tutelae*⁴⁰, pero también puede pensarse en un proceso en el que un tercero demande al tutor que no hubiese prestado la

relevancia de la *inquisitio* para la prestación o no de la *satisdatio* sobre la base de Gai. 1.200 y su texto gemelo en *Iust. Inst.* 1.24 pr., junto con el comentario *ad loc.* en Teoph. *Paraphr.* Lógicamente, el hecho de que Gai. 1.200 recoja la exención de la prestación de la *satisdatio* solamente a favor de los curadores dativos dados *ex inquisitione* y de que *Iust. Inst.* 1.24 pr. añada al texto tomado palabra por palabra de Gayo la palabra *tutores*, extendiéndose así a ellos la exención, ha dado lugar a múltiples interpretaciones, entre ellas, lógicamente, la de que la diferencia textual respondería a una variación en el régimen de exigibilidad de la *satisdatio rem pupilli salvam fore* a los tutores dativos *ex inquisitione*, quedando éstos exentos sólo en época justiniana: así A. Guzmán Brito, *Caución tutelar en Derecho romano*, Pamplona, EUNSA, 1974, pp. 83 ss. y particularmente p. 84, en que afirma la obligatoriedad de la prestación de la *satisdatio rem pupilli salvam fore* para todo tutor dativo, sustancialmente sobre la base del silencio en Gayo y en la *Compilación* acerca de una posible exención de los tutores dativos de la obligación de prestar caución. Por el contrario, Solazzi, en “Su Gai.1.199-200”, en *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae = EOS*, 48, 1, 1956, pp. 499 ss., hipotizaba acerca de un posible error del copista del Gayo Veronés que habría determinado la omisión de la referencia a los tutores dativos en el último período de Gai. 1.200 y, consiguientemente, la diferente lectura de este texto con respecto a aquélla en *Iust. Inst.* 1.24 pr., afirmando la

satisfatio en relación con bienes que formasen parte del patrimonio del pupilo o por el incumplimiento de una obligación contraída en nombre de éste, circunstancia que podría justificar el que se ordenase inmediatamente al tutor la prestación de la *satisfatio* cuando la condena que pudiese esperarse fuese tal que

clasicidad de la exclusión de la obligación de prestar *satisfatio* por parte de los tutores dativos nombrados *ex inquisitione* según la teoría de Rudorff. Otro texto importante al respecto (si bien de época de Diocleciano) es C.5.42.4, a. 294: *Non omnium tutorum par similisque causa est. Quapropter exemplo testamentarii confirmatum a praeside vel datum ex inquisitione non onerari satisfatione rem salvam fore pupillorum manifestum est, pluribus autem datis ex inquisitione tutoribus illum, qui satis secundum formam edicti rem pupilli salvam fore dedit, in administratione praeferrri iam dudum obtinuit.* Al respecto, Guzmán Brito, *Caución tutelar en Derecho romano, cit.*, pp. 259 ss., sostenía la interpolación de las palabras *a praeside vel datum* sobre la base de su extraña colocación en el texto (opinión seguida por Desanti, *De confirmando tutore vel curatore, cit.*, pp. 212 ss.). Sin embargo, de omitirse en el texto tales palabras no se entendería la segunda parte del rescripto, absolutamente fiable en su contenido por cuanto en ella se hace constar la misma regla a la que se alude en D.26.2.17 pr. Ulp. 35 ad ed., esto es, que según el Edicto del pretor (de ahí que en el rescripto de Diocleciano se subraye con las palabras *iam dudum* la antigüedad de la regla) podrían preferirse sobre los otros posibles tutores a aquéllos que prestasen la *satisfatio rem pupilli salvam fore* cuando ninguno de ellos estuviese obligado a prestarla. Mientras que en D.26.2.17 pr. Ulp. 35 ad ed. la regla aparece referida a los tutores testamentarios, en C.5.42.4 se

supusiese un riesgo cierto para la integridad del patrimonio pupilar. En ambos casos, seguiría sin aclararse por qué el propio magistrado presidente de la fase *in iure* del proceso no iba a exigir la prestación de la *satisdatio* de manera directa, pareciendo poco

