

*Estratto*

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

*Direttori*

GIUSEPPE DALLA TORRE  
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI  
Ord. Università di Bologna

*Comitato Direttivo*

MARIO CARVALE  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA  
Pres. Em.  
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO  
Ord. Università  
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI  
Ord. Università di  
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA  
Prof. Em. Università  
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO  
Ord. Università della  
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI  
Ord. Università  
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI  
Prof. Em. Università  
di Firenze

PAOLO MENGOLZI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

ALBERTO ROMANO  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO  
Ord. Università  
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

*Direttori*

GIUSEPPE DALLA TORRE  
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI  
Ord. Università di Bologna

*Comitato Direttivo*

MARIO CARVALE  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA  
Pres. Em.  
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO  
Ord. Università  
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI  
Ord. Università di  
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA  
Prof. Em. Università  
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO  
Ord. Università della  
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI  
Ord. Università  
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI  
Prof. Em. Università  
di Firenze

PAOLO MENGOZZI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

ALBERTO ROMANO  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO  
Ord. Università  
di Roma "La Sapienza"

Anno CL - Fascicolo 3 2018



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.  
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma  
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957  
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero .....	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip) .....	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login) .....	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) .....	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo* .....	30,00
Fascicolo singolo digitale .....	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. \*Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it)) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it) entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94  
[info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)  
[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)  
[facebook.com/mucchieditore](https://facebook.com/mucchieditore)  
[twitter.com/mucchieditore](https://twitter.com/mucchieditore)  
[instagram.com/mucchi\\_editore](https://instagram.com/mucchi_editore)

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN)  
In distribuzione dal mese di agosto del 2018

### ***Direttori***

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

### ***Comitato Direttivo***

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Ord. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

### ***Comitato Scientifico***

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università Di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” Di Roma

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

### ***Redazione***

Dott.ssa Anna Acquaviva

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum

Dott. Matteo Carnì

Dott. Manuel Ganarin

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini

## *Norme e criteri redazionali*

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"): "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010<sup>4</sup>).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).



Armando Torrent

**EL SENADOCONSULTO RUBRIANO DE FIDEICOMMISSARIIS LIBERTATIBUS ULP. (5 FIDEIC.) D. 40,5,26,7: SI HI, A QUIBUS LIBERTATEM PRAESTARI OPORTET, EVOCATI A PRAETORE ADESSE NOLUISSENT. UN INTENTO DE EXPLICACIÓN MATERIAL Y PROCESAL\***

Los ss.cc. Rubriano (101 d.C., época de Trajano) y otros ss.cc. de época adrianea (Dasumiano, Articuleiano, Iunciano, Vitrasiano) nos llevan a un campo procesal, que como todas las cuestiones procesales tienen gran incidencia en la vida práctica estrechamente unidas a cuestiones sustantivas, entendiendo por tales el delineamiento de figuras propias del derecho privado, en nuestro caso los fideicomisos. Procesalmente expresan la colaboración o no colaboración del demandado en el proceso que era necesaria en el *ordo iudiciorum privatorum* y deseable en la *cognitio extra ordinem* pero no imprescindible en el sentido que la *absentia* del demandado no paralizaba el *iudicium libertatis* de un esclavo previsto en un fideicomiso. En esta sede estudiaré las consecuencias de su inactividad en la *cognitio* que podía manifestarse no compareciendo en la *evocatio a praetore* que obligaba al magistrado en la *causae cognitio* traer consecuencias de la *iusta* o *iniusta absentia* del *rogatus*, que es el contenido de fondo del s.c. Rubriano como manifiesta Ulp. D. 40,5,26,7 en cuanto la antigua *litis contestatio* como momento procesal imprescindible en el *ordo* ya no era necesaria en la *cognitio*. La obstrucción de los ritos procesales que genéricamente en el *ordo* encajaban en la *absentia* que ponían al demandado en situación de *indefensus*<sup>1</sup> con

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Sobre el tema L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: "indefensio", "absentia" e "latitatio"*, Napoli, 2016 (en adelante *Inatt.*).

resultados notables y esclarecedores<sup>2</sup>, no tiene esta eficacia en la *cognitio*, tema abordado en el s.c. Rubriano que había merecido la atención monográfica de Castello<sup>3</sup> aunque son discutibles algunas de sus explicaciones.

Las *libertates fideicommissariae* objeto del s.c. Rubriano y también de los ss.cc. Dasumiano (119 d.C.), Articuleiano (123), Iunciano (127) y Vitrasiano (entre el 122 y 138) regularon los fideicomisos expresivos de una *voluntas testatoris* declaratoria de la libertad de los esclavos. Según el s.c. Rubriano si los obligados a cumplir el fideicomiso se negasen a dar la libertad a pesar de la intimación del magistrado a comparecer en el proceso, el *praetor fideicommissarius causa cognita* debía decretar la libertad de esos esclavos que se convertían en *liberti orcini* del testador que no del *evocatus a praetore*<sup>4</sup>. El s.c. Rubriano aplicando la *cognitio* regulaba la *evocatio* y la pronuntiatio del *iudex extra ordinem* en el caso de ausencia voluntaria del *rogatus*, un claro caso de *cognitio de libertate fideicommissaria*, término que no aparece en las fuentes pero útil para designar el proceso por no haberse hecho efectiva la *libertas fideicommissaria* del esclavo; en definitiva regulaba la hipótesis de la ausencia en juicio del obligado por fideicomiso a liberar al esclavo, hipótesis que según Silla<sup>5</sup> debió ser frecuente sobre todo si el desarrollo de la *cognitio* fuese dejado a la elección discrecional del actor como pretende Samter<sup>6</sup>. La competencia para decidir estos litigios correspondía en Roma al *praetor fideicommissarius* y al *praeses* en provincias; el s.c. Dasumiano<sup>7</sup>, providencia del 119 d.C. (muchos lo sitúan entre el 119 y 123), siguiendo las huellas del Rubriano ampliaba la

---

Para D'Amati las circunstancias de *absentia* y *latitatio* no son sino genéricamente elementos cualificantes de la *indefensio*.

<sup>2</sup> Vid. mi recensión a L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., en *IVRA*, 66, 2018, pp. 455-462.

<sup>3</sup> C. CASTELLO, *D.* 40,5,26,7. *In tema di senatoconsulto Rubriano*, en *Studi Scherillo*, I, Milano, 1972, pp. 201-242 (en adelante *SC Rubriano*).

<sup>4</sup> Así denominan frecuentemente los textos al legitimado pasivo.

<sup>5</sup> F.M. SILLA, *La "cognitio" nelle "libertates fideicommissae"*, Padova, 2008, p. 39 (en adelante *Lib. fid.*).

<sup>6</sup> E. SAMTER, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, Weimar, 1911, p. 124.

<sup>7</sup> A. TORRENT, s.h.v., en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, p. 1156.

libertad fideicomisaria a los esclavos manumitidos en los casos de ausencia *sine iusta causa* del *evocatus* que no comparecía en el proceso, resolviendo declararlos libertos del fiduciario (Marcian. D. 40,5,36; eod. 51,4.), mientras que el Rubriano los declaraba *liberti orcini*. D'Amati<sup>8</sup> centra el problema sobre la distinción entre ausencia justificada o injustificada en función del *ius patronatus* que sólo se garantizaba al ausente justificado, *patronatus* que introduce un elemento de interés económico a la vez que sustantivo en las contiendas sobre *libertates fideicommissariae* que decidían el derecho a servirse de las *operae libertini* que aumentaban la posición económica de los *patroni*, y el derecho a la *dimidia pars hereditatis* del neoliberto.

La *indefensio* era una situación característica del *ordo iudiciorum privatorum*<sup>9</sup> y específicamente del proceso *per formulas* que requería inexorablemente que el demandado compareciera en juicio desde la *in ius vocatio* siguiendo todos los ritos procesales hasta la *litis contestatio* con la que finalizaba la fase *in iure* ante el magistrado, fase necesaria para instaurar los términos de la controversia calificando jurídicamente las posiciones y pretensiones de las partes, consecuencia necesariamente derivada de la bipartición del proceso<sup>10</sup>, y también en la fase *apud iudicem*<sup>11</sup> para hacer efectivo el principio del contradictorio. También operaba la *indefensio* con la *cognitio extra ordinem*, y desde la *cognitio* enfoca Silla las *libertates fideicommissae*, objeto de regulación por el s.c. Rubriano y

---

<sup>8</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, p. 21, nt. 19.

<sup>9</sup> Proceso que tiene características muy peculiares; vid. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, *Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna, 1946; Id., *Procedura civile romana*, II, *Le legis actiones*, Bologna, 1948; Id., *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Bologna, s.d.; G. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, en *Riv. dir. proc.* III, 1948, p. 3 ss. (y en *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, p. 8 ss.); M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Prozessrecht*, München, 1996<sup>2</sup>, p. 151 ss.

<sup>10</sup> Vid. último S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, G. GAROFALO (ed.), I, Padova, 2012, p. 41 ss.

<sup>11</sup> Vid. con fuentes y lit. N. RAMPAZZO, "Sententiam dicere cogendum esse". *Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano*, Napoli, 2012.

ss.cc. posteriores, pero ahora la *absentia* del *rogatus* no paralizaba el proceso. La estructura del *ordo privatorum iudiciorum* hacía imprescindible la presencia del demandado para la instauración y prosecución de la relación jurídica procesal, y por tanto para la satisfacción del demandante; sin la colaboración del demandado el magistrado no podía hacer nada ni sustituir con su voluntad la del *rogatus*; todo lo más podía incitar su presencia mediante medios indirectos<sup>12</sup> o determinados instrumentos sancionatorios contra su postura recalcitrante. El procedimiento formulario duró desde finales de la República hasta los Severos, y si se quiere hasta Diocleciano, de modo que desde un plano estructural coincidieron *ordo* y *cognitio*, siendo esta última una regulación procesal nueva y completa cuyas primeras manifestaciones se deben a Augusto, y precisamente para controversias sobre fideicomisos, que igualmente eran una figura material nueva cuyo reconocimiento se debe asimismo a Augusto que inicia el nuevo rito procesal de la *cognitio* para aquellos casos en que no era aplicable el proceso del *ordo* y éste era el caso de los fideicomisos. Desde luego son sistemas procesales distintos *ordo* y *cognitio*; todavía el *ordo iudiciorum* arrastraba muchas características del originario carácter privatístico del proceso, o si se prefiere, del originario carácter arbitral<sup>13</sup> voluntario defendido por Wlassak<sup>14</sup> que veía el origen del proceso civil romano en la recepción por parte del Estado del arbitraje privado, de modo que el proceso era un acto puramente voluntario entre las partes que convenían que un tercero decidiera el litigio<sup>15</sup>. La teoría de Wlassak inmediatamente suscitó gran consenso, y aunque ha habido crí-

---

<sup>12</sup> En este sentido M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano, 1956, p. 7.

<sup>13</sup> Sobre el carácter arbitral del proceso primitivo vid. N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere*, cit.

<sup>14</sup> M. WLASSAK, *Die Litiskontestation in Formularprozess*, en *Festschrift Windscheid*, Leipzig, 1888, p. 135 ss.; ID., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Recht*, Wien, 1921, p. 247 ss.

<sup>15</sup> Vid. A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Madrid, 2008, p. 109.

ticas puntuales<sup>16</sup>, yo diría que sigue siendo mayoritariamente compartida<sup>17</sup>.

Desde luego hay diferencias estructurales entre el *ordo iudiciorum privatorum* que seguía teniendo resabios privatísticos pues tanto en las *legis actiones* como en el proceso formulario era imposible llegar a la decisión de la controversia en los procesos privados sin el común acuerdo de las partes expresado en la *litis contestatio* de someterse a la decisión del *iudex privatus* elegido por las partes y el pretor, mientras que la *cognitio extra ordinem* en que el magistrado dirigía todo el proceso desde la *in ius vocatio* hasta la *sententia*, borró toda huella de su anterior carácter privatístico para convertir la administración de justicia en una de las funciones esenciales del Estado y así se ha mantenido desde entonces a nuestros días. Por supuesto que hay notables diferencias entre el *ordo iudiciorum privatorum* y la *cognitio*. Son muy escasas las noticias sobre el procedimiento de las *legis actiones*, y nuestro conocimiento aún sería más escaso si no contáramos con las *Institutiones* de Gayo integradas con las *Noctes Atticae* de Aulo Gellio y el *De verborum significatione* de Festo<sup>18</sup>. Estas fuentes – dice Luzza-

---

<sup>16</sup> Recoge estas críticas R. ORTU, *Alle origini del "iudicium privatum"*, en *Il giudice nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, cit., p. 129 ss. Vid. ciertas críticas a Wlassak en P. NOAILLES, "Ius" e "fas". *Etudes de droit romain*, París, 1948, p. 45 ss.; ID., *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi*, París, 1949, p. 52 ss., que apunta elementos mágicos y religiosos en el origen de las *legis actiones*; H. LEVY-BRUHL, *Le simulacre de combat dans le "sacramentum in rem"*, en *Studi Albertario*, I, Milano, 1953, p. 83 ss., ID., *Recherches sur les actions de la loi*, París, 1960, p. 37 ss.; vid. también las precisiones a Wlassak de G. BROGGINI, "Iudex arbiterve". *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln, 1957.

<sup>17</sup> Vid. F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della "litis contestatio"*, en *Studi Albertario*, I, cit., p. 77 ss.; G.I. LUZZATTO, *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, en *Studi Urbinati*, 28, 1959-1960, p. 5 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 27 ss.; M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, en *ED*, 36, Milano, 1987, p. 4 ss.; G. NICOSIA, *Il proceso privato romano*, I, *Le origini*, Catania, 1980, p. 49 ss.; L. D'AMATI, *Inatt.* p. 1 ss.

<sup>18</sup> G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, p. 7. Con este libro preparé mi examen de Derecho romano con Luzzatto en 1968, que luego

tto<sup>19</sup> – permiten ordenarlas en un cuadro suficientemente completo y coherente aunque con muchas lagunas y dejando un ancho campo a las hipótesis y al problema de los orígenes del proceso en Roma, y sigue siendo muy discutido el problema de los orígenes de la *cognitio extra ordinem* que van desde una primigenia atribución a Augusto, al proceso provincial, o a la evolución progresiva desde el *ordo* al procedimiento extraordinario, problema que tanto se ha esforzado en aclarar mi maestro en la Universidad de Bolonia, prof. G. I. Luzzatto.

En el conocimiento del procedimiento formulario es insustituible el Gayo veronés (al que debemos despojar de las graves e intensas sospechas de interpolación formuladas en su día por Beseler, Solazzi y d’Ors) para reordenar los testimonios y afrontar la problemática y antinomias de los *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* gayanos comparados con sus *institutiones* que encontramos en el *Corpus iuris civilis* de Justiniano, pues muchas veces se solapan en los textos *ordo iudiciorum* y *cognitio*, de modo que leyendo páginas y páginas del *Corpus iuris* dan la impresión que aún en el s. VI d. C. seguía vigente el viejo procedimiento formulario. En realidad no contamos con fuentes jurisprudenciales directas para esclarecer los primeros pasos y delinear en todos sus particulares la *cognitio extra ordinem*, y su conocimiento debemos derivarlo de fuentes -sigo a Luzzatto – relativamente marginales como los *libri de cognitionibus* de Callistrato y Paulo, los *libri de appellationibus* de Paul., Ulp., Marcian., Emilio Macro, y de otros juristas tardíos como Hermogeniano y Arcadio Carisio para quienes la *cognitio* ya era el procedimiento normal, superando los momentos finales de la época antonina y en parte

---

dirigió mi tesi di laurea sobre la *iurisdictio* dei magistrati municipali, que posteriormente publiqué en español: *La “iurisdictio” de los magistrados municipales*, Salamanca, 1970; con otro libro de Luzzatto, los *Appunti di papirologia giuridica*, Bologna s.d. preparé el examen de Papirologia, y tuve que estudiar la *Storia del diritto romano* de Arangio-Ruiz para el examen de esta materia que impartía el prof. Lanfranchi. Sobre la *cognitio extra ordinem*, vid también G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla cognitio extra ordinem*, Milano, 1960.

<sup>19</sup> G.I. LUZZATTO, *Processo extra ordinem*, cit., pp. 6-8.

de los severos en que aún coexistían proceso formulario y *cognitio*; también debemos contar con los *libri decretorum* por su referencia a casos en los que la intervención imperial se manifestaba en forma de la *cognitio*, *libri de iure fisci*, *libri de omnibus tribunalibus* de Ulp., *libri de liberalibus causis*, y otras fuentes que en esta sede interesan particularmente como los *libri fideicommissorum* que regulaban una figura tratada exclusivamente en sede de *cognitio extra ordinem*.

Pero sobre todo entre las grandes diferencias estructurales que separan proceso formulario y *cognitio* mucho más profundas que las diferencias entre *legis actiones* y proceso *per formulas*, hay que situar en lugar destacado la desaparición de la bipartición del proceso, de modo con la *cognitio* preside todo el proceso el *iudex* desde la presentación de la *actio* a la *sententia* alejando los aspectos privatísticos del proceso del *ordo* para convertirse en una función estatal dirigida por magistrados que son funcionarios que actúan como delegados del emperador, siendo ahora posible la *appellatio* de las sentencias dadas por el magistrado inferior ante el superior o ante el mismo emperador, *appellatio* inconcebible en el *ordo* en base al principio *ne bis in eadem sit actio*, que en la *cognitio* hay que ponerla en relación con la concepción jerárquica de un poder judicial burocratizado que en última instancia queda sometido a la casación imperial. A su vez cambia la noción de *iurisdictio*<sup>20</sup> que deja de ser la función típica del magistrado en el *ordo* de dirigir la fase *in iure* individualizando los sujetos concurrentes a los que indica la norma y el ritual a seguir, remitiendo la *apud iudicem* a un *iudex privatus* elegido por las partes y designado por el pretor mediante un *iussum iudicandi*, siendo este *iudex privatus* quien finalmente pronunciaba la sentencia limitándose la función del magistrado simplemente a dirigir la fase *in iure* del *ordo*.

