

XESÚS PÉREZ LÓPEZ

Profesor de Derecho romano de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.
Investigador contractual del Centre National de la Recherche Scientifique (Francia)

CONTRATO VERBAL Y PROCESO EN EL DERECHO ROMANO

Las stipulationes communes
en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab.

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

| | Pág. |
|----------------------|------|
| PREMISA | 7 |

PRIMERA PARTE

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

| | |
|---|----|
| 1. <i>IUDEX, COGNITIONES EXTRAORDINARIAE</i> Y <i>STIPULATIO REM PUPILLI SALVAM FORE</i> EN ÉPOCA CLÁSICA | 15 |
| 1.1. <i>Iudices</i> y <i>stipulatio rem pupilli salvam fore</i> en D.46.6.12 Papin. 12 quaest..... | 18 |
| 1.2. Posibilidad de que una <i>stipulatio rem pupilli salvam fore</i> debiese exigirse durante la fase <i>apud iudicem</i> | 25 |
| 2. POSIBILIDAD DE LA CONSIDERACIÓN DE LA <i>STIPULATIO REM PUPILLI SALVAM FORE</i> COMO <i>STIPULATIO IUDICIALIS</i> POR POMPONIO | 31 |
| 3. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE TUTOR <i>EX SENTENTIA IUDICIS</i> EN ÉPOCA CLÁSICA..... | 35 |
| 4. CONCLUSIONES PARCIALES | 44 |

SEGUNDA PARTE

LA STIPULATIO DUPLAE COMO STIPULATIO COMMUNIS EN D.45.1.5 PR. POMP. 26 AD SAB.

| | |
|---|----|
| 1. LA <i>STIPULATIO DUPLAE</i> COMO <i>STIPULATIO PRAETORIA</i> | 47 |
|---|----|

| | Pág. |
|---|------|
| 1.1. Crítica a la concepción de las <i>duplae stipulationes</i> como punto de partida necesario de un proceso edilicio en materia de compraventa. | 52 |
| 1.2. Régimen de protección al comprador en la compraventa clásica... | 56 |
| 2. LA <i>STIPULATIO DUPLAE</i> COMO <i>STIPULATIO IUDICIALIS</i> | 62 |
| 2.1. <i>Stipulatio de evictione, auctoritas, satisdatio secundum mancipium, stipulatio duplae</i> | 66 |
| 2.1.1. <i>Evictio</i> y <i>auctoritas</i> en D.21.2..... | 68 |
| 2.1.2. D.21.2.56.1 Paul. 2 ad ed.: <i>sententia ex compromisso</i> y <i>actio de evictione</i> | 81 |
| 2.1.3. Uso clásico de las expresiones <i>actio de evictione, stipulatio de evictione, cautio de evictione</i> | 89 |
| 2.2. La <i>cautio de evictione iudicialis</i> en la compraventa: crítica de la identificación entre <i>cautiones de evictione iudiciales</i> y <i>cautio defensum iri</i> | 95 |
| 2.3. Empleo heterogéneo de la <i>stipulatio duplae</i> como <i>cautio de evictione iudicialis</i> fuera del contexto de la compraventa..... | 106 |
| 2.3.1. <i>Cautiones de evictione ex officio iudicis</i> en los <i>iudicia divisoria</i> | 108 |
| 2.3.1.1. Mecánica similar de las cauciones judiciales sobre la evicción en el <i>arbitrium familiae erciscundae</i> y en el <i>arbitrium communi dividundo</i> ... | 110 |
| 2.3.1.2. Responsabilidad por evicción y <i>cautio de evictione</i> en los <i>iudicia divisoria</i> : Celso en Ulpiano..... | 115 |
| 2.3.1.3. Régimen de la <i>cautio de evictione iudicialis</i> en los <i>iudicia divisoria</i> : similitudes y diferencias con respecto al régimen de la <i>stipulatio duplae</i> de la compraventa | 125 |
| 2.3.1.4. Convergencia, a lo largo del siglo III d. C., entre el régimen de la evicción en la compraventa y el régimen de la evicción en los <i>iudicia divisoria</i> . | 128 |
| 2.3.1.5. Conclusiones con respecto a los <i>iudicia divisoria</i> | 143 |
| 2.3.2. <i>Cautiones de evictione ex officio iudicis</i> y entrega en <i>noxae deditio</i> | 146 |
| 2.3.2.1. Exégesis de D.9.4.14.1 Ulp. 18 ad ed. | 146 |
| 2.3.2.2. Conclusiones con respecto a la evicción en la <i>noxae deditio</i> | 158 |
| 2.3.3. <i>Cautiones de evictione ex officio iudicis</i> en los legados ... | 159 |
| 2.3.3.1. Exégesis de D.30.71.1 Ulp. 51 ad ed. | 160 |
| 2.3.3.2. Contenido de la <i>cautio de evictione</i> en los legados: D.30.45.1 Pomp. 6 ad Sab. | 165 |
| 2.3.3.3. Conclusiones con respecto a la <i>cautio de evictione iudicialis</i> en los legados | 172 |

| | Pág. |
|---|------|
| 3. CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE..... | 174 |
| 3.1. Recapitulación..... | 174 |
| 3.2. La referencia a la <i>stipulatio duplae</i> en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. es un añadido postclásico | 181 |

CONCLUSIONES GENERALES

| | |
|----------------|-----|
| SÍNTESIS | 198 |
|----------------|-----|

APÉNDICE

**INCIDENCIA FUERA DEL CONTEXTO
DE LA COMPRAVENTA DE LA *STIPULATIO DUPLAE*
CONCLUIDA *EX CAUSA EMPTIONIS***

| | |
|---|-----|
| 1. EN LA DOTE..... | 205 |
| 2. EN LA <i>VENDITIO PIGNORIS</i> | 207 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| ÍNDICE DE FUENTES | 227 |
|--------------------------------|-----|

| | |
|--------------------------------|-----|
| ÍNDICE DE AUTORES | 237 |
|--------------------------------|-----|

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Xesús Pérez López
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-15948-61-2
Depósito legal: M. 5.003-2014
Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2014

PREMISA

Uno de los ángulos de aproximación que pueden adoptarse en relación con el derecho de obligaciones es el estudio de las obligaciones verbales en el *ius honorarium* no como derechos subjetivos objeto de protección, sino como una herramienta procesal encaminada a la protección de los derechos subjetivos. En efecto, el conjunto de instituciones agrupadas por los juristas tardoclásicos bajo la denominación común de *stipulationes praetoriae*¹, aún

¹ Dan fe de la consolidación de esta denominación en época tardoclásica los textos agrupados por la comisión compiladora bajo la rúbrica *de stipulationibus praetoriis*. En siete de los once textos que conforman el título aparece la expresión *praetoriae stipulationes* [D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed.; D.46.5.2 Paul. 73 ad ed.; D.46.5.3 Ulp. 79 ad ed.; D.46.5.4 Paul. 75 ad ed.; D.46.5.5 Paul. 48 ad ed.; D.46.5.6 Paul. 14 ad Plaut.; D.46.5.9 Ven. 1 stip.] y en uno de ellos aquella un tanto más específica de *praetoriae satisfactiones* [D.46.5.7 Ulp. 7 ad ed.; *comp.* p. ej., en el mismo título con D.46.5.1.5 ss. Ulp. 70 (?) ad ed., y con D.45.1.112.1 Pomp. 15 ad Q. Muc.]. Fuera de este título, la categoría formaba parte de la clasificación de las *stipulationes* llevada a cabo por Pomponio en D.45.1.5 Pomp. 26 ad Sab. que constituye el objeto de este estudio, y la expresión aparece empleada en otros pasajes de Ulpiano (D.2.1.4 Ulp. 1 ad ed.; D.16.2.10.3 Ulp. 63 ad ed.; D.44.7.37 pr. Ulp. 4 ad ed.; y D.45.1.52 Ulp. 7 disp.) y de Paulo (D.45.1.83.5 Paul. 72 ad ed. y D.45.2.14 Paul. 2 man.), así como en uno de Volusio Maeciano (D.35.2.32.2 Maec. 9 fid.); *vid.* al respecto *VIR*, t. IV.1, B. Kübler y M. Meinhard eds., Berlín, De Gruyter, 1914-1936-1985, cols. 1112 ss. El pasaje de Volusio Maeciano, jurista sobre el cual disponemos de amplias noticias epigráficas y literarias (*vid.* p. ej., F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, p. 106, y p. 232 sobre los *libri quaestionum de fideicommissis*; W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Colonia, Bohlau, 2001, reimpr. de la 2.ª ed. de 1967, pp. 174 ss.; G. DE CRISTOFARO, en F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Nápoles, Jovene, 1980, pp. 328 ss.), permite afirmar con seguridad el empleo de esta denominación en el lenguaje jurisprudencial al menos desde mediados del siglo II d. C.: en el texto el jurista extiende a todas las *stipulationes praetoriae* una interpretación llevada a cabo por Juliano, pero nada obsta para que este uso viniese de antiguo. En el propio capítulo XX de la *lex de Gallia Cisalpina* (que citaré en lo sucesivo según la ed. de M. H. Crawford y U. Laffi, en *Roman Statutes*, ed. M. H. Crawford, t. I, Londres, Institute of Classical Studies, 1996, núm. 28, pp. 461 ss.; en adelante, *RS I 28*), col. 1, lín. 24 ss., 33 ss., las fórmulas a emplear por los magistrados municipales cisalpinos en tema de *cautio damni infecti* se refieren a la *stipulatio* contenida en el Edicto del pretor como *ea stipulatio quam is qui Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet*. No conocemos el tenor de las *stipulationes* correspondientes redactadas de conformidad con el edicto al respecto (cuya redacción definitiva, en cambio, conocemos a través de su cita en D.39.2.7 pr. Ulp. 53 ad ed.), que aparecerían en el albo edictal; para una reconstrucción de las mismas, *vid.* O. LENEL, *Edictum perpetuum*,

cuando apareciesen imbricadas en ocasiones dentro de un proceso, tenían por finalidad la de facilitar un proceso posterior. Este proceso posterior habría de versar sobre el incumplimiento de un contrato verbal, que era llevado a cabo por orden del pretor o del *iudex*, quienes podían forzar a la conclusión del mismo a las partes.

Esta caracterización de las *stipulationes praetoriae* no deja de conllevar un cierto grado de simplificación: la heterogeneidad de las mismas, tanto desde el punto de vista de su evolución histórica como desde el punto de vista de los resultados sustanciales de esta evolución en cada caso, obligaría a matizar significativamente esta caracterización para cada una de las distintas instituciones englobadas bajo esta denominación².

En muchos casos, el funcionamiento de la *stipulatio praetoria* como medio de protección de derechos subjetivos estaba bien lejos de agotarse en la celebración forzosa de un contrato verbal, al aparecer enmarcada en un conjunto de actos que se prolongaban antes y después del momento de la efectiva realización del contrato, conjuntos de actos que han sido descritos como auténticos procedimientos encaminados al ofrecimiento de la protección buscada³. El hecho de que el pretor llegase a prescindir de la efectiva conclusión del contrato verbal a los efectos de proveer la oportuna protección a la parte interesada indica la medida en la que llegó a institucionalizarse el procedimiento en el que se había enmarcado la celebración del contrato, contrato cuya celebración efectiva dejaba de ser el elemento central, cobrando mayor importancia el procedimiento que lo rodeaba. Así ocurría en el caso de la acción ficticia concedida por el pretor en la *cautio damni infecti*⁴ en caso de negación dolosa a llevar a cabo la estipulación por parte del posible causante del *damnum infectum*.

2.^a ed., Leipzig, Tauchnitz, 1907 (en adelante, *EP*), pp. 527 ss., y D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, 2.^a ed., Padua, CEDAM, 1999, pp. 107 ss. Dan fe ulteriormente de la publicación del tenor de las *stipulationes praetoriae* según los *alba* edictales en los municipios provinciales, donde el Edicto de los gobernadores seguía con toda probabilidad aquél del pretor, el cap. 85 de la *lex Irnitana*, que citaré en lo sucesivo según la ed. de J. González, «The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law», en *JRS*, 76, 1986, pp. 147 ss., tab. IX B, líns. 28 ss.

