

MANUMISIONES FIDEICOMISARIAS. SENADOCONSULTOS Y CONSTITUCIONES DE EDAD ADRIANA

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Senadoconsulto Dasumiano*. III. *Senadoconsulto Vitrasiano*. IV. *Senadoconsulto Articuleyano*. V. *Senadoconsulto Junciano*. VI. *Senadoconsulto de fecha incierta que disciplina el caso que el fiduciario haya muerto sin herederos y sin haber efectuado la debida manumisión*. VII. *Senadoconsulto probablemente de edad adrianea en donde a un esclavo impúber es concedido con base en un fideicomiso la libertad y la herencia*. VIII. *Senadoconsulto de edad adrianea que ordena que el heredero instituido en un testamento, en que era establecida la libertad (directa o fideicomisaria) a los esclavos y la transmisión a ellos de la herencia con base en un fideicomiso, sea obligado a aceptarla no obstante hubiera sido considerada como suspecta debiendo transmitirla al primer esclavo designado en el testamento, el cual obtendrá su libertad*. IX. *Escrito de Adriano que establece el derecho del esclavo, con base en un fideicomiso de libertad, de pretender la manumisión por parte del fiduciario que lo enajenó y no de su adquirente*. X. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace poco un joven investigador hizo notar que si bien es cierto el fideicomiso fue procesalmente coercible a partir del imperio de Augusto¹ no existen pruebas que en tal momento histórico el esclavo a favor del cual hubiera sido dispuesta por el testador la libertad fidei-

¹ F. M. Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova, 2008, 21 ss. Respecto al presente momento histórico ver las interesantes páginas de V. Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, 63 ss.

comisaria hubiera podido pretender en sede de *cognitio* su libertad. Si el fiduciario no cumplía la disposición del *de cuius* existían diferentes factores por los que la exigibilidad de la manumisión en sede judicial habría sido obstaculizada, por ejemplo, su ausencia (injustificada o justificada). Una primera intervención normativa del periodo de Trajano, el senadoconsulto Rubriano del año 103 d.C., empezó a remover los factores que impedían dar una rápida ejecución a un fideicomiso de libertad dispuesto a favor de un esclavo en el caso en que el fiduciario injustificadamente no se hubiera presentado en juicio después de haber sido convocado por el pretor. La liberación del *servus* encontraba todavía otros obstáculos que requerían de intervenciones normativas; por esto, en edad adrianea el senado tomó una decisión respecto a la presente materia para permitir que la voluntad del *de cuius* fuera cumplida y el esclavo pudiera adquirir su libertad, como veremos a continuación.

II. SENADOCONSULTO DASUMIANO

El senadoconsulto Dasumiano emanado en el año 119 d.C.², cuando eran cónsules ordinarios el emperador Adriano por la tercera vez

² No existen dudas que el senadoconsulto Dasumiano hubiera sido emanado después del Rubriano, porque claramente Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.26.7 afirma respecto al segundo: ...*quod factum est temporibus divi Traiani*... (el cual fue hecho en los tiempos del divino Trajano) y el Dasumiano presuponía la existencia del Rubriano. A. Steinwenter, *Studien zum römischen Versaeumnisverfahren*, München, 1914, 39 lo encuadra entre el año 104 y el 123 d.C. (entre el imperio de Trajano y el de Adriano) y E. Volterra, s.v: *senatus consulta*, en *NNDI*, 16, Torino, 1969, 1072 indica que la disposición es de fecha incierta pero probablemente del año 101 d.C. (todavía en el periodo de Trajano). A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1998, 470 lo encuadra entre el año 101 y 103 d.C. Otros autores afirman que el senadoconsulto Dasumiano fuera de edad adrianea, así H. Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. en *ZSS*, 48, 1928, 178 entre el año 117 y 123 d.C.; P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1967, 413 piensa sea anterior al año 123 d.C.; B. d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, París, 1950, 76 y G. Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963, 235 creen sea del año 119 d.C. La opinión del segundo investigador presenta argumentos aceptables: si el senadoconsulto Rubriano hubiera sido más reciente que el senadoconsulto Dasumiano habría pasado un periodo en que existiría defensa en contra del ausente justificado, pero no en contra del injustificado, lo que parecería absurdo. Por esto la disposición sería hecha bajo el consulado de P. Dasumio Rústico, el cual probablemente había sido el proponente. C. Castello, *In tema di senatoconsulto Rubriano* en *Studi in Onore di G. Scherillo*, 1, Milano, 1972, 207 ss. que acepta tal opinión subraya que sólo nuevos descubrimientos arqueológicos permitirían otorgar conclusiones más precisas respecto al problema de la fecha. P. Starace,

y Dasumio Rústico³ consideraba una situación diferente a la del senadoconsulto Rubriano: la ausencia basada en una justa causa del fiduciario que debería cumplir el fideicomiso de libertad. Según Silla,⁴ la atención del senadoconsulto Dasumiano por la ausencia fundada en una justa causa puede hacer pensar que antes de su emanación tal situación pudiera impedir la prosecución del juicio y que propio la exigencia de no obstaculizar la manumisión y la otra, del fiduciario de no perder el patronato hayan sido las razones de la intervención del senado. Tal opinión podría encontrar fundamento en un texto de Meciano, *libro sexto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.36 pr. (que veremos más adelante), donde el jurista afirma que la finalidad de la disposición era evitar que la ausencia del fiduciario *ex iusta causa* no fuera considerada como un impedimento para conceder la libertad al esclavo y que no se le pueda quitar el liberto a quien no hubiera actuado con fraude (*Dasumiano senatus consulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur nec libertus eripiatur his, qui fraude careant*).

Veamos el contenido de la disposición como se presenta en un pasaje de Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.4-6:

Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina, Bari, 2006, 81, si bien afirma que la fecha es incierta piensa que se origina entre el año 101 y el 119 d.C. Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 40 lo considera hecho entre el año 119 y el 123 d.C.

³ En nuestro libro Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 52 habíamos afirmado la hipótesis que la muerte del cónsul del año 119 Dasumio Rústico (probablemente un familiar de Junio Aruleno) habría podido dar lugar al problema que había sido resuelto años después en el senadoconsulto Juvenciano. Respecto al consulado de tal personaje existe en la base de una estatua de Dionisio una inscripción en donde se encuentra escrito: *libero pal. Pro sal. IMP Traiani hadriani aug... statu Am marmoream POSVIT L DEXSIVS LONGINVS VETRANVS EX PRAET dec. Mun. Stob. (?) IMP CAES TRAIANO ADRIANO AUG III P DASVMIO RVSTICO COS...* El documento epigráfico se encuentra reproducido en *L'Année épigraphique*, París, 1931, n. 72, 21. Sobre la biografía de nuestro personaje véanse: Groag, s.v. *Dasumius*, en *PWRE*, 4, Stuttgart, 1901, 2224 (pero el autor piensa que el *Dasumius* considerado en el presente senadoconsulto era un cónsul *suffectus* de edad de Trajano), *Prosopographia Imperii Romani*, 3, Berolini et Lipsiae, 1943 y d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit., 401. A. Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia* (trad. J. L. Gil Aristu), Barcelona, 2003, 138, afirma que Dasumio Rústico fue familiar por motivos de adopción del emperador Adriano y pertenecía a la familia cordobesa de los Dasumios.

⁴ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 41.

*Senatus consulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideicommissam libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset.*⁵ *Abesse autem is intellegitur, qui a tribunali abest. Et quia de heredibus tantum cautum erat, adiectum est eodem senatus consulto, ut quicumque fideicommissam libertatem ex quacumque causa pronuntiatum fuerit eum eosve abesse, perinde habeatur, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset.*⁶

El senadoconsulto Dasumiano estableció que si con base en una justa causa se encontrara ausente el que debe la libertad fideicomisaria y esto hubiera sido pronunciado (*senatus-fuerit*), correspondía la libertad (al esclavo) en el mismo modo que, debida la libertad, hubiera sido manumitido por causa del fideicomiso (*perinde-esset*). 5. Pero es considerado ausente quien no se presenta al tribunal (*Abesse-abest*). 6. Y como había sido establecido solamente respecto a los herederos, se incorporó en el mismo senadoconsulto (*et-senatus consulto*) que sea cual fuera quien deba la libertad fideicomisaria y sea cual fuera la causa por la que hubiera sido declarado que él o ellos se encontraban ausentes (*ut-abesse*), el esclavo sería considerado en la misma situación como si hubiera sido manumitido por motivo de un fideicomiso (*perinde-manumissus esset*).

Nosotros creemos, al igual que otros autores,⁷ que Marciano haga una paráfrasis del senadoconsulto Dasumiano en el § 4, pero por este motivo, para reconstruir el contenido del texto debemos ver los términos que el jurista habría eliminado y el modo en que habría sido redactada la disposición. Si consideramos que el senadoconsulto Dasumiano se había referido a la materia que anteriormente había sido regulada por el senadoconsulto Rubriano incorporando nuevos elementos, como hipótesis podríamos considerar que la redacción del Dasumiano fuera similar a la del Rubriano. Tenemos la fortuna de

⁵ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 128 piensa que en el texto falta el sujeto (*servus*) respecto a las palabras *atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset* y además acepta la tesis de Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit. 128 que insertaría la palabra *heres* después de *absit*. Estamos de acuerdo porque en este modo el texto es más claro.

⁶ Mommsen incorpora en su edición *maior* del Digesto, 355 n.1 antes de *pronuntiatum* los términos *debet, si* porque claramente, como hace notar Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 128 gramaticalmente sería más correcto.

⁷ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 83 ss, Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 127.

encontrar transcrito en un texto de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.26.7 el contenido del senadoconsulto de la edad de Trajano en este modo: *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 pretore adesse nolissent, si causa cognita praetor pronuntiasset libertatem his deberi, eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent'* (Por un senadoconsulto que se hizo en tiempos del divino Trajano bajo el consulado de Rubrio Galo y de Celio Hispón, se auxilió a las libertades en estos términos 'si aquellos por quienes se debe conceder la libertad, no hubieran querido comparecer llamados por el pretor, y el pretor hubiera fallado con conocimiento de causa que se debe la libertad a algunos, obsérvese lo establecido con el mismo derecho que si directamente hubiesen sido estos manumitidos'); usándolo como modelo podríamos considerar que el senadoconsulto Dasumiano hubiera iniciado con la referencia a aquellos que se encontraban obligados a conceder la libertad (como el senadoconsulto Rubriano), pero, a diferencia de tal disposición, el senadoconsulto de edad adrianea habría sido más preciso nombrando específicamente a los herederos (así se observa en el comentario de Marciano en D. 40.5.51.6: *et quia de heredibus tantum cautum erat*). El verbo *oportere* probablemente se encontraba incluido también en el Dasumiano del mismo modo que en el Rubriano como puede ser observado en D. 40.5.51.4.⁸

La mención del verbo *evocare* probablemente habría sido supuesto en el senadoconsulto, porque, como es lógico pensar, si el pretor habría debido declarar la ausencia justificada del fiduciario ciertamente antes habría debido solicitar su presencia en el tribunal. Ulpiano, en la misma obra en D. 40.5.28.5, cuando analiza los términos *ex iusta causa abesse* de la disposición afirma incluso que no

⁸ Respecto al uso del verbo *oportere* en el Rubriano ver Castello, *In tema di senatoconsulto Rubriano*, cit. 222 ss. parece interesante observar como el fiduciario de manumisión servil tiene un deber jurídico de efectuarla y no una prerrogativa fundamentada en la *fides* que podría o no cumplir. El incumplimiento produce efectos jurídicos precisos en contra del fiduciario: al ser declarado el esclavo libre por el pretor como si hubiera sido manumitido directamente por el *de cuius*, será considerado liberto del testador y no del fiduciario. Respecto al Dasumiano la justa causa por la que no se presenta el fiduciario obstaculiza el efecto mencionado antes pero de todos modos no por este motivo debería excluirse que el fiduciario hubiera tenido el deber jurídico de manumitir el esclavo.

era necesario tal modo de citación oficial en el caso en que la persona que debía el fideicomiso tuviera un domicilio en un lugar diferente a aquello en donde el esclavo hubiera demandado su libertad (*proinde si alibi domicilium quis habeat, alibi petatur fideicommissaria libertas, dicendum est non esse necesse evocari eum, qui fideicommissam libertatem debere dicitur...*); pero la presente afirmación era una opinión jurisprudencial de edad severiana y no una referencia precisa que encontrase origen en la disposición.⁹

Marciano en su paráfrasis al Dasumiano omite citar al pretor, pero creemos que tal referencia se encontraría incluida porque la ausencia fundada en una justa causa habría debido ser declarada por tal autoridad. La presente tesis podría encontrar como fundamento un texto de Papiniano, *libro vicensimo secundo quaestionum* en D. 40.5.22.2 en donde tratando del Rubriano e del Dasumiano afirmaba:

*Cum is qui fideicommissam libertatem praestare debet iusta ex causa abest aut latitat: aut quidam praesentes sunt, alii ex iusta causa absunt, nonnulli frustrandi gratia fideicommissi copiam sui non faciunt: aut ei, qui libertatem debuit, heres non extitit: aut suus heres hereditate se abstinuit: praetor pronuntiare debet ex testamento Lucii Titii fideicommissam libertatem competere. idque senatus consulto demonstratum est, quo senatus consulto comprehensum est, ne dubium est obscurum esset, cuius libertus fieret, praetorem pronuntiare debere, qui ex iusta causa et qui detractandae libertatis gratia absit.*¹⁰

Cuando quien debe conceder la libertad fideicomisaria se encuentra ausente por una justa causa o se esconde (*cum-latitat*), o ciertos se encuentran presentes mientras que otros con base en una justa causa ausentes, y ciertos no

⁹ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 41 ss. presenta mayores argumentos sobre tal afirmación.