---

<sup>20</sup> Sobre el concepto de *iurisdictio* vid. A. TORRENT, *La "iurisdictio" de los magistrados municipales*, cit., pp. 81-97.

Con la *cognitio* cae la diversidad estructural entre las funciones del magistrado del *ordo* y del juez en la *cognitio*<sup>21</sup>. También hay que decir que encontramos textos que designan con el término *cognitio* la actividad instructoria del magistrado del *ordo*<sup>22</sup>, y sigo la afirmación de Luzzatto de que esto ocurre tanto que se refiera a actos propios del desarrollo del proceso que desembocan en manifestaciones de *iurisdictio*, cuanto a actos fundados sobre su *imperium*, problema discutidísimo en la doctrina romanista que se entrecruza con el apunte en las fuentes a los actos *magis imperii quam iurisdictionis*<sup>23</sup> que dejan abierto el problema de si fueran realmente actos de *iurisdictio*. Asimismo decae con la *cognitio* la función que tenía en el *ordo* la *litis contestatio* tanto en su eficacia novatoria como en su discutido carácter contractual<sup>24</sup> que fundamentaba la sentencia del *iudex privatus* en el *dare* y *accipere iudicium* con los consiguientes continuos actos de impulso procesal que necesariamente tenían que ser realizados por las partes, mientras que en la *cognitio* la iniciativa del juez sustituye a la de las partes en cada fase del proceso, de lo que es clara muestra el proceso contumacial en la *cognitio* que era inconcebible en el *ordo*<sup>25</sup>.

Parece incontestable que como dice Luzzatto algunos factores y características de la *cognitio* pueden remontarse al proceso formulario<sup>26</sup>, especialmente la ampliación progresiva de los poderes instructorios del magistrado<sup>27</sup> como demuestra la

---

<sup>21</sup> G.I. LUZZATTO, *Processo extra ordinem*, cit., pp. 33-34.

<sup>22</sup> Solo hay cuatro textos en el Digesto que hagan esta alusión, de los cuales tres se refieren a la *cognitio* del cónsul.

<sup>23</sup> A. TORRENT, *La iurisdictio*, cit., pp. 87-113.

<sup>24</sup> Vid. la crítica de G. JAHR, “*Litis contestatio*”. *Streitbezeugung und Prozessbegründung in Legisactionen und im Formularprozess*, Köln-Graz, 1960; en contra G.I. LUZZATTO, rec. a Jahr, en *SDHI*, 26, 1960, p. 407 ss.; Id., *Vecchie e nuove prospettive*, cit.

<sup>25</sup> G.I. LUZZATTO, *Processo extra ordinem*, cit., p. 35.

<sup>26</sup> G.I. LUZZATTO, *Processo extra ordinem*, cit., pp. 44-45.

<sup>27</sup> Numerosos textos mencionan que el magistrado del *ordo* debía pronunciar sus providencias *causa cognita*, lo que implicaba una instructoria más o menos sumaria, y al menos los presupuestos de legitimidad de las partes, y así se observa en los textos que mencionan los llamados remedios pretorios.

expresión *causa cognita*<sup>28</sup> que los textos adosan a determinadas providencias magistratuales (especialmente en los llamados remedios pretorios) y la progresiva limitación de los poderes del *iudex privatus*, y efectivamente durante un tiempo coexistieron ambos tipos de proceso; también parece claro que aquellos factores mencionados para el *ordo* constituyeron factores que favorecieron la progresiva afirmación de la *cognitio*, y no debe perderse de vista que el proceso romano clásico se desarrolla en los límites y según los esquemas del *ordo*, pero la *cognitio* trae su origen fuera del *ordo*. Señala Luzzatto<sup>29</sup> que la actividad instructoria realizada por el magistrado del *ordo* en relación a algunas providencias jurisdiccionales o fundadas sobre su *imperium* podrá adelantar algunos conceptos que favorecerán la afirmación de la *cognitio*, pero no constituyen sus precedentes inmediatos que la doctrina ha visto en dos filones<sup>30</sup>: las intervenciones *extra ordinem* del *princeps* que en cuanto *legibus solutus* no estaba sujeto a las reglas y límites del *ordo*, y ésta es la doctrina mayoritaria que entiende producidos los primeros procesos *extra ordinem* con Augusto, o bien en el proceso provincial desarrollado por los gobernadores romanos en provincias basado en su *imperium* actuando como delegados del emperador.

Después de este *excursus* procesal acaso demasiado sumario, vuelvo a la relación entre el s.c. Rubriano y el Dasumiano. Es significativo que en época de Adriano se promulgaron 4 ss.cc. sobre la *libertas fideicommissaria*: el Dasumiano, el Articuliano, el Unciano y el Vitrasiano<sup>31</sup>, a los que siguen algunos

---

<sup>28</sup> Sobre la *causae cognitio*, con posiciones divergentes vid. H. LEVY-BRUHL, *La causae cognitio sous la procédure formulaire*, en *TR*, 1924, p. 383 ss.; M. LEMOSSE, *Cognitio. Etude sur le role du juge dans l'instruction du procès civil Antique*, París, 1944 (rist. Roma, 1971, p. 132 ss.); R. MARTINI, *Il problema della "causae cognitio" pretoria*, Milano, 1960, p. 3 ss. (rec. de G. CERVENCA, en *BIDR*, 44, 1961, pp. 380-392); R. MARTINI, *Postilla in tema di "causae cognitio"*, en *Studi Senesi*, 72, 1960, pp. 448-454; G.I. LUZZATTO, *Processo extra ordinem*, cit., pp. 52-96, y sobre la *cognitio* del *iudex* en el *ordo*, *ivi*, pp. 97-111.

<sup>29</sup> G.I. LUZZATTO, *Processo extra ordinem*, cit., p. 47.

<sup>30</sup> G.I. LUZZATTO, *Processo extra ordinem*, cit., p. 49.

<sup>31</sup> Mencionan sobre todo los aspectos procesales de estos ss.cc. G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni "mortis causa"*. *Studio sulle fonti autorita-*

rescriptos de Antonino Pio y Marco Aurelio que dan cuenta del interés de la jurisprudencia y cancillería imperial en cuanto que desde Augusto los *ss.cc.* no eran otra cosa que manifestación de la voluntad imperial con fuerza normativa consecuencia de una *oratio principis in senatu habita*; también es significativo que la ciencia romanística mayoritariamente ha estudiado el tema desde ángulos procesales, y pondré como ejemplo a D'Amati que estudia la *indefensio* en el proceso formulario, y Silla que la estudia en la *cognitio extra ordinem*. Probablemente este enfoque procesal sea el más idóneo para aproximarnos al problema sustantivo de la definición de los fideicomisos como nueva institución jurídica, que analizaré desde el ángulo de la *libertas fideicommissaria* que plantea el problema igualmente sustantivo del *ius patronatus* sobre los libertos *ex causa fideicommissi* que los textos tratan entremezclados con las situaciones procesales de los demandados, yuxtaponiendo los juristas reflexiones sobre ambos temas. Trataré de analizar estos temas precisamente desde un ángulo sustantivo consciente de que este enfoque supone dejar de lado una actitud metodológica de los juristas romanos que nunca distinguieron teóricamente derecho (material) y proceso (formal) que en Roma eran las dos caras de una misma moneda con un entrecruzamiento constante de derecho y proceso; no olvidemos que la *actio* – eje del proceso – fue definida como *ius persequendi iudicio quod sibi debeat*.

El s.c. Dasumiano completaba la regulación del Rubriano teniendo en cuenta el afinamiento progresivo de la distinción entre *absentia* justificada y no justificada<sup>32</sup> que se advierte en los escritos de juristas como Volusio Meciano<sup>33</sup>, que recubrió además de otras funciones, la de *procurator a libellis et censi-*

---

*tive romane* (en adelante *Man. "mortis causa"*), Padova, 1963, p. 78 ss.; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, Padova, 1963<sup>2</sup>, p. 412 ss. Vid. A. TORRENT, *Senadoconsulto Dasumiano y otros ss.cc.de época adrianea (Dasumiano, Articuleiano, Unciano, Vitrasiano) en materia de fideicommissarii libertati-bus*, pendiente de publicación.

<sup>32</sup> F.M. SILLA, *Libertates fideic.*, cit., p. 40; L. D'AMATI, *Inatt.*, p. 21, nt. 33.

<sup>33</sup> Vid. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln, 1967<sup>2</sup>, pp. 174-176.

bus de Antonino Pío, consejero de Antonino Pio<sup>34</sup> y de los *Di-vi Fratres, praefectus Aegypti* en el 161 d. C., autor de 16 *libri de fideicommissis*<sup>35</sup>, y fue quien enseñó derecho a Marco Aurelio<sup>36</sup>. Admiraba a Juliano con el que tuvo que coincidir en vida citandolo como *Iulianus noster*. El carácter posterior del s.c. Dasumiano respecto al Rubriano lo corrobora Meciano en

D. 40,5,36 pr. (Mec. 16 *fideic.*). *Neque infantes neque furiosi neque ab hostibus capti neque hi, quos religio aut honestior causa vel calamitas aliqua vel maior res familiaria aut capitis famaeve periculum aut similis causa moretur, Rubriano senatus consulto continentur: ac ne pupilli quidem, qui tutores non habent, aut eos habeant, quos earum quae causa detinet. sed nec, si hi data opera sui potestatem non faciunt, puto pupil-lis libertos eripi, quia et iniquum est facto tutoris, qui forsitan solvendo non sit, pupillum damno adfici, et senatus consulto non continetur alius quis quam qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem. quid ergo est? Dasumiano senatus consulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur nec libertus eripia-tur his, qui fraudem careant.*

Debió suscitarse una gran controversia desde que Augusto dió valor jurídico a los fideicomisos, y tuvo que pasar casi un siglo para que los ss.cc. Rubriano y Dasumiano afrontaran el tema de la *libertas fideicommissaria* completando el segundo la doctrina del primero discriminando sobre la existencia o no de *iusta causa* para no comparecer en el *iudicium libertatis* del esclavo dispuesto en vía fideicomisaria, que envolvía importantes problemas que trataron de resolver aquellos ss.cc. cuyos redactores necesariamente sólo podían proceder del ‘entourage’ de la cancillería imperial, problemática que probable-

---

<sup>34</sup> *Vita Pii* 12,1.

<sup>35</sup> Se estima que fueron escritos no antes del 151 y que de los XVI *libri fi-deic.* los dos últimos tratan de las *libertates fideic.* Vid. L. FANIZZA, *Giuristi, crimini, leggi nell'età degli Antonini*, Napoli, 1982, p. 14. O. LENEL, *Pal.*, I, p. 575, sitúa el tratado de *fideic.* de Meciano bajo la rúbrica *Quaestionum de fi-deicommissis libri XVI*.

<sup>36</sup> *Vita Marci* 3,6.

mente tenía una conexión indudable con la atribución del *ius patronatus* sobre el esclavo liberado, derecho que se atribuía al ausente justificado<sup>37</sup>, o se entendía que la libertad había sido adquirida directamente del testador ante un fiduciario ausente *ex iniusta causa* ante la *evocatio a praetore*. Aquellos ss.cc. tratan por tanto de aspectos procesales, o si se prefiere jurisdiccionales: comparecencia en el *iudicium libertatis* del obligado a procurarla, precisiones sobre el tema si hubo *iusta* o *iniusta causa* de la *absentia*, y civiles: *libertas servorum*, y atribución del *ius patronatus* sobre los libertos. Como señala Castillo<sup>38</sup> el s.c. Rubriano había sancionado que el gravado con una manumisión fideicomisaria si tardaba en conceder la libertad debía ser *evocatus a praetore*, y si no se presentaba en el juicio y en el desarrollo de la *causae cognitio* quedaba demostrado que su incomparecencia era voluntaria, de modo que el magistrado (el *praetor fideic.* en Roma y el gobernador en provincias) ordenaba que el esclavo obtuviese la condición de liberto como si (*ac si*)<sup>39</sup> hubiese sido manumitido directamente por el testador. El pronunciamiento por el magistrado se efectuaba en forma de decreto.

Es obvio que si el *rogatus suscipit litem* se rige el proceso por el principio del contradictorio, pero podía no concurrir al proceso por *absentia* justificada o voluntaria (*latitantia*), y de ahí que el concepto de *abesse* fuera uno los temas objeto de aclaración por los ss.cc. y la jurisprudencia<sup>40</sup>, y pongo como ejemplo a Ulp.:

D. 40,5,1 (Ulp. 14 *ad Ed.*). *Si quídam ex his, qui fideicommissum libertatem debeant, praesentes sint, alii ex iusta causa absint, alii latitent, perinde is cui fideicommissaria libertas relic-*

<sup>37</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 21, nt. 33.

<sup>38</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 201.

<sup>39</sup> El término *ac si* ¿cómo debe entenderse dogmáticamente?; ¿como ficción?; ¿como analogía? El problema es muy complejo y lo dejo para un estudio posterior.

<sup>40</sup> Pap. (22 *Quaest.*) D. 40,5,22,1 y 2; Ulp. (5 *fideic.*) D. 40,5,26,11, donde describe los efectos de la *latitantia* como también en D. 40,5,28 pr., 3 y 4 (Ulp. eod. lib.); D. eod. 30,5 (Ulp. eod. lib.); Marcian. (9 *Inst.*) D. 40,5,51,9 y 11.

*ta est liber erit, atque si soli, qui adessent et qui ex iusta causa abessent, rogati essent; pars ergo latitantis his proficit.*

La *causae cognitio* pretoria tenía que ser muy cuidadosa al calificar las causas de la *absentia* del legitimado pasivo, porque respecto al actor se puede decir que la *cognitio extra ordinem* reconocía prácticamente al esclavo su capacidad procesal<sup>41</sup>; legitimado pasivo era el gravado con el *fideicommissum libertatis* o quienquiera que fuera el *dominus servi* en cuyo caso el gravado con el fideicomiso tenía que adquirirlo previamente del *dominus* para proceder seguidamente a la *datio libertatis*. Obviamente la acción tenía que ser intentada en los días judiciales hábiles, pero Marco Aurelio admitió incluso *dies feriatici* en materia de *petitio libertatis fideicommissae*.

La finalidad procesal del s.c. Rubriano<sup>42</sup> (D. 40,5,36 pr.) es evidente: precisar *qui iusta ex causa abesset* enumerando minuciosamente *qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem*, con la finalidad declarada en el Dasumiano *ut nec libertas impediatur nec libertus eripiatur*. La enumeración de causas expresadas en el s.c. Rubriano es amplia (regulación completada en el Dasumiano): ni la infancia, ni los *furiosi*, ni los caídos en poder del enemigo, ni por religión u otra causa más honesta, ni por calamidad o grave asunto de familia, o el peligro de su vida o de su fama u otra causa similar, ni los pupilos que carecen de tutores, o si los tienen éstos están comprendidos en algunas de las causas predichas, deben impedir el cumplimiento del fideicomiso, y el Dasumiano insiste en que no se impida la libertad del esclavo discutido ni se prive de un liberto a los que no han cometido fraude con la concomitante atribución del *ius patronatus* ante una *iusta absentia del rogatus*. A la vez y como consecuencia de la creciente intervención autoritaria en la resolución de las controversias por

<sup>41</sup> G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., p. 67.

<sup>42</sup> La mayoría doctrinal lo sitúa en los primeros años del reinado de Trajano en el 101 d.C., y así lo documenta Ulp. (5 *fideic.*) D. 40,5,26,7: *Subventum libertatibus est senatus consulto, quod factum est temporibus divi Traiani Rubrio Gallo et Caelio Hispone consulibus*.

el *princeps* o por sus jueces delegados, hay que tener en cuenta que las cuestiones fideicomisarias sólo podían encontrar su encaje procesal con la *cognitio extra ordinem*. El s.c. Rubriano además plantea otros problemas señalando Castello<sup>43</sup>: a) medios de los que disponía el pretor para inducir al *evocatus* a presentarse ante el tribunal; b) criterio adoptado para establecer cuando el *evocatus adesse non vult* ante el magistrado; c) consecuencias jurídicas sobre la ausencia voluntaria del repetidamente convocado antes de la emanación de la *pronuntiatio iudicis* y después de ésta. Para todos estos problemas podemos encontrar una explicación en Ulp. D. 40,5,26,7-8 que analizaré seguidamente.

Un problema inicial es el sentido de la frase *subventum libertatibus est* de Ulp. D. 40,5,26,7 ante el que se pregunta Castello si esta expresión puede dar testimonio de la aplicación del *favor libertatis*<sup>44</sup> en época de Trajano, y en caso de respuesta afirmativa que en mi opinión es la más plausible, qué significado deba atribuirse a la *subventio*. Castello<sup>45</sup> por el contrario entiende que la *subventio libertatis* no estaba dictada en vía principal por la benevolencia hacia los esclavos, aunque el resultado del proceso les resultara favorable entendiendo que los motivos que habían puesto en vida el s.c. Rubriano eran o bien el firme propósito de la *res publica* de cumplir la voluntad del testador disponiendo la libertad fideicomisaria, o sancionar el comportamiento del fiduciario rebelde a su cumplimiento, siendo la libertad del esclavo el último de los motivos, ordenación con la que no estoy de acuerdo, pues la sanción al demandado incompareciente sin *iusta causa* o rebelde era consecuencia de obstaculizar la *libertas servorum*. Otro motivo que advierte Castello es el interés de la sociedad romana en la pronta ejecución de un negocio jurídico que tenía su fundamento en la *fides*, y en último lugar la expectativa de libertad del esclavo tutelada por el Senado, último porque la so-

---

<sup>43</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 206 e p. 235 ss.