² La doctrina ha venido insistiendo con razón en el carácter heterogéneo de las instituciones englobadas bajo esta denominación. Tal vez la postura más extrema al respecto haya sido la de A. MOZZILLO, en *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae»*, Nápoles, Jovene, 1960, quien dedicaba el primer capítulo de la misma (pp. 1 ss.) precisamente a la crítica de la denominación en cuestión, encontrando el uso de la misma como «categoría unitaria» en textos compilatorios de época clásica como el resultado de significativas interpolaciones Justinianeas. Aún de aceptarse la presencia de las interpolaciones afirmadas por el autor (a veces sobre la base de criterios en exceso hipotéticos: *vid. ult. op. cit.*, p. 29, y la crítica al respecto de A. GUARINO, «La classificazione delle stipulationes praetoriae», en *Labeo*, 8, 1962, pp. 214 ss., y particularmente p. 218, n. 24), éstas podrían apuntar al carácter espúreo de la categoría de las *stipulationes communes*, pero no la simple y llana negación de la propia existencia de la categoría de las *stipulationes praetoriae* en época clásica (MOZZILLO, *ult. op. cit.*, p. 4). Las recensiones de la obra oscilan entre un cierto acuerdo (J. GAUDEMET en *Labeo*, 6, 1960, pp. 405 ss.) y la crítica decidida (G. BRANCA, en *Iura*, 12, 1961, pp. 304 ss.).

³ Siendo estos procedimientos el objeto de estudio de A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1942.

⁴ El magistrado iusdicente daba una *actio ficticia* contra aquél que no hubiese prestado la caución en el momento oportuno, de modo que éste era procesado como si hubiese incumplido una *stipulatio* que

Parece muy probable que se operase también mediante una ficción en caso de daño temido a edificios a causa de las obras llevadas a cabo en inmuebles vecinos o del mal estado de estos inmuebles cuando se diese la imposibilidad de llevar a cabo la estipulación tempestivamente (esto es, antes de que se proyecte el daño)⁵. Para este último caso, Ulpiano cita por dos veces⁶ la *sententia* de Juliano⁷ según la cual el responsable del daño debía *cavere de praeterito damno*⁸. Si se toman estas palabras en sentido literal, esta *cautio de damno praeterito* implicaría, con toda probabilidad, la concesión al perjudicado de una acción ficticia igual a aquella destinada a resarcirle cuando el responsable no hubiese llevado a cabo la *stipulatio* (es decir, refiriéndose la ficción de la acción a la tempestiva llevanza a cabo por parte del responsable de los daños de la *stipulatio* en cuestión)⁹. A pesar de que se trata aquí de una opinión jurisprudencial referida a un caso específico, la opinión de Juliano, recibida por Ulpiano, prueba ya que en teoría nada obstaba para la adopción de una tal solución.

En cualquier caso, el régimen clásico de la *cautio damni infecti* muestra cómo la celebración de una *stipulatio* seguía siendo el eje formal de las *stipulationes praetoriae* y cómo, al mismo tiempo, la *utilitas* del expediente,

en realidad no había tenido lugar. Al respecto, *vid.* p. ej., el propio cap. XX de la *lex de Gallia cisalpina*, y el edicto recogido por Ulpiano en D.39.2.7 pr. Ulp. 53 ad ed., e igualmente PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, *cit.*, pp. 106 ss., y para la *lex de Gallia cisalpina* H. BRUNA, *Lex Rubria*, Leiden, Brill, 1972, pp. 107 ss.

⁵ Así en dos casos: D.39.2.7.2 Ulp. 53 ad ed., en el que se trata el caso de la retirada de los escombrados de una casa que hubiesen caído sobre el inmueble vecino y de la eventual obligación de prestar caución por parte del propietario de la casa arruinada; y D.39.2.9 pr. Ulp. 53 ad ed., que contempla el caso específico de que la *stipulatio* no se hubiese concluido oportunamente o bien por *absentia rei publicae causa* del sujeto a responsabilizar del daño temido o bien por la brevedad del lapso de tiempo discurrido entre la percepción, por parte de quien solicita la protección pretoria, del peligro de que la actividad de un tercero ocasione un daño futuro y la efectiva producción del daño.

⁶ En ambos pasajes citados en nota anterior.

⁷ Aunque Ulpiano no menciona la procedencia precisa de la opinión de Juliano a la que hace referencia, LENEL, en *Palingenesia iuris civilis*, t. I, Graz, Universidad, 1960 (reimpr. de la ed. de Leipzig, Tauchnitz, 1889; en adelante, *Palin.*), col. 428, situaba ambas *sententiae* de Juliano en su *liber XLI digestorum* dentro de un título de *damno infecto*, con toda probabilidad sobre la base de la adopción del orden edictal en los *libri digestorum* de Juliano.

⁸ En D.39.2.7.2 Ulp. 53 ad ed. se dice que el propietario del edificio arruinado tendrá que resarcir a aquél del inmueble vecino por los daños ocasionados bajo riesgo de pérdida de la propiedad de su propio edificio, teniendo que prestar caución tanto por los daños futuros como por aquellos que ya hubiesen tenido lugar; en D.39.2.9 pr. Ulp. 53 ad ed. se razona la prestación de caución por los daños que ya hubiesen tenido lugar con el argumento de que si se ampara al perjudicado cuando la situación dañosa aún no se ha verificado, será equitativo que se le ampare también cuando éstos hayan ocurrido ya.

⁹ La expresión *cavere de damno praeterito* empleada en ambos textos (que forman una unidad interrumpida por la inserción de un pasaje de los comentarios al Edicto de Gayo, D.39.2.8 Gai. ad ed.) no se refiere al simple resarcimiento de los daños, sino a una *stipulatio* (fingida o no). Lo prueba el hecho de que en D.39.2.7.2 Ulp. 53 ad ed. se dice que el propietario de la cosa derrumbada deberá *...nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere...* Tal vez la expresión mediante la cual Ulpiano da cuenta de la opinión de Juliano implique que en este caso el responsable de los daños llevaría a cabo la estipulación por la cual se obligaría a resarcir al perjudicado por los posibles daños futuros, mientras que se considerarían los daños ya producidos cubiertos por una *stipulatio* ficticia en cuanto al momento de su celebración, o incluso por la ficción de que la *stipulatio* llevada a cabo cuando se ha producido el desplome fuese referible igualmente al lapso de tiempo anterior al mismo.

que apuntaba a la protección del posible perjudicado por los daños temidos, llegó a hacer que tal protección traspasase los límites originales de la *cautio damni infecti*¹⁰, comprendiendo ésta tanto los daños futuros como aquellos ya acontecidos. Esta ampliación del ámbito de aplicación de esta *stipulatio praetoria* es indicio de los cambios graduales de los que fue objeto la institución: al irse institucionalizando este medio de protección el procedimiento que rodeaba a la *stipulatio* en sí y su finalidad fueron imponiéndose a ésta y de algún modo independizándose de la misma.

Este fenómeno ejemplifica la medida en la que cada una de las *stipulationes praetoriae* evolucionaron independientemente a lo largo de su existencia. Ello nos conduce directamente al terreno de las consideraciones de tipo histórico, particularmente problemáticas para el caso de los orígenes las *stipulationes praetoriae* en general¹¹: a pesar de presentar todas ellas elementos comunes que justifican su inclusión en una misma categoría, parecen haber surgido en épocas y de maneras diferentes, es posible que incluso desde el periodo precedente a la consolidación del procedimiento por fórmulas¹².

Dado el largo recorrido histórico de este conjunto de instituciones, un punto fundamental de la discusión doctrinal sobre ellas tiene que ver con la interpretación que haya de darse a su tratamiento dogmático por la jurisprudencia clásica. Este enfoque aparece presente, de manera más evidente, en los dos conocidos textos de Pomponio y Ulpiano que contienen, respecti-

¹⁰ Tal es la motivación dada por Ulpiano para la recepción de la opinión de Juliano de la que da cuenta en D.39.2.7.2 Ulp. 53 ad ed. y D.39.2.9 pr. Ulp. 53 ad ed., motivación que sirve como colofón a este último fragmento: *...sententiam Iuliani utilitas comprobat.*

¹¹ Y a pesar de los esfuerzos de la doctrina por despejar este problema, es verídica la afirmación pesimista llevada a cabo en M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., Munich, C. H. Beck, 1996, p. 429: *Die Anfänge der prätorischen Stipulationen liegen im Dunkeln.*

¹² Siendo éste el punto de discusión principal entre los estudiosos con respecto a los citados orígenes, esto es: si bien todos han reconocido los orígenes diversos de las distintas estipulaciones pretorias y su aparición gradual, hay quien ha visto estas estipulaciones como un producto de la época posterior a la *lex Aebutia* y, por tanto, como consecuencia del mayor margen de discrecionalidad permitido al pretor en el marco del procedimiento formulario. Así p. ej., E. JOBBÉ-DUVAL, en «Les decreta des magistrats pourvus de la iurisdicção contentiosa inter privados», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, t. III, Milán, Treves, 1930, pp. 165 ss., y particularmente pp. 181 ss.; PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, cit., pp. 17 ss., p. 44; MOZZILLO, en *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae»*, cit., pp. 15 ss., tal vez de modo en exceso genérico (y de ahí la crítica al respecto de BRANCA, en su recensión a MOZZILLO, cit., p. 304). Por el contrario, F. VON WOESS, en «Die prätorische Stipulationen und der römische Rechtsschutz», en ZSS, 53, 1933, pp. 372 ss., sostenía que las *stipulationes praetoriae* eran anteriores al procedimiento formulario; así, el a. deducía la anterioridad de estos expedientes a la *lex Aebutia* (ult. op. cit., pp. 381 ss.), datación que explicaría el empleo de las *stipulationes praetoriae* en situaciones en las que en principio nada hubiese impedido al pretor el empleo, más directo, de la concesión de una *actio* para la realización del interés del demandante (ult. op. cit., pp. 375 ss.). El autor veía en estas *stipulationes* un medio indirecto, pero reconocido por el ordenamiento jurídico, de legitimar la jurisdicción del magistrado sobre una controversia mediante una «autosumisión» de las partes a aquélla, operada a través de un contrato verbal (ult. op. cit., pp. 397 ss.). El autor alemán era seguido en lo esencial por G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bolonia, Patron, 1965, pp. 402 ss., y particularmente pp. 411 ss. Se sitúa en esta misma estela KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., cit., p. 429, n. 23. La cuestión sigue abierta.

vamente, una clasificación de las *stipulationes* en general (dentro de la cual aparecen encuadradas las *stipulationes praetoriae*) y una clasificación de las *stipulationes praetoriae* en sí¹³.

Las dos clasificaciones han sido objeto de reiterada atención por parte de la doctrina. En un primer momento, ambos textos fueron objeto de la crítica interpolacionística, tal vez a causa de un cierto recelo con respecto a las clasificaciones, consideradas a menudo como demasiado teorizantes para provenir de los juristas clásicos¹⁴. Como es habitual, los estudios más recientes presentan una tendencia más lenitiva, pero las dudas persisten.

¹³ D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. y D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed. LENEL, *Palin*, II, *cit.*, col. 868, n. 3, corregía la *inscriptio* de este último fragmento al considerar que faltaba en ella un *septimo*, y colocaba así el fragmento en el libro septuagésimo séptimo ad ed. Esta corrección nos parece acertada considerando el contenido de los abundantes fragmentos pertenecientes a cada uno de los dos libros, que se corresponde con el orden de materias edictal (LENEL, *EP*, *cit.*, pp. 493 ss.).