¹⁰ Aceptamos la tesis de Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 421 n. 79 en el sentido que el presente pasaje es una síntesis del original porque, como podemos observar en el texto, se confundieron en un mismo senadoconsulto el contenido del Rubriano y del Dasumiano, además la palabra 'senadoconsulto' se encuentra repetida inútilmente dos veces. La interpretación de Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit., 97 a la segunda parte del texto (de *idque* hasta el final) parece adecuada: el *idque* va referido a todo lo que se encuentra anteriormente, el sucesivo *senatus consulto*, al singular, va entendido en sentido colectivo e indicaría al menos el Rubriano y el Dasumiano en su conjunto. Igualmente en sentido colectivo se entendería la expresión *quo senatus consulto*.

se presentan para frustrar el fideicomiso, o no se encontraba el heredero que debía la libertad, o el *heres suus* se abstuvo de la herencia (*aut-abstinuit*); el pretor debe declarar que con base en el testamento de Lucio Ticio compete la libertad fideicomisaria (*praetor-competere*). Y así fue determinado en el senadoconsulto, que en tal senadoconsulto se incluyó que para que no existieran dudas y oscuridad de quién se convertiría en su liberto (*idque-fieret*), el pretor debería declarar quién se encontraba ausente con base en una justa causa y quién por causa de fraude respecto a la libertad (*praetorem-absit*).

Papiniano refiere una serie de casos que habrían podido presentarse en la realidad en donde era requerida la aplicación del Rubriano y del Dasumiano y que no repetimos. Así como se presenta el texto parecería que el jurista hubiera afirmado que en el senadoconsulto (interpretado en sentido colectivo porque incorpora casos de las dos disposiciones) era indispensable que el pretor declarase (ciertamente si hubieran sido cumplidos los presupuestos necesarios) que con base en el testamento del *de cuius* correspondía la libertad fideicomisaria. No existen dudas que en el caso del Rubriano existía una referencia al pretor como hemos visto en D. 40.5.26.7, pero si el término *senatus consultum* debería ser considerado en sentido colectivo, claramente en el Dasumiano se encontraría también incluida la referencia al pretor.

Tal vez originalmente la decisión del senado partía de un caso preciso: un esclavo pretendía de los herederos que fuera cumplida la disposición del *de cuius* con la cual le concedía la libertad fideicomisaria. Por este motivo existía una específica referencia a los herederos en el Dasumiano, pero, según Marciano en D. 40.5.51.6 en el senadoconsulto se había incluido que cualquier persona que hubiera sido el que debiera la libertad fideicomisaria y fuera cualquier tipo de causa por la que hubiera sido declarado que él o ellos se encontraban ausentes, el esclavo hubiera sido considerado al mismo modo como si hubiera sido manumitido por motivo de un fideicomiso. Si el senado hubiera declarado simplemente *si hi, a quibus libertatem praestari oportet*, como había hecho con el Rubriano, la precisión de Marciano habría sido inútil porque con tales palabras habrían sido incluidos todos los tipos de fiduciarios (entre ellos los mismos herederos). Otro modo con el cual el senado habría podido incorporar la referencia a los otros tipos de fiduciarios (diferentes al heredero) habría podido

ser el de incluir los términos *idemque in similibus causis servandum* (y lo mismo deberá ser observado en casos similares), como había hecho, por ejemplo, en el caso del senadoconsulto Juvenciano, pero parecería que los senadores habrían preferido incluir la terminología usada por Marciano en D. 40.5.51.6: *ut quicumque fideicommissam libertatem ex quacumque causa pronuntiatum fuerit eum eosve abesse, perinde habeatur, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*.

Según Voci,¹¹ el Rubriano o el Dasumiano se aplican al heredero que se encontraba obligado con base en un fideicomiso de manumitir un esclavo hereditario; no a los otros fiduciarios. Diferentes disposiciones, que no parecen que puedan ser atribuidas al Dasumiano, establecen los mismos principios para todos los otros fiduciarios, por ello también serían aplicados a los legatarios y fideicomisarios. Tal opinión presenta dudas, porque como hemos visto en el caso del Rubriano, Ulpiano en D. 40.5.26.7 menciona su contenido y falta la referencia a los herederos, usando palabras más amplias: *si hi, a quibus libertatem praestari oportet...* y con referencia al Dasumiano claramente Marciano en D. 40.5.51.6 afirma que en el senadoconsulto se incluyó la referencia a los otros fiduciarios diferentes al heredero.

Parecería que el senadoconsulto Dasumiano incluyó una segunda disposición en donde se trataba del problema que dentro de los herederos que tenían que cumplir el fideicomiso de manumisión se encontrase un infante como se observa en un texto de Meciano, *libro sexto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.36 pr:

Neque infantes neque furiosi neque ab hostibus capti neque hi, quos religio aut honestior causa vel calamitas aliqua vel maior res familiaris aut capitis famaevae 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 pupillis libertos eripi, quia et iniquum est facto tutoris, qui forsitan solvendo non sit, pupillum damno adfici, et senatus consulto

¹¹ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 414 ss. Como fundamento a tal tesis el investigador afirma en nota 48 que el término *quia* usado en D. 40.5.51.6 haría suponer razonablemente que la norma no se encontrase en el Dasumiano: *eodem* va correcto por ello con *eidem*; pero pensamos sea más adecuado creer que el mismo Dasumiano originalmente hubiera incorporado la mención de los otros posibles fiduciarios, como afirma Marciano.

*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 eripiatur his, qui fraude careant.*¹²

El senadoconsulto Rubriano no contiene referencias a los infantes, a los furiosos, a los capturados por los enemigos, a aquellos que por motivo de religión o una causa honesta o calamidad o importante situación familiar o peligro de muerte o de fama o causa similar (*Neque-continentur*); ni siquiera los pupilos que no tienen tutor o que teniendo tutor se encuentran en una de tales causas, pero si no se presentan éstos, pienso que no pueden ser quitados los libertos a los pupilos, porque resultaría inequitativo que con base en un hecho del tutor, que probablemente no sea solvente, se cause un daño al pupilo (*ac-adfici*), y como en el senadoconsulto no se encuentra considerada otra persona, sino quién, con base en un fideicomiso, debe conceder la libertad. ¿Qué sucede? (*et-est*). Que en tal situación se aplica el senadoconsulto Dasumiano, quien establece respecto a aquellos que con base en una justa causa se encuentran ausentes que no sea obstaculizada la libertad ni tampoco sea sustraído el liberto a la persona que no actuó con fraude (*Dasumiano-careant*).

El presente pasaje menciona una serie de casos en que el Rubriano no encontraría aplicación porque se refieren a situaciones de ausencia del fiduciario por una causa justificada (por supuesto, la disposición del periodo de Trajano trata de la ausencia injustificada y los presentes ejemplos se refieren a casos diferentes). De los presentes ejemplos el que presenta una atención mayor para el jurista es el que se refiere a los pupilos que pueden encontrarse en diferentes situaciones: la primera, que no tengan un tutor, la segunda que el tutor se encontrase en uno de los casos referidos anteriormente. La ausencia del tutor no puede producir consecuencias jurídicas desfavorables para el pupilo,

¹² Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 90 ss, sin negar el contenido clásico del pasaje afirma que el texto habría sido sintetizado y mete en duda el origen clásico de los términos *fraude carere* porque en D. 42.8.10.3 (texto que había analizado en una sede diferente) tales serían de origen compilatorio. Además, el autor afirma que existe un problema lógico, porque una vez que había hablado bien sea de los fiduciarios ausentes *ex iusta causa* bien sea de los incapaces haya sido nombrado el Dasumiano, ya que se afirma que sería aplicable a los ausentes. Según nuestra opinión los términos *fraude carere* no pueden ser de origen compilatorio porque tienen una función fundamental en la diferente aplicación que existe entre el Rubriano y el Dasumiano y visto que el primero de los senadoconsultos no puede ser aplicado a los infantes por falta de fraude debería utilizarse el senadoconsulto adrianeo.

no solamente porque desde un punto de vista formal el Rubriano se refiere específicamente al fiduciario y no al tutor, pero, sobre todo, por motivo de equidad, ya que sería injusto que la ausencia injustificada del tutor pudiera causar un daño al pupilo.

Visto que el problema del pupilo no puede ser resuelto con base en el Rubriano, Meciano afirma la aplicación del Dasumiano sin hacer referencia a una disposición de tal senadoconsulto que tratase específicamente del problema del pupilo, pero considerando lo que hemos visto anteriormente: la ausencia justificada del fiduciario no puede obstaculizar la libertad del esclavo y tampoco puede permitir que le sea quitado el liberto si no actuó con fraude, el hecho que el fiduciario fuera un menor de edad sería para el jurista un caso de justa causa.

Si Meciano resuelve el problema del menor de edad con base en la disposición del Dasumiano que hemos analizado anteriormente, debemos considerar el problema si tal senadoconsulto hubiera tenido una disposición precisa en tal sentido. Voci¹³ afirma que efectivamente existía en el Dasumiano una referencia a tal punto, pero sobre este problema presenta un texto de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.30.1 en donde se encuentra referido que el senado había decidido que si entre aquellos que debían manumitir a los esclavos por causa de un fideicomiso se encontraba un infante, los mismos se hacían libres, disposición que parecería identificarse más bien con el senadoconsulto Vitrasiano (que veremos más adelante en el §3) y no con el Dasumiano. Para identificar tal disposición con el Dasumiano hace un reenvío a D. 40.5.36 pr. pero, como vimos, Meciano, en tal texto, incluye el caso de los infantes entre los casos de ausencia justificada.

Impallomeni,¹⁴ reconociendo que fuentes seguras sobre tal materia no existen, acepta la tesis de Voci y presenta como fundamento un pasaje de *Pauli Sententiae* 4.13.3,¹⁵ en donde se considera a los

¹³ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 415 ss. Tesis anteriormente propuesta por Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 179.

¹⁴ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*. cit. 90 ss, con referencia a otros autores en la nota 114.

¹⁵ *Decedens servis suis libertatem ita dedit: ILLUM ET ILLUM LIBEROS ESSE VOLO EOSQUE FILIIS MEIS TUTORES DO: impeditur fideicommissa libertas, quia pupilli sine tutoris auctoritate manumittere non possunt et habentibus tutores tutor dari non potest. Sed interim vice*

pupilos sin tutor que deben otorgar un fideicomiso de libertad *vice absentium*, expresión que recordaría el Dasumiano y D. 40.5.36 pr. que hemos visto anteriormente. El investigador reconoce que en el caso de los incapaces Meciano cita el Dasumiano en relación con su disposición principal, pero no excluye que existan otras que tengan relación, como la que se refiere al incapaz, que venía considerado como ausente (*vice absentis*). Tal expresión que se encuentra en las *Pauli Sententiae* habría podido estar contenida en el texto del Dasumiano.

Otro argumento que usa Impallomeni para dar fundamento a su tesis es la exposición del libro quinto de los fideicomisos de Ulpiano. En D. 40.5.30 pr. el jurista trata del ausente justificado; después, en el §1 trata del incapaz, haciendo posible considerar que exista una correspondencia con la distribución de la materia regulada en el Dasumiano; además, en D. 40.5.30.5 y D. 40.5.36 pr., el incapaz es tomado en consideración contemporáneamente al ausente justificado, casi para indicar que los dos casos eran previstos en el Dasumiano.

Los argumentos de Impallomeni, aunque sí tienen una cierta autoridad, no son decisivos porque en *Pauli Sententiae* 4.13.3 se encuentra usado el término *vice absentium* (expresión que llamaría a la mente el Dasumiano). Tal pasaje no demostraría que el Dasumiano hubiera incluido una disposición específica sobre tal problema, sino simplemente que la jurisprudencia había resuelto el caso del infante considerándolo como un ausente justificado. También Meciano en D. 40.5.36 pr. resuelve la cuestión del infante con base en la disposición que hemos visto anteriormente excluyéndose que existiera una disposición específica que hubiera tratado del infante (en caso contrario, el jurista habría resuelto el problema con la disposición que se refería al infante y no basándose en una interpretación de equidad para incorporarlo entre los tipos de ausencia justificada).

Respecto a la exposición del libro quinto de los fideicomisos de Ulpiano ciertamente el jurista en D. 40.5.30 pr., trata del ausente justificado, pero el problema que debería presuponer el Dasumiano se encuentra unido a una constitución posterior; además, si bien es cierto en el §1 el jurista trata de un senadoconsulto en donde se hace

absentium pupilli habebuntur, ut ex decreto amplissimi ordinis primum libertas ac deinde tutela competere possit.

referencia a un infante (sin mencionar el nombre de la disposición) parecería que se tratara más bien del Vitrasiano y no del Dasumiano porque en el §6 es nombrado tal.