refiere a los tutores dativos nombrados *ex inquisitione*, y en este sentido la aplicabilidad de la regla a estos últimos vendría a probar su exención de la prestación de la *satisdatio* en cuestión. Guzmán Brito, *Caución tutelar en Derecho romano, cit.*, p. 260, consideraba interpoladas también las palabras *dati ex inquisitione*, que sustituirían un original *legitimis*, añadiendo como argumento la innegable contradicción entre este texto y el que le precede inmediatamente, C.5.42.3, a. 287, también un rescripto de Diocleciano: *In dubium non venit tutores, qui non testamento dati sunt, administrandi potestatem nisi satisdatione emissa salvam tutelam fore non habere*. Ahora bien, esta contradicción no queda sanada, desde mi punto de vista, limitándose a afirmar simplemente que los comisarios compiladores habrían modificado C.5.42.4 y que el régimen válido, que solamente excluiría por principio de la prestación de la *satisdatio* a los tutores testamentarios, sería el enunciado en C.5.42.3: si así se razona, habrá que justificar por qué los comisarios compiladores dejaron intacta una afirmación de principio aparentemente tan palmaria como la contenida en este último texto y sin embargo “adecuaron” al régimen justiniano solamente C.5.42.4. Las interpretaciones que pueden proveerse para la explicación de la contradicción no resultan del todo convincentes: tal vez podría partirse de que la regla general era la *datio tutoris sine inquisitione* y, por lo tanto, la obligatoriedad para el tutor dativo de la prestación de la *satisdatio*, siendo lo

probable que tal necesidad se hiciese patente solamente durante la fase *apud iudicem*.

La otra posibilidad a la que he aludido es la de que la *sententia* del *iudex* pudiese determinar la adquisición *ipso facto* de la condición de tutor de una de las partes en el proceso. Esta posibilidad aparece recogida en un texto de Ulpiano, D.26.5.17 Ulp. 9 ad ed., que resulta doblemente interesante desde el punto de vista de la interpretación de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. en cuanto que en él Ulpiano alude a la opinión de Pomponio sobre la cuestión en él planteada, opinión tomada, con toda probabilidad, de los propios comentarios *ad edictum* de Pomponio.

En el texto se afirma la posibilidad de nombrar como tutor a aquél que esté envuelto en un litigio sobre su *status libertatis*, quedando condicionada la persistencia de la condición de tutor por su parte a la sentencia favorable a su libertad: *verum est, ut ita demum teneat datio, si liber est*. Cabe preguntarse en

anormal el nombramiento *ex inquisitione*, lo cual permitiría conciliar ambos testimonios, pero esto es puramente especulativo.

⁴⁰ Al respecto *vid.* Lenel, *EP, cit.*, pp. 318 ss., y D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, 2ª ed., Padua, CEDAM, 1999, pp. 156 s., con nn. 161 y 162 y literatura acerca de P. Yadin 28 a 30, a la que puede añadirse ahora J. G. Oudshorn, *The Relationship between Roman and Local Law in the Babatha and Salome Komaise Archives*, Leiden, Brill, 2007, pp. 330 ss.

qué medida el nombramiento, condicionado a la libertad del potencial tutor, pudiese haber recaído sobre quien fuese considerado esclavo antes de la sentencia referida a su libertad, esto es, sobre aquél que fuese esclavo y que litigase para reclamar su libertad, bien mediante un *adsertor libertatis*, bien por sí mismo, cuando se tratase de la reclamación, por parte del potencial *homo liber*, de una *libertas fideicommissaria*.

En este último caso, el ligamen entre la causa de libertad y la *datio tutoris* resultaría especialmente sencillo: podría darse fácilmente la posibilidad de que el esclavo liberado mediante *manumissio fideicommissaria* hubiese sido nombrado, al mismo tiempo, tutor testamentario. La procedencia del texto, tomado del libro noveno de los comentarios al Edicto de Ulpiano, no aclara gran cosa en la medida en que éste se refiere a la parte del Edicto atinente a los *cognitores* y los *procuratores*, probablemente a una serie de consideraciones generales⁴¹ entre las cuales se aclaraba la posibilidad para aquéllos envueltos en las causas de libertad de actuar mediante representantes procesales⁴².