¹⁴ De acuerdo con el ideal del método de los juristas clásicos existente durante la primera mitad del siglo pasado. Así G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (en adelante, *Beiträge*), t. III, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1913, pp. 130 ss., consideraba interpolada la tripartición presente en D.46.5.1 pr. a 4 Ulp. 70 (?) ad ed.; el a. destacaba como indicios de la alteración del texto el empleo del adjetivo *cautionalis* solamente en este fragmento compilatorio, así como la recurrencia de la expresión *natura sui* (el mismo BESELER, *Beiträge*, t. I, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1910, p. 111, consideraba esta expresión como una traducción del griego τῆ φύσει αὐτῶν). En cuanto a D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., el a. condenaba el texto como *...byzantinische graue Begriffstheorie* (BESELER, *Beiträge*, III, *cit.*, p. 137), sobre la base de su coincidencia con Iust. Inst. 3.18 (sin embargo, *vid.* LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, *cit.*, pp. 389 ss.). Por su parte, F. PRINGSHEIM, en «Beryt und Bologna», en *Festschrift für Otto Lenel*, Leipzig, Tauchnitz, 1921, pp. 204 ss., y particularmente pp. 265 ss., consideraba como probablemente interpolado D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed. (*ult. op. cit.*, p. 268). S. SOLAZZI, en *Istituti tutelari*, Nápoles, Jovene, 1929, p. 106, n. 1, daba la razón a BESELER solamente en lo que se refiere a D.46.5.1.4 y D.46.5.1.5 Ulp. 70 (?) ad ed., pero consideraba sólo levemente alterado D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. (*ult. loc. cit.*, pp. 103 ss.). PALERMO, *Il procedimento cauzionale in diritto romano*, *cit.*, p. 71, n. 2, también salvaba la tripartición de las *stipulationes praetoriae* llevada a cabo por Ulpiano en D.46.5.1, aunque sin embargo era más extensivo en la crítica a D.46.5.1.5. KASER, en «Gaius und die Klassiker», en *ZSS*, 70, 1953, pp. 127 ss., y en concreto pp. 162 ss., consideraba D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. como sólo aparentemente clásico, tachándolo de *...nachklassiker Schultraktat* a causa del estilo del texto, opinión que extendía a D.46.5.1 pr. ss. en su recensión a F. NEGRO, *La cauzione per le spese*, Padua, CEDAM, 1954, en *ZSS*, 72, 1955, pp. 406 ss., y en concreto pp. 406 ss., si bien reconociendo, al atribuirlos a una «jurisprudencia de escuela», que ésta había ya existido en época clásica y a ella se debían ya entonces muchas distinciones poco nítidas. Las críticas radicales más recientes fueron aquéllas de MOZZILLO, *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae»*, *cit.*, pp. 21 ss., quien consideraba interpolada toda la tripartición que encabeza el fragmento, salvando únicamente como categoría «unitaria» aquella de las *stipulationes iudiciales* a las que se refiere D.46.5.1.1 Ulp. 70 (?) ad ed., si bien además excluyendo que la *stipulatio ex operis novi nuntiatione* cayese dentro de esta única categoría, siendo su inclusión también fruto de una interpolación (*ult. op. cit.*, p. 29), encontrando esta crítica apoyo únicamente en GUARINO, «La classificazione delle stipulationes praetoriae», *cit.*, pp. 215 ss. En general, los argumentos dados por estos autores [muy especialmente en lo que se refiere a D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed.] pueden reducirse, en sus líneas esenciales, a dos: demostrarían el carácter espúreo del texto o bien la presencia de giros estilísticos impropios del periodo clásico o bien la fragilidad lógica de la categorización, explicable debido al prurito postclásico y bizantino por las distinciones e igualmente impropia de un jurista clásico. Ahora bien, las deficiencias estilísticas de los textos pueden demostrar la presencia de alteraciones en la forma del texto, pero no necesariamente en su contenido. No hay motivo para suponer que la lógica de los juristas de época postclásica y justiniana fuese más frágil que la de aquéllos de época clásica, de modo que la fragilidad lógica de una distinción no permite atribuirla a uno u otro periodo. Cosa distinta es que ambas distinciones entren en contradicción entre sí o con otros textos, sobre lo cual, *vid.* nota siguiente.

Concretamente, en el texto de Pomponio no hay una definición de la categoría de las *stipulationes communes praetoriae et iudiciales*, mencionada al inicio del fragmento, a diferencia de las otras tres categorías de estipulaciones (*praetoriae, iudiciales y conventionales*), aunque el texto ofrezca solamente algún ejemplo para ilustrarlas¹⁵. En principio, esto no resulta particularmente problemático: podría siempre pensarse que con las definiciones referidas a las *stipulationes praetoriae* y a las *stipulationes iudiciales* esta categoría mixta quedaría suficientemente aclarada, según el parecer del jurista. Más problemática es la referencia, en la última frase del fragmento, a la proviniencia de la *stipulatio duplae* edilicia ...*ab iudice aut ab aedilis edicto*. Dada la equiparación de las estipulaciones pretorias con aquéllas edilicias¹⁶, nada obstaría, aparentemente, para que la referencia a las *stipulationes duplae* funcionase como un ejemplo ulterior de *stipulatio communis*. Sin embargo, este razonamiento no basta.

En efecto, si la categoría de las *stipulationes communes* se basaba en la autoridad facultada para la imposición a las partes de la *cautio*, entonces la mención al edicto del edil en lugar de al edil mismo resulta desconcertante. Además, esta mención aparece formulada en una disyuntiva: las *stipulationes duplae* provienen «o del *iudex* o del edicto del edil». Lógicamente, el Edicto del edil era fuente de la *stipulatio duplae* prescindiendo de la autoridad que efectivamente impusiese la prestación de la *cautio*, del mismo modo que los Edictos son siempre la fuente de las *stipulationes praetoriae* y de las *stipulationes iudiciales* ordenadas por los *iudices*¹⁷. Por tanto, la

¹⁵ Particularidad que apuntaba SOLAZZI, *Istituzioni tutelari, cit.*, p. 108, atribuyendo el acortamiento a la mano de los compiladores; pero no parece claro el motivo por el cual debiesen haber llevado a cabo un tal acortamiento.

¹⁶ Equiparación que, por añadidura y como ha sido subrayado frecuentemente por la doctrina que ha criticado el fragmento, aparece reiterada en el mismo D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab.: *praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt*.

¹⁷ A ese respecto, no nos convence la crítica llevada a cabo por A. M. GIOMARO, en «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milán, Giuffrè, 1892, p. 29, a la postura al respecto de LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem, cit.*, p. 398, quien veía la fuente de las *stipulationes iudiciales* en el Edicto. La autora criticaba la postura de LUZZATTO, esgrimiendo como argumento que ...*o le stipulationes in questione [aquéllas iudiciales] sono imposte dal giudice, e non importa che siano previste nell'editto in quanto per essemplio recepte da una lunga prassi, ovvero, qualora si insista a riconoscere il loro fondamento nell'editto, si deve concludere che debbono qualificarsi praetoriae secondo la testimonianza dello stesso Pomponio*, citando a continuación el fragmento del pasaje en el que se recoge la inclusión de las estipulaciones edilicias en la categoría de las *stipulationes praetoriae* (GIOMARO, *ult. loc. cit.*). La disyuntiva planteada por la autora viene a ser la siguiente: o no importaba, a efectos de la distinción de Pomponio, que las *stipulationes iudiciales* estuviesen recogidas en el Edicto (como ella sostiene), o, si importase, éstas tendrían que ser calificadas inmediatamente como *praetoriae*. Ciertamente, la distinción de Pomponio no está basada en las fuentes de los distintos tipos de *stipulationes* distinguidas, sino en los sujetos autorizados por el ordenamiento para concluir las (y LUZZATTO no decía lo contrario), pero el pasaje mencionado por la autora únicamente trata de justificar la reserva a favor del pretor de la imposición de determinadas *stipulationes* (que son aquellas que Pomponio llama *stipulationes praetoriae*), extendiendo dicha justificación a los ediles, sobre la base de su tenencia de *iurisdictionis*: sólo si el pasaje dijese ...*et hae ab edicto veniunt* sería referible indudablemente a la fuente material de las *stipulationes*, pero entonces la disyuntiva planteada por la autora perdería sentido. Por otro lado, si los *iudices* tuviesen la libertad que afirma la autora para la imposición de *cautiones* a las

disyuntiva *ab iudice aut ab aedilis edicto*, resulta contradictoria: se opone la fuente formal de la *cautio* a una de las autoridades facultadas para ordenar su prestación a las partes.

Siro SOLAZZI¹⁸, quien buscaba la clave del texto en la interpretación de la palabra *iudex*, tomó una dirección original de cara a la sanación de esta contradicción. El autor consideraba que la palabra *consules* habría sido sustituida por la palabra *iudex* en la última frase del fragmento. La sustitución de estos términos es segura en una buena cantidad de textos de los *libri de officio consulis* de Ulpiano¹⁹. La explicación de SOLAZZI funciona bien, pero sólo para el primero de los dos ejemplos de *stipulatio communis* que aparecen en D.45.1.5 pr. La referencia a la *duplae stipulatio* con la que se cierra el fragmento vendría a aportar un ejemplo de concurrencia de una misma competencia en dos magistrados distintos, y es cierto que para la época clásica habría concurrencia de la competencia del pretor (probablemente, para la época de redacción del texto, del *praetor tutelaris*) y del cónsul en materia de *stipulatio rem pupilli salvam fore*. Debido a que las competencias de los cónsules habían venido a menos en la época de la Compilación, los comisarios justinianos habrían llevado a efecto la sustitución²⁰.

partes, no se entendería por qué una *stipulatio iudicialis* iba a ser incluida en el Edicto *...in quanto per essemplio risultato di una lunga prassi* (GIOMARO, *ult. loc. cit.*), ya que, de poder los *iudices* imponer a las partes la llevanza a cabo de *cautiones* autónomamente fuesen éstas las que fuesen, entonces el Edicto, en cuanto que declaración de los criterios a seguir por el pretor para la administración de justicia durante su ejercicio del cargo, poco tendría que decir al respecto.

¹⁸ SOLAZZI, *Istituti tutelari, cit.*, pp. 103 ss., traía a colación varias cuestiones sustanciales en relación con el tenor de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., particularmente en relación con la inadecuación de los ejemplos para cada tipo de *stipulatio* incluido en la distinción, y particularmente en el caso de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* y la *duplae stipulatio* edilicia, que aparecen en el texto como *communes* y, por tanto, al mismo tiempo pretorias y judiciales, sin que al autor le resultase claro cómo podría ordenarse la prestación de tales *cautiones* en la fase *in iure* de un proceso (*ult. op. cit.*, pp. 104 ss.) (seguido por LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem, cit.*, p. 397). Con respecto a las consideraciones que hace SOLAZZI acerca del uso del plural o el singular para la referencia a los cónsules o a los ediles, desde el punto de vista de la comprensión del texto por el lector nada impide que se emplease el singular por sinécdoque, lo cual sería aceptable si consideramos que el lector sabía perfectamente que había más de un cónsul y más de un edil (sobre lo cual, *vid.* SOLAZZI, *Istituti tutelari, cit.*, pp. 111 ss.). Un uso de este tipo aparece corroborado para el caso de los *iudices*. En los textos tomados de los *libri de officio consulis* de Ulpiano se usan frecuentemente expresiones del tipo *solent iudices cognoscere*, o *iudex de ea re cognoscet*: así en D.25.3.5 Ulp. 2 de off. cos., D.34.1.3 Ulp. 2 de off. cos. 6 D.50.12.8 Ulp. 3 de off. cos., pero también, sobre todo, en D.46.6.12 Papin. 12 quaest., incluido en el título *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, referido a la *stipulatio rem pupilli salvam fore*. En este último texto de Papiniano se emplea la palabra *iudices* para referirse a una variedad de autoridades jurisdiccionales en sede precisamente relativa al ejemplo de *stipulatio communis* en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. Por el contrario, la referencia en singular al «Edicto del edil» aparece únicamente en nuestro texto, como señalaba SOLAZZI, *Istituti tutelari, cit.*, p. 108.

¹⁹ Al respecto, *vid.* la reconstrucción de LENEL, *Palin. II, cit.*, cols., pp. 951 ss.