En conclusión no creemos que el Dasumiano hubiera tenido una disposición específica que tratara del infante. Fue la jurisprudencia la que analizó el problema y lo resolvió como un simple caso de ausencia justificada permitiéndose así la aplicación del senadoconsulto adrianeo.

Parte de la doctrina¹⁶ piensa que el Dasumiano habría tenido una rúbrica referente al caso del heredero que debía cumplir con un fideicomiso de libertad, pero que murió sin sucesores y sin haber efectuado la debida manumisión, ya sea porque teniendo herederos voluntarios éstos hubieran renunciado a la herencia, ya sea porque teniendo *sui*, éstos se abstuvieron. Otros autores, como Impallomeni,¹⁷ piensan que fue un senadoconsulto específico del cual ignoramos su denominación. Nosotros preferimos la segunda posición que fundamentaremos más adelante (§6).

Voci¹⁸ piensa que probablemente el Dasumiano tuvo una rúbrica respecto al problema siguiente: entre los fiduciarios que deben cumplir con el fideicomiso de libertad cada uno se encontraba en una situación diferente. Uno no estaba presente por una causa justificada mientras que el otro por una causa injustificada, algunos están presentes y otros ausentes por causa justificada, algunos no se presentan para evitar cumplir el fideicomiso, el heredero había muerto o el *heres suus* se había abstenido de la herencia. Su tesis tendría como fundamento D. 40.5.22.2, pero en el presente texto Papiniano, para resolver la cuestión simplemente aplica diferentes senadoconsultos, situación por la

¹⁶ Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit., 179; Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 416; Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit., 43 n. 9, 145 n. 17, 154 n. 42.

¹⁷ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 94 ss. Tesis que había sido considerada por W. W. Buckland, *The Roman law of slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, London, 1970, 613; en el mismo sentido F. Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano, 1992, 291 ss. y Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 83.

¹⁸ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 416 ss.

que podríamos excluir que el concurso entre varios fiduciarios hubiera sido regulado específicamente en una rúbrica del Dasumiano.¹⁹

No creemos, como propone Voci,²⁰ si bien con ciertas dudas, que el Dasumiano hubiera regulado otro punto: el de la enajenación del esclavo efectuada por el fiduciario, porque los textos que presenta el investigador (D. 40.5.10.1 y D. 40.5.28 pr.) no se refieren a una rúbrica específica del Dasumiano, sino al resultado que llegó la jurisprudencia en relación con el senadoconsulto Rubriano.

III. SENADOCONSULTO VITRASIANO

La fecha del senadoconsulto Vitrasiano,²¹ probablemente debería corresponder al año 122 d.C. cuando era cónsul L. Vitrasio Flaminio,²² junto a Ti. Julio Cándido Capitón y la determinación de su contenido preciso es todavía motivo de discusión. Nosotros podemos partir de un dato cierto: Ulpiano, con base en tal disposición, había resuelto el problema de la manumisión fideicomisaria de un esclavo hereditario que debía ser realizada por los herederos, pero no por el heredero *infans* (como será comprobado en D. 40.5.30.6). Volterra²³ piensa que el senadoconsulto tenía una portada más amplia: si uno de los cohe-

¹⁹ En tal sentido Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 97 n.134.

²⁰ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 417 y n. 64.

²¹ Volterra, s.v: *senatus consulta*, cit. 1073 sin establecer la fecha precisa de emanación lo incluye entre los senadoconsultos de edad adrianea; Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 419 piensa fue emanado en el año 138 d.C. y en el mismo sentido Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 45; Castello, *In tema di senadoconsulto Rubriano*, cit. 238 lo encuadra entre el 119 y el 138 d.C y un poco antes del Articuleyano, por el contrario Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 235 piensa sea anterior al Junciano y específicamente sería realizado en el año 122 cuando el cónsul en cargo era L. Vitrasio Flaminio posición que parecería aceptable. En el mismo sentido Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 82.

²² L. Vitrasio Flaminio fue consul *suffectus* en el año 122 d.C. Sobre la biografía de tal personaje se vean: R. Hanslik., s.v. *Vitrasii*, en *PWRE*, 9-A, Stuttgart, 1961, 416 ss., así como d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 401. Referencias a su consulado en *C.I.L.* 16, n. 69, 63 ss. Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia*, cit. 258 e 355 afirma que L. Vitrasio Flaminio fue cónsul en el año 122 d.C., curador del Tiber en el año 124 d.C., *legatus pro praetore* de Italia Traspadana y de la provincia de Mesia Superior.

²³ Volterra, s.v: *senatus consulta*, cit. 1073.

rederos era un *infans*, habría tenido lugar igualmente la manumisión de los esclavos, si a ellos hubiera sido concedida la libertad. Tal tesis tendría como fundamento el grupo de textos de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.30.1-6 que, por el contrario, otros autores²⁴ consideran pertenecientes a una rúbrica del Dasumiano, como hicimos notar en el §2.

Que el Dasumiano hubiera sido aplicado por la jurisprudencia al infante fiduciario que debía cumplir con el fideicomiso de libertad claramente lo constatamos en Meciano, *libro sexto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.36 pr. (era considerada como justificada la ausencia en tribunal de los pupilos que tuvieran o no un tutor); pero los casos contemplados por el Vitrasiano serían diferentes, así los textos de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.30.1-6 presentarían ejemplos de tal aplicación según la tesis de Volterra que nosotros aceptamos. Veamos D. 40.5.30.1:

Si infans sit inter eos, qui manumittere debent, senatus censuit, cum unius aetas impederit, ut liberi liberaeque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet.

Si entre aquellos que deben manumitir existiera un infante, el senado decidió que cuando la edad de uno lo impidiera, fueran libres aquellos y aquellas a quien deba darse la libertad por causa del fideicomiso.

El caso parte de un problema específico: el *de cuius* había solicitado a los herederos manumitir los esclavos (según nuestra opinión eran esclavos hereditarios, porque todavía el senado no había considerado el caso del esclavo que pertenecía al fiduciario, como después fue establecido en el Junciano), pero como entre ellos se encontraba un infante, existía la imposibilidad jurídica de concederles la libertad por el motivo que un infante no puede realizar una manumisión.²⁵ El senado decidió que fueran considerados libres, si bien la edad de uno de los herederos impedía la manumisión.

Según nuestra opinión el presente caso no tiene ninguna relación con el considerado por Meciano en D. 40.5.36 pr. (texto en donde se

²⁴ Véanse notas 13 y 14.

²⁵ Sobre este punto ver Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 88.

aplica el Dasumiano) porque en D. 40.5.30.1 no pueden ser considerados elementos que resultarían imprescindibles en D. 40.5.36 pr. En el texto de Meciano un presupuesto fundamental es la ausencia en tribunal de los pupilos que tuvieran o no un tutor previa pretensión de libertad por parte del esclavo. En D. 40.5.30.1 no puede presuponerse que el problema debiera resolverse en sede judicial, simplemente los fiduciarios se encontraban frente a un problema sin salida: entre ellos existía un infante que no habría podido cumplir la disposición fideicomisaria. Ulpiano resuelve el problema con una decisión del senado (que según nuestra opinión sería el Vitrasiano): si la edad de uno de los herederos obstaculiza la manumisión, serían considerados libres aquellos y aquellas a quien debería concederse la libertad por causa del fideicomiso.

Las palabras referidas por Ulpiano *cum unius aetas impederit, ut liberi liberaeque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet* son según nuestra opinión, los términos usados en el senadoconsulto Vitrasiano que podrían aplicarse a dos situaciones diferentes. La primera, que entre los herederos fiduciarios existiera un menor de edad que jurídicamente se encontraba en la imposibilidad de hacer la manumisión, como vimos en D. 40.5.30.1. La segunda, que entre los herederos existiera un menor de edad y que el *de cuius* hubiera solicitado a todos, con excepción del menor de edad, que fuera hecha la manumisión fideicomisaria del esclavo hereditario, como veremos en D. 40.5.30.6. En los términos de la disposición no se encuentra referido que el menor de edad hubiera sido designado como fiduciario o no, sino simplemente que su existencia era un obstáculo para permitir que los esclavos pudieran ser manumitidos. Veamos el segundo caso considerado en el §6:

Si plures heredes sunt istituti et inter eos qui dari non potest, sed non ipse rogatus sit servum manumittere, non oportere intercidere libertatem ob hoc, quod coheredibus suis vendere eum infans non possit: et exstat quidem senatus consultum Vitrasianum...

Si hubieran sido instituidos varios herederos y entre ellos quien no puede actuar jurídicamente, pero a éste no se le hubiera rogado de manumitir el esclavo, no debe perderse la libertad por este motivo, porque el infante no podría venderlo a sus coherederos. Y ciertamente existe el senadoconsulto Vitrasiano.

El jurista presenta un problema que habría encontrado solución en el Vitrasiano: el esclavo hereditario debe ser manumitido por los coherederos capaces, pero no por uno de ellos; si este último hubiera sido capaz habría debido vender su cuota a los otros,²⁶ pero como era un *infans* que probablemente no tuviera un tutor²⁷ existiría una imposibilidad jurídica para el cumplimiento de la disposición fideicomisaria, tal situación no sería un obstáculo para conceder la libertad al esclavo gracias al Vitrasiano.²⁸ Como puede ser observado,

²⁶ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 104 piensa que con base en un fideicomiso tácito el heredero no fiduciario se encontraba obligado a enajenar a justo precio el esclavo, pero no creemos que en la mente del *de cuius* hubiera sido prevista tal obligación. La función del jurista es tratar de resolver la cuestión para evitar que la manumisión fideicomisaria permanezca sin efectos y por esto era indispensable la venta de su cuota si el heredero no fiduciario hubiera sido capaz.

²⁷ Que el infante no tenía un tutor parecería lógico porque antes en el §3 el jurista presenta el caso que el pupilo tuviera un tutor: *si vero pupillus tutorem habet*. El término *vero* tendría el significado de contraposición a lo que se había narrado anteriormente y probablemente también a lo que sigue después en su explicación; de todos modos, también en el caso en que el infante hubiera tenido un tutor la manumisión no sería posible si antes el mismo tutor no hubiera enajenado la cuota del esclavo a los otros herederos. Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 104 afirma que la enajenación es imposible o al menos presenta dificultad y el investigador en la p. 88, n. 112 no mete en duda que el tutor podría enajenar la *res mancipi* pupilar. Si consideramos la tesis que el pupilo no tenía un tutor ciertamente la enajenación habría sido imposible y en el caso en que el infante tuviera un tutor habría sido necesario que estuviera de acuerdo en enajenar la cuota del incapaz para permitir el cumplimiento del fideicomiso de libertad. El jurista en el mencionado §3 explica que también en el caso de oposición del tutor habría debido hacerse la manumisión, pero esta disposición es posterior al Vitrasiano y es atribuida a Marco Aurelio y a Lucio Vero: *si vero pupillus tutorem habet isque nolit ad libertatem praestandam auctor esse, adeo non debet impedimento esse neque pupillo, ut libertos non habeat, neque libertati, ut divi fratres rescripserint ex causa fideicommissi libertatem praestari debere servo, perinde atque si ab ipso pupillo tutore autore manumissus esset* (pero si el pupilo tiene un tutor, y éste no quisiera autorizar la libertad, no debe por ello servir de impedimento ni al pupilo para que obtenga los libertos, ni a la libertad, según decidieron mediante un escrito los divinos hermanos que por causa de un fideicomiso se le debe dar la libertad a un esclavo, lo mismo que si hubiera manumitido por el mismo pupilo con la autoridad del tutor).

²⁸ Después el jurista cita un escrito de Antonino Pío en donde es mencionada una solución que parecería no corresponder fielmente al problema que había considerado al inicio y así como llegó el texto a nosotros la interpretación resulta difícil: *sed et divus Pius Cassio Dextro rescripsit ita rem explicari, ut partes servorum, quibus per fideicommissum libertas data est, iusto pretio aestimentur atque ita servus ab his qui rogati sunt manumittatur. hi autem, qui eos manumiserunt, pretii nomine perinde fratribus et coheredibus suis obligati erunt, atque si ob eam rem ex iudicati causa cum his agi possit* (pero también el divino Pío respondió por escrito a Cassio Dextro, que el caso se resuelve de manera que se estimen en

el jurista aplica los términos del senadoconsulto mencionados en el §1: *cum unius aetas impedierit, ut liberi liberaeque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet* (cuando la edad de uno lo impidiera, fueran libres aquellos y aquellas a quien deba darse la libertad por causa del fideicomiso).