⁴¹ Al respecto Lenel, *Palin. II, cit.*, cols. 450 s., en que reunía varios textos del libro noveno de los comentarios *ad edictum* de Ulpiano (entre ellos D.26.5.17 Ulp. 9 ad ed.) en un título *de procuratoribus: praefatio*.

⁴² Así según Lenel, *Palin. II, cit.*, col. 451, en que propone D.26.5.17 Ulp. 9 ad ed. como continuación directa en la obra de

Sin lugar a dudas, este texto de Ulpiano (en conjunción con D.3.3.33 pr. y 1 Ulp. 9 ad ed.) debe ponerse en relación con el estadio peculiar cercano a la libertad en que se veía aquél que litigase en una causa liberal para afirmar su condición de hombre libre⁴³; la persona del litigante en la causa liberal se denomina en

Ulpiano de D.3.3.33 pr. y 1 Ulp. 9 ad ed., en donde se niega que el esclavo pueda tener *procuratores*, pero se decía que *is qui de statu suo litigat* podía hacerse representar por procuradores (tanto para la administración del patrimonio como para el ejercicio de acciones) o ser, a su vez, nombrado procurador.

⁴³ Así en D.40.12.24 pr. Paul. 51 ad ed., tomado de la parte del los comentarios de Paulo referida al título del Edicto *de liberali causa* (Lenel, *EP, cit.*, pp. 384 ss.): *Ordinata liberali causa libero loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur...*; e igualmente D.40.12.25.2 Gai ad ed.: *Licet vulgo dicatur post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controversia est, liberi loco esse, tamen, si servus sit, certo est nihilo minus eum, quod ei tradatur vel stipuletur, perinde domino acquirere atque si non de libertate eius quaerebatur.* En este último texto se afronta el problema de la validez de los actos como hombre libre llevados a cabo por el esclavo que litigase acerca de su libertad cuando la sentencia confirmase su condición servil. De él resulta claro que la condición próxima a la libertad que correspondía a dicho esclavo suponía el reconocimiento a su favor de capacidad jurídica y, por tanto, de la posibilidad de concluir válidamente negocios jurídicos en su propio nombre, negocios jurídicos que, de confirmarse la condición de esclavo del litigante, se consideraban concluidos en nombre de su propietario únicamente cuando supusiesen una

los textos atinentes a los derechos a ella atribuidos siempre *is, qui de statu suo litigat o qui de libertate sua litigat*, refiriéndose la expresión tanto a los hombres considerados libres a los que se reclama como esclavos como a los esclavos que reclaman la condición de hombre libre⁴⁴.

Por lo tanto, el caso de que se trataba en D.26.5.17 Ulp. 9 ad ed. se referiría al estado de pendencia en que quedaría la *datio tutoris* a favor de aquél que litigase sobre su *status libertatis*, estado de pendencia que quedaría resuelto en el momento en el que se decidiese el litigio, resultando bien en la nulidad de la *datio* en caso de resultar derrotado en el proceso, puesto que ésta recaería en un esclavo, bien en la confirmación del nombramiento en caso de resultar victorioso y, por tanto, declarado libre. Las palabras que se refieren a este estado de pendencia (*teneat datio, si liber est*) aparecen formuladas de tal modo que es difícil decir con seguridad si éstas implican la validez del nombramiento a partir del momento en que éste se produce, quedando pendiente de la sentencia solamente la continuidad de la condición de tutor ya

ganancia patrimonial.

⁴⁴ Se usa la expresión en los tres textos ya aludidos, D.40.12.24 pr. Paul. 51 ad ed., D.26.5.17 Ulp. 9 ad ed. y D.3.3.33 pr. y 1 Ulp. 9 ad ed., pero también en D.40.12.7.5 Ulp. 54 ad ed., D.40.12.10 Ulp. 55 ad ed. (*is, qui liberalem iudicium patitur*), D.40.12.9 pr. Gai. ad ed. ó D.40.12.25.2 Gai ad ed.

adquirida, o, en cambio, la pendencia del nombramiento como tal, que solamente comenzaría a desplegar efectos en caso de que la sentencia fuese favorable; *teneo* incorpora siempre una idea de permanencia, sin que en este caso pueda discernirse con claridad si tal idea se referiría en el texto a la subsistencia latente del nombramiento en estado de pendencia hasta el momento de la sentencia o a la permanencia de un nombramiento ya efectivo desde algún momento posterior a la *ordinatio iudicii* (esto es, posterior a la *litis contestatio*⁴⁵) después de la sentencia favorable al tutor.