²⁰ GIOMARO, en «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», *cit.*, critica de pasada la opinión de SOLAZZI, diciendo que si los compiladores hubiesen eliminado la referencia a los cónsules al referirse a la *stipulatio rem pupilli salvam fore* por no existir ya su competencia en la materia, tampoco incluirían *...l'indicazione di una doppia fase del processo che anch'essa era ormai solo un ricordo storico* (*ult. op. cit.*, p. 25). Ahora bien, de acuerdo con el uso adoptado por parte de los comisarios justinianos (si no ya en época postclásica) en la sustitución de la palabra *consul* por *iudex* en los textos de los *libri de officio consulis* de Ulpiano arriba mencionados (sustitución idéntica a aquella afirmada por SOLAZZI) no se pretendía hacer referencia alguna a la bipartición del proceso.

Esta explicación no basta tampoco. Si la reconstrucción de SOLAZZI²¹ funciona bien para la *stipulatio rem pupillo salvam fore*, es poco creíble al aplicarla al segundo ejemplo, la *stipulatio duplae*. Para salvar la sustitución de *consul* por *iudex* en D.45.1.5 pr., SOLAZZI afirmaba la competencia de los cónsules en materia de estipulaciones edilicias, cosa que resulta poco creíble: no hay nada que permita afirmar esta competencia consular en la importante masa de textos que hace referencia a la *stipulatio duplae*²². Si aún así se siguiese tal reconstrucción, habría que aceptar que el discurso de Pomponio cambiaría de clave de manera radical y abrupta en la referencia final a las *stipulationes communes*.

En efecto, al principio del texto se deja claro que la de las *stipulationes communes* es una categoría mixta, formada por aquellas *stipulationes* que son al mismo tiempo *praetoriae* e *iudiciales*. De acuerdo con la interpretación dada por SOLAZZI de los ejemplos aportados al final del pasaje, las *stipulationes communes* serían aquellas que aparecen en al menos dos Edictos de magistrados distintos. Así, según el autor, no se mencionaría en ningún momento a los *iudices* en esta categoría, tal y como habría salido el texto clásico original de la pluma de Pomponio. Eso querría decir que en el texto original no habría *stipulationes communes praetoriae et iudiciales*, sino en todo caso *stipulationes communes praetoriae et consulares*: los comisarios justinianos habrían interpolado no solamente los ejemplos de *stipulationes communes* que cierran el texto, sino incluso las mismas categorías que conformaban la distinción original de Pomponio. Parece poco probable que una actividad consular de creación de *stipulationes* tan importante como para merecer una categoría propia no haya dejado ninguna otra traza²³.

El propósito de este libro es precisamente el de insistir en un aspecto fundamental para la exégesis de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab.: si se afirma que el texto está interpolado, será necesario dilucidar *cuándo* se operó la interpolación y *por qué* hubo de considerarse necesario entonces el tomarse el trabajo de alterar el texto. La obra que el lector tiene entre las manos pretende contribuir a responder estas cuestiones.

²¹ SOLAZZI, *Istituti tutelari*, cit., p. 110.

²² Aunque, *vid.* la argumentación al respecto de SOLAZZI, *Istituti tutelari*, cit., pp. 111 a 119.

²³ No nos convence la explicación de MOZZILLO, *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae», cit.*, pp. 38 ss., que depende de su interpretación de Teoph. *Paraphr.* 3.18.4: creemos que el texto de la Paráfrasis no refleja tanto el régimen justiniano de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* como el intento de Teófilo de explicar una distinción que, por el contrario, resultaba poco clara en época bizantina. Esta falta de claridad de la categoría para los bizantinos se refleja en el hecho de que en el pasaje de los Basílicos correspondiente al texto de Pomponio al que ahora nos referimos, *Bas.* 43.1.5, se menciona la categoría de las *stipulationes communes* pasando prácticamente de puntillas por ella.

PRIMERA PARTE

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

1. IUDEX, COGNITIONES EXTRAORDINARIAE Y STIPULATIO REM PUPILLI SALVAM FORE EN ÉPOCA CLÁSICA

Un punto de la interpretación de SOLAZZI permanece firme: la terminología de los jurisperitos referida a la jurisdicción cambió decisivamente con la progresiva extensión y la generalización definitiva de los procesos *extra ordinem*, y la palabra *iudex* es un ejemplo de ello. La figura del *iudex privatus* decayó ya a lo largo del siglo II d. C.¹, ampliándose al mismo tiempo el significado de *iudex* para designar en sentido impropio a todo titular de la facultad de pronunciar la sentencia sobre un determinado litigio privado, ya se tratase del *iudex privatus*, ya se tratase del *iudex datus*, ya se tratase de los titulares de las competencias jurisdiccionales². Es por ello que, a partir

¹ Sobre lo cual F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padua, Cedam, 1937, pp. 348 ss.

² Al respecto KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., cit., pp. 460 ss. Este uso terminológico aparece descrito con mayor claridad en D.5.1.81 Ulp. 5 opin., texto que procede, es cierto, de una obra tradicionalmente considerada de dudosa paternidad (a favor de la autoría ulpiana de la misma B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum» di Ulpiano*, t. I, Milán, Giuffrè, 1971, particularmente pp. 197 ss., pero, *vid.* sin embargo en contra D. LIEBS, «Ulpiani opinionum libri VI», en *Rev. d'Hist. du Dr.*, 41, 1971, pp. 279 ss., y más recientemente T. HONORÉ, *Ulpian*, 2.^a ed., Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 217 ss.). Si consideramos, por otro lado, la tendencia a datar la obra (prescindiendo de su autoría) en época poco posterior a la de la vida de Ulpiano (*vid.* al respecto HONORÉ, *ult. loc. cit.*), el testimonio seguiría siendo válido en lo que se refiere a la terminología empleada hacia el final del periodo clásico. Por otro lado, se emplea *iudex* en este sentido en muchos textos compilatorios, sin que parezca que ello deba atribuirse por sistema a la mano de los compiladores: así por ejemplo en D.1.18.11 Marcian. 3 inst., D.2.1.19 Ulp. 6 fideic. o D.46.6.12 Papin. 12 quaest., sobre el cual volveré más abajo.

de finales del siglo II d. C., el empleo del término *iudex* en las fuentes jurisprudenciales debe considerarse en relación con los procesos *extra ordinem*³, también cuando los textos se refieran al ejercicio de la jurisdicción en Roma. De hecho, el uso de *iudex* para referirse a todo titular de competencias jurisdiccionales tenía sentido, sobre todo, para la Urbe: la proliferación de titulares de competencias relacionadas con el proceso en la ciudad de Roma que habían conllevado las *cognitiones extraordinariae* contrastaba con la realidad en las provincias, en donde cada gobernador concentraba en sí la suma total de dichas competencias⁴. Es por este motivo que *iudex*, en la acepción a la que nos referimos, era especialmente útil, en tanto que término genérico, para referirse al proceso en la ciudad de Roma.

A estas consideraciones hay que añadir que la jurisprudencia de las postimerías de la época clásica no se limitó a constituirse en guardiana del antiguo proceso formulario ignorando las peculiaridades del proceso *extra ordinem*, como en cierta medida quiso defenderse en su momento⁵. Por el contrario, hubo de intentar la creación de construcciones dogmáticas que permitiesen, en la medida de lo posible, una percepción común de dos sistemas procesales distintos entre sí. La dogmática clásica no había logrado construir un conjunto de conceptos específicos para la descripción del proceso *extra ordinem*, a pesar de los intentos al respecto perfilados en época tardoclásica⁶.

Entre las causas de esta dificultad pudo contarse la gran inercia histórica del proceso formular. La forma que tuvieron los juristas clásicos de entender toda realidad procesal estaba basada sobre él, pero también la propia praxis procesal provincial aparecía modelada de acuerdo con el proceso por fórmulas⁷. Esta forma de entender la realidad procesal estaba ligada, además, a

³ Uso esta expresión en el sentido que tradicionalmente le ha venido atribuyendo la doctrina. Acerca del carácter moderno de la expresión y del carácter diverso de las *cognitiones extraordinariae*, vid. R. ORESTANO, «La "cognitio extra ordinem": una chimera», en *SDHI*, 46, 1980, pp. 236 ss., y más recientemente W. TURPIN, «Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem», en *RIDA*, 46, 1999, pp. 501 ss.

⁴ Sobre lo cual insisten los textos compilatorios de época tardoclásica: así en D.1.16.7.2 Ulp. 2 de off. proc., D.1.16.9 pr. Ulp. 1 (?) de off. proc. o D.1.16.10 pr. Ulp. 10 de off. proc. para el caso del prócōsul, y para el caso de los *praesides provinciarum* en general D.1.18.10 Hermog. 2 iur. epit., D.1.18.11 Marcian. 3 inst. y D.1.18.12 Proc. 4 epist.

⁵ Así muy particularmente por DE MARTINO, en *La giurisdizione nel diritto romano*, cit., pp. 367 ss.

⁶ Cuando la generalización de los procesos *extra ordinem* había llegado a su punto culminante y que la configuración del proceso en Roma y provincias alcanzó así una situación relativamente estable. Muestras paradigmáticas de esta tendencia tardoclásica son los dos textos de Ulpiano, D.42.1.5 pr. Ulp. 59 ad ed. y D.50.16.99 pr. Ulp. 1 de off. cos. Vid. en general L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milán, Giuffrè, 1965, pp. 72 ss., y LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., pp. 92 ss.

⁷ Una confirmación sólida al respecto viene dada por tres papiros del llamado «archivo de Babatha», P. Yadin 28, P. Yadin 29 y P. Yadin 30, que contienen copias fragmentarias, pero integrables entre sí, de una misma fórmula de *actio tutelae* (una ed. con referencia a las eds. anteriores en *The Documents of the Bar Kokhba Period in the Cave of the Letters. Greek Papyri*, ed. N. Lewis, Jerusalem, Israel Exploration Society, 1989, pp. 118 ss.), sobre la cual H. J. WOLFF, «Römisches Provinzialrecht in der Provinz Arabia», en *ANRW*, II.13, pp. 763 ss., y particularmente pp. 784 ss.; A. BISCARDI, «Nuove testimonianze di un papiro arabo-giudaico per la storia del processo provinciale romano», en *Studi in onore di Gaetano*

una concepción de las atribuciones jurisdiccionales que hundía sus raíces en la reglamentación consuetudinaria de las atribuciones magistratuales propia del periodo republicano, que no había sido dejada atrás por completo⁸.