El senadoconsulto partía del presupuesto que entre los herederos se encontraba un menor y ciertamente aplicar la disposición al caso en que únicamente existiera un heredero incapaz habría sido una consecuencia lógica de la jurisprudencia como podría notarse en el §2: *Hoc idem erit dicendum et si solus sit heres institutus qui dari non potest* (esto mismo se habrá de decir también si hubiera un solo heredero instituido que todavía no puede hablar). Tal criterio permanecía también en el caso del heredero incapaz del fiduciario.²⁹

Como hemos afirmado, el Vitrasiano no parte del presupuesto que los herederos fiduciarios no quisieran cumplir la manumisión fideicomisaria, simplemente daba una solución al problema de la dificultad de cumplir la disposición fideicomisaria si entre ellos se encontraba un menor de edad; en este modo el fideicomiso habría podido ser cumplido. Ciertamente el presente senadoconsulto habría podido ser aplicado en el tribunal cada vez que entre los herederos existiera un menor: *adeundus est autem etiam ex hac causa praetor* (pero también se ha de recurrir al pretor en virtud de esta causa, así afirma Ulpiano en D. 40.5.30.5) junto a otras disposiciones si el fideicomiso de libertad no hubiera sido cumplido por los fiduciarios

su justo precio las porciones de los esclavos a quienes se les dio por fideicomiso la libertad, y que de este modo sea manumitido el esclavo por aquellos a quienes se les rogó. Pero los que los manumitieron se habrán obligado por razón del precio a sus hermanos y coherederos, lo mismo que si por virtud de esto se pudiera ejercitar contra ellos la acción por causa de cosa juzgada). El texto sigue incorporando los términos *partes servorum* mientras que antes se hablaba de un solo esclavo, después se regresa al singular, ya no se presupone la existencia del infante sino una serie de hermanos y coherederos que probablemente no se encontraban obligados a manumitir el esclavo. De todos modos tal parte del texto no tiene importancia en nuestra investigación, a lo mejor sería importante en el hecho que el infante habría tenido derecho a pretender el precio de la cuota del esclavo una vez hecha la manumisión.

²⁹ §4. *Quicumque igitur casus inciderit, quo is qui dari non potest fideicommissae libertati subiectus est, accommodabimus mentem senatus consulti, quae etiam ad heredem infantem rogati trahenda est*. (Así pues, cualquiera que sea el caso en que sucediera que está obligado a la libertad dejada por fideicomiso el que todavía no puede hablar, aplicaremos el espíritu del senadoconsulto que se ha de extender también al heredero, que aún no puede hablar del que fue rogado de manumitir).

capaces. El menor de edad no se encontraba obligado a estar presente en el tribunal porque de todos modos habría sido considerado ausente justificado según el Dasumiano (D. 40.5.36). La presencia de los otros herederos seguiría siendo necesaria para la conservación del patronato del liberto y en caso en que no se encontraran presentes se habrían aplicado el Rubriano o el Dasumiano.³⁰

IV. SENADOCONSULTO ARTICULEYANO

El senadoconsulto Articuleyano, del año 123 d.C.,³¹ cuando los cónsules en cargo eran Q. Articuleyo Pétino³² y L. Venuleyo Aproniano, solucionaba el problema que impedía al esclavo pretender el cumplimiento del fideicomiso de libertad a su favor, así en el caso en que el esclavo tuviera su domicilio en una provincia diferente y lejana a la del fiduciario, la autoridad competente no habría sido aquella de la residencia del fiduciario, sino la del fideicomisario. Informaciones sobre tal disposición se encuentran en Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.7:

³⁰ El escrito de Antonino Pío mencionado por Ulpiano en D. 40.5.30.5 no dice nada de nuevo, simplemente demuestra la aplicación de las reglas del Rubriano y del Dasumiano al caso en que entre los herederos se encontrara un menor (que con base en el Vitrasiano no obstaculizaría la manumisión): *Adeundus est autem etiam ex hac causa praetor, praesertim cum escrito divi Piii effectum est, ut, si quidum ex rogatis praesentes sunt, alii latitent, alii ex causa absint, intercedente infantis persona non omnium libertus efficiatur, sed tantum infantis et eorum qui ex iusta causa absunt vel etiam praesentium.* (Pero también se ha de recurrir al pretor en virtud de esta causa, mayormente porque en el escrito del divino Pío se determinó que si algunos de los fiduciarios estuvieran presentes, otros se ocultaran y otros estuvieran ausentes con causa, mediando la persona de uno que todavía no habla, el esclavo no se hace liberto de todos, sino solamente del que todavía no habla y de los que están ausentes por justa causa y también de los presentes).

³¹ Tal fecha fue considerada por Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit. 183; Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 417; d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 76; Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 236; Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 82 y Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 44.

³² Q. Articuleyo Pétino fue cónsul ordinario junto a L. Venuleyo Aproniano en el año 123 d.C. Sobre este punto ver Rohden., s.v. *Articuleius*, en *PWRE*, II-2, Stuttgart, 1896, 1450 con referencias a documentos epigráficos; *Prosopographia Imperii Romanii*, 1, Berolini et Lipsiae, 1933, 235 así como d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit., 402.

Sed Articuleiano senatus consulto cavetur, ut in provinciis praesides provinciae cognoscant, licet heres non sit eius provinciae.

Pero fue establecido en el senadoconsulto Articuleyano que en las provincias conozcan (respecto a la libertad fideicomisaria) los gobernadores de las provincias también si el heredero no fuera de tal provincia.

Tal senadoconsulto, al darle competencia al gobernador de la provincia donde vivía el esclavo para decidir respecto al fideicomiso de libertad, ocasionaba que el heredero, que vivía en un lugar diferente tuviera dificultad de presentarse frente a la autoridad. Su ausencia habría sido considerada como justificada y no habría sido necesaria inclusive convocarlo, al menos en edad severiana como había referido Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.28.5 en relación con el Dasumiano (texto mencionado en el §2).

La cuestión que debemos resolver es si el gobernador de la provincia hubiera sido investido de la facultad de decidir respecto a las libertades fideicomisarias antes del senadoconsulto Articuleyano. Los textos de Marciano del libro noveno de sus Instituciones en D. 40.5.51.4-6 anteriores al pasaje que estamos analizando tratan del Dasumiano y después la referencia al Articuleyano en el §7 inicia con el término *sed* explicando que el presente problema (la ausencia justificada en el caso de una libertad fideicomisaria) debería ser decidido por el gobernador de la provincia también si el heredero no fuera de tal provincia. Tal observación habría podido interpretarse en el sentido que gracias al Articuleyano habían sido aplicadas las reglas del Dasumiano a las provincias, como había interpretado Kübler.³³ La presente interpretación no es aceptada por Impallomeni,³⁴ quien afirma que si hubiera sido así no se entendería la razón por la que anteriormente (aplicándose la vieja regla del foro competente) tales senadoconsultos no pudieran aplicarse en provincia si el heredero, ciudadano romano, hubiera vivido en ella.

Según nuestra opinión éste es el problema que habría resuelto el senadoconsulto Articuleyano. El Dasumiano hacía una clara referen-

³³ B. Kübler, *Geschichte des römischen Rechts: ein Lehrbuch*, Aalen, nuevamente editado en 1979, 252.

³⁴ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 109.

cia al pretor no concediendo la facultad al gobernador de resolver la cuestión, por esto si el esclavo se encontraba en una provincia lejana difícilmente habría podido transferirse al lugar en donde era residente el fiduciario para pretender su libertad, no sólo por el largo viaje, sino, sobre todo porque al alejarse de su lugar de residencia sin permiso se habría transformado en un fugitivo. No tenemos fuentes anteriores al 123 d.C. que puedan demostrar que los gobernadores de provincia tuvieran la facultad de decidir en materia de manumisión fideicomisaria, solamente un texto de Escevola, *libro vigesimo quarto digestorum* en D. 40.5.19 pr,³⁵ seguramente posterior, demostraría como después del Articuleyano también el gobernador habría tenido tal facultad de decisión y probablemente tal senadoconsulto aplicara en provincia las reglas del Dasumiano.

En conclusión, el senadoconsulto Articuleyano, según nuestra opinión, otorgó dos importantes novedades: la primera, permitir que las reglas del Dasumiano fueran aplicadas también en provincia concediendo al gobernador la facultad de decisión en materia de manumisiones fideicomisarias y la segunda, que pudiera ser solicitada la libertad respecto a los esclavos que se encontraban en provincia aunque el fiduciario no hubiera tenido su domicilio en tal lugar.

Otro problema que podemos identificar es el referente a la aplicación del Rubriano después del senadoconsulto Articuleyano. Según nuestra opinión si el fiduciario no hubiera sido residente en la provincia donde había sido solicitada la libertad del esclavo, el simple hecho de la distancia geográfica habría excluido el Rubriano y el fiduciario habría sido considerado ausente justificado, como hemos visto en D. 40.5.28.5. Por el contrario, si también el fiduciario hubiera sido residente en provincia y no se hubiera presentado al gobernador sin una

³⁵ *Here de instituto marito per fideicommissum libertatem servis dedit, in quibus et Sticho actori mariti: quaesitum est, cum absente domino isti praesidem provinciae adierint, ut libertas sibi praestaretur, quasi ex iusta causa heres abesset, et praeses provinciae pronuntiaverit libertatem debere, an agi cum Sticho possit, ut rationem actus a se administrati reddere compellatur. respondit non posse.* (Habiendo instituido heredero a su marido, concedió por fideicomiso la libertad a los esclavos, entre ellos también a Estico, agente de su marido; como hallándose ausente el señor hubieron ellos recurrido al gobernador de la provincia para que se les diera la libertad, como si el heredero estuviera ausente con base en una justa causa y el gobernador de la provincia hubiere declarado que se les debía la libertad, se preguntó si se podría ejercitar acción en contra de Estico para que fuese compelido a rendir cuenta de los negocios administrados por él. Respondió que no se podía).

justa causa habría podido aplicarse el Rubriano y el heredero habría sufrido las consecuencias de su ausencia porque el Articuleyano había concedido al gobernador la facultad de decisión aplicándose todas las disposiciones que en materia hubieran sido establecidas.

Voci³⁶ piensa que una disposición de tal tipo, aplicada a las provincias, implicaba probablemente que el fideicomiso de libertad fuera una disposición que podía ser utilizada por los peregrinos. Según nuestra opinión aceptar tal tesis resulta difícil porque si en provincia un peregrino hubiera establecido un fideicomiso de libertad en su testamento (en el caso que el derecho peregrino lo hubiera considerado posible) habría debido aplicar su derecho y no el derecho romano; por esto creemos que el senadoconsulto Articuleyano se refiriera únicamente a los ciudadanos residentes o no en una provincia que debieran cumplir con un fideicomiso de libertad respecto a un esclavo que habitara en tal provincia.

Proponer una reconstrucción del Articuleyano no es posible por la brevedad de la referencia de Marciano en D. 40.5.51.7, pero al menos con base en tal texto hemos podido conocer su contenido.

V. SENADOCONSULTO JUNCIANO

El senadoconsulto Junciano del año 127 d.C.,³⁷ bajo el consulado de L. Emilio Junco³⁸ y Cn. Julio Severo Sex. Minicio Faustino establecía un caso nuevo que no consideraban el Rubriano ni el Dasumiano: el esclavo no había pertenecido al *de cuius*. Nosotros sabemos que anteriormente a la presente disposición, en el siglo I d.C. periodo en

³⁶ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 418 y n. 66.

³⁷ Así Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 183; Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 418; d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 76; Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 236; Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit., 83; Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 44.

³⁸ L. Emilio Junco fue cónsul *suffectus* en el año 127. Sobre tal personaje ver Rohden, s.v. *Aemilius*, en *PWRE*, I-1, Stuttgart, 1893, 550; *Prosopographia Imperii Romani*, 1, Berolini et Lipsiae, 1933, 55 ss. así como d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 402. Referencias a su consulado existen, por ejemplo, en *C.I.L.* X-2, n.7854, 814. Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia*, cit. 357 refiere que Adriano había mandado una carta a Coronea el 135 d.C. en donde nombraba al ex cónsul Emilio Junco como encargado especial respecto a un problema surgido en Acaya.

que había escrito Cassio Longino, si el testador hubiera pedido al heredero o al legatario de manumitir un esclavo propio habría podido no cumplir con la disposición si sus servicios hubieran sido indispensables para él (al menos en la opinión del mencionado jurista), como se puede observar en un texto de Meciano, *libro quinto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.35:

Gaii Cassii non est recepta sententia existimantis et heredi et legatario remittendam interdum proprii servi manumittendi necessitatem, si vel usus tam necessarius esset, ut eo carere non expediret, veluti dispensatoris paedagogive liberorum, vel tantum delictum est, ut ultio remittenda non esset. visum est enim ipsos in sua potestate habuisse: nam potuissent discedere a causa testamenti: qua non omissa debere voluntati defuncti obsequi.

No fue aceptada la opinión de Gayo Cassio que pensaba que al heredero y al legatario debiera ser perdonada la necesidad de manumitir alguna vez el propio esclavo (*Gaii Cassii-necessitatem*), si su utilización hubiera sido tan necesaria que estar sin él no le fuera ventajoso (*si-expediret*), por ejemplo, como en el caso del administrador o del pedagogo de los hijos o a tal punto fuera el delito que la punición no debiera ser perdonada. Porque parece que se encuentran bajo su potestad (*veluti-habuisse*). Ciertamente habría podido prescindir de la causa del testamento, porque no prescindiendo de la voluntad del difunto debe ser obedecida (*nam-obsequi*).

El texto presenta dos diferentes posiciones jurisprudenciales respecto a la libertad fideicomisaria del esclavo perteneciente al fiduciario.³⁹ Antes del senadoconsulto Junciano, en el siglo I d.C. Gayo Cassio había afirmado que en ciertos casos mencionados anteriormente podría ser perdonado el fiduciario a cumplir la voluntad del *de cuius*. En el siglo II d.C. (y por esto después de la disposición del senado), Meciano afirmaba que no había sido aceptada tal tesis.⁴⁰

³⁹ No existen dudas que el problema se refiere a una libertad fideicomisaria, sobre este punto O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1, Roma, rist.2000, 586 considera que el libro décimo quinto de la obra de Meciano correspondía al presente argumento. Más fundamentos a favor se encuentran considerados por Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 32.