<sup>44</sup> Vid. E. ALBERTARIO, *Schiavitù e favor libertatis*, en *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 63 ss.

<sup>45</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 236.

ciudad romana en época de Trajano seguía siendo esclavista, entendiendo Castello que el procedimiento previsto por el s.c. Rubriano favorece más al ciudadano que al esclavo. No puedo compartir esta opinión, y yo pondría en un mismo plano el respeto a la *voluntas* del *civis* y la expectativa de libertad del esclavo en el 101 d.C., porque si tenemos en cuenta el s.c. Silianiano del 10 d.C., éste tuvo la finalidad de retrasar la liberación de los esclavos hasta que no se realizara la *ultio necis*<sup>46</sup>.

Los filólogos latinos concuerdan que en latin *subventio* significa auxilio, que en nuestro caso concreto apunta al favorecimiento de la *libertas* y del texto se deduce que estaba prevista mediante manumisiones fideicomisarias, corroborado por D. eod. 26,8: *hoc senatus consultum <Rubrianum> ad eos pertinent, quibus ex causa fideicommissi libertas debebatur...* En clave procesal este *iudicium libertatis ex causa fideicommissi* hay necesariamente que encuadrarlo en el campo de la *cognitio extra ordinem*, y así se comprueba en la amplísima competencia del pretor en el desarrollo del proceso (*causae cognitio*) que ante la ausencia del obligado a conceder la *libertas*, actúa autónomamente y concede la *libertas* al esclavo como si la hubiera dispuesto el testador directamente. Conocemos el texto del s.c. Rubriano gracias a Ulp. que cita literalmente su contenido, describiendo todas las posibles incidencias del *iudicium libertatis ex s.c. Rubriano*:

Ulp. D. 40,5,26,7. *Subventum libertatibus est senatus consulto, quod factum est temporibus divi Traiani Rubrio Gallo et Caelio Hispone consulibus, in haec verba: "si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore adesse noluisse, si cau-*

---

<sup>46</sup> Vid. A. TORRENT, "Quaestio servorum" y "senatusconsultum Siliananum" problemas de derecho penal hereditario: imputabilidad penal de los esclavos del causante, en *O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual*, Coimbra, 2006, p. 219 ss.; Id., "Ultio necis, indignitas" y senadoconsulto Silianiano, en *BIDR*, 2000-2001 (pero 2009), p. 67 ss.; Id., "Ne aperire tabulas ante inultam mortem" y senadoconsulto Silianiano, en *Studi Labruna*, 8, Napoli, 2007, p. 5635 ss.; Id., Nulidad de la "manumissio testamento" en el senadoconsulto Silianiano, en *SDHI*, 74, 2008, p. 581 ss.; Id., "Premium libertatis ex senatusconsulto Silianiano", en *INDEX*, 37, 2009, p. 271 ss.

*sa cognita, praetor pronuntiasset, libertatem his deberi, eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent.*

D. eod. 26,8. *Hoc senatus consultum ad eos pertinet, quibus ex causa fideicommissi libertas debeatur, proinde si libertas non deberetur abreptum tamen praetori est de libertate pronuntiatumque, ex hoc senatus consulto libertas non competit. et ita imperator noster cum patre suo rescripsit.*

D. eod. 26,9. *Evocari autem a praetore oportet eos, qui fideicommissam libertatem debent: ceterum nisi fuerint evocati, cessat Rubrianum senatus consultum. proinde denuntiationibus et edictis litterisque evocandi sunt.*

Se desprende del § 26,8 que debieron suscitarse muchas controversias en materia de *libertates fideicommissae* hasta el punto de requerir un rescripto de Septimio Severo y Caracalla para aclarar o desarrollar lo previsto en el s.c. Rubriano en el caso de una *petitio libertatis* que resultaba falsa después de la *causae cognitio* efectuada por el pretor o los mismos emperadores si ante ellos se había presentado directamente el litigio, por lo que los emperadores en sede de interpretación del s.c. Rubriano decidieron en su rescripto que no cabía en este caso declarar la *libertas* del esclavo. Podría entenderse también que el rescripto hubiera sido de Nerva y Trajano, en cuyo caso incluso podría ser anterior al s.c. Rubriano dado que *hoc senatus consultum* hay que situarlo entre el 101 (que me parece la fecha más probable) y el 103<sup>47</sup>, aunque es discutida<sup>48</sup> su datación exacta y alguno la remonta al 98-99<sup>49</sup>. Yo entiendo que tuvo que ser del 101, y no debe confundirse con el s.c. Dasu-

---

<sup>47</sup> Se discute la fecha exacta del s.c. Rubriano; se pronuncian por la horquilla 101-103 B. D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrian. Oeuvre législative et administrative*, Paris, 1950, p. 75, entiende que es del 105; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino, 1962<sup>2</sup>, pp. 123 y 291-292, defiende el 103. E. VOLTERRA, *Senatus consulta*, Torino, 1969, p. 1072, lo sitúa entre el 101 y el 103.

<sup>48</sup> Vid. G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., pp. 254-255; E. VOLTERRA, *Senatus consulta*, cit., p. 1072.

<sup>49</sup> A. NAGL, s.v. *Rubrius Gallus*, en *RE*, I.A1, Stuttgart, 1914, no excluye que fuera del 98.

miano del 119 emanado siendo cónsules Adriano (por tercera vez) y *S. Dasumius Rusticus*<sup>50</sup>, no debiendo tenerse en cuenta la presencia de un *L. Dasumius Hadrianus* cónsul entre el 93 y el 100 (excluidos los años 94 al 96<sup>51</sup>) y en el 103 gobernador de la provincia de Asia para una hipotética e improbable retrodatación del Dasumiano, con lo que mantengo su atribución a Adriano.

Para poder dar una fecha lo más aproximada posible al s.c. Rubriano que regulaba en sede de *cognitio extra ordinem* la *absentia* de un *evocatus* que debía proceder a una *libertas fideicommissaria*, sería de utilidad saber la de una constitución de Trajano D. 48,19,5 pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*) que si en principio prohibía la condena por un gobernador provincial de un imputado ausente en un proceso criminal, entiendo que este veto se debía a una *absentia ex iusta causa*; por el contrario no se aplicaba *adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus, neque edictum praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum*. Sin duda pueden advertirse ciertos paralelismos entre este rescripto de Trajano y el s.c. Rubriano, pero no sabemos la fecha exacta del rescripto, ni si es anterior, posterior o contemporáneo de nuestro s.c. Obviamente la *contumacia* como observa D'Amati<sup>52</sup> corresponde a una fase madura de la *cognitio* cuya praxis en consideración a la nueva concepción de la autoridad imperial determinada por el diverso clima ideológico y político que obviamente influía sobre el proceso, implicaba que había decaído la necesidad del acuerdo de las partes para llegar a la decisión de la controversia, lo que quiere decir que en tiempos de Trajano no era necesaria la *litis contestatio*, pero esto no evitaba que la *contumacia* que se había ido construyendo progresivamente sobre la base de la noción de *absen-*

---

<sup>50</sup> Vid. A. DEGRASSI, *I Fasti consolari dell'Impero romano dal 30 a.C. al 613 d.C.*, Roma, 1952, p. 28.

<sup>51</sup> Vid. A. DEGRASSI, *I Fasti consolari*, cit., pp. 28, 35, 175; G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., p. 235, nt. 43; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 413.

<sup>52</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 30.

*tia*<sup>53</sup>, pusiera en evidencia la incomparecencia del demandado en el *iudicium*, circunstancia tenida en cuenta por Trajano en el rescripto citado y en la misma definición del s.c. Rubriano de D. 40,5,26,7: *qui evocati a praetore adesse noluisse*, señalando claramente que no paralizaba la *causae cognitio* dirigida por el pretor que podía llegar a condenar *in absentia* al demandado contumaz.

A la vez se habían ido delineando en jurisprudencia, ss.cc. y rescriptos imperiales, una serie de *iustae causae* que podían justificar la *absentia*, que en todo caso no impedía la sentencia en casos de *libertas fideicommissaria* después de una *cognitio* que discriminaba entre una *iusta* o *iniusta absentia*, tema recurrente en las *libertates fideicommissae* abriendo una discusión sobre la *causa* frecuente en la jurisprudencia de los s. II y III d.C. como he tenido ocasión de comprobar en el campo de la causalidad aquiliana<sup>54</sup>. La búsqueda de la justicia o injusticia de la *causa fideicommissi* está en relación con la *cognitio* del *praetor fideicommissarius* dirigida unas veces desde el *favor libertatis* dejando en nada los posibles intereses del fiduciario, en otras confirmando la nueva praxis procesal de la *cognitio* que superaba la farragosidad y el obstáculo que implicaba la paralización del proceso por *absentia* del demandado propia del *ordo iudiciorum privatorum* superado por la *cognitio*, pues el proceso seguía adelante *extra ordinem* sin dar importancia decisiva a la incomparecencia del demandado en cuanto el magistrado podía realizar su *pronuntiatio* finalizando el proceso sin haber oído las razones del ‘convenuto’.

Con la *cognitio* la *contumacia* del demandado no impedía la prosecución del proceso una vez decaída la función esencial que tenía la *litis contestatio* en el *ordo*; con la *cognitio* la *ab-*

---

<sup>53</sup> Según A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla “contumacia” nelle “cognitiones extra ordinem”*, I, Milano, 1998, p. 22, la *absentia* era el *genus* y la *contumacia* la *species*. Puede ser ejemplo de ello un rescripto de Caracalla del 213 d.C. que menciona específicamente una *absentia per contumaciam*.

<sup>54</sup> A. TORRENT, *La causalidad aquiliana. Conexión “corpore suo-damnum dare”*: *Gayo* 3,219; *Ulp.* (18 ad Ed.) D. 9,1,1,7; *IJ* 4,3,16, en *RIDROM*, 20, 2018, p. 465 ss.

*sentia* del demandado no paralizaba el proceso. D'Amati<sup>55</sup> ha visto claramente que el desarrollo del ya burocratizado proceso dejaba de estar guiado por los contendientes o por su representante para ser guiado por la misma autoridad imperial o por su delegado, de modo que el proceso estaba subordinado al poder político que delineaba sus competencias y los oportunos ritos procesales. La *contumacia* no era solo la no comparecencia, sino la rebeldía a las órdenes del magistrado y así está documentado desde el s. II d.C., hasta el punto que como dice D'Amati<sup>56</sup> fue adquiriendo un perfil propio y autónomo en neta antítesis con la *absentia* que indicaba ahora la falta de comparecencia *in iudicio* sin un motivo justificado.

No creo que desde este perfil hubieran diferencias insalvables entre *absentia* y *contumacia* y desde luego estos conceptos estaban muy relacionados procesalmente: una constitución de Caracalla del 213 d.C. recogida en C. 7,65,1<sup>57</sup> menciona una *absentia per contumaciam* que vetaba ejercitar la *appellatio* al demandado contumaz que había perdido el proceso en primera instancia después de una <causae> *cognitio* conducida *summatim* por el juez inferior, recordando D'Amati<sup>58</sup> que el juez podía juzgar sin la presencia de ambas partes y su sentencia condenaba al demandado no porque era contumaz, sino por 'su' contumacia. Chiazzese<sup>59</sup> en base a Ulp. (22 *ad Ed.*) D. 11,1,11,4 amplía la idea de *contumacia* considerando *contumax* a la parte que se negaba a responder a una *interrogatio in iure*; igualmente en base a Paul. (23 *quaest.*) D. 27,1,35, y C. 5.43,3 (*Imperator Alexander A. Fortunatae*, a. 229) ve testimoniada la *contumacia* de tutor y curador que no aceptaban la orden del magistrado de administrar el patrimonio del pupilo. A la vista de este caso creo que la *contumacia*

---

<sup>55</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 30.

<sup>56</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 31.

<sup>57</sup> C. 7,65,1. *Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest.*

<sup>58</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 31, nt. 53.

<sup>59</sup> L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 121 ss.

exorbita el ámbito procesal para entrar en el ámbito del derecho privado confirmando el interés del Estado en que fueran administrados honestamente los intereses de los sometidos a tutela, y me pregunto: ¿esto significa separar tajantemente derecho material y derecho formal? ¿son identificables/intercambiables derecho y proceso? Desde luego en Roma no parecen tan distantes como en nuestros días, y la regulación del s.c. Rubriano muestra la estrecha vecindad derecho y proceso en Roma, lo que encuentra confirmación en los caminos aparentemente divergentes entre proceso (*contumacia*) y *libertates fideicommissae*, pero a la vez convergentes desde el punto de vista de la creación del derecho.

También debemos tener en cuenta que la definición jurisprudencial de la *contumacia* es muy tardía, pues se debe a un jurista – Hermogeniano – de época postclásica o de la Antigüedad tardía como se prefiere llamarla últimamente pensando que no son tan grandes las supuestas diferencias entre derecho clásico y postclásico, y que los redactores de los grandes códigos, unos bastante desconocidos (Gregoriano, Hermogeniano), y otros conocidos (Teodosiano), tenían que ser juristas de gran categoría y no se les puede llamar juristas decadentes<sup>60</sup> como hasta ahora se pensaba del derecho postclásico. Hermogeniano informa tanto de la función y resultados de la *contumacia* como la definición de *contumax*.

D. 42,1,53,pr. (Herm. 1 *iure epit.*): *Contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercentur. 1. Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet.*

Las noticias sobre Hermogeniano son muy inseguras; no se conoce su biografía ni la fecha de confección de sus *libri iuris epitomarum*<sup>61</sup>, dándose por hecho que habría sido un fun-

---

<sup>60</sup> Vid. F. AMARELLI, *Codex Theodosianus e scientia iuris. Ruolo e compiti dei giuristi nella tarda Antichità*, en *RIDROM*, 4, 2010, p. 8 ss.

<sup>61</sup> Vid. D. LIEBS, “*Hermogeniani iuris epitomae*“. *Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen, 1964; Id., *Römische*

*cionario de la cancellería imperial de finales del s. III-principios del IV d.C.*<sup>62</sup> autor del *Codex Hermogenianus* no conocido directamente, acaso escrito en el 295 aunque hay quien lo supone del 314 en base a un añadido posterior. Esta obra es un apéndice al *Codex Gregorianus*<sup>63</sup> que tampoco conocemos de primera mano. Fundamentalmente el C.H. recoge rescriptos de Diocleciano del 293 y 294<sup>64</sup>. De las declaraciones de Hermog. se deduce que verificada la rebeldía del demandado citado regularmente (*evocatus*) por la autoridad judicial, su desobediencia y obstinación no presentándose *in iudicio* implicaba que la *contumacia* tenía unas consecuencias que pueden llamarse automáticas<sup>65</sup>. Señala D'Amati que presupuesto fundamental para la declaración de *contumacia* era la emanación del llamado *edictum peremptorium*, que como resulta de Ulp. D. 5,1,71 amenazaba con proceder a la *causae cognitio* y pronunciar la sentencia en ausencia de la parte rebelde, ofreciendo al demandado la última posibilidad de participar en el proceso dándole la posibilidad de defenderse. Declarada la *contumacia* era evidente la obstinación y el desprecio sistemático del imputado regularmente citado para presentarse ante la autoridad judicial que dirigía el proceso hasta la sentencia sin necesidad de contar con su presencia<sup>66</sup>.

Con la *cognitio extra ordinem* se perfilan con mayor amplitud y precisión las causas que podían justificar la no colaboración del demandado en el proceso (Mec. D. 40,5,36; Ulp. D. 40,5,26,7), que suscitan la discusión sobre el valor proce-

---

*Provinzialjurisprudenz*, en ANRW, II.15, Berlin-New York, 1976, p. 288 ss.; A. CENDERELLI, *Ricerche sul "Codex Hermogenianus"*, Milano, 1965; Id., *Intorno all'epoca di compilazione dei „libri iuris epitomarum“ di Ermogeniano*, en *Labeo*, 14, 1968, p. 187 ss. (y en *Scritti romanistici*, Milano, 2011, p. 497 ss.); Id., *Riflessioni e ipotesi a un passo degli Atti dei Martiri*, en *SDHI*, 44, 198, p. 369 ss. (y en *Scritti romanistici*, cit., p. 291 ss.).

<sup>62</sup> A. TORRENT, s.v. *Hermogeniano*, en *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 430.

<sup>63</sup> Vid. M.U. SPERANDIO, *Codice Gregoriano, origini e vicende*, Napoli, 1985.

<sup>64</sup> A. TORRENT, s.v. *Codex Hermogenianus*, en *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 175.

<sup>65</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 33, nt. 59.

<sup>66</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 34.

sal de la *causa fideicommissi*, y no solo procesal sino también sustantivo, porque la relevancia de la *causa fideicommissi* demuestra la creciente función e interés práctico jurisprudencial y normativo de los encargos fideicomisarios, que dan lugar al afinamiento progresivo de la figura de los fideicomisos con el más encarecido respeto por la *voluntas testatoris*<sup>67</sup> que a través de un fideicomiso pretendía la libertad de un esclavo, que no olvidemos, disminuía el montante patrimonial de la herencia acortando el patrimonio relicto a adquirir por los herederos, y en su caso por el heredero fiduciario. Probablemente sería éste el que se resistía a la ejecución del fideicomiso y por ende a la *evocatio* del magistrado a la que se resistía con obstinación (*contumacia*). Estas notas se desprenden de Ulp. D. 40,5,26,7 demostrando que en un caso de *libertas fideicommissaria* si los fiduciarios *evocati a praetore adesse noluisse*, el pretor podía igualmente sentenciar la *libertas ac si directo manumissi essent*, y ésta no solo es opinión de Ulp. sino hay que remontarla a Plautio<sup>68</sup>, jurista del s. I d.C. contemporáneo de Celio, Sab. y Cels. *pater*, y como recuerda Pomp. (5 *ex Plaut.*) D. 40,4,40,1<sup>69</sup> que cita una opinión de Ofilio<sup>70</sup> a propósito de un problema de interpretación de legados, atribuyendo Pomp. a Of. la interpretación de una *voluntas testatoris* que por fideicomiso revoca un legado<sup>71</sup> en ocasiones de rebeldía a

---

<sup>67</sup> Lo que no es ninguna novedad; hay muchos textos de época republicana que lo demuestran. También es sintomático que Q. M. iniciara su exposición del derecho con la parte *de testamentis*.