La misma referencia en los textos a la *litis contestatio* confirma que sería este el tipo de caso en el que por fuerza la *satisdatio rem pupilli salvam fore* debía ordenarse durante la fase *apud iudicem* del proceso: puesto que la *datio tutoris* sobre la que discurre el texto de Ulpiano se refería al ya litigante en una causa liberal, la *litis contestatio* se habría producido ya, motivo por el cual el magistrado presidente de la fase *in iure* no había podido ordenar la prestación de la

⁴⁵ Este momento es tomado como punto de referencia del inicio de la condición especial de *is qui de statu suo litigat* (*supra*, n. 43); acerca de la expresión *vid. Festo, de verb. sign., v. "contestari litem"*, ed. W. Lindsay, Hildesheim, G. Olms, 1965, p. 50: *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote* (al respecto Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., cit., p. 76, n. 40).

satisdatio rem pupilli salvam fore antes del inicio de la fase *apud iudicem*.

Ahora bien, la ordenación de dicha *satisdatio*, ya fuese la *datio tutoris* legítima o dativa⁴⁶, fue muy probablemente en origen competencia exclusiva del pretor, sin que parezca probable que al *iudex* se reconociese una competencia para la ordenación de una tal caución. Al menos, hay un *edicto de satisdatione* en materia de tutela o, en cualquier caso, una cláusula en el edicto de *administratione tutorum*

⁴⁶ En el primer caso, difícilmente el litigante estaría exento de la prestación de la *satisdatio*, en cuanto que no parece verosímil que pudiese percibirse a un sujeto envuelto en una causa liberal como *persona honesta* de acuerdo con lo dicho por Ulpiano en D.26.4.5.1 Ulp. 35 ad ed., antes citado. En el segundo, si partimos de la doctrina tradicional, que afirma la obligatoriedad de la *satisdatio* cuando la *datio tutoris* magistratual tuviese lugar *sine inquisitione*, parece igualmente difícil que el magistrado nombrase a un tutor siendo consciente del estado litigioso del *status libertatis*, y por lo tanto no parece probable que en un caso como el presentado hubiese mediado una *inquisitio* minuciosa acerca del nombrado (no es imposible que el magistrado diese como tutor a un sujeto envuelto en un litigio sobre su propio *status libertatis*: piénsese en un esclavo manumitido *testamento* cuando el testador no hubiese dispuesto nada sobre la tutela, cuando un tal liberto fuese la persona más cercana al pupilo y ofreciese *prima facie* apariencia de solvencia económica suficiente). Si tomamos, por el contrario, la opinión de Guzmán Brito, *Caución tutelar en Derecho romano, cit.*, el tutor dativo estaría obligado a prestarla en todo caso (también en este).

que así parece indicarlo⁴⁷, mientras que no conservamos trazas de que las *cautiones iudiciales*, esto es, aquéllas cuya ordenación en la fase *apud iudicem* era atribuida tradicionalmente al *iudex*, fuesen objeto de regulación en el Edicto⁴⁸.

Esto podría deberse a un carácter *communis* de la *satisdatio rem pupilli salvam fore* desde un inicio, pero parece poco probable que en un régimen tan garantístico como era el de la tutela se confiase al arbitrio del *iudex* la ordenación de una *satisdatio* no relacionada directamente con el proceso sino con los efectos ulteriores (pero no por ello menos relevantes desde el punto de vista objetivo) de éste: el ejemplo planteado por Ulpiano, el del nombramiento como tutor de aquél envuelto en la causa liberal, podía plantear la necesidad de exigir la *stipulatio rem pupilli salvam fore a is, qui de statu suo litigat* necesariamente durante la fase *apud iudicem* del proceso, sí, pero la adquisición de la condición de tutor por éste (y consiguientemente,

⁴⁷ Sobre la discusión acerca de la existencia de un edicto dedicado exclusivamente a la *satisdatio* vid. aún Lenel, *EP, cit.*, pp. 316 s.; mientras que D.26.2.19.1 Ulp. 35 ad ed. parece indicar la existencia de un *edicto de satisdatione*, Lenel propendía por afirmar la existencia de una cláusula *de satisdatione* en el edicto *de administratione tutorum*.