⁴⁰ Las Cuestiones de Meciano resalen al principado de Antonino Pio porque como hizo notar H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle, 1908, 43 ss. en el libro séptimo de la presente obra en D. 40.5.42 afirma: *Antoninus Augustus Pius noster* y en el libro noveno en D. 35.2.32.4 cita a Vindio Vero,

No sabemos si los juristas contemporáneos a Gayo Cassio hayan aceptado o no su posición, porque los términos *non est recepta sententia* podrían referirse no solamente a los juristas antoninos sino también a los precedentes, pero de dos cosas estamos seguros, que antes del Junciano era posible que el testador hubiera concedido la libertad fideicomisaria a un esclavo que pertenecía al fiduciario⁴¹ y que en determinados casos el mismo habría podido no cumplir la disposición fideicomisaria previo análisis del magistrado competente en materia fideicomisaria.⁴² Meciano, si bien sin dudas conocía el senadoconsulto, su posición no la fundamenta en el Junciano, sino en la necesidad que la voluntad del *de cuius* hubiera sido obedecida.⁴³

Entre las dos opiniones existirían dos principios jurídicos fundamentales en conflicto: el primero considerado por Cassio correspondería al derecho que el *dominus* tendría respecto al esclavo que se encontraba en su potestad, pudiendo conservarlo porque le era

que habría sido cónsul en el año 138 d.C. Probablemente la obra no habría sido terminada antes del 151 d.C., como había hecho notar L. Fanizza, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli, 1982, 14, tesis aceptada por Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, cit. 229 y Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 33.

⁴¹ No creemos como afirma Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 33, que el presente caso (manumisión fideicomisaria de un esclavo que no pertenecía al testador sino al fiduciario) probablemente hubiera sido todavía discutida en el tiempo de Cassio. Tal tipo de manumisión fideicomisaria es una realidad en su periodo histórico.

⁴² Aceptamos la tesis de Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, cit. 173 en el sentido que Cassio Longino no quería con conocimiento quitarle eficacia a las manumisiones fideicomisarias, pero tenemos dudas que el mismo jurista hubiera querido otorgarle al propietario del esclavo 'amplia e incondicionada disponibilidad de valoración de los esclavos *in potestate*' como afirma la investigadora, la valoración sería hecha por el magistrado competente en materia fideicomisaria para conceder o no la libertad al esclavo y si bien hubiera sido el fiduciario el que no quería cumplir con la disposición habría tenido que presentar las razones de su negativa que deberían encontrarse entre los casos identificados por el jurista: *vel usus tam necessarius esset, ut eo carere non expediret. vel tantum delictum est, ut ultio remittenda non esset.*

⁴³ Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 73 n.86 afirma: "...Cierto, parece extraño que los fiduciarios puedan, en los casos considerados, trascurar la voluntad del testador respecto al que, inmediatamente después el mismo Cassio subraya la necesidad del obsequio..." tal opinión no puede ser aceptada porque la referencia al obsequio no es de Cassio sino de Meciano que se opone a la tesis cassiana y sobre este punto ver los argumentos de Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit., 33. El principio del *obsequium* a la voluntad del difunto encontraría un choque con la presente tesis como hizo notar F. D'Ippolito, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli, 1969, 71.

indispensable o porque en el ejercicio de su derecho habría podido punirlo ejercitando la jurisdicción doméstica y no liberarlo,⁴⁴ y aquello de Meciano en donde la voluntad del testador debería ser respetada inclusive cuando los esclavos se encontraran fuera de su esfera patrimonial. La cuestión permanecía abierta y su solución daba al magistrado un amplio margen de discrecionalidad hasta que el senado no afronta la cuestión. Tenemos la fortuna de encontrar transcrito el contenido del Junciano en un texto de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.28.4:

Si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet, factum est senatus consultum Aemilio Iunco et Iulio Severo consulibus in haec verba: 'placere, si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacumque causa deberent servo, qui mortis tempore eius qui rogavit non fuerit, isque adesse negabitur, praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet: cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommisso manumitti debuisset, manumissus esset'.⁴⁵

Si se escondiera alguno al cual hubiera sido rogado de manumitir un esclavo no hereditario, fue hecho un senadoconsulto bajo el consulado de Emilio Junco y Julio Severo en estos términos (*Si-verba*): 'se decidió que si alguno de aquellos que por alguna causa debieran la libertad fideicomisaria de un esclavo, que al tiempo de la muerte de quien había afirmado que no era suyo y el fiduciario se negara a comparecer, bajo el presupuesto que si éste fuera presente sería constreñido a manumitirlo, el pretor tenga conocimiento (del problema) y en este modo sea pronunciado (*placere-pronuntiet*); y cuando así hubiera sido pronunciado, se observará el mismo derecho que sería observado en el caso en que hubiera sido manumitido en el modo que fuera debido ser manumitido con base en el fideicomiso (*cumque-manumissus esset*)'.

⁴⁴ Efectivamente a partir de *visum est* se sigue explicando el pensamiento de Meciano (en este sentido Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit., 32) y los términos *enim ipsos in sua potestate habuisse* completan su pensamiento: el *dominus* puede abstenerse de liberar a los esclavos por los motivos considerados anteriormente y puede hacerlo porque se encuentran bajo su potestad.

⁴⁵ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 98 incluye, después de *placere*, el término *ut* necesario para poder darle sentido al periodo *praetor cognoscat* y tal opinión es aceptada por Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 151 n. 34, el cual piensa que si bien la parte que va del término *praetor cognoscat* al final parece un poco complicada en su construcción, no pone en duda su genuinidad.

El texto de la disposición trata de cualquier persona que haya sido nombrada fiduciaria (heredero, legatario, fideicomisario),⁴⁶ y parte del presupuesto que el esclavo no hubiera pertenecido al *de cuius*. El problema que debemos considerar es si el esclavo debiera pertenecer al fiduciario o podía ser de otra persona.⁴⁷ El primer caso seguramente se encontraba comprendido en el senadoconsulto porque así fue considerado por Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.8: *Sed si non hereditarium servum quis rogatus fuerit manumittere, sed proprium, ex senatus consulto Junciano post pronuntiationem pervenit ad libertatem*. (Pero también si a uno se le hubiere rogado que manumita a un esclavo que no fuese de la herencia, sino propio, llega a la libertad después de la declaración en virtud del senadoconsulto Junciano). Que la disposición pudiera incluir casos en que el esclavo no fuera del fiduciario probablemente fue considerado por la jurisprudencia, así en un texto de Juliano, *libro quadragésimo secundo digestorum*, en D. 40.5.47.1, son mencionados diferentes ejemplos respecto a un senadoconsulto que podría ser el Junciano:⁴⁸

⁴⁶ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 99 observa que faltan testimonios sobre la aplicación del Junciano respecto al infante fiduciario. Los argumentos que presenta a favor de la aplicación en tal caso pueden ser aceptados.

⁴⁷ Que debiera pertenecer al fiduciario es una tesis seguida por Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 184 y por Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 153, el último autor atribuye a Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 418 la misma opinión de Krüger, pero no ha tomado en consideración que más adelante Voci en la p. 419 afirma: "Las disposiciones del sc. *Juncianum* resultan extendidas a tres casos: fdc. De libertad en favor del esclavo ajeno...". Silla además no analiza en su obra D. 40.5.47.1 que demostraría, según nuestra opinión, que el Junciano habría sido aplicado también a los casos en que el esclavo no fuera del fiduciario.

⁴⁸ En este sentido O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1, Roma, publicado nuevamente en el año 2000, 431 n.3, Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 419 n. 72, Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 101 n.151. En contra Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 184 ss., el cual piensa que si bien la esencial limitación delineada en el Junciano respecto al esclavo consiste en el hecho que el mismo no era del *de cuius* al momento de su muerte como menciona D. 40.5.28.4, con base en D. 40.5.51.8 se puede observar que el senado no simplemente trataba del esclavo no hereditario, sino que era necesario que perteneciera al fiduciario; por esto en D. 40.5.47.1 no se trataría del Junciano sino del Vitrasiano. Según nuestra opinión tal tesis presenta dudas porque si bien en D. 40.5.51.8 se trata del esclavo que pertenecía al fiduciario no por este motivo debemos limitar la disposición al problema que presenta Marciano; además, respecto al Vitrasiano, el caso considerado es diferente: uno de los coherederos es menor de edad.

auxiliar en la libertad al esclavo autorizando al pretor a declararlo libre; pero si el esclavo no hubiera sido adquirido, el pretor habría debido llamar al *dominus* para constatar su disposición a la venta y en el caso en que hubiera estado de acuerdo habría podido liberarlo y demandar al heredero ausente para el pago del precio, como menciona Paulo en D. 40.5.31.4 (en este caso se convertiría en patrono del liberto) o el mismo pretor declarar la libertad *ex senatus consulto*. Si el *dominus* se opone a liberar el esclavo si antes no ha sido entregado el precio,⁵⁰ entonces la función del pretor probablemente hubiera sido aquella de realizar una ejecución patrimonial en los bienes del fiduciario ausente porque claramente el jurista afirma: *cogendus est heres redimere et manumitiere*.⁵¹ Nosotros creemos que tales problemas habrían podido llegar a darse también antes del escrito de Antonino Pío (Caracalla?) y por esto probablemente el emperador simplemente habría declarado la actividad que habría desarrollado el pretor en el caso en que el fiduciario se escondiera.

Según Voci,⁵² en el Junciano no importa si la ausencia del fiduciario en el tribunal sea justificada o no presentando como fundamento el texto de la disposición que se encuentra en D. 40.5.28.4: *...is* (el fiduciario) *adesse negabitur* sin mayores especificaciones. La presente opinión presenta dudas porque claramente en el mismo pasaje Ulpiano afirma al inicio: *si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet*,⁵³ dando como presupuesto que el fiduciario se hubiera escondido y por esto no estuviera presente en modo injusti-

⁵⁰ El *dominus* que está de acuerdo en vender el esclavo habría podido pretender el pago inmediatamente del heredero y en el caso en que el fiduciario no haya satisfecho tal pretensión habría podido negarse a manumitirlo, porque como recuerda Meciano, *libro quinto decimo fideicommissorum* en D. 40.5.32 pr. podría suceder que al demandar al heredero por el pago del precio, el mismo fuera insolvente y no se encontrara en la posibilidad de pagarlo: *sed si alienare quidem sit paratus, non ante tamen id velit facere, quam sibi in pretium satisfiat, non erit manumittere compellendus, ne et servum manumittat et interdum nihil aut minus consequatur, si forte is, qui rogatus est manumittere, solvendo non sit*.

⁵¹ En el mismo sentido Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 102 ss; tal ejecución patrimonial habría sido aplicada en el caso en que el fiduciario se encontrara ausente o presente según el investigador. Ciertamente en el caso del fiduciario ausente, según nuestra opinión, el pretor habría declarado la libertad con base en el senadoconsulto.

⁵² Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 418 ss.

⁵³ Respecto a los términos *latitans* y *latitatio* ver A. Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998, 41 ss.

ficado. El investigador piensa que fueron los compiladores los que cambiaron el término *latitet* en lugar de *absit* para unificar la disposición del Junciano a la constitución de Antonino Pío mencionada en D. 40.5.31.4.

También Impallomeni⁵⁴ afirma que el senadoconsulto no distingue si la ausencia era justificada o injustificada; el fiduciario conserva el *ius patronatus* para todos los efectos, hasta el periodo de Antonino Pío.⁵⁵ Esto por la imposibilidad de convertir en orcinio (es decir, del muerto) un esclavo que al momento de la muerte del testador no le pertenecía. Sobre este punto presenta como fundamento D. 40.5.28.4 y D. 40.5.29,⁵⁶ en donde, con referencia al enajenante (como veremos más adelante era un caso considerado en el senadoconsulto) se afirmó que no se debía distinguir entre ausencia justificada e injustificada. Según nuestra opinión del texto de la disposición referida en D. 40.5.28.4 no puede concluirse que en el caso del Junciano no hubiera sido tomado en consideración el tipo de ausencia (y sobre tal punto

⁵⁴ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 99 ss. Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 44 n. 16 y 203 acepta la tesis de Voci e Impallomeni, pero no toma en consideración el escrito de Antonino Pío en D. 26.4.1.3.

⁵⁵ Ulpiano, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D. 26.4.1.3: *...nam generaliter divus Pius rescripsit Aurelio Basso ius patroni eum non habere, his verbis: 'Plane tergiversatio eorum, qui subvertere fideicommissam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni adquirant in eo, quem liberum esse nolunt'...* (Porque el Divino Pío contestó en general por escrito a Aurelio Basso, que el no tenía el derecho de patronato en estos términos: 'A la verdad, castiguese el subterfugio de los que quieran frustrar la libertad dejada por fideicomiso, de modo que no adquieran el derecho de patronato sobre el que no quieren que sea libre').