<sup>68</sup> A. TORRENT, s.v. *Plautio*, en *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 909.

<sup>69</sup> Pomp. D. 40,4,40,1. *Sed et cum sub condicione servo libertas per fideicommissum detur et ipse praesenti die daretur, non aliter tradere eum, cogetur quam ut caveatur existente condicione libertate eum restitutum iri: nam in omnibus fere causis fideicommissae libertates pro directo datis habendas. sed Ofilius...*

<sup>70</sup> Autor de *plurimi libri de iure civil*; vid. A. TORRENT, *Ofilius libros de iure civile plurimos et qui omnem partem fundarent reliquit (Pomp liber sing. Emch.)*, en *IVRA*, 64, 2016, pp. 287-300.

<sup>71</sup> Todos decimos que los fideicomisos nacieron con Augusto, a la vista de este texto pomponiano habrá que decir que al menos ya debían darse casos de libertades fideicomisarias en tiempos de Augusto, y de ello conjeturo que habría escrito anteriormente Of. bien en sus *libri de iure civil*, en su *compositio edicti*, o en sus *libri iuris partiti*.

la citación de la autoridad judicial, de modo que *fideicommissariae libertates pro directo datis habendas*.

Desde luego los negocios fiduciarios no eran extraños en Roma; conocemos poco después de fundada la República la *fiducia cum amico*, *fiducia cum creditore*, *pactum fiduciae*, originariamente instrumentos de garantía en los que formalmente el fiduciario adquiriría el *dominium* sobre la cosa con todos los derechos de goce de la misma realizados a través de una *mancipatio* o *in iure cesio*, y me pregunto si los juristas del entorno de Augusto, y estoy pensando en Labeón, no tuvieron a la vista la *mancipatio fiduciae causa* en la que encuentro ciertos paralelismos con los fideicomisos al menos en las relaciones entre fiduciante y fiduciario, sobre todo en la antigua *fiducia cum amico*<sup>72</sup> basado en la *fides* (no en el derecho, dice Guarino<sup>73</sup>). Además se podía incluir un *pactum fiduciae* que podía englobar otras finalidades (depósito, comodato) para su restitución al fiduciante como podía ser disponer una *donatio mortis causa* a un tercero beneficiario, y estoy pensando en la liberación de un esclavo obviando las leyes limitadoras de las manumisiones. Si la *fiducia*<sup>74</sup> como negocio autónomo de garantía (*fiducia cum creditore*<sup>75</sup>) se extinguió en época postclá-

---

<sup>72</sup> Todavía hoy recientes sentencias del Tribunal Supremo de España sigue contando con la *fiducia cum amico* (sic) reconociendo una ‘titularidad fiduciaria’, una titularidad aparente puramente externa y formal, provisional y transitoria, generalmente en interés del fiduciante (sentencia del 16 de octubre del 2001) para el cumplimiento de un fin previsto y determinado dirigido esencialmente a ocultar bienes a la Hacienda Pública (sentencias de 28 de marzo y 31 de octubre del 2012, y de 10 de junio del 2016. Vid. J.D. MONFORTE, *Fiducia cum amico. Ilicitud de la causa fiduciae. Consecuencias civiles y penales*, en *El notario del siglo XXI*, 2018, p. 168 ss.

<sup>73</sup> A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001<sup>12</sup>, p. 860.

<sup>74</sup> Sobre el tema vid. W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940; N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974; EAD., *La struttura del negozio della "fiducia"*, I, Napoli, 1979; B. NOORDRAVEN, *Die fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999; R. FERCIA, *"Fiduciam contrahere" e contratto fiduciario. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012.

<sup>75</sup> Vid. con lit. M. FUENTESECA, *Líneas generales de la "fiducia cum creditore"*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga*, Madrid, 1994, p. 387 ss.

sica, estaba viva en la republicana. Por otro lado es bien sabido que el derecho hereditario en tiempos republicanos utilizó la *mancipatio* a efectos testamentarios (*mancipatio familiae*), y me pregunto hipotéticamente ¿no podrían haber pensado los juristas en este mecanismo de transmisión de bienes para encargar el fiduciante a su heredero o legatario que transmitiera los bienes hereditarios o parte de ellos a un tercero beneficiario del negocio? Esta es la esencia de la *libertas fideicommissa*, y por eso entiendo posible que los fideicomisos se desarrollaran a partir de los negocios fiduciarios practicados en época republicana. Desde el estructuralismo jurídico creo ver ciertos paralelismos entre fideicomisos y *fiducia cum amico*, porque no creo que Augusto inventara *ex nihilo* la figura de los fideicomisos ni la *libertas fideicommissaria*: únicamente le dio valor jurídico y protección procesal con la *cognitio extra ordinem*.

No digo que los fideicomisos tuvieran su antecedente inmediato en los negocios fiduciarios, pero sin duda tomaron algunos elementos de éstos. En el antiguo derecho romano se llamaba *fiducia* a la convención mediante la cual quien recibía la propiedad de una cosa estaba civilmente obligado a restituirla si se daban las circunstancias que previamente habían previsto fiduciante y fiduciario. Es obvio que el fiduciante había enajenado una cosa propia al fiduciario confiando en su buena fe para readquirirla o para que el fiduciario la transmitiera a un tercero designado por el fiduciante; estructuralmente ésta es la esencia de la *fiducia cum amico* y de la *libertas fideicommissaria*.

Pregunto: ¿la *libertas fideicommissaria* es expresión normativa de Augusto o anterior, por ejemplo de Of.? Desde luego no me extrañaría que la gran sabiduría jurídica de Of. hubiera tratado en alguna ocasión la materia fideicomisaria, pues estoy convencido que Servio y los *auditores Servi* aportaron una gran renovación a la ciencia del derecho desde mediados del s. I a.C. Por eso decía al principio que el planteamiento doctrinal de las *libertates fideic.*, no sólo tiene una vertiente procesal indudable enmarcada por su protección exclusivamente ante la *cognitio extra ordinem*, que acaso nació por iniciativa

de Augusto para dirimir las contiendas *ex causa fideicommissi* que no tenían cabida en el *ordo iudiciorum privorum* dando ocasión a discusiones jurisprudenciales sobre la *libertas ex causa fideic.* Tampoco creo que Augusto dejara resuelto todos los problemas de la materia fideicomisaria que fueron desarrollando la jurisprudencia y la autoridad imperial mediante ss.cc. y rescriptos. El mérito de Augusto fue haber sido el primero en reconocer y dar validez jurídica a los fideicomisos que hasta entonces no siendo admitidos por el *ius civile* tradicional, hacía imposible tramitar las relativas contiendas con los esquemas del *ordo* por lo que tuvo que crearse para ello el nuevo sistema procesal de la *cognitio extra ordinem* superando los inconvenientes del *ordo*, y por eso todos los textos que tratan *de re fideicommissa* son importantes para el progresivo afinamiento sustantivo de la materia, y al mismo tiempo necesarios para la construcción de las características de la *cognitio extra ordinem*<sup>76</sup>; de ambos factores son ejemplo los comentarios o extensiones al s.c. Rubriano: D. 40,5,26,7; eod. 26,8 y 9; D. 26,4,3,3; D. 40,5,28 pr.; D. 40,5,33,1; D. 40,5,26 pr. Por todo ello todos convenimos que la *contumacia*<sup>77</sup> es una figura innovadora de la *cognitio extra ordinem* consistente en poder continuar el juicio a pesar de la ausencia culpable del demandado (lo que en la técnica procesal española llamamos juicio en rebeldía), lo que no podía ocurrir en el *ordo iudiciorum privatorum* donde el sistema procesal se basaba en el *animus litigandi* de las partes exteriorizado en la *litis contestatio*, y al ser la *cognitio* un proceso público dominado por la autoridad judicial de principio a fin, el juicio podía proseguir aunque el demandado se obstinara en no comparecer. Llegados a este punto creo conveniente traer en causa la atribución a Augusto de la admisión de los fideicomisos.

I. 2,23,1. *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praes-*

---

<sup>76</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 208, nt. 11, entiende estos textos muy significativos para la historia de la *cognitio*.

<sup>77</sup> A. TORRENT, s.h.v., cit., p. 218.

*tare id, de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterum gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustam videbatur et populare ert, paulatim est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam pretor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*

Acierta Impallomeni<sup>78</sup> al señalar que el fideicomiso (instituto esencialmente privatístico) mutua del legado algunos principios, y ya he dicho en líneas anteriores que otra inspiración importante del nuevo planteamiento procesal y sustantivo tanto de los fideicomisos como de la *cognitio extra ordinem* hay que buscarlo en el proceso provincial. Entiendo que en provincias debió ser difícilísimo instaurar un proceso con los esquemas de *ordo iudiciorum privatorum* dada la escasez *in situ* de un núcleo de *cives Romani* con seguros conocimientos jurídicos que pudieran asesorar a los provinciales y actuar como buenos *iudices privati*, de modo que lo más aproximado que puede decirse es que en provincias antes de la generalización de la *cognitio* se seguía un proceso formulario sin fórmulas<sup>79</sup>. A mi modo de ver en provincias nunca se aplicó cabalmente el *agere per formulas*; es más: en provincias antes de

<sup>78</sup> G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., p. 62.

<sup>79</sup> A. D'ORS, *Las fórmulas procesales del Bronce de Contrebia*, en *AHDE*, 50, 1980, pp. 1-20. La *Tabula Contrebiensis* es un documento epigráfico del 87 a.C. descubierto en la Hispania Tarraconense, que según d'Ors puede servir de base para sostener que el procedimiento de arbitraje tal como aparece en el texto pudo influir en el procedimiento romano del *agere per formulas*. No comparto esta visión demasiado restringida de d'Ors; por el contrario considero que los esquemas procesales en provincias estaban más cercanos a la *cognitio extra ordinem* que al anticuado *agere per formulas*; vid. A. TORRENT, *Consideraciones jurídicas sobre el bronce de Contrebia*, en *Cuadernos de trabajos de la Escuela Española de Historia y Arqueología en Roma*, 15, 1981, pp. 95-104.

que Augusto legalizara la *cognitio* ya se utilizaban los esquemas cognitorios (ésta es la enseñanza del Bronce de Contrebia que resuelve una disputa sobre servidumbres entre vascones y alavonenses en el 87 a.C.) resuelta por el gobernador de la Hispania Tarraconense que muestra el amplísimo *imperium* de los gobernadores romanos a finales de la época republicana que de algún modo anticipan en provincias la *cognitio extra ordinem* romana dispuesta por Augusto. Tampoco hay que desdeñar la *iurisdictio praetoria* que vemos reflejada en textos de materia fideicomisaria en los *libri ad edictum* de los juristas clásicos y específicamente en los *libri ad Edictum provinciale* de Gayo, siendo hoy corriente en la romanística que los edictos provinciales remedaban los de los pretores de la *Urbs* e incluso que los gobernadores redactaban sus edictos en Roma antes de instalarse en la provincia de su mando<sup>80</sup>. En este sentido I. 2,23,1 es un texto muy instructivo y ha dado lugar a muchos comentarios procesales y materiales<sup>81</sup>, lo que quiere decir tanto al plantear por primera vez la *cognitio extra ordinem* como proceso público sometido a la autoridad del Estado, como también para el reconocimiento del fideicomiso como instituto privatístico de derecho familiar y hereditario, que en el caso del fideicomiso de libertad tiene efectos patrimoniales privados (disminuye el valor de la herencia), atribuye el *ius patronatus* sobre los libertos, y a la vez publicísticos en cuanto preconiza la libertad de los esclavos que adquirirían el *status civitatis* que les correspondiese.

Ya he dicho que el fideicomiso de libertad acaso tuviera sus primeras manifestaciones en el campo de la reflexión jurídica por obra de Of. si tomamos por exacta la cita de Pomp. D. 40,4,4,1, que luego sería reconocido oficialmente por Augusto.

---

<sup>80</sup> A. TORRENT, *La conexión "edicta praetoria-edictum provinciale" en la "lex Irnitana" cap. 85*, en *RIDROM*, 13, 2015, p. 297 ss.; Id., *La "exceptio" del edicto de Bibulo para Siria del 51 a.C.*, en *IVRA*, 63, 2015, p. 163.

<sup>81</sup> Vid. los comentarios a este texto de G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 31 ss. e p. 122 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo*, cit., p. 135; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 231 ss.; M. KASER, *Gli inizi della cognitio extra ordinem*, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano, 1968, p. 176 ss. (y en *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1971, p. 171 ss.).

No olvidemos que Of. era *Caesari familiarissimus*<sup>82</sup> (Pomp. D. 1,2,2,44); que tuvo que estar al tanto si no es que influyó directamente en los proyectos codificatorios de César<sup>83</sup>; que César debía conocer a fondo los problemas hereditarios como se intuye en su idea de implantar un impuesto sobre las herencias<sup>84</sup> quizá influido por su amigo Rabirio adelantándose – al menos a nivel intelectual – a la *lex de vicesima manumissionum* de Augusto (5 d.C.); desgraciadamente las ideas geniales y reformistas de César no pudo llevarlas a término por su asesinato en los *idus* de Marzo del 44 a.C. pero sí su sobrino-nieto Augusto que en un ambiente muy distinto después de lograr la *pax Augusta* pudo llevar a cabo, entre otras el reconocimiento de los fideicomisos y la implantación de la *cognitio extra ordinem* que también pudo tener orígenes provinciales<sup>85</sup>, y si esto es así, las primeras manifestaciones de los fideicomisos de libertad podrían retrotraerse al último cuarentenio de la República si tenemos en cuenta que Of. debió morir en el período que va desde el asesinato de César al advenimiento del poder personal de Augusto en el 27 a.C.). Impallomeni<sup>86</sup> reconoce la posibilidad de fideicomisos en aquellas fechas republicanas, pero entiende más probable su reconocimiento posterior por obra de Augusto, acaso no plenamente aceptado porque a mediados del s. I d.C. en Cayo Cassio Longino (citado por Mec. D. 40,5,35) se observa cierta tendencia a atenuar la eficacia

---

<sup>82</sup> Vid. P. BIAVASCHI, “*Caesari familiarissimus*”. *Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra repubblica e principato*, Milano, 2011.

<sup>83</sup> A. TORRENT, *Ofilius nam de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligentes composuit*, en *SDHI*, 83, 2017, p. 39.

<sup>84</sup> En este sentido M.E. ORTUÑO, *Aulo Ofilio “de legibus vicesima primus conscribit”*, en *INDEX*, 43, 2015, p. 22 ss.

<sup>85</sup> Como recuerdan algunos testimonios ciceronianos que describen las corrupciones procesales de la prefectura de Verres en Sicilia (73-71 a.C.); vid. A. TORRENT, *L’eredità di Eraclio di Siracusa e le origini della cognitio extra ordinem*, en *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, Milano, 1980, p. 177 ss. No sirve a estos efectos la *Lex rivi Hiberiensis* porque el bronce que la contiene es de época adrianea y ya llevaba más de un siglo asentándose el procedimiento *extra ordinem*; vid. Id., “*Lex rivi Hiberiensis*”: desde el proceso formulario a la “*cognitio extra ordinem*”, en *INDEX*, 42, 2014, p. 544 ss.

<sup>86</sup> G. IMPALLOMENI, *Man. “mortis causa”*, cit., p. 65.

obligatoria de los fideicomisos de libertad, plenamente aceptada desde el s.c. Rubriano; claro que Cassio, uno de los juristas más importantes del s. I d.C cuyas obra no conocemos directamente<sup>87</sup>, discípulo de Sab., *consul suffectus* en el a. 30 y desterrado en el 65 por Nerón, mantiene un actitud conservadora, o que aún la jurisprudencia sabiniana no estaba muy convenida de la bondad de los fideicomisos.

Probablemente el domicilio del fiduciario indicaba el foro competente para reclamar la ejecución del fideicomiso en Roma, pero el s.c. Articuleiano, de época adrianea y muy poco conocido<sup>88</sup>, decidió que sería el del domicilio del esclavo correspondiendo en provincias al *praeses*<sup>89</sup> *la competencia para resolver el litigio causa cognita*. Esta indicación para conocer el foro competente sigue la vieja regla que el actor debe someterse al foro del demandado<sup>90</sup>, en nuestro caso el gravado (fiduciario) con la ejecución del fideicomiso, que podría implicar graves inconvenientes para el esclavo si tenía su domicilio en una provincia distinta o en una ciudad lejana. Con escrupulosa precisión Mec. (16 *fideic.*) D. 40,5,36,2 informa que la competencia en temas de fideicomisos de libertad no debe sufrir excepciones por causa de privilegios, ciudadanía, oficio, o condición del fiduciario<sup>91</sup> que para mí se está refiriendo al s.c.

---

<sup>87</sup> Vid. A. TORRENT, s.v. *Cassio Longino*, en *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 150.

<sup>88</sup> Su única noticia expresa es Marcian. (9 *Inst.*) D. 40,5,51,7, e indirecta de Mec. D. 40,5,36,2 que debió tener conocimiento suficiente de nuestro s.c.