⁴⁸ Y así Giomaro, '*Cautiones iudiciales*' e '*officium iudicis*', Milán, Giuffrè, 1982, pp. 254 ss. y, tras análisis de las fuentes atinentes a cada tipo de *cautio iudicialis* al respecto, conclusión en pp. 274 ss.

en su caso, el relativo deber por su parte de prestar la *satisdatio*) no entraba en absoluto dentro del ámbito de la cuestión sobre la que el *iudex* tenía que emitir una *sententia*, esto es, la condición de libre o esclavo del litigante, y por ello la ordenación de la prestación de la *satisdatio rem pupilli salvam fore* por parte de aquél extralimitaría irremisiblemente los confines del *officium iudicis*⁴⁹ que eran, al mismo tiempo, los de la libertad de acción del *iudex* a la hora de exigir a las partes la

⁴⁹ Y a este respecto no me convence la explicación que da Giomaro, '*Cautiones iudiciales*' e '*officium iudicis*', *cit.*, pp. 220 ss., acerca del carácter *iudicialis* de esta *cautio*, en las que acoge al respecto las consideraciones llevadas a cabo al respecto por G. Rotondi, "Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore", en *Scritti giuridici*, t. II, ed. E. Albertario, Pavía, Hoepli, 1922, pp. 268 ss. (=Pavía, Fratelli Fusi, 1912) y concretamente pp. 278 ss. El a. italiano afrontaba aquí el problema del concurso de acciones entre la *actio tutelae* y la *actio ex stipulatu*; Giomaro, *ult. loc. cit.*, con respecto a las tres posibilidades de concurso de acciones entre la *actio tutelae* y la *actio ex stipulatu* (surgida del incumplimiento de la *satisdatio rem pupilli salvam fore*) propuestas por Rotondi, "Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore", *cit.*, pp. 279 s., se limitaba a constatar sin más que *...ognuna delle tre ipotesi appalesa chiari punti di riferimento con il regime e gli effetti delle 'stipulationes quae a mero iudicis officio proficiscuntur'* (Giomaro, *ult. op. cit.*, p. 221), sin detenerse a discernir y examinar los casos en los que efectivamente el pretor podría ordenar la prestación de la *stipulatio* y aquéllos en los que debería hacerlo el *iudex* y por qué.

prestación de determinadas *cautiones*⁵⁰. En este sentido, la *stipulatio rem pupilli salvam fore* podía considerarse en el texto de Pomponio como *iudicialis* sobre la base de la posibilidad de ser ordenada por el *iudex* (lo cual es perfectamente coherente con el criterio clasificatorio adoptado en el texto, ya aludido), desde luego, pero ciertamente su naturaleza y objeto era distinto de aquéllos de otras *stipulationes iudiciales* si nos atenemos al ejemplo de la *cautio de dolo* puesta como ejemplo en el mismo D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., *cautio* cuya prestación podía ordenar el *iudex* por iniciativa propia pero siempre estrictamente en relación con el objeto del proceso.

Así las cosas, la ordenación de la *satisdatio rem pupilli salvam fore* por parte del *iudex* no puede entenderse sino como la asunción por su parte de funciones que en principio habrían correspondido al magistrado presidente de la fase *in iure* (más concretamente, el pretor o, fuera de Roma, el gobernador provincial). El propio tenor de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. ya apunta claramente en esta dirección, cuando se afirma en el texto, al aclararse el carácter *communis* de la *stipulatio salvam rem pupilli fore* de este modo: *nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest*. La mención de los casos en los que

⁵⁰ Sobre lo cual Giomaro, '*Cautiones iudiciales*' e '*officium iudicis*', *cit.*, pp. 254 ss.

el *iudex* ordenaría la prestación de la *cautio* incorpora la idea de la llevanza a cabo por parte del *iudex*, en caso de que fuese necesario, de un acto que normalmente debería desarrollar el pretor.