Volviendo al punto exegético de nuestro interés, la ampliación del sentido de la palabra *iudex* en determinados textos es signo, al mismo tiempo, del cierto grado de dependencia, a nivel dogmático, de las *cognitiones* con respecto a la terminología del *ordo iudiciorum privatorum* y, en relación con ello, de la tendencia a la ampliación del alcance de los términos surgidos en el contexto del *ordo iudiciorum privatorum* para resultar aplicables, al mismo tiempo, a las *cognitiones extraordinariae*⁹. Probablemente ya en época tardoclásica el término *iudex* adquirió un sentido polisémico, pasando a designar genéricamente a toda autoridad que conociese del proceso hasta la emisión de la sentencia, y puede pensarse que tanto en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. como en los textos de los *libri de officio consulis* de Ulpiano la introducción de este término genérico puede responder al solapamiento de las competencias de los pretores con las de otras autoridades jurisdiccionales en la Urbe, lo cual hacía deseable usar un término amplio y un tanto impreciso. En este contexto, el término *iudex* podía designar tanto a los diferentes titulares originarios de competencias jurisdiccionales (pretores, cónsules, ediles, *praefecti urbi, praefecti praetorio*)¹⁰ como a los *iudi-*

Scherillo, t. I, Milán, Cisalpino-Goliardica, 1972, pp. 111 ss.; D. NÖRR, «Condemnatio cum taxatione im römischen Recht», en ZSS, 112, 1995, pp. 51 ss., y particularmente pp. 53 ss., y del mismo «Zu den Xenokriten (Rekuperatoren) in der römischen Provinzial-gerichtsbarkeit», en *Lokale Autonomie und römische Ordnungsmacht in den kaiserzeitlichen Provinzen vom 1. bis 3. Jahrhundert*, ed. W. Eck, Munich, Oldenbourg, 1999, pp. 257 ss.; y recientemente J. G. OUDSHORN, *The Relationship between Roman and Local Law in the Babatha and Salome Komaise Archives*, Leiden, Brill, 2007, pp. 330 ss. La fórmula «en blanco» (esto es, sin los nombres de las partes y por tanto encuadrable en la preparación del proceso por parte de la demandante), que prevé el nombramiento de un tribunal de *recuperatores* (vid. NÖRR, «Condemnatio cum taxatione im römischen Recht», cit., p. 54, n. 16), se corresponde con aquella contenida en el Edicto (al respecto MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., p. 56, n. 191, y p. 57, n. 192, con bibliografía). Ciertamente ello apunta a una cierta medida de proximidad entre el proceso en Roma y el provincial; no necesariamente a la inexistencia de hecho de diferencias relevantes entre el proceso ordinario y los procesos cognitorios por ser Arabia provincia imperial (como parece sugerir TURPIN, «Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem», cit., pp. 509 ss.), ya que los *praesides provinciarum* (ya fuesen procónsules, ya fuesen *legati Augusti pro praetore*) debían asumir en su provincia, como ya hemos apuntado, las competencias jurisdiccionales de todos los magistrados urbanos a la vez. En este sentido, no tiene nada de extraño que el legado de la Arabia siguiese al Edicto para ejercer competencias que en Roma hubiesen correspondido al pretor (no aún al *praetor tutelaris*, puesto que la fórmula a la que nos referimos está datada hacia el año 124 d. C. o poco después; vid. P. YADIN, 28, ed. cit., p. 118).

⁸ Vid. al respecto mi artículo «Jurisdictio mandata», en *IURA*, 56, 2006-2007 (pero 2008), pp. 77 ss., y concretamente pp. 81 ss.

⁹ Sobre lo cual T. SPAGNUOLO VIGORITA, «Imperium mixtum. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria», en *Index*, 18, 1990, pp. 117 ss.

¹⁰ Digo «titulares originarios» de competencias jurisdiccionales a pesar de que formalmente las competencias jurisdiccionales de determinados cargos dependientes de la autoridad imperial (como el *praefectus urbi* o, en provincias, los *legati Augusti pro praetore* o los *procuratores* que ejercen funciones de gobernadores de provincias) son concebibles como fruto de una delegación. Sin embargo, esas delegaciones no eran tales, en la medida en la que estos cargos no estaban sujetos a los límites pertinentes a la delegación de jurisdicción como tal, sobre lo cual reenvío a lo ya dicho en «Jurisdictio mandata», cit., p. 97, y pp. 106 ss.

ces nombrados por dichos titulares, fuesen éstos *iudices privati* en el sentido tradicional de la expresión o *iudices dati*.

1.1. *IUDICES Y STIPULATIO REM PUPILLI SALVAM FORE EN D.46.6.12 PAPIN. 12 QUAEST*

Hemos afirmado ya que este uso amplio, en el que entran también los titulares originarios de una determinada competencia jurisdiccional, aparece atestiguado (además de en aquellos de los *libri de officio consulis* de Ulpiano) en D.1.18.11 Marcian. 3 inst.¹¹ y en D.46.6.12 Papin. 12 quaest. Este último texto se refiere, aunque sólo indirectamente, a la *stipulatio rem pupilli salvam fore*, uno de los ejemplos de *stipulatio communis* recogidos en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab. El pasaje aparece incluido en el título del Digesto *rem pupilli vel adulescentis salvam fore*, relativo a la *cautio* correspondiente¹², dentro de los últimos títulos del libro 46, referidos a algunas *stipulationes praetoriae* en particular. El texto fue objeto en su momento de una vivaz discusión en torno a su autenticidad¹³, concentrada con frecuencia, sin embargo, en la primera parte del fragmento, mientras que centraremos nuestro interés en la segunda (de *ceterum fideiussores* al final), con respecto a la cual las sospechas no fueron tan importantes¹⁴.

¹¹ D.1.18.11 Marcian. 3 inst.: *Omnia provincialia desideria, quae Romae varios iudices habent, ad officium praesidum pertinent*. En este caso, el empleo del término *iudices* resulta, en cierto modo, más preciso que el del término *magistratus*, usado, por el contrario, en D.1.18.12 Proc. 4 epist., puesto que este último deja fuera de la referencia las competencias jurisdiccionales de los funcionarios imperiales (en D.1.18.10 Hermog. 2 iur. epit. se lleva a cabo un elenco exhaustivo de los titulares de funciones jurisdiccionales cuyas competencias son asumidas por el *praeses provinciae*, probablemente con la intención de evitar precisamente la excesiva concreción para el caso de *magistratus*).

¹² Acerca de la cual, *vid.* en general A. GUZMÁN BRITO, *Cautión tutelar en Derecho romano*, Pamplona, EUNSA, 1974, pp. 83 ss., pp. 143 ss.

¹³ Baste con comprobar la longitud de la entrada dedicada al mismo en el *Index interpolationum*, t. III, Weimar, H. Bohlaus, 1935, col. 470.

¹⁴ La crítica más extensa al fragmento fue la llevada a cabo por BESELER, *Beiträge*, t. III, *cit.*, p. 189, quien consideraba insiticia la última parte por razones estilísticas y por suponer que ésta implicaba una suerte de extensión inmotivada de lo afirmado por Papiniano en la primera parte acerca de una pluralidad de tutores a una pluralidad de *fideiussores*. Una parte de la discusión acerca del texto tuvo que ver con la posible interpolación de toda referencia a los *fideiussores* en el mismo, referencia que habría sustituido a un original *sponsors*. Esta interpretación era sostenida por P. F. GIRARD en «Une exception à la division de la loi Furia de sponsu», en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Nápoles, Pierrò, 1906, pp. 57 ss. (en contra LENEL, *Palin*, I, *cit.*, p. 3 del *praefatio*, n. 4, así como *ult. op. cit.*, col. 837), sobre la base de la comparación de este texto con Gai. 3.121 ss. Hacemos nuestros los argumentos en contra de la tesis de Girard DE CH. APPLETON, «Nouvelles observations sur la loi Furia de sponsu», en *Mélanges Gérardin*, París, Sirey, 1907, pp. 1 ss., y particularmente pp. 7 ss. Por su parte, E. BETTI, en D.42.1.63. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, t. I, Macerata, Bianchini, 1922, p. 455, n. 1, dejaba la segunda parte del texto en ...*pupillo vero agente, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est (ult. loc. cit.)*. Pero en general las críticas dirigidas específicamente contra esta segunda parte del fragmento fueron poco extensas: así, SOLAZZI, en «Tutele e curatele. III: tutori non gerenti e tutori cessanti», en *Scritti di diritto romano*, t. II, Nápoles, Jovene, 1957, pp. 37 ss. (= *RISG*, 54, 1914, pp. 17 ss.), y particularmente p. 53: *A qualche ritocco è probabile che sia stata assoggettata anche la seconda parte del testo ceterum fideiussores rell. (ult. loc. cit.)*. P. VOCI, en «I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano», en *Iura*, 20, 1969, pp. 313 ss.,

D.46.6.12 Papin. 12 quaest. es coherente con lo que podría calificarse como una cierta actitud paternalista de la legislación imperial, actitud presente en materia tutelar¹⁵. En él, el jurista aboga por la limitación del *beneficium dividendae actionis* a favor de los fideiusores en el caso de que el tutor haya constituido varios fiadores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que haya contraído en nombre del pupilo. Mientras que normalmente los fiadores podrían solicitar la división de la acción con arreglo al *beneficium dividendae actionis*¹⁶, Papiniano sostiene que en este caso no debería permitirse, puesto que la *divisio actionis* menoscabaría en este caso el interés del pupilo¹⁷, *...ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur*.

En lo que nos interesa de cara a la interpretación de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., en D.46.6.12 Papin. 12 quaest. el término *iudices* aparece empleado en el modo amplio e impreciso al que nos hemos referido. La expresión *plures ac variae* denota, desde nuestro punto de vista, no solamente la posible multiplicidad de acciones en las que podría quedar dividida la pretensión del pupilo, sino también la distinta naturaleza de dichas acciones. Es por ello que la palabra *diversos* debe ser interpretada en el mismo sentido, esto es, no solamente como haciendo referencia a varios *iudices* que conocen de litigios similares (sobre lo que volveremos más abajo), sino también al distinto carácter de estos *iudices*: la distinta naturaleza de las acciones podía determinar una diversidad de autoridades jurisdiccionales competentes para conocer de ellas. En definitiva, el jurista advierte contra la posibilidad de que la multiplicidad de fiadores (con la posibilidad de que tanto la cuantía del *tantum* a pagar por cada fiador como el lugar de cumplimiento de la obli-

particularmente pp. 314 ss., ofrecía argumentos ulteriores a favor del carácter genuino de la referencia a los *fideiussores*.

¹⁵ Que se hace patente en la gran cantidad de disposiciones que establecieron importantes excepciones al régimen general, determinado por el *ius civile* y el *ius honorarium*, de múltiples instituciones de Derecho privado a lo largo de este periodo, siempre con la finalidad de extender la protección dada por aquel régimen a situaciones consideradas dignas de ella. Podemos poner como ejemplos el senadoconsulto Trebeliano, el *Neronianum adversus falsarios*, el Macedoniano, el Pegasiano, el senadoconsulto recordado en D.27.8.2 Ulp. 3 disp., datable en época de Trajano gracias a C.5.75.5, el Juveniano, el recordado en Gai. 2.157, de época de Adriano, el Tertuliano, el recordado en Gai. 1.173 ss., la *oratio* de Marco Aurelio recordada en D.2.15.8 Ulp. 5 de omn. trib., etc. (acerca de todos ellos, *vid.* todavía E. VOLTERRA, v. «senatus consulta», en *NNDI*, 16, Milán, UTET, 1969, pp. 1046 ss., y, respectivamente, núms. 111, 118, 125, 126, 137, 141, 151, 164 y 174). Muestras no menos significativas de esta actitud proteccionista son la creación de los pretores fideicomisarios por Claudio (Suet. *Claud.* 23.2) y la del *praetor tutelaris* en época de Marco Aurelio (*Vita Marci*, 10).

¹⁶ *Vid.* al respecto, D.46.1.26 Gai. 8 ad ed. prov., Gai. 3.122, D.46.1.28 Paul. 25 ad ed. y D.46.1.10.1 Ulp. 7 disp. Para un encuadramiento del *beneficium divisionis* a favor de los garantes personales en la evolución histórica de la accesoriedad de las garantías personales en el Derecho romano, *vid.* A. TORRENT, «Accesoriedad de las garantías personales y *beneficium excussionis*», en *Estudios jurídicos «in memoriam» del profesor Alfredo Calonge*, t. II, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002, pp. 1033 ss., y particularmente p. 1041.

¹⁷ Papiniano justifica la excepción al régimen procesal propuesta también sobre la base de la carencia de control del pupilo sobre la conclusión de los negocios de que se trate. Los argumentos aportados al respecto parecen tratar de subrayar aspectos de la tutela que la diferencian del *mandatum* o de la *negotiorum gestio*. Estas diferencias justificaban el régimen excepcional propuesto.

gación fuesen diferentes entre sí) implicase que fuesen competentes para conocer de las acciones relativas a cada uno de los fiadores diferentes autoridades jurisdiccionales. Esto implicaría para el pupilo la consiguiente necesidad no solamente de emprender varios litigios ante la misma autoridad jurisdiccional, sino incluso de litigar en distintas sedes jurisdiccionales.