<sup>89</sup> Scaev. (23 *Digestorum*) D. 40,5,19 pr.; Marcian. § cit. en nt. anterior.

<sup>90</sup> L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. de R. ORESTANO), Milano, 1938, p. 41.

<sup>91</sup> Mec. § cit.: *Nihil facit ad interpellandam iurisdictionem eius, qui de fideicommissa libertate cognoscit, privilegium cuiusque vel civitatis vel corporis vel officii, in quo quisque est, vel condicio personarum*. P. JÖRS, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit*, en *Festgabe Jhering*, Leipzig, 1892 (reed. Aalen, 1973), p. 171, a la vista de este § omite toda relación de Mec. con el s.c. Articuleiano, lo que parece una idea errónea; acaso Jörs atribuyera estas precisiones al s.c. Dasumiano, pero tampoco lo dice. En el sentido de entender errónea esta explicación de Jörs, G. IMPALLOMINI, *Man. "mortis causa"*, cit., p. 109, nt. 178.

Articuleiano o al Dasumiano. Krüger<sup>92</sup> avanza que estas reglas expuestas por Mec. se refieren exclusivamente al pretor, por lo que no debe entenderse que atañen genéricamente a todo órgano jurisdiccional, explicación errónea porque si el pretor solo actuaba en Roma quedaría fuera de esta regulación el *praeses provinciae* único órgano competente en provincias para conocer de *fideicommissariis libertatibus*.

Se discute si en Roma los fideicomisos eran competencia de los cónsules, tesis de Jörs<sup>93</sup> y Wenger<sup>94</sup>. Jörs entendía que los cónsules eran competentes para toda clase de fideicomisos excepto los de libertad, que correspondía al *praetor fideicommissarius*<sup>95</sup>; se sabe que en tiempos de Claudio se nombraron dos pretores para entender de *fideic.* que Tito redujo a uno. En nuestros días se admite la actuación de este pretor para los litigios en Roma y en provincias los *praesides*<sup>96</sup>, pero Castello<sup>97</sup> señala que no se puede precisar si fueron creados dos pretores fideicomisarios al tiempo de Claudio. Nicolau<sup>98</sup> excluye la competencia de los cónsules en materia de fideicomisos, e igualmente Krüger<sup>99</sup>, pero éste la atribuye no al *praetor fideicommissarius* sino a otro pretor no identificado. Impallomeni<sup>100</sup> también admite la competencia del *praetor fideicommissarius* pero introduce algún factor distorsionador porque entiendo que todos los textos que en general consideran la competencia jurisdiccional en cuestiones fideicomisarias son con-

---

<sup>92</sup> H. KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, en ZSS, 48, 1928, p., p. 171.

<sup>93</sup> P. JÖRS, *Gerichtsverfassung*, cit., p. 42 ss.

<sup>94</sup> L. WENGER, *Procedura civile romana*, cit., p. 52.

<sup>95</sup> Mencionado en las fuentes: Ulp. ( 5 *fideic.*) D. 35,1,92 que trata de un fideicomiso para emancipar al hijo; en algunos textos solo aparece el término *praetore* sin especificar su esfera concreta de competencia.

<sup>96</sup> Vid. R. RÖHLE, *Praetor fideicommissarius*, en RIDA, 15, 1968, p. 415; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 327 ss.

<sup>97</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 209.

<sup>98</sup> M. NICOLAU, "Causa liberalis". *Étude historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes*, Paris, 1933, p. 60 ss.

<sup>99</sup> H. KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit., p. 171.

<sup>100</sup> G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., p. 66.

cordes en atribuirla a partir de Tito a los cónsules y a un pretor fideicomisario; nunca se alude a un hipotético tercer pretor, pero no creo válida su observación que el *praetor fideic.* solo conociera en causas de poco valor; entiendo que ante todo la libertad no se puede reducir a valoración económica aunque los textos hablan de 20.000 HS según una constitución de Adriano citada en C. 7,4,2<sup>101</sup>, cifra no excesiva y lejos de los 200.000 HS (Cels. D. 31,29 pr.) en que debe intervenir la jurisdicción consular, pero no está claro si la discusión sobre la función de estas cifras tienen más que ver con el planteamiento doctrinal y normativo de las libertades fideicomisarias, o está planteada desde el punto de vista financiero para aumentar los ingresos fiscales procedentes de las manumisiones.

Lo cierto es que el texto que nos permite conocer los perfiles y el dictado original del s.c. Rubriano, el citado Ulp. D. 40,5,26,7, alude a un único *praetor* en Roma y es obvio que a un único *praeses* en provincias; en mi opinión esto obedece a razones de economía procesal que impedía abrir inútiles y retardadoras *quaestiones de iurisdictione*, que también preocuparon a juristas prácticos, decisiones senatoriales e intervenciones imperiales. Tenemos que pensar que juristas severianos del relieve de Ulp., su libro V de *fideicommissis* lo incluyó Lenel en el título de *fideicommissariis libertatibus*<sup>102</sup>, y el VI en *de iurisdictione fideicommissaria*<sup>103</sup>. Este afán por delinear la *iurisdictione fideicommissaria* acaso se deba a dejar claramente diferenciada la *iurisdictione* del *praetor fideic.* de la del *praetor de liberalibus causis*<sup>104</sup> creado en época severiana.

Aparte de este relieve procesal interesaba una cuestión sustantiva que vino a resolver el s.c. Rubriano: el *ius patro-*

---

<sup>101</sup> Constitución aplicada con algunas variaciones según Ulp. (14 ad Ed.) D. 5,2, §§ 8, 9, y 17.

<sup>102</sup> O. LENEL, *Pal.*, II, p. 917.

<sup>103</sup> O. LENEL, *Pal.*, II, p. 924, quizá para distinguir el *praetor fideicommissarius* del *praetor de liberalibus causis* que todos convenimos había sido creado en época severiana; vid. M. NICOLAU, “*Causa liberalis*”, cit., pp. 67-70; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, pp. 126-135.

<sup>104</sup> Vid. M. NICOLAU, “*Causa liberalis*”, cit., pp. 67-70; G. FRANCIOSI, cit. en nt. anterior.

*natus sobre los libertos*. Castello<sup>105</sup> deriva de D. 40,5,26,7 que hasta el día de la sentencia emanada por el *praetor* que privaba del *ius patronatus* al obligado a efectuar la manumisión fideicomisaria por su rebeldía a comparecer *in iudicio*, éste podía efectuarla sin perder el derecho, siendo la pérdida del *patronatus* la única sanción conminada por los ss.cc. Opino que Castello reduce la cuestión a un problema económico que parece poner por encima del jurídico: quien es el titular del *ius patronatus* con las indudables ventajas económicas subsiguientes. Pero esta explicación economicista es eludida por Castello al decir simplemente que los comentarios sobre el s.c. Rubriano de los juristas de los s. II y III d.C. no son fruto de erudición ni de academia, sino dictados por la necesidad de resolver los problemas que el Rubriano había comenzado a plantear además de otras fuentes relevantes: ss.cc. Dasumiano, Articulaeiano, Iunciano, Articuleiano, Vitrasiano, y constituciones imperiales, pero esto sólo resuelve parcialmente el problema dadas las incertidumbres planteadas por Cassio a mediados del s. I d.D. con las incipientes disputas entre sabinianos y proculeyanos que enlazaban con las de mucianos y servianos. Que hubiera disputas en las corrientes jurisprudenciales de la época lo demuestra que el tema preocupaba a los juristas y a la cancillería imperial; a los juristas interesaba dejar resuelto el tema doctrinal de la configuración de los fideicomisos en general, y los de libertad de los esclavos en particular; a la cancillería imperial la atribución de la titularidad del *ius patronatus* y los ingresos fiscales procedentes de aquellas manumisiones. Me parece ver en Castello un leve apunte economicista al expresar que «siccome il s.c. Rubriano iniziò a rimuovere gli ostacoli che impedivano di dare pronta esecuzione ad un fedecommesso di libertà disposto a favore de un schiavo, risulta già evidente la sua importanza da questa priorità temporale». Castello parece apuntar a que la promulgación del s.c. Rubriano respondía a una exigencia urgente, pero no lo veo así; no hay tanta celeridad porque el *evocatus* tenía que ser convocado varias veces, aunque es cierto que el *prae-*

---

<sup>105</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., pp. 210-211.

tor constatada la rebeldía del demandado manifestaba fulminantemente su *pronuntiatio* declarando la libertad del esclavo y determinando el titular del *ius patronatus* sobre el mismo, y destaco que Ulp. solamente habla de un único *praetor* (D. 40,5,26,7: *si causa cognita praetor pronuntiasset libertatem his deberi*; D. eod. 8: *... obreptum tamen praetori est de libertate pronuntiatumque*; D. eod. 9: *Evocari autem a praetore oportet eos, qui fideicommissam libertatem debent...*).

Estos §§ de Ulp. suscitan algunas reflexiones; en primer lugar que el *iudex* (*praetor* en Roma, *praeses* en provincias), pero sobre todo el *iudex* en Roma era un pretor especial: *praetor fideicommissarius* como también era especial la figura de los fideicomisos que empezó a contar con disposiciones normativas propias a partir de Augusto que en los primeros momentos compartió con los cónsules la *iurisdictio fideic.*<sup>106</sup>. Desde Claudio (41-54 d.C.) está documentada la *iurisdictio fideic.* especializada a cargo de uno o dos *praetores*, prueba del creciente auge de los fideicomisos, acaso por su libertad formal que superaba los rigurosos *verba* impuestos para su eficacia a la *voluntas testatoris* en la época republicana, y acaso también porque los nuevos fideicomisos permitían eludir las prescripciones de las leyes limitadoras de las manumisiones de Augusto y Tiberio<sup>107</sup>: *leges Fufia Caninia de manumissionibus* (2 d.C.<sup>108</sup>), *Aelia Sentia* (4 d.C.<sup>109</sup>), y *Iunia Norbana* (19 d.C.<sup>110</sup>). En todo caso hablar *de re fideic.* era un tema suficientemente atractivo como dan muestra la serie de ss.cc. que trataban la figura, que insisto, no solo resolvían cuestiones procesales<sup>111</sup> al compás del

---

<sup>106</sup> De esta *iurisdictio* compartida da cuenta Pap. (22 *quaest.*) D. 40,14,4 que al tratar de la libertad de las personas implicaba la misma doctrina para los esclavos. Algunos rechazan esta opinión, pero vid. la crítica de G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, cit., p. 125 ss.

<sup>107</sup> Sobre el tema, L. RODRIGUEZ ALVAREZ, *Las leyes limitadoras de las manumisiones en época augustea*, Oviedo, 1978.

<sup>108</sup> Vid. A. TORRENT, s.h.v., cit., p. 604.

<sup>109</sup> A. TORRENT, s.h.v., cit., p. 591.

<sup>110</sup> A. TORRENT, s.h.v., cit., p. 612.

<sup>111</sup> Vid., A. SPINA, *Giudicato e cause de libertà*, en *Res iudicata*, L. GAROFALO (ed.), Napoli, 2015, p. 257 ss.

desarrollo de la *cognitio extra ordinem*, sino también sustantivas sobre la libertad de los esclavos instrumentada en vía fideicomisaria. De ahí que no parece cierta la tesis de Krüger de recurrir a un pretor no identificado, de donde es fácil deducir que el s.c. Rubriano confiara la competencia de estos litigios al *praetor fideicommissarius*<sup>112</sup>, y de la importancia de su regulación dan cuenta las fuentes que lo comentan.

La ciencia romanística da por demostrado que su contenido esencial versaba sobre las libertades fideicomisarias que el obligado a procurarlas no había efectuado, discutiéndose el *ius patronatus* sobre los libertos y resistiéndose el demandado a seguir el relativo proceso: *evocati a praetore adesse noluisse* (Ulp. D. 40,5,26,7), lo que en sí mismo ya suscita problemas de derecho sustantivo sobre aquella manumisión fideicomisaria y como se había ido imponiendo la nueva figura de los fideicomisos; no menor fue la discusión sobre los problemas procesales que necesariamente se decidían en el nuevo sistema de la *cognitio extra ordinem* coexistente hasta época severiana con el procedimiento formulario, hasta el punto que leyendo muchos textos jurisprudenciales contenidos en el Digesto dan la impresión de que nada había cambiado y seguía vigente el procedimiento formulario, que por otro lado tengo la convicción que nunca se aplicó en provincias en sus estrictos términos.

Siguiendo a Luzzatto también he dicho que la *cognitio* tomó algunos principios del *ordo iudiciorum privatorum*, pero su sustanciación era totalmente distinta. El *praetor fideic.* no podía abrir el proceso por su propia iniciativa, porque para ello seguía siendo necesaria la *petitio fideicommissi* según el proceso formulario sustituida en la *cognitio* por la *denuntiatio*, a la que seguía la notificación del magistrado al *rogatus* en su casa convocándole para el juicio correspondiente en el que pudiera alegar sus razones para oponerse y no quedar *indefensus*, pero si en el *ordo* la presencia del demandado era absolutamente necesaria en la *litis contestatio* sin cuya adhesión se paralizaba el proceso, en la *cognitio* el proceso conti-

---

<sup>112</sup> En este sentido C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 212.

núa adelante *in absentia* del demandado; como rememoración de los antiguos principios formularios se seguía requiriendo su presencia aunque con la *cognitio* no era absolutamente necesaria. Siguen vigentes en ambos sistemas procesales las reglas esenciales del principio del contradictorio, y de ahí la necesaria notificación al demandado en la *cognitio* que en primer lugar obviamente tenía que serle entregada en su casa<sup>113</sup>. Las fuentes son concordes sobre este punto; Ulp. (1 *ad Ed.*) D. 39,2,4,5 lo explica con toda claridad: *Praetor ait: si dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam*. Obviamente la *domus* es el primer lugar en el que debe presentarse la notificación de la *petitio libertatis*, pero caben otras posibilidades.

D. 39,2,4,5. *Praetor ait: "dum eum, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam", abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat: verecunde autem praetore denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. sed "domum in quam degit, denuntiari" sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur. quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis.*

Las cautelas para *denuntiari* fehacientemtene al fiduciario recalitrante son expresas: hay que notificar el proceso en su casa en primer lugar, si habita en otra distinta, en ésa; si no se encuentra allí en su *praedium* (que yo traduzco por fundo rústico), y si no a su *procurator*<sup>114</sup> o a sus inquilinos (se entiende que tiene su casa u otra distinta dada en arrendamiento). Todo esto es necesario para declarar *absens* al fiduciario, pero no parali-

---

<sup>113</sup> Prefiero hablar de casa y no de domicilio, que requeriría mayores explicaciones; vid. con lit. L. GAGLIARDI, *Osservazioni in tema di domicilio degli "incolae". La distinzione tra "incolae" di città e "incolae" di campagna*, en L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA, *Gli statuti municipali*, Pavia, 2006, p. 647 ss.; ID, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici*, I, *La classificazione degli "incolae"*, Milano, 2006.

<sup>114</sup> Paul. (1 *sent.*) D. 3,3,71: *Absens reus causae absentiae per procuratorem reddere potest*. L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 15, nt. 14, explica que también si en este caso no se hubiese presentado ninguno para asumir la *defensio* del demandado explicando los motivos que lo tenían alejado del juicio.

za el proceso como sucedía en el *ordo*, sino que el *praetor fidei-commissarius* procede hasta la *pronuntiatio libertatis in absentia* del demandado una vez suficientemente justificado que no se le pudo encontrar. Me parece una obviedad la escueta cita de Pomp. por Ulp. que sólo se explica por la voluntad de acortar los textos clásicos de que hacen gala los compiladores instados por el propio Justiniano, y también habría sido interesante una deseable interpretación histórica de Pomp. sobre la *absentia* que cita a Of. en D. 40,4,4,1 como tuvimos ocasión de examinar, como también la de Plaut. al que había extractado Pomp., y planteo una pregunta que hoy por hoy es difícil contestar ¿sería la *absentia* un tema tratado por los *auditores Servi*?

En otro § Ulp. ofrece una definición que Lenel<sup>115</sup> da por descotado que se refiere a las *extroordinariae cognitiones* y en este § especialmente referida al nombramiento de tutores, en mi opinión es también referible a las *libertates fideicommissariae*. También entiende D'Amati que los compiladores atribuyeron al texto un ámbito general y extensivo.

D. 50,16,199 pr. (Ulp. 8 *de omn. trib.*). *Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus. et si forte extra continentia urbis sit, abest. ceterum usque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet. 1. Abesse non videtur, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur.*

Inicialmente ya parece significativo la colocación de este § por los compiladores en el título 16 *de verborum significatione* del libro 50<sup>116</sup> que permite pensar en su aplicabilidad genérica,

<sup>115</sup> O. LENEL, *Pal.*, II, p. 1001.