⁵⁶ Paulo, *libro tertio fideicommissorum* en D. 40.5.29: *si quis, posteaquam in ea causa esse coeperit, ut ex fideicommissis manumitti deberet, alienatus sit, is quidem, cuius interim servus erit, manumittere cogetur: sed hic non distinguitur, iusta an non iusta causa absit: omnimodo enim libertus ei servatur*. (Si alguno hubiera sido enajenado después que hubiere comenzado a estar en el caso de que debiera ser manumitido en virtud del fideicomiso, será ciertamente obligado a manumitirlo aquel de quien mientras tanto fuere esclavo, pero en este caso no se distingue si está ausente por justa causa o injustificadamente, porque de todos modos se le reserva a aquél la libertad). Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 99 n. 143 no acepta la propuesta de Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, 1102 de relacionar tal texto con el Dasumiano porque, como adecuadamente observa, si el esclavo es hereditario y el adquirente latitante se aplica el Rubriano (D. 40.5.10.1 y D. 40.5.28 pr.); por esto el presente fragmento no puede referirse al caso en que el esclavo no sea hereditario situación por la que se relaciona con el Junciano.

tiene validez lo que dijimos respecto a Voci) y si en el segundo texto (D. 40.5.29) se encuentra afirmado que en el caso del enajenante no se debería distinguir entre los dos tipos de ausencia no significa por esto que en todos los casos del Junciano debiera ser aplicado. El escrito de Antonino Pío (D. 26.4.1.3), que, según Impallomeni, habría modificado la situación anterior, en nuestra opinión simplemente especifica una situación que existía antes: el fiduciario no puede tener derecho al patronato del esclavo declarado libre cuando injustificadamente no se encuentra presente, se esconde para evitar liberarlo. El esclavo efectivamente no puede transformarse en *orcino* (es decir del *de cuius*) porque no le pertenecía, pero tampoco habría podido el fiduciario tener el patronato por los motivos que había hecho notar Antonino Pío.

En conclusión podemos afirmar que en todo el periodo clásico el Junciano se refería al caso de una ausencia injustificada, porque una persona que se niega a comparecer no puede ser considerada ausente justificado (quien no comparece *ex iusta causa* no se opone a comparecer, simplemente se encuentra en la imposibilidad de comparecer). Si el fiduciario no se encontrara presente justificadamente y el esclavo fuera ajeno, el pretor habría debido declarar la justa causa como había hecho con el Dasumiano,⁵⁷ y después proceder a lo que se había afirmado en D. 40.5.31.4; en tal texto claramente Paulo afirmaba *idque faciendum est etiam, si heres latitet* incorporando al caso de presencia o ausencia justificada aquella de ausencia injustificada y específicamente a situaciones en que el Junciano hubiera tenido importancia.

Algunos investigadores⁵⁸ piensan que el Junciano consideraba además el caso del fiduciario que hubiera enajenado el esclavo que debía ser manumitido y tal opinión presentaría como fundamento D. 40.5.29 (que como hemos visto anteriormente seguramente se refería

⁵⁷ Que el pretor debiera declarar la ausencia justificada o no justificada también si el esclavo fuera de una tercera persona podría demostrarse con el pasaje de Paulo, *libro tertio fideicommissorum* en D. 40.5.29 (que hemos transcrito en la nota anterior) en donde el jurista afirmaría que en el caso del enajenante (podríamos por esto considerar que en todos los otros casos se aplicaba la regla contraria) no se debía distinguir entre ausencia *ex iusta causa* e injustificada.

⁵⁸ Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*. cit. 188 Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 419.

al Junciano)⁵⁹ y un texto de Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.10:

Emptor quoque ut manumittat, eodem senatus consulto expressum est.

En el mismo senadoconsulto (Junciano porque el jurista anteriormente lo había mencionado en el §8) fue expresado que manumita también el comprador.

Según Impallomeni,⁶⁰ el presente texto no demostraría que el Junciano habría tenido una rúbrica dedicada al adquirente, porque la regla expresa habría podido ser afirmada por Marciano únicamente al interpretar el senadoconsulto. La presente opinión presenta dudas porque claramente los términos *expressum est* se refieren al senadoconsulto y no a una interpretación hecha por el presente jurista. El caso podía aplicarse a la situación que el fiduciario titular del esclavo lo hubiera vendido (probablemente para evitar manumitirlo).

Si el comprador y no el fiduciario se hubiera presentado en tribunal porque el esclavo pretendiera su libertad, el actual *dominus* se encontraría obligado a manumitirlo.

En tal caso, como también la obligación de liberarlo se refería al comprador, la ausencia del fiduciario podía también ser irrelevante porque no habría podido adquirir el patronato del esclavo porque ya no era suyo.

Si el comprador del esclavo no se hubiera presentado en tribunal el pretor habría podido declarar la libertad y en tal caso habría sido irrelevante si el mismo no se hubiera presentado justificadamente o injustificadamente porque de todos modos sería debida la libertad, así Paulo, *libro tertio fideicommissorum* en D. 40.5.29,⁶¹ el fiduciario no habría tenido el patronato porque había vendido el esclavo y como en todo caso era debida la libertad, la causa por la cual se encontraba ausente el comprador habría sido irrelevante (conservaba el patronato).

⁵⁹ Véase nota 56.

⁶⁰ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 99 n. 140.

⁶¹ Véase nota 56.

VI. SENADOCONSULTO DE FECHA INCIERTA
QUE DISCIPLINA EL CASO QUE EL FIDUCIARIO
HAYA MUERTO SIN HEREDEROS Y SIN HABER
EFECTUADO LA DEBIDA MANUMISIÓN

Cuando tratamos el Dasumiano (§2), rechazamos la idea que en tal senadoconsulto existiera una rúbrica que tratara del caso en que el heredero fiduciario de un fideicomiso de libertad hubiera muerto sin sucesores y sin haber efectuado la debida manumisión, o que teniendo herederos extraños, éstos hubieran renunciado a la herencia o que teniendo *sui*, los mismos se hubieran abstenido de la misma. Los fundamentos de Impallomeni,⁶² que afirma la tesis que tal problemática hubiera sido tratada en un específico senadoconsulto resultan, según nuestra opinión, convincentes:

Ulpiano del libro quinto de los fideicomisos trata del Rubriano en D. 40.5.26.7.11 y D. 40.5.28 pr.3; del Junciano en D. 40.5.28.4; del Dasumiano en D. 40.5.28.5 y D. 40.5.30 pr. del Vitrasiano en D. 40.5.30.1-8 y respecto a las reglas de la persona que se encontraba obligada, muerta sin herederos en D. 40.5.9-14. Si estas últimas reglas hubieran sido tratadas en el Dasumiano necesariamente se debería concluir que el jurista, sin razón, habría cortado la continuidad de la exposición que había hecho sobre el Dasumiano.⁶³

El texto de Paulo, *libro quinquagensimo septimo ad edictum* en D. 40.5.5 (que veremos inmediatamente) en donde al referirse al senadoconsulto incluye una problemática no considerada en el Dasumiano: el esclavo no pertenecía al *de cuius*. Iniciemos el análisis del presente pasaje:

In fideicommissariis libertatibus si absente herede praetor pronuntiasset libertatem deberi, est et liber et defuncti libertus, si et servus eius fuit, aut

⁶² Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 94 ss.

⁶³ Cfr. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2, cit. 921 ss., Impallomeni piensa que el Vitrasiano se encuentra tratado por Ulpiano en los §§ 6-8, pero Volterra, s.v: *senatus consulta*, cit. 1073 adecuadamente observa que tal senadoconsulto se encuentra analizado por el jurista a partir de D. 40.5.30.1.

*heredis, si servus heredis sit. immo et si sine successore heres decesserit, conservandam esse libertatem senatus Hadriani temporibus censuit.*⁶⁴

Respecto a las libertades fideicomisarias, si se encuentra ausente el heredero, el pretor hubiera declarado que es debida la libertad, es libre el esclavo y liberto del difunto si fue su esclavo o del heredero, si el esclavo es del heredero (*In-heredis sit*). Inclusive, también si el heredero murió sin sucesores, un senadoconsulto del tiempo de Adriano decidió que debe ser conservada la libertad (*immo-censuit*).

El presente pasaje explica que debe ser considerado liberto el esclavo que hubiera sido declarado libre por el pretor en el caso de la ausencia del heredero. Si el esclavo era del *de cuius* y la ausencia del fiduciario hubiera sido injustificada habría sido aplicado el Rubriano y habría sido considerado como liberto del *de cuius*.⁶⁵ Si la ausencia hubiera sido justificada y el esclavo hubiera pertenecido al heredero el mismo no habría perdido el patronato del liberto.⁶⁶ El senadoconsulto del tiempo de Adriano habría establecido que en el caso en que el heredero hubiera muerto sin haber hecho la manumisión del esclavo y no tuviera herederos, se conservaría la libertad y por esto el pretor habría debido pronunciarla.⁶⁷

⁶⁴ Según nosotros el texto fue sintetizado porque falta la referencia a una ausencia injustificada en el caso en que el esclavo fuera del heredero; si la ausencia hubiera sido justificada el heredero no perdería el patronato del liberto según el Dasumiano. Respecto al caso en que el esclavo fuera del heredero según el pasaje el fiduciario no perdería el patronato, pero tal afirmación presenta problemas ya que respecto al Junciano habíamos afirmado anteriormente que la ausencia injustificada producía la consecuencia que el fiduciario perdía el patronato del liberto, así como recuerda el escrito de Antonino Pío (D. 26.4.1.3); probablemente el caso habría tratado de una ausencia justificada.

⁶⁵ El texto no habla de una ausencia injustificada, pero debería presuponerse porque si hubiera sido justificada al aplicarse el Dasumiano el heredero no perdería el patronato del liberto. Sobre este punto véase: Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, cit. 176 n. 8; Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 95; Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, cit. 290.

⁶⁶ La ausencia del heredero no puede ser injustificada porque en tal caso el fiduciario habría perdido el patronato del liberto tal como lo recuerda el escrito de Antonino Pío (D. 26.4.1.3).

⁶⁷ En modo diferente Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, cit. 291 ss, interpreta la última parte del texto en el sentido que la libertad se conseguía directamente, sin la necesaria actividad del *praetor*. Tal interpretación le serviría de apoyo a su tesis que la presente decisión tenía un origen judicial, una sentencia

La presente disposición probablemente se refería al caso del esclavo que era del *de cuius* o del heredero, porque el senadoconsulto citado por Paulo no distingue a quién pertenecía, además que las referencias consideradas por el jurista, antes de mencionar la normativa, se refieren a los dos casos.⁶⁸ Si hubiera sido así resultaría evidente la dificultad que el senadoconsulto pueda ser identificado con el Dasumiano porque tal *senatus consultum* no consideraba el caso del esclavo que pertenecía al heredero y habría sido emanado seguramente después del año 127 d.C. (fecha del Junciano) y antes del año 138 d.C., porque había sido hecha en el periodo adrianeo.⁶⁹

Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.30.9-14 analiza la presente normativa, así en el §9 afirma:

Sed et si quis sine herede vel alio successore decesserit qui fideicommissam libertatem praestare debebat, adito praetore libertatem praestandam esse censuit senatus.

Pero también si alguno muere sin herederos o sin algún otro sucesor que debía dar la libertad fideicomisaria, el senado decidió que al presentarse al pretor deba ser concedida la libertad.⁷⁰

El presente texto no distingue si el esclavo era del *de cuius* o del fiduciario, situación por la que se encontraría confirmada la tesis que

del senado en grado de apelación en contra de la decisión del *praetor fideicommissarius*. Nosotros creemos sea difícil probar tal tesis porque las últimas palabras del pasaje habrían podido considerar implícitamente la necesidad de la actividad del pretor, porque anteriormente es mencionada tal necesidad: *praetor pronuntiasset libertatem deberi*. En cuanto a la posibilidad de apelar respecto a la decisión del pretor, ver Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 187 ss., en donde el autor subraya la absoluta falta de datos textuales que puedan permitir un análisis mayor sobre tal aspecto.

⁶⁸ En este sentido Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 95.

⁶⁹ Así Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 236 ss.

⁷⁰ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 43 afirma que la expresión *adito praetore* mencionada en el presente pasaje podría demostrar que no pudiendo el Dasumiano llamar la *evocatio a praetore* por la peculiaridad del caso regulado, haya sido previsto en tal senadoconsulto la referencia a la *aditio praetoris*. La presente tesis no puede ser aceptada porque, como hemos hecho notar, tal texto no corresponde al Dasumiano sino a un senadoconsulto diferente. El texto que presenta el investigador (D. 40.5.22.2) no demuestra que el Dasumiano hubiera tratado del presente problema porque la disposición se referiría también al Rubriano, como hemos visto en el §2.

el presente senadoconsulto no hubiera hecho tal distinción, además se puede observar que no se encontraba limitada al heredero sino que podía referirse a cualquier otro tipo de sucesor por ejemplo, un *bonorum possessor* (caso considerado por el jurista en el §14).⁷¹ La disposición se aplicó a otros casos por la jurisprudencia en donde se producirían los mismos efectos jurídicos, por ejemplo, si un *heres suus* se hubiera abstenido de la herencia (§10)⁷² o si un menor de veinticinco años hubiera aceptado la herencia y después se procedía a la *restitutio in integrum* (§11).⁷³

El senadoconsulto no daba una solución al problema de quién habría sido considerado el esclavo como liberto y una constitución posterior debió resolver la cuestión declarando que el esclavo se hacía liberto del *de cuius*, esto es, *orcino* (§12);⁷⁴ ciertamente tal constitución habría tenido como presupuesto que el esclavo hubiera

⁷¹ *Eleganter quaeri potest, cum heres sine successore decessit, utrum exspectari debet, donec certum sit heredem vel bonorum possessorem non extaturum, an vero etiam dum incertum est (forte deliberante herede scripto) possit ad libertatem pervenire: et melius est exspectari oportere, quoad certum esse coeperit successorem non extaturum.* (Elegantemente se puede preguntar cuando el heredero fallece sin sucesor si se debe esperar hasta que sea cierto que no habrá heredero o poseedor de los bienes o si también puede el esclavo llegar a la libertad mientras sea incierto acaso por estar deliberando el heredero instituido. Y es mejor que se haya de esperar hasta que comencere a ser cierto que no existirá un sucesor).