Podría pensarse en el caso de que, una vez iniciada la fase *apud iudicem* y desarrollándose ésta velozmente, se adquiriese conocimiento de que, como consecuencia de la sentencia, el litigante podría adquirir la condición de tutor, pudiendo resultar la detención del proceso hasta que el magistrado presidente de la fase *in iure* interviniese para ordenar la prestación de la *cautio* en un perjuicio tanto para el litigante *de statu suo* como para el pupilo, que se vería así privado de tutor durante un tiempo más prolongado, con el potencial peligro para la integridad de su patrimonio que ello podría suponer.

Una última cuestión importante a considerar es la que se refiere a la autoridad jurisdiccional mencionada en el texto, esto es, el pretor. Si consideramos que la competencia para la *datio tutoris* estuvo en manos de los cónsules desde el principado de Claudio hasta la creación del *praetor tutelaris* hacia el año 161 (fecha, con toda probabilidad, posterior a la redacción de los comentarios *ad Sabinum*), resulta extraño que sólo aparezca mencionado el pretor como posible emisor del *iussum* de prestar la caución, en cuanto que ello implicaría la toma como punto de referencia de una

época muy anterior a Pomponio (la época en que la competencia consular sobre la materia no existía) o la de una posterior a él (la época en la que era ciertamente el pretor, pero aquél *tutelar*, el magistrado competente por antonomasia para cuestiones relacionadas con la tutela).

Muy probablemente, la referencia al pretor en exclusiva como emisor del *iussum cavendi* se deba a la regulación edictal de la caución, cuya fórmula aparecía propuesta en el Edicto. Ahora bien, queda claro que con frecuencia (probablemente, con mayor frecuencia) serían los cónsules los que ordenarían la prestación de esta *satisdatio*, como magistrados competentes en la ciudad de Roma para el nombramiento de tutores dativos. Siendo esto así, a pesar del tenor del texto no sería el pretor la figura a considerar principalmente en un discurso que, a fin de cuentas, se refiere a las personas de las que efectivamente parte la iniciativa en cada *stipulatio* (sean *iudices*, magistrados o particulares).

De hecho, en el caso que hemos barajado (el *iussum cavendi* referido al litigante *de statu suo* que debiese prestar la *stipulatio rem pupilli salvam fore* al haber sido nombrado tutor), la competencia especial de los cónsules tanto en materia de causas liberales como en materia de *datio tutoris* hace prácticamente seguro que un tal litigio quedase fuera de la competencia del

pretor y dentro, en cambio, de la de aquéllos. Llegados a este punto, gana verosimilitud la posibilidad de que la naturaleza extraordinaria de las competencias jurisdiccionales de los cónsules jugase un papel en el carácter *communis* de la *stipulatio rem pupilli salvam fore*: al aunar los cónsules las competencias tanto en una materia como en la otra, sería más sencillo aceptar que los *iudices* por ellos nombrados pudiesen emitir, en aras de la economía procesal, un *iussum cavendi* no relacionado estrictamente con la *res litigiosa* que tenían ante sí, pero sí, en todo caso, con el círculo competencial del magistrado que los había nombrado. Esta hipótesis resultará más sencilla de aceptar cuando se piense en la unidad del proceso cognitorio y, por lo tanto, en un *iudex delegatus*: aparece afirmado atestiguada expresamente en las fuentes la posibilidad de que un tal *iudex delegatus* pudiese nombrar un tutor *ex sua sententia*.

Concretamente, en D.26.5.4 Ulp. ad leg. Iul. et Pap.⁵¹ se reitera la prohibición para el magistrado

⁵¹ El texto fue considerado como interpolado por M. Wlassak, *Die Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Viena, A. Hölder, 1921, p. 229, n. 105, partiendo, sin embargo, de una interpretación del tenor del texto por una vez poco afortunada. Hoy día se acepta comúnmente que en los procesos extraordinarios de época clásica se recurría al nombramiento de estos jueces delegados (al respecto por todos Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., cit., pp. 461 s.), y no causa extrañeza la alusión a ellos en una materia tan fuertemente

competente para la *datio tutoris* de nombrarse como tutor a sí mismo, añadiendo la prohibición dirigida al *iudex pedaneus* de emitir una sentencia por efecto de la cual él mismo fuese hecho tutor⁵². Obviamente, una tal prohibición presupone necesariamente que el *iudex pedaneus* sí podía hacer tutor a otros *ex sua sententia*.

relacionada con las *cognitiones extraordinariae* como lo era la tutela.