<sup>116</sup> Vid. los relieves generales sobre este título que por ser el penúltimo de todo la labor compilatoria del Digesto justiniano tiene un valor general. Vid. sobre este título que para mí es uno de los más interesantes e instructivos del D., M. MARRONE, *Osservazioni su D. 50,16*, en *AUPA*, 14.2, 1998, p. 41 ss. (y en *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, p. 509 ss.); ID., *Le "significationes" di D. 50, 16*, en *SDHI*, 60, 1994, p. 583 ss. (y en *Scritti giuridici*, I, cit., p. 527 ss.); ID., *Nuove osservazioni su D. 50,16 "de verborum significatione"*, en *SCDR*, 7, 1995, p. 169 ss. (y en *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, p. 561 ss.).

aunque para Martini<sup>117</sup> esta definición se coloca entre aquéllas que no permiten determinar con suficiente certeza la ocasión para la que habían sido formuladas<sup>118</sup>. En todo caso Ulp. señala diferentes situaciones espaciales del ausente: no es *absens* el que se encuentra en la ciudad (*in eo loco quo petitur*, literalmente no cita la ciudad, pero se deduce de Ulp. D. 39,2,4,5), o en territorios cercanos (*extra continentia urbis*, los suburbios diríamos en terminología territorial moderna) a no ser que incurriera en *latitatio*<sup>119</sup> o lo hiciera para ocultarse a la acción de la justicia. Hasta aquí parecen explicaciones racionales. Obviamente es *absens* el que se encuentra en una circunstancia extraordinaria en la que no se le puede convocar: *nam enim trans mare desideramus* (no podía ser *vocatus in ius*), añadiendo Ulp. en eod. 1 una circunstancia que podemos considerar razonable: no es *absens* el *hostibus captus* pues jurídicamente se convertía en *servus hostium* perdiendo su *status*; era distinta y más discutible la situación del retenido por los ladrones (*qui a latronibus detinetur*<sup>120</sup>) identificando de alguna manera *latrones* y *praedones* que no dejaban de ser manifestaciones del bandidaje pues el *rogatus* no perdía todos sus derechos sino únicamente la libertad; incluso esta privación de la libertad era temporal y no constituía *causa servitutis*, sino que solamente se ejercía sobre el retenido una violencia de hecho<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 342, nt. 545.

<sup>118</sup> Vid. también sobre el análisis de este § en A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche*, cit., p. 23 ss.

<sup>119</sup> Sobre *indefensio* y *latitatio* vid. L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 23 ss.

<sup>120</sup> Los juristas romanos consideraban distintas las situaciones del *hostibus captus* y del retenido *a latronibus* poniendo en un mismo plano *latrones* y *praedones*. La sociedad romana estuvo casi siempre, por no decir siempre, inmersa en fenómenos de bandidaje y latrocinio. Las XII Tab. penaban severamente el *furtum*, figura que se fue aquilitando en la evolución normativa y jurisprudencial; vid. J.D. CLOUD, *The primary purpose of the "lex Cornelia de sicariis"*, en ZSS, 86, 1969, p. 178 ss.; V. GIUFFRÈ, *Latrones desertoresque*, en LABEO, 27, 1981, p. 214 ss.; desde un enfoque muy general y a la vez muy bien informado L. LACCHÉ, *"Latrocinium": giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano, 1988.

<sup>121</sup> R. ORTU, *"Captus a privati": schiavitù di fatto*, en RDR, 10, 2010, p. 3 ss.; seguido por L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 18.

Se advierten ciertas analogías entre los ulpianos D. 50,16,99 y D. 39,2,4,5 aunque se refieren a distintas situaciones de hecho. En el segundo las reglas sobre la *absentia* son extraídas del comentario de Ulp. al edicto sobre la *cautio damni infecti* municipal<sup>122</sup>, y amparándose en la autoridad de Pomp. llegaba a la conclusión que el pretor antes de ordenar una *missio in possessionem ex primo decreto* requería una nueva citación en la *domus* del *evocatus*, que a propósito de la frase *denuntiari iubere* suscita el tema si se tratase de una *denuntiatio ex auctoritate* pública o privada<sup>123</sup>. En definitiva todo el problema se centraba en cuando podía considerarse ausente al llamado a un juicio del que se seguiría la *inmissio* en los bienes del *vocatus* a quien se apremiaba para dar garantías por eventuales daños temidos y el peligro de producirse el daño requería una específica citación o *denuntiatio ad domum*. No veo claro en el § ulpiano que el magistrado debe actuar *verecunde*<sup>124</sup>. *Verecundia* es un término de indudable complejidad semántica<sup>125</sup> pero no interpolado<sup>126</sup> que tiene un significado de acto realizado con discreción, reservadamente, contra los legitimados pasivos y en primer lugar contra el *vocatus* ausente del proceso que por la singularidad del peligro del posible daño requería una específica *vocatio ad iudicium*. Stolfi<sup>127</sup> estima que la *verecundia*, término elegante a su juicio, hay que atribuirlo a Pomp. y no a Ulp. interpretándola en el sentido de límites y cautelas para «varcare la soglia della

---

<sup>122</sup> O. LENEL, *Pal.*, II, p. 422; Id., *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927<sup>3</sup>, p. 53.

<sup>123</sup> Vid. sobre el tema, L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1934 (reed. Roma, 1971, p. 120 ss.); le sigue L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 20.

<sup>124</sup> Frase interpolada según S. SOLAZZI, *Miscellanea*, en *AG*, 94, 1925, p. 58 ss. (y en *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 70).

<sup>125</sup> L. D'AMATI, *Inatt.*, cit., p. 21, nt. 31.

<sup>126</sup> Vid. T. MAYER-MALY, “*Verecundia*” in *der Rechtssprache*, en *Estudios Iglesias*, I, Madrid, 1985, p. 375 ss. Add. A. SICARI, “*Leges venditionis*”. *Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996, p. 238 ss.

<sup>127</sup> E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 69, nt. 94.

*domus*)<sup>128</sup> antes que atribuirla a una actuación prudente del pretor que es como la interpreta Licandro<sup>129</sup>. Entiendo que las circunstancias necesarias para la *vocatio in iure* citadas por Pomp.-Ulp. D. 39,2,4,5 *ex causa damni infecti* son perfectamente aplicables a los procesos *ex causa fideicommissi*.

Después de haber visto estas cuestiones procesales, parece evidente que el s.c. Rubriano contemplaba la situación del heredero fiduciario (en el 119 d.C. el s.c. Dasumiano extendió esta situación a cualquier obligado<sup>130</sup>) que se negaba a seguir un proceso de libertad fideicomisaria de un esclavo una vez *evocatus* por el magistrado para que efectuara la manumisión del esclavo. Notificado en su casa el magistrado no podía sacarlo de ésta a la fuerza, y así lo señala Ulp.: *praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua*, con todas las variaciones para entender dónde podía encontrarse el demandado para la *denuntiatio*; en su casa, en la de un vecino, en su fundo rústico (*ad continentia* y *extra continentia urbis*), o incluso dejar la *denuntiatio* a los inquilinos del demandado; no por supuesto *trans mare* donde racionalmente no podía ser efectuada la *vocatio a praetore* obligando a los juristas severianos a puntualizar todos los problemas del espacio territorial donde pudiera encontrarse el *reus*. Los juristas al comentar este s.c. dejan claro que el magistrado no podía declararlo *absens*, que si en el *ordo* paralizaba el proceso, aquel requisito fundamental de la presencia *in iure* se obviaba en la *cognitio extra ordinem* pudiendo seguir adelante el *iudicium* sin su presencia. Tanto Lab.<sup>131</sup> como Capitón<sup>132</sup> aunque son de los primerísimos tiempos del Principado y de diferente adscripción política e ideológica, se muestran respetuosos con la *libertas* del ciudadano

---

<sup>128</sup> Vid. sobre el tema D. MANTOVANI, *Un'insegnamento della palingenesi leneliana dei Digesta di Giuliano (Paul. 1 ad Ed. D. 2,4,19,21 e l'in ius vocari de domo sua*, en AUPA, 40, 2005, p. 160 ss.

<sup>129</sup> O. LICANDRO, "In ius vocatio" e violazione del domicilio, en SDHI, 47, 1991, p. 205 ss.

<sup>130</sup> A. TORRENT, *El senadoconsulto Dasumiano y las "libertates fideicommissae"*, pendiente de publicación.

<sup>131</sup> Gell. N. A. 13,2; 3, 4, 5, &; y 13,3; 4.

<sup>132</sup> Gell. N. A. 13,12,4.

de vivir donde quisiera, y los magistrados (se están refiriendo a los *tribuni plebis*) no podían limitarla ni imponerles una *vocatio* sino en los casos previstos por la ley según los *mores maiorum* que en este punto eran adherentes a los principios del *ordo iudiciorum privatorum*.

Pero como señala Castello<sup>133</sup>, Augusto había introducido en materia fideicomisaria una innovación importante permitiendo al órgano juzgador (cónsul, y poco después, desde luego con Claudio a los *praetores fideicommissarii*) *interponere auctoritatem suam* (I. 2,23,1), y si debían utilizar la *evocatio* para hacer factible la presencia del ausente en el proceso, hubo necesidad de nuevas reglas que limitaran aquel poder que podía llegar a inducirlos a utilizar la fuerza contra el ausente para que participara en el proceso. En esta senda se mueve el s.c. Rubriano que según Castello de este modo se explica la cautela del senado en tiempos de Trajano para proteger a los que vivían en Roma de convocatorias arbitrarias del magistrado. Parece demasiado atrevida esta explicación que sitúa al s.c. Rubriano como un remoto antecedente del *habeas corpus*. Según Castello nuestro sc. no se limitaba solamente a prescribir la *evocatio a praetore* frente al acusado de no querer cumplir la manumisión fideicomisaria teniendo la posibilidad de hacerlo, sino que precisaba que en la hipótesis de su ausencia del proceso debía ser efectuada una *causae cognitio* para dar por cierto que el demandado no quería presentarse antes de su *pronuntiatio* que declaraba la libertad del esclavo; en ese momento privaba al fiduciario del *dominium* sobre el esclavo y del *ius patronatus* sobre el liberto; por ello, dice Castello, en época de Trajano el s.c. Rubriano se atiene al criterio más general de no constreñir por la fuerza al *evocatus* a presentarse en juicio y a no condenarlo por una simple sospecha, con lo que da la impresión que Castello entiende el tenor de nuestro s.c. como una disposición en favor del demandado, y no como entiendo yo, como disposición en favor del mejor y más rápido cumplimiento de la *voluntas testatoris* y de la *libertas servorum*.

---

<sup>133</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., pp. 214-215.

A mi modo de ver Castello retuerce los argumentos procesales, y no creo que la finalidad del s.c. Rubriano sea la que piensa, porque nuestro s.c. perfila claramente las causas para excusar al demandado de su presencia en juicio después de haber sido *evocatus a praetore*, sin cuya *evocatio cessat Rubrianum*<sup>134</sup>, *evocatio* que debía ser ordenada por el magistrado como requisito indispensable en la *causae cognitio* que debía efectuar, pero en contra de lo que se disponía en el proceso formulario, en la *cognitio extra ordinem* debidamente *evocatus* el demandado, su incomparecencia no paralizaba el proceso ni la correspondiente *pronuntiatio* sobre la *libertas fideicommissaria*. En terminología moderna podría decirse que la *evocatio* constituye una garantía procesal para el justiciable sin la cual cesaba la aplicación del s.c. Rubriano, o puede verse desde otro punto de vista: para evitar la posible arbitrariedad del magistrado. Creo que choca también la explicación de Castello con el principio de rápida ejecución de todo negocio jurídico basado en la *fides* que regía desde los primeros tiempos del Principado. De esta pronta ejecución, además de los textos referidos a las *manumisiones* testamentarias, dan cuenta:

D. 40,4,41,2 (Pomp. 3 *ex Plaut.*): *Labeo scribit, si sic libertas relicta sit: "Stichus intra annum, postquam mortuus ero, liber esto", statim eum liberum esse.*

D. 40,4,18 pr. (Jul. 2 *ad Urseium Ferocem*): *Qui duos heredes instituerat, post alterius mortem servum liberum esse iusserat, is ex cuius morte libertas pendeat, vivo testatore decesserat. Sabinus respondit liberum futurum.*

La *evocatio* era una orden directa intimatoria del magistrado al gravado con una manumisión fideicomisaria<sup>135</sup> característica de la *cognitio* e inexistente en el *ordo* que requería continuos impulsos de las partes para instaurar y proseguir el

---

<sup>134</sup> D. 40,5,26,9: *Evocari autem a praetore oportet eos qui fideicommissum libertatem debent: ceterum nisi fuerint evocati, cessat Rubrianum senatus consultum.*

<sup>135</sup> Vid. C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 217.

proceso. La novedad a partir de Augusto tanto como figura sustantiva (fideicomisos), como el nuevo sistema procesal (la *cognitio*), plantean desde los primerísimos momentos del Principado nuevos problemas, unos sustantivos y otros procesales. Comenzaré por los procesales: ¿podía el magistrado disponer la *evocatio* por ciencia propia sin requerir ninguna petición de parte?; ¿por haber conocido a través de terceros que el gravado no quería realizar la manumisión dispuesta por el testador o la retrasaba sin motivo justificado en aquellos casos en que el testador confiaba el cumplimiento de sus disposiciones a la *fides* de un tercero, bien su heredero o un *extraneus*?; precisamente los actos probados realizados *contra fidem* -y la *fides* era la piedra angular de los fideicomisos – eran actos reprobables que conducían a la resolución judicial declarando la libertad del esclavo<sup>136</sup>; ¿podía cualquier ciudadano dirigirse al magistrado haciéndole saber aquel incumplimiento o retraso?; ¿podía hacerlo el mismo esclavo<sup>137</sup> obviamente interesado en conseguir su libertad?; claro que estas denuncias serviles no eran válidas por sí mismas sino después de una evaluación positiva en la *causae cognitio* del magistrado para proceder a la *evocatio*, ¿era suficiente presentar las *tabulae testamenti*?; ¿estaba ya admitida plenamente la *cognitio extra ordinem*?; y abro este punto interrogativo teniendo muy presente que Nerón en el 58 d.C. ordenó que todos los procesos en que estaban involucra-

---

<sup>136</sup> Vd. D. 5,1,53 (Hermog. 1 *iuris epit.*)

<sup>137</sup> G. PROVERA, *La vindictio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino, 1964, p. 51 ss. El tema es discutido; C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 219, nt. 39, entiende que Ulp. D. 40,5,26,7 no permite sostener que el esclavo estuviese autorizado a estar en juicio personalmente para obtener la libertad, pero esto era posible después de una constitución de los *Divi Fratres* traída en causa por Up. (6 *Disputationum*) D. 40,1,4 pr. Sería la misma constitución que autorizaba al *servus suis nummis emptus* asumir personalmente la defensa de su libertad citada por Ulp. D. 40,5,26,6. Asombra que poco más de medio siglo los *Divi Fratres* a partir del s.c. Rubriano hubieran al esclavo *suis nummis emptus* defender ante el pretor su propia libertad Vid. T. FINKENAUER, *Anmerkungen zur redemptio servi suis nummis*, en *Festschrift Knütel*, Heidelberg, 2004, p. 345 ss.

dos los *publicani* se tramitasen mediante la *cognitio*<sup>138</sup>, y que los problemas desde Augusto solo podían tramitarse mediante la *cognitio* dado la imposibilidad de tramitarse según el *ordo*.

Traeré ahora en causa problemas sustantivos: ¿no eran secretas las disposiciones contenidas en un testamento<sup>139</sup>? ¿estaban suficientemente desarrollados en época del s.c. Rubriano principios coherentes y generalmente aceptados por la jurisprudencia sobre los fideicomisos? Planteo este interrogante a la vista de las vacilaciones de Cassio Longino a mediados del s. I d.C. según cita de Mec. D. 40,5,36, pero en época de Nerva y Trajano es evidente que un siglo de andadura de los fideicomisos había dado sus frutos y ya estaba incorporado al acervo de instituciones jurídicas encontrando en el s.c. Rubriano su más enérgica defensa, en mi opinión tutelando el cumplimiento de la *voluntas testatoris* y en favor de los esclavos; ¿se debía el *favor libertatis* que algunos han visto como fundamental en

---

<sup>138</sup> Vid. A. TORRENT, *Los "publicani" y la "lex Portus Asiae"*, en *Scritti Corbino*, 7, Tricase, 2016, p. 186.

<sup>139</sup> Vid. en sentido afirmativo G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano*, I, *Il testamento*, Milano, 1966, p. 30 ss. e p. 126 ss.; M. AMELOTI, *Il testamento attraverso la prassi documentale*, I, *Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, p. 169 ss., entendía que los testamentos de la primera época clásica eran siempre nuncupativos; add. Id., *L'evoluzione del testamento romano classico attraverso la documentazione in specie papirologica*, en *Atti del II Congresso internaz. di Papirologia*, Milano, 1966, p. 61 ss. (y en *Scritti giuridici*, Torino, 1996, p. 420 ss.). En Petronio, *Satyricon*, 71 y 141,2-4, se lee que en ocasiones muy solemnes el testador hacía leer su testamento con lo que daba a conocer públicamente su voluntad de manumitir sus esclavos, lo que permitiría al esclavo manumitido fideicomisariamente pedir que el pretor confirmase su libertad. A la vista de estas fuentes parece claro que el pretor en su *causae cognitio* debía dar crédito a estas noticias liberales y declarar en su sentencia la libertad del esclavo. El crédito a las noticias proporcionadas por los esclavos está evidenciado en la *ultio necis* del s.c. Silaniano con las declaraciones de los esclavos denunciando a quien o quienes habían dado muerte a su *dominus*; vid. A. TORRENT, *Ultio necis, indignitas y senadoconsulto Silaniano*, en *BIDR*, 2001-2002 (pero 2009), p. 67 ss., informaciones que permitían averiguar quién fue el asesino beneficiando a los esclavos informantes con el *premium libertatis*; Id., *"Premium libertatis ex senatus consulto Silaniano"*, en *INDEX*, 37, 2009, p. 271 ss. Estos datos me parecen relevantes para demostrar una cierta autonomía de los esclavos ante los magistrados dado que el s.c. Silaniano *de servis* es del 10 d.C. Vid. Id., s.h.v., cit., p. 1163.

los procesos de libertad fideicomisaria a los nuevos principios del cristianismo, quizá ya difundidos en época severiana pero que no se generalizarían hasta el Edicto de Milán del 313; a una nueva ética o a causas meramente económicas?; ¿podían los esclavos<sup>140</sup> dirigirse directamente al pretor para darle cuenta que el fiduciario retrasaba o se negaba a cumplir el fideicomiso de libertad e instruyera la correspondiente *cognitio ex s.c. Rubriano*? A mi modo de ver a este último interrogante hay que dar una respuesta positiva<sup>141</sup>, y en general como hemos ido viendo, la mayoría de estos interrogantes encuentran pautas precisas en el s.c. Rubriano, que completaría el Dasumiano en época de Adriano.