Lógicamente, los *plures fideiussores* a los que se refiere Papiniano servirían como garantes del cumplimiento de la *cautio rem pupilli salvam fore*, y de ahí la inclusión de este texto en el título correspondiente del Digesto¹⁸: la *satisdatio* necesaria en la mayoría¹⁹ de las *stipulationes praetoriae* consistía en la aportación de fiadores suficientes²⁰. Ahora bien, esta multiplicidad de *fideiussores* podía determinar, de permitirse la actuación por parte de los mismos del *beneficium dividendae actionis*, la necesidad de litigar en distintos lugares (si algunos de los fiadores tuviesen domicilio en diferentes provincias) y ante diferentes titulares de jurisdicción (por ejemplo, por razón de la cuantía, en el caso de que algunas de las fianzas o todas ellas hubiesen sido constituidas sobre cantidades tan pequeñas como para que los magistrados municipales fuesen competentes para conocer de los respectivos litigios)²¹.

Obviamente, en casos normales todo acreedor potencial podría siempre decidir no obligarse cuando, de forma obviamente desventajosa para él, la

¹⁸ A pesar de que la primera parte del fragmento refiere la colocación del mismo en la obra de Papiniano, con toda verosimilitud, a un título referido a la *actio tutelae*, sobre lo cual, *vid.* LENEL, *Palin.*, t. I, *cit.*, col. 837.

¹⁹ Esto es, en la medida en que en algunas de ellas era suficiente con la llevanza a cabo de una *repromissio*, sobre lo cual, *vid.* D.46.5.1.5 a 8 Ulp. 70 (?) ad ed.

²⁰ Posibilidad, por lo demás, expresamente afirmada para el caso de la *fideiussio*: así en D.46.1.8.1 y 2 Ulp. 47 ad Sab. y, en general, en D.46.1.1 Ulp. 39 ad Sab. En cuanto a la correspondencia de la *satisdatio* en las *stipulationes praetoriae* con el aporte de una garantía personal, ésta aparece claramente aseverada en D.46.5.1.6 Ulp. 70 (?) ad ed., donde al hacer referencia el jurista a las *stipulationes praetoriae* que requieren solamente de *repromissio* y a aquellas que exigen una *satisdatio* define ambas con sencillez: *...qui suo nomine cavent, repromittunt; qui alieno, satisdant* (*vid.* igualmente D.50.16.61 Paul. 65 ad ed.). Igualmente, en D.46.5.7 Ulp. 14 ad ed. se niega la validez al efecto de todo tipo de garantía real, siendo prescriptivo, en los casos en los que la *satisdatio* se requiriese, el aporte de una garantía personal. El hecho de que dentro de los distintos casos de *cautio damni infecti* hubiese algunos en los que se exigía únicamente *repromissio* y otros en los que se exigía el aseguramiento de la *repromissio* con una *satisdatio* [al respecto D.46.5.1.7 Ulp. 70 (?) ad ed.] es la causa de que en el cap. XX de la *lex de Gallia Cisalpina*, que alude a la competencia de los magistrados locales en materia de *damnum infectum*, se empleen siempre ambos términos a la hora de referirse a los actos a llevar a cabo de acuerdo con el *iussum* del magistrado local por parte del potencial responsable del daño temido: así en FIRA I² 19, col. 1, líns. 8, 10 ss., 14 ss., 19. Tal es el motivo, igualmente, de que se prevean dos fórmulas (ficticias) distintas: una destinada a la reclamación contra el potencial responsable del daño temido que no hubiese llevado a cabo la *repromissio* (FIRA I² 19, col. 1, líns. 22 ss.) y otra para la reclamación en caso de que aquél no hubiese añadido una garantía personal suficiente (FIRA I² 19, col. 1, líns. 31 ss.).

²¹ Esto es, no habiendo impedimento alguno para que lo hiciesen por razón de la materia, ya que se trataría de una multiplicidad de *actiones ex stipulatu* (usándose la *actio mandati* sólo en el caso de la reclamación del fiado con respecto al fiador). En cuanto a los límites de competencia de los magistrados municipales por razón de la cuantía, conservamos ejemplos bien conocidos de ellos en la *lex de Gallia Cisalpina*, cap. XXI (FIRA I² 19, col. 2, líns. 3 ss.) y en el cap. 84 de la *lex Imitana* (ed. González, tab. IXB, lín. 5), y atestiguan la vigencia de estos límites en época tardoclásica, p. ej., D.2.1.19 Ulp. 6 fideic., D.2.1.20 Paul. 1 ad ed., D.5.1.54 Paul. 1 sent., D.50.1.28 Paul. 1 ad ed.

obligación se garantizase por medio de una multiplicidad de *fideiussores* residentes en diversas provincias que se hiciesen cargo cada uno del afianzamiento de una parte minúscula del monto total de la posible responsabilidad. De hecho, la sola proposición de una garantía así construida disuadiría normalmente de la contracción de la obligación al acreedor principal potencial. Sin embargo, precisamente en este caso, la falta de control del pupilo sobre la constitución de la *cautio* y de la *satisdatio* correspondiente, puesta en primer plano por el jurista²², haría sencillo, de aplicarse el *beneficium dividendae actionis*, el defraudar las expectativas del pupilo, sin que nada impidiese al tutor, de este modo, el proveer una *satisdatio* configurada de manera que fuese difícil o poco rentable para el pupilo el actuar contra todos los fiadores²³.

Se trataba en D.46.6.12 Papin. 12 quaest., por tanto, de proteger al pupilo evitando una posibilidad de fraude que normalmente no era contemplada en el funcionamiento de la fianza: en general, el acreedor principal de la obligación tenía el control sobre la constitución de esta última, cosa que, por el contrario, no ocurría en el caso del pupilo. Por este motivo, Papiniano dice que el mantenimiento del *beneficium dividendae actionis* comportaría un perjuicio injusto para el pupilo en este caso²⁴. Al negarse el *beneficium dividendae actionis*, el pupilo podría dirigirse contra cualquiera de los fiadores *in solidum* (idealmente, contra el más solvente y contra el que la interposición de la *actio ex stipulatu* fuese más cómoda).

Sentado de este modo que la expresión *apud diversos iudices* es empleada en D.46.6.12 Papin. 12 quaest. para hacer referencia implícita a una po-

²² De un modo que destaca la indefensión del pupilo frente a la posible mala fe del tutor. VOCI, en «I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano», *cit.*, p. 322, veía el fundamento de la *sententia* de Papiniano en consideraciones de equidad; ciertamente, las palabras que usa el jurista (esto es, *pupillo agente... beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est*) apuntan en esa dirección. Sobre el uso de argumentos «éticos» por Papiniano, *vid.* U. MANTHE, «Ethische Argumente im Werk Papinians», en *Orbis Iuris Romani*, 10, 2005, pp. 143 ss.

²³ De este modo, sería fácil para un tutor con intenciones fraudulentas el obtener fiadores suficientes como para cubrir la *satisdatio* que se le imponía para acceder a la administración del patrimonio del pupilo (independientemente de que la tutela fuese magistratual o legítima, de acuerdo con GUZMÁN, *Cautión tutelar en Derecho romano*, *cit.*, pp. 144 ss.), al tener aquéllos además la seguridad de que llegado el caso se actuaría contra ellos sólo con dificultad y por sumas pequeñas. Por lo demás, la interpretación del texto que sostengo aquí no es nueva: ya SOLAZZI, en «Tutele e curatele. III: tutori non gerenti e tutori cessanti», *cit.*, p. 53, ponía en relación la denegación del *beneficium dividendae actionis*, en este caso con la evitación de la posible necesidad del pupilo de litigar en varias sedes jurisdiccionales, y, relacionando este texto con D.27.7.6 Papin. 2 resp., el a. afirmaba que se negaría el *beneficium dividendae actionis* a los *fideiussores* solamente cuando éstos estuviesen sometidos a jurisdicciones diversas, manteniéndose aquél en caso de que el pupilo pudiese demandarlos a todos en un mismo tribunal. Posteriormente también VOCI, «I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano», *cit.*, p. 323, n. 39, explicaba también la inaplicabilidad del *beneficium dividendae actionis* afirmada por Papiniano sobre la base del intento, por parte del jurista, de evitar al pupilo una pluralidad de procesos ante *iudices* distintos, si bien achacaba la potencial pluralidad de jueces al derecho de los *fideiussores* de contribuir, como demandados en cada uno de los procesos, a la elección del *iudex*.

²⁴ D.46.6.12 Papin. 12 quaest.: *...pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.*

tencial variedad de autoridades jurisdiccionales distintas, hay que interpretar la expresión en relación con la imposibilidad de que los juristas tardoclásicos permaneciesen insensibles al abandono gradual del proceso bipartito.

En este caso la expresión *ne... plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur* puede resultar un tanto imprecisa desde el punto de vista del proceso bipartito: creemos que la frase alude directamente a la decisión de las controversias (*constituerentur*) por parte de los *iudices*, con lo que viene a obviar la fase *in iure*, a la que sin embargo sería referible la atribución de la competencia sobre cada una de las potenciales reclamaciones a los *fideiussores*. Resulta claro que Papiniano emplea aquí el término *iudex* en el sentido más extenso al que antes aludíamos²⁵ y en materia de *stipulatio rem pupilli salvam fore*, ya que el texto se refiere a la *actio ex stipulatu* a ejercer contra los garantes personales en caso de incumplimiento de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* por parte del tutor. En esta acepción, el término *iudex*, al designar a todo órgano facultado para la emisión de la sentencia, podría incluir perfectamente tanto a los titulares originarios de las competencias jurisdiccionales en sí como a los *iudices* (fuesen del tipo que fuesen). Esta extensión del término parece útil en este caso, en la medida en que el jurista puede llevar a cabo una afirmación válida tanto con respecto a la gran variedad de titulares de jurisdicción existente en la época como para ambos sistemas procesales, el ordinario y el cognitorio, sin necesidad de extenderse en un elenco descriptivo.

Este uso extensivo del término *iudex* es un ejemplo de la tensión entre tradición e innovación que subyace en la consideración, por parte de los juristas tardoclásicos, de los cambios que introdujo el *ius novum* en el Derecho procesal romano.

Por un lado, avanzado el periodo clásico, cuando los cambios institucionales que conllevó el advenimiento del Principado llegaron a cristalizar por completo, la jurisprudencia trató de estudiar y encuadrar estos últimos desde un punto de vista dogmático. Esta tendencia innovadora se tradujo, en algunos casos, en la creación de nuevos conceptos jurídico-técnicos²⁶.

²⁵ *Supra*, n. 25.

²⁶ Ya hemos hecho referencia, como ejemplo de innovación terminológica y sistemática, al uso del término *notio* por Ulpiano, sobre lo cual, *vid.* aún SPAGNUOLO VIGORITA, «Imperium mixtum. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria», *cit.*, pp. 117 ss. Otro campo en el que sin duda puede hablarse de creación y uso de conceptos nuevos todavía en época clásica es, en relación con la administración local, el de los *munera* y *honores* (al respecto, *vid.* M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2.^a ed., Nápoles, ESI, 1982, p. 36, n. 90). Acerca de los *munera*, *vid.* tanto para el periodo clásico como postclásico la bibliografía citada por M. FELICI, «Riflessioni sui munera civilia di Arcadio Carisio», en *Gli statuti municipali*, Pavía, IUSS, 2006, pp. 153 ss., y concretamente p. 153, n. 1; atestiguan la vigencia del sistema de *munera* ya en época clásica no solamente los textos epigráficos que a él son referibles desde finales del siglo II d. C. (sobre los cuales, *vid.* K. JASCHKE, «Munera publica. Funzione e carattere dei curatores nelle città romane sulla base delle fonti epigrafiche», en *Gli statuti municipali*, *cit.*, pp. 183 ss.) sino también la amplitud del tratamiento jurisprudencial que este sistema mereció en época tardoclásica, como resulta de un somero vistazo a los títulos de la compilación más directamente atinentes, D.50.4, D.50.5 y D.50.6, de los que resulta la intensa actividad jurisprudencial al respecto. Aunque este régimen

Por otro lado, los jurisperitos jugaron un papel de custodios de la tradición. Es indudable el papel de aglutinante jugado por la jurisprudencia clásica, que ora colaborando activamente con el poder imperial, ora distanciándose de él, trataba de conciliar (en especial en lo que se refiere al Derecho privado, aunque no sólo) la tendencia innovadora e intervencionista representada por la legislación imperial con la salvaguarda del núcleo tradicional del Derecho privado, que se había formado de manera orgánica y paulatina a partir de la costumbre, la jurisprudencia y el Derecho honorario²⁷. Debemos tener en cuenta, además, que la capacidad de innovación del Derecho romano a corto plazo estaba sujeta a ciertos límites, en cuanto que conjunto de normas ligado (tanto en lo que se refiere al Derecho privado como al Derecho público) a un corazón de normas de desarrollo consuetudinario y, por tanto, lento.