⁵² D.26.5.4 Ulp. 9 ad leg. Iul. et Pap.: *Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest*. En cuanto a la referencia al *iudex compromissarius* (esto es, el *arbiter ex compromisso*) esta expresión recurre solamente una vez en la Compilación en D.4.8.41 Call. 1 ad ed. mon., referido, con toda probabilidad, a la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, sobre lo cual *vid.* F. Bertoldi, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Turín, Giappichelli, 2003, pp. 222 ss. Sobre el *arbiter ex compromisso* *vid.* la literatura citada en Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., *cit.*, p. 639, n. 1, de entre la que pueden destacarse los trabajos de C. Weizsäcker, *Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis*, Tübinga, H. Laupp, 1879; Talamanca, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milán, Giuffrè, 1958; y K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, Munich, C. H. Beck, 1971 (y al respecto la reseña del mismo Talamanca, en *Labeo* 20, 1974, pp. 83 ss.). Pueden añadirse ahora los trabajos de A. Sicari, "Compromissum e cautio vadimonium sisti: quale responsabilità?", en *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, coords. C. Cascione y C. Masi Doria, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2002, pp. 647 ss., y de J. Urbanik, "Compromesso o processo? Alternativa risoluzione dei conflitti e tutela dei diritti

Por supuesto, la situación de la jurisdicción en materia de tutela en época de Ulpiano era muy distinta con respecto a aquélla correspondiente al momento en que Pomponio redactó sus comentarios *ad Sabinum*, muy especialmente después de la reforma general al respecto introducida por Marco Aurelio a la que he

nella prassi della tarda Antichità”, en *Symposion 2005 (Akten der Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Salerno, 14.-18. September 2005))*, pp. 377 ss., en relación con la praxis de época bizantina al respecto. Acerca del empleo de la denominación *iudex* para referirse al *arbiter ex compromisso* vid. P. Krafft, “Ein übersehenes Zeugnis zur Mutatio iudicis”, en *ZSS* 97, 1980, pp. 266 s. y concretamente p. 268, n. 16: cuando se emplea el término *iudex* para hacer referencia al árbitro privado se añade siempre una puntualización al respecto, poniendo el a. como ejemplos los dos textos que ya hemos mencionado (esto es, D.26.5.4 Ulp. 9 ad Iul. et Pap. y D.4.8.41 Call. 1 ad ed. mon.), D.4.4.34.1 Paul. 1 sent.=Paul. Sent. 1.9.4b (*Minores si in iudicem compromiserunt...*) y Paul. Sent. 5.5a.1 (*Ex compromisso autem iudex sumptus...*). No hay, por lo tanto, motivo para dudar de la autenticidad de la expresión en D.26.5.4 Ulp. 9 ad Iul. et Pap. En cuanto a la posibilidad de que un *arbiter ex compromisso* pudiese determinar el nombramiento de un tutor *ex sua sententia*, que podría resultar chocante, lo cierto es que en teoría se podía someter a *compromissum* cualquier controversia, sin que hubiese restricciones por razón de la materia (únicamente se favorecía la exclusión de los *compromissa* de las causas de libertad, pero no se prohibía someter una causa tal a tal modo de solución de controversias: al respecto D.4.8.32.7 Paul. 13 ad ed.). Más aún: en D.4.8.3 pr. Ulp. 30 ad ed. parece afirmarse

aludido anteriormente. Sin embargo, dado, por un lado, el hecho incontrovertible de que el propio tenor de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. viene a concebir la ordenación por el *iudex* de la prestación de la *satisdatio rem pupilli salvam fore* como un expediente empleado para los casos en los que la autoridad correspondiente no pudiese hacerlo, y dado, por otro, el carácter extraordinario de las competencias en materia de tutela de los cónsules, competencias dentro de las cuales destacaba aquélla referida a la *datio tutoris*, no puede descartarse por completo que la referencia al carácter *communis* de la *stipulatio rem pupilli salvam fore sea* genuinamente atribuible a Pomponio.