En realidad el s.c. Rubriano había delineado una *cognitio* especial con la que el esclavo manifiestamente retardada su manumisión *ob absentia sine iusta causa* del *evocatus*, se dirigía al magistrado para pedirle que abriera una *cognitio ex s.c. Rubriano* con la finalidad de alcanzar su libertad tal como había dispuesto su *dominus* desautorizado por el retraso o incumplimiento de la *fides* por el demandado infiel. El magistrado solo tenía que realizar una *causae cognitio* y comprobada la certeza de la disposición fideicomisaria de libertad y la ausencia del demandado *sine causa* o su rebeldía para comparecer en el proceso, pronunciar la libertad del esclavo que el *rogatus* obstaculizaba con su actitud negatoria atentando contra la *voluntas testatoris* cuyo cumplimiento garantizaba nuestro s.c., que otorgando competencia jurisdiccional exclusiva al *praetor fideicommissarius* en estos temas simplificaba un proceso en

---

<sup>140</sup> Que los esclavos pudieran actuar por sí mismos ante los magistrados está documentado por las informaciones denunciando ante los cónsules una serie de conjuras, como la efectuada en época monárquica en tiempos de Tarquinio el Soberbio reprimida por Junio Bruto (Liv. 2,4 y 5), que aunque Liv. la da por cierta, la moderna crítica histórica plantea serias dudas al respecto; más creíble sería la información (delación) procurada por algunos esclavos a los magistrados *maiores* de la época (¿los *tribuni militum consulari potestate*?) para aplastar la revuelta servil del 413 a.C. testimoniada por Liv. *Per. 4*; Dion. Hal. 12,6,6. Vid. M. CAPOZZA, *Movimenti servili nel mondo romano in età repubblicana*, I, *Dal 501 al 184 a.C.*, Roma, 1966, p. 67 ss.

<sup>141</sup> En este mismo sentido C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 218.

que para iniciarlo y ordenar la *evocatio a praetore* bastaba al magistrado tener noticia por el propio esclavo o por un tercero del retraso o incumplimiento de la concesión de libertad. A tenor del s.c. Rubriano es evidente que el magistrado tuviese una o varias entrevistas con el esclavo o el tercero antes de ordenar la *evocatio*<sup>142</sup>, orden que se hacía efectiva por los que podríamos llamar funcionarios inferiores (*aediles*, acaso *quaestores*), y de ahí las minuciosas descripciones de la casa, domicilio, predio, o lo que fuera donde poder notificar al demandado que desde mi punto de vista supone una garantía para el justiciable que no impedía ante el fracaso de no encontrarlo que el magistrado lo declarara *absens* continuando el proceso hasta la sentencia.

No cabe duda que el s.c. Rubriano promulgó una norma innovadora importante, tanto en el campo sustantivo afirmando la importancia de los fideicomisos como en el campo procesal introduciendo un tipo de proceso que superaba con creces los inconvenientes de la antigua *vindicatio ex servitute in libertatem* que requería un *adsertor in libertatem* en la época del *ordo*, simplificando extraordinariamente los ritos procesales con la *cognitio extra ordinem* que daba un paso gigantesco en el reconocimiento procesal de los fideicomisos casi cuarenta años después de que Nerón impusiera obligatoriamente la *cognitio* para las controversias en que intervenían *publicani*. Ambos casos entrarían en lo que llamamos modernamente jurisdicción especial.

Aún podemos extraer más enseñanzas del citado D. 40,5,26,7 de Ulp. aportando gran información sobre las *libertates fideic.* con todos los pasos que conducirían en su caso a la liberación del esclavo que resume Castillo<sup>143</sup> del siguiente modo: a) que el esclavo fuese hereditario; b) que la manumisión fuese fideicomisaria; c) que el heredero (o el causahabien-

---

<sup>142</sup> En este sentido C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 219.

<sup>143</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., pp. 220-221.

te) tuviera capacidad para manumitir<sup>144</sup> y tuviese el esclavo a su disposición; d) que el retraso en la concesión de la libertad fuese injustificado; e) que la *evocatio* hubiese sido enviada al domicilio del interesado y llevada a cabo en los modos debidos; f) que el *evocatus adesse nolisset apud praetorem*.

Este último factor es el gran tema del s.c. Rubriano, y todas las minuciosidades de la *evocatio* tratando de notificarla rigurosamente donde pudiera ser encontrado el *rogatus*, se dirigen tanto a verificar su *absentia* o *latitantia* como para alejar con la *causae cognitio* cualquier actuación autoritaria del pretor que pudiera ocasionarle un daño (originado por ejemplo por calumnias contra el gravado con el fideicomiso), o que el esclavo pretendiera conseguir una libertad que no le era debida<sup>145</sup>. De este modo el pretor podía llevar adelante el proceso sin que estuviera el fiduciario presente y dictar una *sententia* ajustada a derecho. En este sentido el s.c. Rubriano aportaba innovaciones importantes al precisar mejor la finalidad de los fideicomisos puntualizando al mismo tiempo las nuevas garantías procesales propias de la *cognitio extra ordinem*, que si por un lado permitían al pretor dejar justificada la *absentia* o rebeldía del *evocatus* para seguir el proceso, también justificaba con su examen ponderado (*causae cognitio*) la posición justa del esclavo que pretendía su libertad.

Procesalmente el s.c. Rubriano planteó y dio solución a los nuevos problemas<sup>146</sup> tanto de los fideicomisos como de los esquemas procesales de la *extraordinaria cognitio*: ya tuvimos ocasión de ver en el análisis de D. 40,5,26,7, acaso un rescrito de Nerva y Trajano que Castello<sup>147</sup> atribuye a una noticia

---

<sup>144</sup> Así prescribe Marcian. (15 *fideic.*) D. 40,6,36 pr. Vid. G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., p. 79.

<sup>145</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 221, explica que la complejidad de la *causae cognitio* y los esfuerzos para notificar la *evocatio* constituían una garantía para el *evocatus*.

<sup>146</sup> Estos nuevos problemas resultan de D. 40,5,28,1 y 2 (Ulp. 5 *fideic.*); D. 40,5,27 (Paul. 3 *fideic.*), y el ya citado D. 40,5,26,7 referidos especialmente a averiguar si la *absentia* era *iusta* o *iniusta*.

<sup>147</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 221, nntt. 47 y 232.

de Ulp. referida a Septimio Severo y Caracalla, y por tanto un siglo más tarde de la promulgación del s.c. Rubriano, que disponía que si el pretor debido a engaños (*obreptum*) declaraba una *libertas ex fideicommisso*, la decisión del magistrado de *libertas ex hoc senatusconsulto* era nula. Se desprende de D. eod. 26,8 que el *evocatus* podía hasta el momento de la sentencia presentarse en juicio y declarar por ejemplo la indebida formulación del fideicomiso, de modo que tenía la posibilidad de evitar una sentencia contraria a sus intereses que de otro modo lo excluiría de su *ius patronatus* sobre el esclavo, lo que lleva a decir a Castello que el s.c. Rubriano era muy comprensivo con el *evocatus* dado que en el curso del proceso el gravado con una manumisión fideicomisaria podía demostrar en la *causae cognitio* la falta de uno de los requisitos requeridos para la aplicación del s.c., sea probando su derecho de propiedad sobre el esclavo que lógicamente tenía que ser anterior a la manumisión fideicomisaria, o probando la corrección de su modo de actuar o la *iusta causa* de su *absentia*.

También podía ser llevado el pretor a engaño por el esclavo; Castello<sup>148</sup> estima que esta circunstancia no había sido objeto de regulación por el s.c. Rubriano sino por Septimio Severo y Caracalla dado el tenor de D. 40,5,26,8 (*imperator noster cum suo patre rescripsit*), pero acaso no sea descartable que el rescripto fuera de Nerva y Trajano, y sobre todo de Trajano cuya inspiración había constituido la base de nuestro s.c., que si se ocupó con tanta minuciosidad de las circunstancias del *evocatus* y de sus posibles engaños que pudieran haber influido en el *praetor a quo*, no podía haber omitido los engaños de los esclavos que pugnaban por su libertad; sin embargo a Castello le parece lógico que nuestro s.c. no se hubiera ocupado de este problema que solo sería resuelto con autoridad en época severiana, pero no lo veo tan claro, en primer lugar porque está demostrado que hay fuentes (Plin. *Ep.*) que señalan claramente que en tiempos de Trajano el emperador ejercía un férreo control sobre la actividad de los magistrados de la *Urbs*

---

<sup>148</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 232.

y de los *praesides provinciarum*<sup>149</sup>. Por otra parte dice Castello<sup>150</sup> que los casos de sentencias pronunciadas por un pretor engañado debían ser muy pocos en procesos *ex s.c. Rubriano* o faltar absolutamente hasta Septimio Severo y Caracalla, creencia bastante incierta a la vista de D. 40,5,26,8 que en mi opinión comprende tanto los engaños del obligado a procurar la manumisión fideicomisaria como los engaños de los esclavos; ambos caben en la declaración genérica *si libertas non deberetur, obreptum tamen praetori est de libertate pronuntiatumque, ex hoc senatus consulto libertas non competit*.

Ya he dicho que la atribución de este rescripto a Septimio Severo y Caracalla bien podría referirse a emperadores anteriores y pertenecer a Nerva y Trajano, e incluso a Trajano y Adriano, o a los antoninos; ¿de donde tomaría Ulp. esta noticia: ¿de Celso?, ¿de Jul.? A mi modo de ver Jul. es el más importante de los juristas clásicos, y los severianos no fueron grandes innovadores sino grandes sistematizadores. La lectura *imperator noster cum suo patre rescripsit* tampoco niego absolutamente que fueran Severo y Caracalla, pero me parecería más lógico que se refiriera a Nerva y Trajano, y la lectura actual de Ulp. D. 40,5,26,8 podía haber sido retocada por los compiladores, o acertada la referencia a emperadores de los primeros años del s. II d.C. Me parece ocioso discutir en esta sede si la sentencia debida a engaño era fraudulenta y viciada de nulidad absoluta como entiende Impallomeni<sup>151</sup>, inválida como defiende Orestano<sup>152</sup> o meramente ineficaz como pretende Metro<sup>153</sup>, y me conformo por ahora con seguir la lectura ulpiana *ex hoc senatus consultum libertas non competit* para no entrar en la discutidísima y poco segura discusión sobre las fuentes para dilucidar si la sentencia era nula o anulable.

---

<sup>149</sup> Vid. R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1952, p. 224.

<sup>150</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 233.

<sup>151</sup> G. IMPALLOMENI, *In tema di manomissioni fraudolente*, en *Synteleia Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, p. 930 ss.

<sup>152</sup> R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., pp. 252-254.

<sup>153</sup> A. METRO, *La "lex Aelia Sentia" e le manomissioni fraudolente*, en *LABEO*, 7, 1961, p. 184 ss.

Castello da a entender que el rescripto imperial citado en D. 40,5,26,8 fue debido a un caso de apelación presentada por el obligado a efectuar la manumisión fideicomisaria por error del magistrado sobre el patronato del esclavo, y que habría sido el magistrado *obreptus* el que había elevado a los emperadores la sentencia apelada, algo frecuente en época severiana pero que había comenzado a ser así desde época augústea, acaso fundada en que el obligado no debía ser considerado ausente voluntario, aunque Orestano<sup>154</sup> entiende que la *absentia* por falta o irregular *evocatio* hacía inválida la sentencia sin necesidad de apelación, porque sólo la *absentia* verificada regularmente la *evocatio* pero dependiente de un motivo reconocido idóneo para justificar la incomparecencia, permitía apelar la sentencia<sup>155</sup>. Castello<sup>156</sup> interpretando nuestro § entiende que la inexistente o irregular llamada a juicio del *evocatus a praetore* provocaba que este mismo magistrado corrigiese su sentencia pronunciando *ex hoc s.c. libertas non competit*, lo que hacía innecesario apelar a un *extrardinarium iudicium* imperial, por lo que la sentencia pronunciada por un *praetor obreptum* era subsanable por ese mismo magistrado una vez verificado el error en la *evocatio* o descubierto el engaño, a no ser que se hubiese presentado la apelación en los cortísimos términos previstos siguientes a la sentencia.

Es evidente que el contenido esencial (acaso por sus relieves económicos) del s.c. Rubriano era la libertad de los esclavos puestos en fideicomiso (dejando aparte los problemas procesales que hemos ido analizando), y al respecto hay un texto muy singular en que aparece un comprador del esclavo que los adquiere del gravado cuando ya había sido *evocatus* y presente *in iudicio*:

D. 40,5,28 pr. (Ulp. 5 *fideic.*): *Si eum servum, qui erat fideicommissa libertas relicta, distraxerit, is qui erat rogatus et emptor quidem latitat, is autem qui rogatus erat praesens sit,*

<sup>154</sup> R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, p. 370 ss.

<sup>155</sup> R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, p. 254.

<sup>156</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 234.

*an Rubriano senatus consulto locus sit? et ait Marcellus Rubrianum locum habere, quia abest quem manumittere oportet.*

Aunque este § parece una hipótesis que acaso no fuera muy frecuente, es una muestra clara del espíritu de favorecer la libertad fideicomisaria que impregnaba a la jurisprudencia. Ulp. presenta el caso de un *evocatus* que obviamente antes de la sentencia vende el esclavo, y se pregunta si estará sometida la adquisición de libertad por el esclavo *ex s.c. Rubriano* adquirido entre tanto por un tercero que se oculta (*qui latitat*) sabedor de la existencia de la *quaestio de libertate fideic.* en la que estaba presente el fiduciario. Marcel. es terminante: el esclavo debe ser declarado libre, y a Ulp. sólo le faltó decir *mihi placet* (quizá omitido por los comisarios justinianos). En realidad de este § se desprende la actuación fraudulenta del comprador castigado con la concesión de libertad al esclavo *ex s.c. Rubriano* al haber cumplido el gravado con las exigencias procesales de la *evocatio*, y acaso pudiera decirse que es un caso en que opera el *favor libertatis*, pero yo prefiero decir que es un caso de cumplimiento fiel del s.c. Rubriano que castiga al comprador *latitans* con la pérdida del dominio sobre el esclavo liberado en fideicomiso; también considero que no fue honesta la venta del esclavo por el *rogatus* antes de la *sententia*, ni honesta la actuación del comprador sabiendo que el vendedor había sido *rogatus ex sc. Rubriano* para cumplir con la libertad fideicomisaria. La alusión *quia abest quem manumittere oportet*, demuestra el conocimiento de Marcel. y Ulp. del s.c. Rubriano donde aparece el término *oportere* (Ulp. D. 40,5,26,7). Castello<sup>157</sup> entiende que en D. eod. 28 pr. se da una interpretación extensiva del s.c. Rubriano para conceder al esclavo la libertad lo más rápidamente posible, no entrando en posibles acuerdos deshonestos o irregulares, o si se prefiere *in fraudem legis* entre fiduciario y comprador. El fiduciario *rogatus* conocía su obligación de ejecutar la manumisión fideicomisaria (generalmente gratuita) pretendiendo lucrarse con el precio de la venta, y el comprador porque conocía la exis-

---

<sup>157</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 223.

tencia de la *rogatio* sin querer comparecer en el proceso (al que en cierto modo el § identifica con el *latitans*<sup>158</sup>), y por eso el s.c. *Rubrianum locus fuit* claramente en interés del esclavo manumitido, confirmado en D. 40,5,28,1 que distingue entre *latitans* y *qui adesse noluisse*<sup>159</sup> y D. 40,5,26,10: *Haec senatus consultum ad omnes pertinet latitantes, quos fideicommissum libertatem praestari oportet*.

En este sentido, como dice Castello<sup>160</sup>, puede advertirse el esfuerzo de la jurisprudencia en sus comentarios a nuestro s.c. para facilitar al máximo el *officium praetoris* superando las dificultades e incertidumbres, de un lado sobre los lugares en que podía encontrarse el *evocatus*; de otro sobre su comportamiento *latitans* para torpedear el proceso. Su oposición al proceso quedaba patente al no atender las sucesivas convocatorias (cuyo número no precisa el s.c. Rubriano pero que pueden precisarse en tres distintos llamamientos) o al ocultarse, aunque desde la primera llamada infructuosa ya podía el magistrado proseguir con la *causae cognitio*<sup>161</sup> hasta la sentencia sin necesidad de cumplir con el principio del contradictorio dada la incomparecencia del *evocatus*. No se puede decir simplemente que hubo que llegar a los severos para ver despejadas todas las incertidumbres del desarrollo de la *cognitio extra ordinem* que en el s. I d.C. permitía los juicios en rebeldía; ya vimos como Nerón en el 58 imponía la *cognitio* en los juicios *de publicanis*, y un papiro egipcio<sup>162</sup> fechado entre el 89 y 93 d.C.

<sup>158</sup> Sobre la *latitantia* del comprador en una *libertas fideicommissa*, Marcel. (16 dig.) D. 45,1,10,1. Vid. F.M. SILLA, *Lib. fideic.*, cit., pp. 147 y 169, nt. 3.

<sup>159</sup> Sobre estas diferencias vid. A. STEIWENTER, *Studien zum Versäumnisverfahren*, München, 1914, p. 38, nt. 4; H. KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit., p. 172 ss.

<sup>160</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 224.