⁷² *Sed et si suus heres se abstinerit, libertati fideicommissae per senatus consultum subventum est, tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet licet abstinentem se.* (Pero si se hubiere abstenido de la herencia un *suus heres* se auxilió también por el senadoconsulto a la libertad dejada por fideicomiso aunque no está sin heredero el que tiene un *suus heres* por más que éste se abstenga). No creemos que tal opinión hubiera sido una novedad de edad severiana, porque si bien el caso de abstención del *heres suus* es diferente al de la falta del sucesor, los dos casos producen los mismos efectos jurídicos.

⁷³ *Idem dicendum et si minor viginti quinque annis adierit hereditatem eius, qui libertatem fideicommissam debebat, et in integrum sit restitutus abstinenti causa.* (Lo mismo se ha de decir también si un menor de veinticinco años hubiere aceptado la herencia del que debía la libertad dejada por fideicomiso y hubiera sido efectuada la *restitutio in integrum* para abstenerse).

⁷⁴ *Quaerendum est autem, cuius libertus iste fit: ex constitutione enim servo libertas perinde competit, atque si ex testamento libertatem consecutus esset. erit igitur libertus orcinus, non eius qui fideicommissam libertatem debebat.* (Pero se ha de preguntar de quien se hace liberto porque en virtud de la constitución al esclavo le corresponde la libertad lo mismo que si la hubiera conseguido por virtud del testamento; así bien, será liberto *orcino* y no del que debía la libertad dejada por fideicomiso). No sabemos a quien debería atribuirse tal constitución, Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 96 piensa fue hecha en el periodo de Marco Aurelio y Lucio Vero porque los mismos emanaron otra en tema de cofiduciarios, uno vivo y ausente justificado y el otro muerto sin herederos. En el mismo sentido Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed*

pertenecido al *de cuius*, porque en caso contrario no habría tenido sentido si el *servus* hubiera sido del heredero.

VII. SENADOCONSULTO PROBABLEMENTE
DE EDAD ADRIANA EN DONDE A UN ESCLAVO
IMPÚBER ES CONCEDIDO CON BASE
EN UN FIDEICOMISO LA LIBERTAD
Y LA HERENCIA

Un senadoconsulto de fecha incierta citado por Papiniano, *libro undecimo quaestionum* en D. 26.5.13 pr.-1 presenta el problema del esclavo impúber al cual fue concedido con base en un fideicomiso la libertad y la herencia:

Si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum data sit et institutus adire nolit, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur, adire cogendum, ut tamen pupillo pupillae tutor ab eo, cui ius dandi erit, detur, qui tutelam retineat, quoad restituatur hereditas et rem salvam fore ab herede caveatur. postea divus Hadrianus, ut idem in eo servetur, cui directa libertas data fuerit, rescripsit. 1. Quamvis autem a patrono rem salvam pupillo fore non facile cautio exigatur, tamen senatus pro extraneo haberi voluit eum, qui, quod in ipso fuit, etiam libertate privavit impuberem: et ius quidem liberti, quod habet, quia ex causa fideicommissi manumittit, non est ei ablatum, tutela vero sine vinculo cautionis non committitur. quid ergo si non caveat? non dubie tutela non erit apud patronum.⁷⁵

attività normativa del senato in età imperiale, cit. 290 n. 112. Tal disposición es tratada por Ulpiano inmediatamente después en el §13.

⁷⁵ La doctrina mete en duda el contenido clásico del §1, así S. Solazzi, *Studi sulla tutela en Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza di Modena*, 9, 1925, 54 ss. = *Scritti di Diritto Romano*, 3, Napoli, 1960, 100 ss. elimina los términos *non facile* y la última parte de *ius* en adelante porque según el investigador la restitución *quamvis... cautio non exigatur* es imposible por dos motivos: 1) porque se encuentra en contraposición con el hecho narrado por Papiniano; 2) porque el resultado no tiene ningún sentido. Se encuentra en contraposición porque en el pr. el jurista dijo respecto al tutor temporáneo *tutelam retineat, quoad... rem salvam fore ab herede caveatur*; ya que como el heredero sería el patrono sería falso afirmar *quamvis a patrono... cautio non exigatur* y la parte *quamvis autem a patrono... cautio non exigatur, tamen senatus pro extraneo haberi voluit eum* no tiene ningún sentido. Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 276 n. 79 con más referencias bibliográficas acepta la presente tesis y llega a la siguiente conclusión: es necesario pensar que la parte *non facile* haya sido elaborada por un compilador poco preciso que sabía de la existencia de la regla general vigente para los patronos, esto es la no exigencia de efectuar la *cautio*, no habiendo notado

Si fue concedida la libertad y la herencia por fideicomiso a un impúber y el instituido heredero no quiere aceptar la herencia, el senado decidió que si en nombre del impúber hubiera sido requerido, debería estar obligado a aceptarla (*Si-cogendum*), con la finalidad que al pupilo o a la pupila le sea nombrado un tutor el cual habría tenido derecho a que se le nombrara conservando la tutela hasta que le sea entregada la herencia y le sea garantizado por el heredero la *cautio rem pupilli salvam fore (ut-caveatur)*. Después el divino Adriano respondió por escrito que sea observada la misma situación también cuando le hubiera sido concedida la libertad directamente (*postea-rescripsit*). 1. Si bien no sea fácil exigir la *cautio rem pupilli salvam fore* al patrono, sin embargo el senado quiso que sea considerado como extraño a aquel que, en cuanto en él estuvo, privó al impúber también de la libertad (*Quamvis-impuberem*); y no se le quitó ciertamente el derecho que tiene sobre el liberto, porque manumitió por causa de fideicomiso, pero no se le encomienda la tutela sin el vínculo de la garantía (*et-committitur*). ¿Qué se dirá si no se diera la garantía? Que sin duda no obtendrá el patrono la tutela (*quid-patronum*).

El testador concede a un impúber la libertad y la herencia con base en un fideicomiso que debería cumplir el heredero, pero que no acepta obstaculizando que el menor de edad se transforme en liberto y pueda adquirir el patrimonio hereditario. El senado decidió que si un tercero extraño hubiera pretendido a nombre del impúber el cumplimiento del fideicomiso, el heredero se encontraría obligado a aceptar la herencia y se nombraría un tutor interino (probablemente el mismo tercero extraño que había demandado en juicio a favor del impúber). La función del tutor interino habría durado hasta que el heredero no hubiera transmitido la herencia al menor de edad (o a la menor de edad) y no hubiera garantizado con la *cautio rem pupilli salvam fore* la conservación de los bienes del fideicomisario. La misma decisión había sido aplicada a la manumisión directa y no fideicomisaria según un escrito de Adriano, pero en tal caso el menor de edad habría sido considerado un liberto orcino (del muerto) y no del fiduciario.

que las palabras: *quamvis... a patrono... cautio exigatur* se referían contrariamente al caso particular objeto de la decisión del senado. Según nuestra opinión seguramente el §1 fue sintetizado, ya que la interpretación no es fácil, pero de todos modos veamos cuál pudo haber sido su probable significado.

El fiduciario que no quería aceptar la herencia, pero que con base en la decisión del senado fue constreñido a efectuar la *aditio* no puede perder el patronato del liberto siempre que hubiera garantizado la conservación de los bienes con la *cautio rem pupilli salvam fore*, porque si bien aceptó la herencia contra su voluntad al final lo había liberado. La necesidad de tal garantía era debida a la propia negación de aceptar la herencia que obstaculizando la libertad del infante habría sido tratado como un tercero extraño.

Ciertamente si el fiduciario hubiera cumplido la disposición en modo voluntario no habría sido considerado como un extraño y probablemente ni siquiera habría tenido necesidad de hacer la presente *cautio* porque en circunstancias diferentes el patrono no se encontraría obligado a realizarla. La oposición del fiduciario a garantizar no le quita el patronato, pero sí el derecho a ser considerado tutor del menor de edad.

La disposición considerada por Papiniano no puede identificarse con ninguno de los senadoconsultos que hemos visto anteriormente⁷⁶ y probablemente podría ser posterior al periodo adrianeo, porque si bien el escrito de Adriano posterior al *senatus consultum* había aplicado la misma normativa a las manumisiones directas, no podría excluirse que hubiera sido del mismo periodo histórico, sobre todo porque si bien anteriormente en el periodo de Trajano el senado había iniciado a decidir en materia de manumisiones fideicomisarias con el Rubriano, claramente fue en el periodo de Adriano cuando los senadores establecen más disposiciones en tal materia.

⁷⁶ Sobre este punto Solazzi, *Studi sulla tutela in Studi*, 1, cit., 101 n.37 no acepta la tesis de A.A.F. Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft*, 2, Berlín, 1833, 219 que la disposición pudiera probablemente ser el senadoconsulto Vitrasiano porque no existiría ninguna analogía, pero tampoco parecería probable identificarla como hace el investigador con el Rubriano, porque en el presente caso no fue el pretor quien pronunció la libertad sino el mismo heredero (si bien contra su voluntad). Que el presente senadoconsulto sea una disposición autónoma es una opinión de d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit., 77, de A. Guzmán, *Cautión tutelar en derecho romano*, Pamplona, 1974, 310 y de Arcaria, *Senatus censuit*, cit., 277 ss., aunque si bien, según nuestra opinión, la tesis de Arcaria que la disposición era una sentencia de apelación no encuentra fundamentos sólidos porque no existen noticias en el pasaje que en primer grado hubiera decidido el pretor fideicomisario y después el senado en sede de revisión.

VIII. SENADOCONSULTO DE EDAD ADRIANA
QUE ORDENA QUE EL HEREDERO INSTITUIDO
EN UN TESTAMENTO, EN QUE ERA ESTABLECIDA
LA LIBERTAD (DIRECTA O FIDEICOMISARIA)
A LOS ESCLAVOS Y LA TRANSMISIÓN A ELLOS
DE LA HERENCIA CON BASE EN UN FIDEICOMISO,
SEA OBLIGADO A ACEPTARLA NO OBSTANTE
HUBIERA SIDO CONSIDERADA COMO SUSPECTA
DEBIENDO TRANSMITIRLA AL PRIMER ESCLAVO
DESIGNADO EN EL TESTAMENTO
EL CUAL OBTENDRÁ SU LIBERTAD

Escevola, *libro octavo decimo quaestionum* en D. 28.5.84 (83) pr-1 refiere un senadoconsulto que tenía importancia en materia de libertad fideicomisaria:

*Si non lex Aelia Sentia, sed alia lex vel senatus consultum aut etiam constitutio servi libertatem impediat, is necessarius fieri non potest, etiamsi non sit solvendo testator. 1. Temporibus divi Hadriani senatus censuit, si testator, qui cum moritur solvendo non fuit, duobus pluribusve libertatem dederit eis que hereditatem restitui iusserit et institutus heres suspectam sibi hereditatem dixerit, ut adire eam cogatur et ad libertatem perveniat qui priore loco scriptus fuerit, eique hereditas restituatur. idem servandum in his, quibus per fideicommissum libertas data fuerit. igitur si primo loco scriptus desideraret adire hereditatem, nulla difficultas erit. nam si posteriores quoque liberos se esse dicent et restitui hereditatem desiderent, an solvendo sit hereditas et omnibus liberis factis restitui deberet, apud praetorem quaereretur. absente autem primo sequens desiderans adire hereditatem non est audiendus, quia si primus velit sibi restitui hereditatem, praefendus est et hic servus futurus est.*⁷⁷

Si no la ley Elia Sencia, sino otra ley, senadoconsulto o constitución impidiera la libertad del esclavo, éste no puede transformarse en heredero necesario también si el testador no fuera solvente (*Si-testator*). En los tiempos del divino

⁷⁷ El texto seguramente fue modificado por los compiladores a partir da *igitur* porque la forma como se presentan las ideas no son muy claras. Así Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 283 ss. con más referencias bibliográficas en la nota 98 y Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit. 241 ss. que afirma con razón que parecería que nos encontramos frente a una pésima síntesis modificada del contenido original del texto de Escévola.