En resumidas cuentas, sería verosímil que la *stipulatio rem pupilli salvam fore* fuese prestada por un *iudex* en época anterior a la reforma de la jurisdicción en materia de tutela llevada a cabo por Marco Aurelio, al menos y en todo caso cuando nos refiramos a un litigio que entrase dentro de la competencia de los cónsules (como por ejemplo una causa liberal) y que, a pesar de no tener que ver directamente con la adquisición de la condición de tutor por una de las

implícitamente la posibilidad de que la sentencia de un *arbiter ex compromisso* determine la pérdida de la condición de tutor, al ponerse como ejemplo de sentencia nula por el defecto de edad del *arbiter* precisamente una en la que se produciría tal pérdida. En definitiva, la mención del *iudex compromissarius* en el texto no compromete, desde mi punto de vista, la autenticidad del mismo.

partes, desplegase efectos en ese sentido. También podría pensarse en la figura del *praetor fideicommissarius*, dada la relación de la libertad fideicomisaria con cuestiones atinentes a la tutela⁵³, pero a pesar de que ello haría más sencilla la interpretación de la referencia al pretor en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., sólo en muy raras ocasiones, si acaso, podría el pretor fideicomisario ordenar la prestación de la *satisdatio* a la que nos referimos, de modo que difícilmente podría ser éste exclusivamente el pretor aludido en el texto de Pomponio⁵⁴.

Enlazando con el discurso que llevábamos a cabo al comienzo del artículo, los juristas tardoclásicos, en su búsqueda de encuadrar las instituciones jurídicas vigentes en su época dentro de sistemas amplios,

⁵³ Relación probada por muchos de los pasajes del título de la Compilación atinente a la libertad fideicomisaria: así en D.40.5.4.14 Ulp. 60 ad ed., D.40.5.11 Mod. 1 diff., D.40.5.24.9 Ulp. 5 fideic., D.40.5.30.3 Ulp. 5 fideic., D.40.5.36 pr. Maec. 16 fideic., etc.

⁵⁴ E, incluso, si consideramos que los cónsules mantuvieron sus competencias jurisdiccionales en materia de fideicomisos aún tras la introducción de la pretura fideicomisaria (sobre lo cual D.31.1.29 pr. Cels. 36 dig. y D.34.1.3 Ulp. 2 de off. cos., antes mencionados), parece más probable que, debido a la amplitud de las competencias *ratione materiae* de los cónsules se acudiese preferentemente al tribunal de éstos cuando se fuese consciente de que el litigio sobre la libertad fideicomisaria podía tener implicaciones relativas a la tutela.

encontraron las dificultades, a veces insuperables, derivadas de la procedencia de dichas instituciones de diferentes fuentes al mismo tiempo. Es en este sentido que debe explicarse el cierto grado de inadecuación que suponía el equiparar en cierta medida la *cautio de dolo iudicialis* con la *stipulatio rem pupilli salvam fore* ordenada por el *iudex*, al considerarse ambas como *stipulationes iudiciales* (si bien la última era considerada al mismo tiempo como *stipulatio praetoria*): aún atendándose al sencillo y, en apariencia, poco comprometido criterio clasificatorio de la persona de la que partiese la iniciativa de la *stipulatio*, la coexistencia de instituciones procesales desarrolladas *iure honorario* con otras surgidas *iure novo* había de obstaculizar irremisiblemente un tal intento de construcción omnicomprendensiva⁵⁵.

⁵⁵ Cuestión distinta, en buena medida, es la de aquélla de la *stipulatio duplae*, mencionada al cierre del pasaje como segundo ejemplo de *stipulatio communis praetoria et iudicialis*, cuestión que plantea problemas de crítica interpolatoria tanto respecto a la misma alusión en el texto de Pomponio como en relación a la terminología empleada en los títulos referentes a las *stipulationes ediliciae* y la presencia de interpolaciones en los mismos en conexión con la *auctoritas* considerada en cuanto que responsabilidad por evicción.