D.46.6.12 Papin. 12 quaest. ejemplifica la incómoda coexistencia de la innovación y la tradición en la jurisprudencia clásica. Mientras que es indudable que el referente práctico de la *quaestio* que se planteaba Papiniano no podía ser exclusivamente el proceso tradicional bipartito (aún teniendo en cuenta el carácter «problemático»²⁸ de la obra de la que está tomado el

de *munera* nació a lo largo del siglo II d. C., apunta a la existencia de posibles aspectos reconducibles a este sistema ya en la *lex Imitana* F. GRELLÉ, «I munera civilia e le finanze cittadine», en *Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in Occidente e Oriente. Actes de la Xe rencontre franco-italienne sur l'épigraphie du monde romain*, Roma, École française de Rome, 1999, pp. 137 ss., y particularmente pp. 139 ss., quien apunta al empleo de la expresión *munus publicum* en la *lex Ursonensis* y a un posible *ius tributa operave a municipibus exigendi* a favor de los magistrados municipales que resultaría de la restitución del cap. 18 de la *lex Imitana* adoptada por F. LAMBERTI, *Tabulae Imitanae*, Nápoles, Jovene, 1993, p. 269, tab. IIC, lín. 16 del texto tal y como es provisto por la a., quien retomaba así la reconstrucción llevada a cabo de la tabla IIC en F. FERNÁNDEZ GÓMEZ y M. DEL AMO y DE LA HERA, en *La lex Imitana y su contexto arqueológico*, Sevilla, Gráficas del Sur, 1990, p. 37, esto es, de la parte del texto inmediatamente precedente a la tab. IIIA, ya bien conservada. No puede considerarse definitiva la restitución llevada a cabo por LAMBERTI en cuanto que la mención en el texto de *tributa operave* podría encuadrarse perfectamente en el ámbito de una referencia la presentación de propuestas al Senado local en materia de *munitio* por parte de los duoviros (al respecto caps. 97 y 98 del texto, en *FIRA* I² 21, tab. III, col. 3, lín. 13 ss.), *munitio* que sólo difícilmente puede ponerse en relación con el sistema, con toda probabilidad muy posterior, de *munera* y *honores* locales.

²⁷ Este punto de vista ha sido expresado con frecuencia. Una exposición de síntesis del mismo puede encontrarse, al hilo del famoso texto histórico del *liber singularis enchiridion* de Pomponio y concretamente de D.1.2.2.12 Pomp. sing. ench., en BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit., pp. 226 ss., y particularmente pp. 241 ss., pp. 272 ss. F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Nápoles, Jovene, 1980, pp. 165 ss., y particularmente p. 184, alcanza un resultado similar por distintos derroteros.

²⁸ Las observaciones generales llevadas a cabo por F. SCHULZ, en *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, pp. 223 ss., son todavía válidas: no resulta sencillo detectar la procedencia exacta de los *problemata* planteados en las obras de este género, esto es, responder a la pregunta de si éstos son cuestiones prácticas o de laboratorio y si éstos son tratados como tales *problemata* por primera vez por parte del autor al que pertenezca el pasaje o son cuestiones tomadas de la obra de juristas anteriores. En D.46.6.12 Papin. 12 quaest. no concurren indicios formales que permitan tomar partido con facilidad: el texto se inicia simplemente con un *si* que introduce el problema a tratar, como por lo demás ocurre casi en la sexta parte de los fragmentos compilatorios de los *libri quaestionum* de Papiniano (vid. LENEL, *Palin*, I, cit., «Aemilius Papinianus», frags. 78, 80, 92, 93, 95, 98, 121, 123, 124, 132, 138, 141, 161, 168, 171, 176, 184, 185, 194, 204, 205, 207, 210, 214, 216, 217, 218, 224, 254, 256, 262, 271, 285, 298, 300, 303, 309, 310, 311, 313, 319, 323, 324, 328, 333, 336, 349, 356, 359, 360, 361, 378, 382, 383, 384 y 386). El verbo que rige el periodo hipotético está en indicativo y no en subjuntivo, uso perfectamente normal en latín: vid. al respecto Ch. T. LEWIS, v. «si», en *A Latin Dictionary*, eds. Ch. T.

texto²⁹), no es menos cierto que la terminología empleada por el jurista se acomodaba casi a la perfección al proceso tradicional. Un lector inadvertido del fragmento podría muy bien pensar que el proceso bipartito según las reglas del *ordo iudiciorum privatorum* era el único vigente hacia el tránsito del siglo II al siglo III, época de redacción del texto, mientras que con toda probabilidad el proceso ordinario subsistía en aquella época únicamente, si acaso, en Roma³⁰. Ahora bien, en el texto no se menciona al pretor³¹, y nada

LEWIS y Ch. SHORT, Oxford, Clarendon Press, 1996, reimpr. de la 1.ª ed. de 1879, acepción I.a., a pesar de lo cual la mayoría de pasajes de Papiniano que se abren con esta conjunción emplean en el periodo regido por ésta el subjuntivo.

²⁹ Con respecto a los fragmentos compilatorios tomados de esta obra de Papiniano se plantearon en su momento, por lo demás, fuertes sospechas, que sin embargo hoy no parecen justificadas. H. LEIPOLD, en *Über die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus*, Passau, A. Liesecke, 1891, señalaba las particularidades del lenguaje de Papiniano (*ult. op. cit.*, pp. 26 ss., pp. 47 ss.), seguido en ello por E. COSTA, en *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, t. I, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1964 (reed. anastática de aquélla de Bolonia, Zanichelli, 1894), pp. 257 ss., pp. 283 ss., pp. 310 ss. Para F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, 2.ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1975, pp. 333 ss., los textos de las *quaestiones* que incluyen *notae* de Paulo con aquellos procedentes de una edición poco anterior a la época de Constantino que ya incluiría alteraciones «papinianizantes» (esto es, en las que se trataba de imitar conscientemente el estilo de Papiniano), mientras que el resto de fragmentos compilatorios procederían de ediciones postclásicas posteriores, ulteriormente alteradas (*ult. op. cit.*, pp. 339 ss.). De este modo, aquellos rasgos percibidos por LEIPOLD y COSTA como peculiaridades del estilo de Papiniano no garantizarían la autenticidad de un texto determinado de las *quaestiones*. La doctrina tiende ahora, sin embargo, a revalorizar la autenticidad de las *quaestiones* de Papiniano: *vid.* H. ANKUM, «Papinian, ein dunkler Jurist?», en *Orbis Iuris Romani*, 2, 1996, pp. 5 ss., y particularmente sus conclusiones en la p. 32: *Die aus seinen Schriften in die Digesten aufgenommenen Fragmente enthalten bisweilen Glossen und Interpolationen, sie sind aber gewiss nicht stark überarbeitet als die Fragmente anderer Juristen*. U. BABUSIAUX, en «Kommentare des Kaiserrechts in Papinians Quaestiones», en *ZSS*, 126, 2009, pp. 156 ss., aporta ulteriores indicios de autenticidad de algunos de los textos compilatorios tomados de las *quaestiones* de Papiniano, al constatar el empleo de estructuras retóricas similares en los pasajes tomados de las mismas organizados en torno al comentario de *constitutiones* imperiales, comentarios que la autora toma como indicio de la posible redacción de los *libri quaestionum* en la época en la que Papiniano formó parte del *consilium* de Septimio Severo (*ult. op. cit.*, pp. 181 ss.).

³⁰ Acerca de la probable evolución cronológica de la decadencia del proceso bipartito, *vid.* KASER, «Römische Gerichtsbarkeit im Wechsel der Zeiten», en *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften (Göttingen)*, 1966, pp. 31 ss., y concretamente pp. 46 ss.

³¹ Creemos que la mención del *praetor*, por lo demás, no implicaría *per se* la automática restricción de lo dicho en un texto al proceso ordinario en la ciudad de Roma, o aún en Italia. Para empezar, dependiendo del contexto del fragmento una referencia sin más al *praetor* (esto es, siempre que no aparezca en unos comentarios al Edicto) puede muy bien sobreentenderse como alusiva al *praetor* competente para el asunto, lo cual incluye a los *praetores* que conocían de procesos *extra ordinem*, como el pretor fideicomisario o el tutelar, cuyas competencias eran asumidas en provincias por los *praesides*. Por otro lado, la fórmula contenida en P. Yavin, 28, 29 y 30, prueba que el punto de referencia para el ejercicio de la jurisdicción *extra ordinem* era, al menos en algunos casos, el Edicto, y en este sentido es difícil decir hasta qué punto cuando los juristas tardoclásicos mencionan la forma de actuar del pretor se refieren sólo a Roma o también a Italia y a las provincias, máxime si consideramos que los gobernadores (incluidos aquellos de las provincias imperiales) tenían entre sus deberes aquél de asumir las funciones del mismo pretor en su provincia. Además, hoy parece probable que el Edicto publicado por cada gobernador provincial, punto de referencia de la jurisdicción municipal en provincias (como demuestra el cap. 85 de la *lex Iritana*, ed. González, *cit.*, tab. IXB, líns. 28 ss.), difiriese poco del Edicto del pretor romano. Por este motivo, creemos que es necesario matizar las consideraciones llevadas a cabo por A. GÓMEZ-IGLESIAS, «El régimen procesal de la caución tutelar», en *SDHI*, 58, 1992, pp. 43 ss., y concretamente pp. 44 ss., según quien las referencias en los comentarios *ad edictum* a los magistrados municipales tendrían sólo que ver con los magistrados locales itálicos ligados al pretor, y que la regulación edictal *...se habría extendido por analogía, y a veces quizá por interpolación, al régimen provincial (ult. op. cit., p. 45)*. Si tal extensión se produjo antes de la redacción de las principales obras *ad edictum* adoptadas

permite suponer que lo dicho por el jurista no fuese aplicable al proceso en provincias, particularmente teniendo en cuenta que la diferencia entre *ordo* y *cognitio* se sintió con menos fuerza en ellas que en Roma³².

1.2. POSIBILIDAD DE QUE UNA *STIPULATIO REM PUPILLI SALVAM FORE* DEBIESE EXIGIRSE DURANTE LA FASE *APUD IUDICEM*

Volvamos, por tanto, a D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab., y concretamente a la parte final del texto, referida a las *stipulationes communes*³³. De los dos ejemplos de *stipulatio communis* provistos en el texto, el primero de ellos (el de la *stipulatio rem pupilli salvam fore*) tiene la finalidad, como en el caso de las *stipulationes praetoriae* según la clasificación de Pomponio, de ofrecer al acreedor de la *stipulatio* (protegido, por tanto, por la provisión de la estipulación por parte del pretor) una vía cómoda y segura para realizar sus pretensiones³⁴. En este caso, la estipulación tiene por finalidad evitar que el pupilo se vea obligado a litigar mediante la *actio tutelae*, a la que la *actio ex stipulatu* venía a sustituirse en cierto modo, como se deduce del fuerte ligamen entre la *stipulatio salvam rem* y la *actio tutelae*³⁵.