<sup>161</sup> D. 40,5,26,9;... *proinde denuntiationibus et edictis litterisque evocandi sunt <hi a quibus libertatem praestari oportet>* que algunos autores consideran una glosa de Ulp. Vid. lit. en C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 224, nt. 60, que en mi opinión sostiene la tesis errónea de que no puede rastrearse el desarrollo del proceso *ex s.c. Rubriano* en época de Trajano, un siglo antes de la composición de los *libri fideic.* de Ulp.

<sup>162</sup> *FIRA*, III, 518-520. Esta fuente admite hasta tres llamamientos *ad iudicium* al *evocatus*.

trataba en el cap. IX n. 169 de *Gesta apud praefectum Aegypti de reorum contumacia* que admitía sucesivas llamadas a juicio. Arangio-Ruiz<sup>163</sup> señala que la eventualidad de un proceso sin contradictorio fue evitado «con ogni cura» en el proceso *extra ordinem*, pero precisamente una de las grandes innovaciones de la *cognitio* fue proseguir la instrucción del proceso (*causae cognitio*) aunque no compareciera el demandado por no poder ser notificado en los sucesivos llamamiento<sup>164</sup> o por su *latitantia*. Defiende Arangio-Ruiz que en el período de las *legis actiones* antes de declarar la *contumacia* se requería una triple *denuntiatio*, de modo que a partir de la última la autoridad judicial se sustituía al incompareciente. No puede haber declaración más paladina de actuación judicial sin atender al principio del contradictorio.

El mayor relieve que dió el s.c. Rubriano a la *causae cognitio* característica de los nuevos poderes instructorios y directivos otorgados al *praetor fideicommissarius* y al *praeses provinciae*, permite que el magistrado, con contradicción si el *evocatus* comparece pero sin ofrecer razones suficientes para oponerse a la *libertas*, y sin contradicción en caso de no asumir el proceso, concluía en la sentencia en la que nuestro s.c. declaraba expresamente *si... praetor pronuntiasset libertatem his <servis> deberi, eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent* (D. 40,5,26,7), lo que quiere decir que efectuada regularmente la *causae cognitio* en ausencia del obligado es como si el propio magistrado asumiera la defensa de la libertad del esclavo entendiéndolo que el testador lo hubiera manumitido directamente. La frase *si praetor* es contundente y admite varias interpretaciones: a) el pretor declara la libertad de modo imperativo en virtud de sus nuevas y más amplias competencias (superando obviamente los límites del *ordo*) sancionando al obligado con la pérdida del *ius patronatus* sobre el

---

<sup>163</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960<sup>14</sup>, pp. 155-156.

<sup>164</sup> E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, pp. 264-265, admite hasta res denuncias. C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 227, admite que podían ser más de tres citaciones.

neoliberto; b) pone en un mismo plano la manumisión por sentencia judicial y la manumisión por voluntad directa del testador; pero todavía caben diversos interrogantes derivados de las frases textuales que Ulp. da a entender propias de nuestro s.c.; c) ¿prescinde de la figura fideicomisaria para acatar plenamente la *voluntas testatoris* sin más discusiones?; d) ¿puede entenderse como una ficción *ac si... directo manumissi essent*?

Si a los dos primeros ítems puede darse una respuesta afirmativa, son más discutibles las respuestas a los ítems c) y d) porque el pretor llegaba al resultado *ac si directo manumissi essent* después de una concienzuda *causae cognitio* que expresaba el deseo de liberar el testador al esclavo por vía fideicomisaria. Esto equivale a decir que el objetivo del s.c. Rubriano fue dar plena efectividad a los fideicomisos y por ende a la *voluntas testatoris* cuyo respeto había sido constante en todas las épocas del derecho romano. Para entender el ítem d) hay que partir de la base que beneficiario del s.c. Rubriano era el esclavo del *de cuius*: es al esclavo a quien se debe la libertad fideicomisaria, y para defender al esclavo del gravado o del tercero se dictó en época de Adriano el s.c. Iunciano<sup>165</sup>, que sustancialmente es interpretativo del Rubriano, pero no creo que pueda hablarse de ficción en base a la frase *ac si directo*<sup>166</sup>, y se oponen a la ficción varios argumentos: la *libertas* se entiende debida cuando es dispuesta sin condiciones, y si están puestas condiciones cuando éstas se hayan verificado; está claro que si las condiciones fallan por causa del gravado, de un tercero o del propio esclavo, situaciones contempladas por Jul. y Paul.<sup>167</sup>, el pretor

<sup>165</sup> A. TORRENT, *SC Dasumiano y libertates fideicommissae*, cit.

<sup>166</sup> También rechaza la ficción G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., p. 69.

<sup>167</sup> Jul. (42 *dig.*) D. 40,5,47,2; Paul. (3 *fideic.*) D. eod. 33,1. Este último § es muy elocuente: *Erit Rubriano inmo senatus consulto locus, etiamsi sub condiciones libertas data sit, si modo per ipsum servum non fiet, quo minus condicionem pareat; nec refert in dando an in faciendo an in aliquo casu condicio consistat. Immo etiam amittit libertum heres, si condicione impedimentum fecerit, etsi filius defuncti sit quamvis alio iure habiturus sit libertum, nonnullam enim et hic poenam patitur; nam et si in aservitum petierit aut capitis accusaverit, perdit bonorum possessionem contra tabulas.*

actuaba *ac si directo* <testator> *manumississet* porque la declaración de *libertas* entraba en las competencias del magistrado (*competere libertatem*) que *causa cognita* actuaba del mismo modo que si el testador hubiera dispuesto su libertad sin condiciones; *ac si directo* significa el uso de un lenguaje descriptivo que para dar mayor énfasis a la decisión judicial declarando la *libertas servi*, la pone idealmente como si esta *libertas* hubiera sido declarada directamente por algo tan sagrado como la mismísima *voluntas testatoris*. Tratando de explicar estos interrogantes Krüger<sup>168</sup> consideró que sería más correcto en D. 40,5,26,7 haber prescrito *libertatem servo ex fideicommisso deberi*, lo que en mi opinión supone trasladar la fundamentación de la sentencia al nuevo vigor de los fideicomisos y en definitiva el creciente valor dogmático de la figura.

No creo suficiente esta fundamentación que por sí sola explique una sentencia sin que se haya cumplido el principio del contradictorio, o dicho de otra manera, no basta para fundamentar una sentencia el creciente valor dogmático que sustenta la noción teórica de los fideicomisos que van siendo asumidos por jurisprudencia y disposiciones normativas imperiales; esto por sí solo no sería suficiente si al mismo tiempo no ponemos en un primer plano la nueva visión del *officium iudicis* basado en la *auctoritas* imperial que ordena juzgar las contiendas fideicomisarias en lo que llamo con terminología moderna, una jurisdicción especial que me lleva a analizar el s.c. Rubriano conjuntamente desde los planos sustantivo y procesal, que en Roma no eran tan distintos ni contrapuestos como lo son en nuestros días.

Entiendo también que el pronunciamiento de la *libertas* no era una ficción del pretor que podría derivarse de *ac si directo*, sino una orden prevista por el s.c. Rubriano expresamente contra el gravado infiel que además como sanción se ve privado del *ius patronatus* sobre el liberto que queda en situación

---

<sup>168</sup> H. KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit., p. 176.

de *libertus orcinus*<sup>169</sup>. No parece que hubieran otras sanciones contra el demandado ausente o latitante como pudiera ser la prisión, instrumento utilizado en la *cognitio extra ordinem* para constreñir al *obligatus* a estar presente en el juicio<sup>170</sup>, pero pienso con Impallomeni<sup>171</sup> que la pena de prisión no se aplicaba a los gravados con libertades fideicomisarias que incumplían el encargo recibido.

El s.c. Rubriano tuvo el mérito de robustecer el asentamiento de los fideicomisos en el ordenamiento jurídico romano dentro de las instituciones privatísticas facilitando su aplicación con los nuevos parámetros procesales de la *cognitio extra ordinem*, que había nacido precisamente con Augusto para resolver en sede jurisdiccional problemas de figuras dogmáticas no conocidas hasta entonces (los fideicomisos), o no entendidas correctamente, o no suficientemente explicadas en el *ius civile* de finales de la República, creándose (documentadamente desde Claudio) una jurisdicción especial: *el praetor fideicommissarius*. En este sentido afirmo que los fideicomisos como figura sustantiva sirvieron de instrumento formidable para el desarrollo de la *cognitio*, pudiendo decirse que desde Augusto fideicomisos y *cognitio* fueron de la mano.

También suscita reflexión la frase *statum servari* planteando en clave procesal moderna si la sentencia era declarativa o constitutiva del *status* del neoliberto que entiendo constitutiva, afectando al *status libertatis* de los esclavos y al patronato sobre los mismos. Silla<sup>172</sup> entiende preferible prescindir de aquellas distinciones modernas dado que las fuentes romanas expresan una pluralidad de situaciones jurídicas que expresan diversas providencias, y tiene razón en esta última afirmación porque las fuentes a veces denominan *decretum* a la providencia del magistrado que pone fin al *iudicium de libertate fideicommissaria*, aunque el término más corriente es

---

<sup>169</sup> Vid. A. TORRENT, s.h.v., cit., p. 640.

<sup>170</sup> Vid. L. WENGER, *Procedura civile romana*, cit., p. 271.

<sup>171</sup> G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., pp. 68-69.

<sup>172</sup> F.M. SILLA, *Lib. fid.*, cit., p. 107.

*pronuntiatio* o *pronuntiare*<sup>173</sup>, pero una constitución de Justiniano (C. 7,4,15) habla de *sententia*. Yo mismo muchas veces por comodidad de citación hablo de sentencia que pone fin al procedimiento *de libertate fideicommissaria*, pero reconozco que acaso sea más técnico hablar de *pronuntiatio*. La verdad es que esto me recuerda un cierto paralelismo entre la eficacia de los actos *magis imperii quam iurisdictionis* de la jurisprudencia republicana que la romanística moderna encuadra en el desarrollo de los llamados remedios pretorios (pensemos en los interdictos o en las *cautiones iudiciales*) en tiempos del *ordo iudiciorum privatorum*, y la resolución judicial que pone fin a un *iudicium de fideicommissis* que en terminología republicana sería un acto *imperii*, salvo que ahora basado en la *auctoritas Augusti* al dar valor jurídico a los fideicomisos con la correspondiente protección procesal encuadrada en la *cognitio extra ordinem*, al mismo tiempo con todas las prescripciones procesales sería un acto *iurisdictionis* dada la competencia jurisdiccional exclusiva atribuida a los órganos juzgadores en materia fideicomisaria a partir del Principado.

En cualquier caso entiendo que la sentencia (o *pronuntiatio*) de libertad se la puede aplicar el adjetivo constitutiva (sujeta a apelación), pues tenía efectos tan importantes como declarar la libertad del esclavo puesto en fideicomiso, y privar del *ius patronatus* al *obligatus* ausente o que obstaculizaba el proceso<sup>174</sup>, que según Impallomeni<sup>175</sup> era adquirido por los familiares del *de cuius*, aunque debió haber al respecto ciertas discusiones en la jurisprudencia: Próculo, Jul.<sup>176</sup>, Mec.<sup>177</sup>. El valor y amplitud de la sentencia o *pronuntiatio de statu servorum servari* fue resuelto definitivamente por la segunda de las dos constituciones de los *Divi Fratres* y otra de Marco Aurelio<sup>178</sup> que aclararon

---

<sup>173</sup> Pap. (22 *Quaest.*) D. 40,5,22,1; Ulp. (5 *fideic.*) D. 40,5,30 pr. y 7; Severo y Caracalla C. 2,30,1; Diocleciano y Maximiano C. 7,4,11,1.

<sup>174</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1960, p. 331, nt 24; II, cit., p. 413.

<sup>175</sup> G. IMPALLOMENI, *Man. "mortis causa"*, cit., p. 81.

<sup>176</sup> Ulp. (11 *ad legem Iuliam et Papianam*) D. 37,14,17,1.

<sup>177</sup> Ulp., D. 37,14,17 pr.

<sup>178</sup> Ulp. (38 *ad Sab.*) D. 26,4,3,3.

las consecuencias jurídicas de la aplicación del s.c. Rubriano<sup>179</sup>, donde el emperador declaraba que correspondía la tutela del libertero impúber a los hijos del fiduciario privado del *ius patronatus* por no comparecer en el juicio, todo esto complicado con el tema de si aquellos hijos tenían algún lazo de parentesco con el fideicomitente, tema complejo entremezclado con cuestiones tutelares de modo que también el s.c. Rubriano aportó elementos para desentrañar la historia de la tutela.

Parece evidente que todas las innovaciones que se dieron en materia de fideicomisos se produjeron en el s. II d.C. a partir del s.c. Rubriano que fue el primer texto ‘autoritativo’ que dice Bonini de los textos de la compilación justiniana, en conceder la libertad al esclavo en la hipótesis que el *obligatus* a cumplir el fideicomiso estuviera *in absentia*, incluso *ex iusta causa*<sup>180</sup> por un criterio de interpretación típica<sup>181</sup> de la voluntad del difunto que aceleraba la libertad del esclavo, libertad que describe Castello vivamente sentida en aquel particular momento histórico del pueblo romano y de sus gobernantes, prescribiendo procesos regulados en los que la discrecionalidad del magistrado en el ejercicio de su *imperium* habría podido provocar consecuencias para los ausentes que no se consideraban útiles para un ejercicio sereno de la justicia<sup>182</sup>. Frente a autores como Castello que defienden preponderantemente que el s.c. Rubriano se promulgó para defender al imputado ausente con justa o injusta causa, sostengo que nació con más amplias miras, desde luego defendiendo las garantías procesales del imputado, pero también defendiendo la *voluntas testatoris* (los fideicomisos), y la *libertas servorum*.

---

<sup>179</sup> Vid. discusión sobre el tema en C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., pp. 231-232.

<sup>180</sup> C. CASTELLO, *SC Rubriano*, cit., p. 237.

<sup>181</sup> Sobre la interpretación típica vid. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947, p. 260 ss.; vid. Id., *Di una teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1965.

<sup>182</sup> Concepto discutible de todos los tiempos, con gran componente filosófica y moral, que en Roma como en la actualidad sigue suscitando grandes discusiones; vid. A. TORRENT, *El concepto de "iustitia" en los juristas romanos*, en *RIDROM*, 20, 2018, pp. 90-113.

Para concluir diré que con los argumentos expuestos he intentado aclarar el contenido sustancial del s.c. Rubriano, su valor prodrómico comentado por la jurisprudencia y ampliado y aclarado por posteriores *senatus consulta* y *rescripta principis*, y su contenido procesal que lo conecta de modo efectivo con la *cognitio extra ordinem*, factores que hacen de nuestro s.c. un documento valiosísimo para el desarrollo sustantivo y procesal de las *libertates fideicommissae*.

**ARMANDO TORRENT, Il senatoconsulto Rubriano *de fideicommissariis libertatibus* Ulp. (5 *fideic.*) D. 40,5,26,7: *si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore adesse noluisent*. Un tentativo di spiegazione materiale e processuale.**

La *fideicommissa* e la *cognitio extra ordinem* sono fenomeni del I secolo d.C. Augusto fu il primo a dare valore giuridico alla *fideicommissa* e anche alla *cognitio*; entrambe le istituzioni presto furono oggetto di *responsa* giurisprudenziali, costituzioni imperiali (specialmente degli antonini) e interventi imperiali attraverso i *senatus consulta*. Nel presente lavoro si tenta di offrire nuovi chiarimenti sostanziali e processuali sulle *libertates fideicommissae*.

**Parole chiave:** *fideicommissa*, *cognitio extra ordinem*, citazione pretoriana del *rogatus*, conseguenze della sua assenza nello *iudicium*, *pronuntiatio* magistratuale della *libertas fideicommissa*.

**ARMANDO TORRENT, *The senatus consultum Rubriano de fideicommissariis libertatibus* (Ulp. 5 *fideic.*) D. 40,5,26,7: *si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a pretore adesse noluisent*. An attempt of material and processual explanation.**

The *fideicommissa* and the *cognitio extra ordinem* are phenomena of the I century B.C. Augustus was the prime that gave juridical value to the *fideicommissa* and also to the *cognitio*; both institutions go on together and early were object of jurisprudential *responsa*, imperial constitutions (specially of the antonines) and imperial interventions through *senatus consulta*. In the present paper I try to offer new substantive and processual aclarations on the *libertates fideicommissae*.

**Key words:** *fideicommissa*, *cognitio extra ordinem*, pretorian citations of the *rogatus*, consequences of its absence in the *iudicium*, magistratual *pronuntiatio* of the *libertas fideicommissa*.



## INDICE DEL FASCICOLO 3 2018

### Miscellanea

*Giuseppe Dalla Torre*, Declino dello Stato moderno  
e metamorfosi dello *Ius Publicum Ecclesiasticum* ..... 431

*Armando Torrent*, El senadoconsulto Rubriano de  
*fideicommissariis libertatibus* Ulp. (5 *fideic.*) D. 40,5,26,7:  
*si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore  
adesse noluisse.* Un intento de explicación  
material y procesal..... 451

*José Ramón de Verda y Beamonte*, I diritti della personalità  
come categoria unitaria nell'esperienza giuridica spagnola..... 511

*Alessandro Grillone*, Le guarentigie reali del locatore di  
*praedia urbana* nei primi secoli dell'Impero ..... 555

*Michele Grazia*, Il principio di complementarietà in materia di  
formazione seminariale dei futuri chierici tra *Codex Iuris  
Canonici* e *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*..... 591

**Recensioni**..... 613

# ARCHIVIO GIURIDICO “*Filippo Serafini*”

Periodico Fondato nel 1868

*Pubblicazione trimestrale*

Caratteristica dell'*Archivio Giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, 'estratto' degli articoli in formato elettronico pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it).

***Recensioni e segnalazioni bibliografiche:*** gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio Giuridico*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.