El hecho de que la *stipulatio rem pupilli salvam fore* constituyese un régimen de protección del pupilo alternativo a la *actio tutelae* plantea la cuestión de las ventajas de un régimen con respecto al otro. En caso de

en la Compilación, entonces el interés de los juristas en las referencias edictales a los magistrados municipales podría muy bien tener mucho que ver con la realidad provincial, máxime cuando ya a mediados del siglo II d. C. (y, por tanto, ya antes de la época de redacción de la mayor parte de los comentarios *ad edictum* adoptados en la Compilación, excepción hecha tal vez de los de Juliano) el proceso ordinario bipartito habría llegado a su fin en Italia con la instauración de los *iuridici* (sobre lo cual, *vid.* KASER, «Römische Gerichtsbarkeit im Wechsel der Zeiten», *cit.*, p. 46), presuponiendo una alta medida de similitud entre Edicto y edictos provinciales. En este sentido, nos parece más probable que las referencias edictales a los magistrados locales tuviesen poco interés para los juristas tardoclásicos desde el punto de vista del proceso ordinario.

³² KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., *cit.*, p. 440: *...Haben wir nach alldem damit zu rechnen, dass sich im frühen Prinzipat Provinzen mit Formularprozess und andere mit Kognitionsprozess als ordentlichem Verfahren gegenüberstanden, so fehlt es doch nicht an Gründen dafür, dass der Gegensatz zwischen der Verfahrensarten in den Provinzen weniger schroff zutage trat als in der Hauptstadt; und die weitere Entwicklung wird zu ihrer Nivelierung geführt haben.*

³³ Esto es: *communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: itam duple stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto.*

³⁴ El texto de Pomponio no alude en este caso a la obligatoriedad de la provisión de una *satisfatio* por parte del tutor, pero se hace referencia a ella varias veces en el título correspondiente: así en D.46.6.1 Paul. 24 ad ed., en D.46.6.4.1 y 2 Ulp. 79 ad ed. y en D.46.6.12 Papin. 12 quaest., que hemos tratado ya por extenso, pero también de D.46.5.1.5 a 7 Ulp. 70 (?) ad ed., de donde se deduce que Ulpiano menciona todos los casos en los que sólo hay *repromissio*, esto es, en algunos casos de *stipulatio ex operi novi nuntiatione* y de *cautio damni infecti*.

³⁵ Acerca de este ligamen, *vid.* ya LENEL, *EP*, *cit.*, pp. 540 ss., y también D.46.6.4.6 y 7 Ulp. 79 ad ed., D.46.6.9 Pomp. 15 ad Sab. (acerca de la colocación de este fragmento en la obra de Pomponio, *vid.* LENEL, *Palin*, II, *cit.*, col. 122, n. 1) y D.46.6.11 Nerat. 4 membr., textos en los que se exigen para la interposición de la *actio ex stipulatu* surgida de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* los mismos requisitos que para aquélla de la *actio tutelae* y se declara como objeto de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* *...quod ex tutela dari fieri oportet* (D.46.6.11 Nerat. 4 membr.).

que se prestase la *satisfatio rem pupilli salvam fore* en el momento de la constitución de la tutela, quedaba a elección del pupilo la elección entre la interposición de una u otra acción, puesto que obviamente no tenía por qué actuar por el incumplimiento de la *stipulatio* si no quería hacerlo³⁶.

Lógicamente, una ventaja importante consistía en la provisión obligatoria de garantes personales en la *stipulatio rem pupilli salvam fore*. La insistencia sobre los problemas atinentes a los garantes personales en D.46.5 en general revela la importancia que se concedía en época tardoclásica a la *satisfatio* como principal ventaja de las *stipulationes praetoriae* en general³⁷. Otra ventaja importante de la *actio ex stipulatu* era la posibilidad de incluir una *condemnatio certa*, lo cual hacía mucho más rápido y sencillo el actuar la pretensión del pupilo, al no deber entrarse en el proceso en la valoración del *quantum* correspondiente a *...quod ex tutela dari fieri oportet*³⁸.

Entrando en la intervención del *iudex* en la *stipulatio rem pupilli salvam fore*, no necesariamente debe causar perplejidad el hecho de que pudiese el *iudex*, en el contexto de un determinado proceso, exigir al tutor la provisión de la *cautio*, como se afirma en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab.³⁹

Para determinar en qué casos el *iudex* podía exigir al tutor la prestación de la *stipulatio salvam rem pupilli fore*, es necesario señalar en qué casos no se consideraba necesario prestar la caución para adquirir la condición de tutor⁴⁰. De la referencia de pasada a la cuestión llevada a cabo por Gayo

³⁶ Acerca de la problemática del concurso de acciones entre la *actio tutelae* y la *actio ex stipulatu* que surgía de la *stipulatio rem pupilli salvam fore*, vid. todavía SOLAZZI, *Istituti tutelari*, cit., pp. 142 ss., y más recientemente D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, pp. 206 ss.

³⁷ Como se deduce, desde nuestro punto de vista, de D.46.5.1 Ulp. 70 (?) ad ed., que insiste sobre el hecho de que solamente muy pocas de las *stipulationes praetoriae* exigían sólo una *repromissio* en lugar de una *satisfatio*.

³⁸ Ventaja que ponía en primer plano Venuleyo Saturnino en D.46.5.11 Ven. 8 act.: *...commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque interst, et ad exiguam summam deducitur*. Es cierto, sin embargo, que el texto no necesariamente se refería a las *stipulationes praetoriae*, aunque los comisarios compiladores cerrasen con él el título *de stipulationibus praetoriis* (la palingenesia de la obra de Venuleyo nos aporta poco o nada a este respecto: LENEL, *Palin. II*, cit., cols. 1207 ss.). Por lo demás, el texto implica una cierta desconfianza en el *iudex*.

³⁹ Perplejidad mostrada por SOLAZZI, *Istituti tutelari*, cit., p. 104, n. 2, quien destacaba que en caso de no prestación de la *satisfatio* el tutor no podría presentarse en un litigio ejerciendo acciones correspondientes al pupilo por faltarle, en consecuencia, el *ius administrationis*. Ahora bien, el autor partía, en este caso, de la existencia de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* necesaria para la asunción de la tutela introducida por los cónsules allí donde la *actio tutelae* no fuese posible, es decir, según el a., en todos los casos de tutela legítima (*ult. op. cit.*, p. 123; el a. negaba que la *actio tutelae* y la *actio ex stipulatu rem pupilli salvam fore* pudiesen concurrir entre sí: *ult. op. cit.*, p. 142). A esta *stipulatio consularis* aludiría según el a., en realidad, la mención de la *stipulatio rem pupilli salvam fore* en la alusión a las *stipulationes communes* de D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab.

⁴⁰ Puesto que para los casos en los que se considerase la *satisfatio* como prerequisite para la adquisición de la condición de tutor, la única circunstancia en la que podría pensarse que fuese posible la imposición de la caución durante un proceso sería, si acaso, en el contexto de un litigio en el que la victoria por parte del demandante tuviese como consecuencia *ipso facto* la adquisición de la condición de tutor por el mismo, pudiéndosele en ese caso tal vez exigir la prestación de una caución condicionada suspensivamente a la citada victoria, exigencia que vendría formulada sea por el pretor (o, en provincias,

en sus *Institutiones* poco puede deducirse, al margen de la no exigibilidad de la *cautio* a los tutores testamentarios y a los curadores magistratuales⁴¹. Nuestra fuente de información principal al respecto es el *liber trigensimus quintus ad edictum* de Ulpiano.

Tomemos, pues, los textos referidos de manera más clara a la cuestión⁴². Para el caso de los tutores testamentarios⁴³, parece claro que la prestación de la *cautio* no era exigible como prerequisite para la asunción de la condición de tutor⁴⁴. La prestación voluntaria de *satisdatio* por parte de un tutor testamentario jugaba solamente como uno de los criterios a tener en cuenta por el pretor a la hora de conceder la administración a un tutor testamentario sobre otros cuando hubiese una pluralidad de ellos y éstos no llegasen a un acuerdo de mayoría al respecto⁴⁵, lo cual, por lo demás, no implicaba necesariamente la concesión del *ius administrationis* al tutor que prestase la *satisdatio*, incluso cuando ninguno de los otros la prestase⁴⁶.

por el gobernador provincial), sea por el *iudex* (comoquiera que deba interpretarse esta última palabra). Podría pensarse en el caso, ciertamente forzado, de un litigio sobre filiación de cuya resolución pudiese resultar, al mismo tiempo, la atribución de la condición de tutor legítimo al demandante victorioso como hijo del *patronus* finado que debiese ocupar dicha posición. Otro caso posible, aunque con toda probabilidad poco frecuente, es el aludido en D.26.5.17 Ulp. 9 ad ed., esto es, el nombramiento como tutor dativo de un tutor envuelto en una *causa liberalis*, que quedaría condicionado a su victoria en el litigio. Creemos, sin embargo, que en cualquiera de los dos casos, y dado lo rígido del régimen de atribución de competencias en materia de tutela configurado, sobre todo, por sucesivas intervenciones imperiales a lo largo del siglo II d. C. (sobre el cual, *vid. infra*), difícilmente un *iudex privatus* podría haber tomado en sus manos un proceso de cuya resolución dependía el nombramiento del tutor, especialmente si se tiene en cuenta que el elenco de titulares de la *datio tutoris* y de la *confirmatio tutoris* es preciso y cerrado.

⁴¹ En Gai. 1.199 ss. No comparto la interpretación *a sensu contrario* del pasaje llevada a cabo por GUZMÁN BRITO, *Cautión tutelar*, cit., pp. 86 ss., según quien todos los tutores cuya mención se omite en este pasaje gayano estarían obligados a prestar la *satisdatio* para acceder a la tutela (afirmación que, por lo demás, el a. matiza de algún modo más adelante, *ult. op. cit.*, pp. 144 ss.). En puridad, lo único que puede decirse con arreglo a este pasaje final del libro primero de las *Institutiones* es que los tutores omitidos en él no estaban excluidos de partida de la prestación de caución, pero ello no quiere decir que estuviesen obligados a prestarla; al respecto, *vid. SOLAZZI*, «Studi sulla tutela. 3. La “lex Atilia” nel Digesto», en *Scritti di diritto romano*, t. III, cit., pp. 103 ss., y concretamente p. 106, n. 14: *Come tutori che “satisdari non coguntur” Gai. I. 200 nomina soltanto i testamentarii, ma di ciò non è lecito concludere che tutti gli altri (legittimi e dativi) fossero tenuti a satisdare*. Este a. volvió posteriormente sobre el mismo texto, en «Su Gai.1.199-200», en *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae = EOS*, 48, 1, 1956, pp. 499 ss., hipotizando la posibilidad de que la referencia a los tutores dativos hubiese sido eliminada del texto por un error del copista del Gayo Veronés: la segunda parte de Gai. 1.200 no se abriría originalmente con las palabras *et curatores*, sino que en dicha segunda parte Gayo se habría referido, según el a., a *tutores et curatores*, habiendo omitido el copista por error la primera palabra, hipótesis que sin embargo no resultaba probada por los argumentos aducidos por el autor en su apoyo (falta de coherencia del texto en su «forma actual», concordancia con *Iust. Inst.* 1.24 pr.).

⁴² Concretamente, D.26.2.17 pr. Ulp. 35 ad ed., para la tutela testamentaria; D.26.4.5.1 Ulp. 35 ad ed., para la tutela legítima; con respecto a la tutela dativa, *vid. infra*.

⁴³ Figura cuyo origen remoto, como en el caso de la tutela legítima, estaría en la ley de las XII Tablas: *vid. Gai.* 1.145 y D.26.12.1 pr. Gai. 12 ad ed. prov.

⁴⁴ Como resulta del propio Gai. 1.200, donde se justificaba la no exigibilidad de la *cautio* sobre la base del control, por parte del testador, de la elección del tutor (al contrario de lo que ocurría en el caso de la tutela legítima, en la que al menos originariamente se exigía siempre la *cautio*), así como de D.26.2.17 pr. Ulp. 35 ad ed.

⁴⁵ Sobre lo cual D.26.2.19.1 Ulp. 35 ad ed.

⁴⁶ Al respecto el propio D.26.2.17 Ulp. 35 ad ed. y D.26.2.18 Call. 3 ad ed. mon. (acerca de los *commentarii ad edictum monitorium* de Calístrato, *vid. SCHULZ, History of Roman Legal Science*, cit., pp. 193 ss.).