Adriano el senado decidió que si el testador, que al tiempo de la muerte no era solvente y hubiera concedido la libertad a dos o más esclavos y hubiera ordenado que a ellos fuese entregada la herencia y el instituido heredero hubiera afirmado que le parecía insolvente la herencia (*Temporibus-dixerit*), se encuentra obligado a aceptarla y a hacer llegar la libertad a aquel que hubiera sido instituido en primer lugar y que le sea entregada la herencia (*ut-restituatur*). Lo mismo debe ser observado respecto a aquellos a los que hubiera sido concedida la libertad fideicomisaria (*idem-data fuerit*). Por ello, si el primer instituido hubiera querido aceptar la herencia no existiría ninguna dificultad (*igitur-erit*). Ciertamente también si los siguientes afirmaran que son libres y quisieran que la herencia les fuera dada, se trataría de saber frente al pretor si la herencia es solvente y si deba ser entregada a todos una vez liberados (*nam-quaeretur*). Pero si no se encontrara presente el primero y el siguiente quisiera aceptar la herencia, no deberá ser escuchado, porque si el primero quisiera que a él le fuera entregada la herencia, deberá ser preferido y el segundo seguirá siendo esclavo (*absente-futurus est*).

Como es notorio, la ley Elia Sencia obstaculizaba las manumisiones que constituyeran un fraude a los acreedores⁷⁸ y Escévola afirma que si con base en otra ley, senadoconsulto o constitución no permitiera la libertad del esclavo, él mismo no habría podido ser considerado como heredero necesario del difunto. Después el jurista refiere el contenido de un senadoconsulto adrianeo que había resuelto un problema específico: un testador había concedido la libertad a dos o más esclavos y había rogado al heredero de transmitir la herencia a los mismos con base en un fideicomiso. El heredero no quiere aceptarla porque tiene sospechas que sea una herencia con más pasivos que activos. El senado decidió que el heredero debiera aceptar la *hereditas*, hacerle llegar la libertad al esclavo que en primer lugar hubiera sido nombrado en el testamento y a transmitirla al liberto.

Aunque si bien es cierto entre el *principium* y el §1 existen dos casos diferentes (en el *pr.* la imposibilidad que un esclavo pueda transformarse en heredero necesario y en el §1 la posibilidad que el esclavo nombrado en primer lugar en el testamento pueda obtener la libertad y el fideicomiso), podremos considerar que entre los dos existen dos puntos de relación: en el primer caso el esclavo que no

⁷⁸ Sobre este punto véase, por ejemplo, Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 281 ss. y T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, 237.

puede ser considerado heredero necesario no podría tampoco obtener su libertad permaneciendo esclavo,⁷⁹ mientras que en el segundo caso los esclavos (a excepción del primer nombrado) permanecerán como tales y no tendrán derecho al fideicomiso. Otro punto interesante que separan los dos casos consiste en el hecho que mientras en el *pr.* el esclavo no puede transformarse en heredero necesario y mucho menos adquirir su libertad, en el §1 solamente uno de los esclavos podrá obtener la libertad y tendrá derecho al fideicomiso; en este caso el liberto respondería a los acreedores como habría hecho un heredero necesario.

El senadoconsulto impide el *ius abstinendi* al heredero, pero el mismo no será responsable de frente a los acreedores, porque como deberá transmitir la herencia al mismo esclavo fideicomisario nombrado en primer lugar en el primer testamento, el *servus* y no el heredero deberá hacer frente a las deudas hereditarias. La disposición adrianea establece criterios importantes que tienen como finalidad tutelar las pretensiones de los acreedores, por una parte, serán obstaculizadas las manumisiones de los esclavos (a excepción del designado en primer lugar en el testamento) evitando en este modo que el patrimonio hereditario pueda sufrir una disminución en daño de los acreedores, y por otra parte, permite que uno de los esclavos (el primero nombrado en el testamento) pueda obtener la libertad y el fideicomiso y en este modo hacer frente a las deudas hereditarias.

El pasaje afirma después que lo mismo debería ser observado respecto a aquellos a los que hubiera sido concedida la libertad fideicomisaria. No sabemos si tal afirmación formaba parte del senadoconsulto o hubiera sido una interpretación de Escévola. Nosotros creemos sea mayor probable la primera hipótesis porque en el texto son usados los términos *idem servandum in his...* palabras que el senado habría podido usar para aplicar la disposición a otros casos similares como

⁷⁹ Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit., 239 ss. hace notar que no existiendo una intención fraudulenta la ley Elia Sencia no podía encontrar aplicación. Esto explica la razón por la cual se hace referencia a otras leyes o senadoconsultos o constituciones imperiales que impidan las manumisiones. El problema es grave (como hace notar el investigador) porque el impedimento legislativo transforma en nada un principio, la institución de un *heres necessarius tantum*, que era el resultado de una larga tradición. Su explicación es aceptable: la intervención de una ley o de un senadoconsulto o de una constitución imperial, con objeto de impedir un procedimiento consolidado, tenía el serio fundamento de tutelar a cualquier costo las razones del acreedor.

había hecho, por ejemplo, en el caso del senadoconsulto Juvenciano: *idemque in similibus causis servandum* (D. 5.3.20.6). Así el heredero no se encontraría obligado a conceder la libertad a todos los esclavos y a transmitir la herencia como había dispuesto el testador, sino únicamente a uno de ellos (el primero designado en el testamento) el cual al recibir el fideicomiso se encontraría obligado frente a los acreedores.

Después el texto se hace complicado y presenta una serie de casos que analizaremos en este momento. El primero es enunciado en el siguiente modo: *igitur si primo loco scriptus desideraret adire hereditatem, nulla difficultas erit*. Tal afirmación presenta problemas porque los términos *adire hereditatem* deberían referirse al heredero, pero no puede ser así porque claramente se encuentran en relación con el *primo loco scriptus* que en el pasaje sería el esclavo como puede verse anteriormente: *ad libertatem perveniat qui priore loco scriptus fuerit*; por esto el texto debería interpretarse en este modo, una vez que el heredero hubiera aceptado la herencia y el esclavo designado en primer lugar hubiera querido que le fuese transmitida con base en el fideicomiso no existiría ninguna dificultad en la aplicación del senadoconsulto, se transformaría en libre y se encontraría obligado frente a los acreedores hereditarios mientras que los otros esclavos permanecerían tales y formarían parte del patrimonio hereditario.

El segundo caso prevé que todos los otros esclavos afirmaran que eran libres con base en la manumisión testamentaria y pretendieran del heredero la entrega de la herencia. En tal caso establecer si la herencia era capiente o no debería ser determinado por el pretor y si las sospechas del heredero hubieran sido infundadas todos obtendrían la libertad y a ellos sería entregada la herencia; en caso contrario habría sido aplicado el senadoconsulto y únicamente el primero designado habría adquirido la libertad y el patrimonio hereditario.

En el tercer caso la herencia es *damnosa* y el segundo esclavo designado pretende frente al pretor que el heredero le entregue la herencia sin la presencia del primer esclavo designado. El pretor podrá ignorar la pretensión del segundo esclavo que permanece como tal porque solamente el primer nombrado tendría derecho a la libertad y al fideicomiso según el senadoconsulto. Pero si Escévola usa los términos *praeferendus est* podría considerarse que si el primero designado no quisiera obtener la libertad y tener el fideicomiso, el

segundo esclavo (que no es preferido respecto al primero) habría podido obtener el lugar del primero.

La doctrina⁸⁰ afirma la tesis que el mismo problema se encuentra considerado por Gayo, *libro secundo fideicommissorum* en D. 36.1.65 (63).15, pero sin nombrar el senadoconsulto. Veamos el texto:

Admonendi autem sumus, si is, qui solvendo non sit, Titio herede instituto servum liberum esse iusserit et rogaverit Titium hereditatem eidem restituere, vix esse, ut Titius recusans adire hereditatem cogatur. nam licet desiderante servo Titius adierit hereditatem, non tamen potest libertas servo competere quasi in fraudem creditorum data, licet Titius locuples sit: qua de causa nec hereditas ei restitui potest. sed ex sententia legis dicendum est perinde habendum, ac si is servus solus liber et heres scriptus esset nec Titius heres esset.

Pero debemos advertir que si aquel que no sea solvente habiendo ordenado que un esclavo fuera libre instituido heredero Ticio y rogado Ticio de restituir la herencia al mismo (*Admonendi-restituere*), resulta particular que Ticio oponiéndose sea constreñido a aceptar la herencia (*vix-cogatur*) porque aunque queriéndolo el esclavo Ticio hubiere aceptado la herencia, no puede, sin embargo competarle la libertad al esclavo como si hubiera sido concedida en fraude de los acreedores, si bien Ticio posea (*nam-sit*). Por tal situación ni siquiera puede ser entregada la herencia (*qua-potest*). Pero con base en el significado de la ley debe ser dicho que al mismo modo debe ser considerado como si únicamente el esclavo sea libre y heredero escrito sin que Ticio sea considerado como heredero (*sed-esset*).

El modo como se encuentra redactado el texto parecería presentar problemas lógicos porque al inicio Gayo afirma claramente que el esclavo no puede obtener la libertad y tampoco el fideicomiso aunque el heredero posea; después el jurista afirma exactamente lo contrario interpretando el contenido de la ley (que los investigadores creen sea la *lex Aelia Sentia*)⁸¹ a favor de la tesis que no acepta.

Según nuestra opinión la interpretación podría ser diferente; el jurista afirmaba de ser contrario a que el heredero fuera constreñido a aceptar una *hereditas damnosa* y al referir la tesis opuesta, no ha-

⁸⁰ Así Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 284 ss. y T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit. 240 n. 79.

⁸¹ Véase nota anterior.

bría sido el jurista a interpretar la ley, sino que habría aplicado una disposición normativa relacionada con la *lex Elia Sencia*; esto es, el senadoconsulto referido en D. 28.5.84 (83).⁸² La presente tesis encontraría como fundamento el verbo *dicendum est*, un criterio “debido” por el cual con base en el significado de la ley habría sido decidido en favor de la libertad del esclavo; además, con referencia al *servus* que obtiene la libertad es usado el término *solus* que en el presente caso parecería inútil porque en el pasaje el jurista habla de un solo esclavo, pero probablemente como en el senadoconsulto la decisión se refería a dos o más esclavos en donde solamente el primero designado habría obtenido la libertad y el fideicomiso, al aplicarlo al presente caso Gayo habría incluido el *solus* si bien el caso correspondía a un esclavo. Ticio se encontraría obligado a aceptar la herencia pero materialmente el liberto sería responsable frente a los acreedores porque al haber sido nombrado como fideicomisario habría sido considerado ‘como si’ fuera un heredero escrito: *ac si... heres scriptus esset*.

IX. ESCRITO DE ADRIANO QUE ESTABLECE
EL DERECHO DEL ESCLAVO, CON BASE
EN UN FIDEICOMISO DE LIBERTAD, DE PRETENDER
LA MANUMISIÓN POR PARTE DEL FIDUCIARIO
QUE LO ENAJENÓ Y NO DE SU ADQUIRENTE

Hasta el presente momento hemos observado no únicamente el contenido de los senadoconsultos de edad adrianea en materia de libertad fideicomisaria, sino también la aplicación de los mismos a los problemas prácticos considerados por la jurisprudencia. Un problema que todavía no hemos considerado en su totalidad es el referente a la enajenación del esclavo por parte del fiduciario que se encuentra obligado a liberarlo; respecto al Rubriano sabemos que la

⁸² Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa*, cit. 139 n.71 y Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 422 piensan que probablemente el pensamiento de Gayo haya sido sintetizado por los compiladores justinianos, situación por la cual no existe en el pasaje una referencia al senadoconsulto. Según Arcaria, *Senatus censuit*, cit. 285 ss. Gayo no habría mencionado el senadoconsulto porque su naturaleza era un acto judicial y por ello más bien interpretativo que normativo de la ley *Elia Sencia*. Pero el senadoconsulto habría sido tomado en consideración (aunque no lo menciona) y no ignorado por el jurista.

jurisprudencia había considerado que la ausencia injustificada del adquirente en tribunal, aunque se encontrara presente el fiduciario, no obstaculizaba la libertad del esclavo que se transformaba en un liberto orcino (D. 40.5.10.1 e D. 40.5.28 pr.) y que en el caso del Juneciano (§5) el comprador habría tenido la posibilidad de manumitir al esclavo (D. 40.5.51.10). Una constitución de Adriano y después otra de Antonino Pío afrontan el problema, como puede constatarse en un texto de Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D.40.5.24.21:

*Quotiens autem fideicommissaria libertas relinquatur efficaciter, in ea causa est, ut neque alienatione neque usucapione extingui possit: ad quemcumque enim pervenerit is servus, cui fideicommissa libertas relicta est, cogi eum manumittere: et ita est saepissime constitutum. cogetur igitur is, ad quem servus pervenerit, fideicommissam libertatem praestare, si hoc maluit is qui rogatus est: latius enim acceptum est, ut et si sub condicione fuit ei libertas relicta et pendente condicione alienatus sit, attamen cum sua causa alienetur: quod si nolit ab eo manumitti, sed potius ab eo velit ad libertatem perducere, qui erat rogatus eum manumittere, audiri eum oportere divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt. quin immo et si iam manumissus est, velit tamen potius eius libertus fieri, qui erat rogatus eum manumittere, audiendum eum divus Pius rescripsit. sed et si ex persona manumissoris vel ex quacumque causa manumissus ostendere potest ius suum laedi manumissione vel etiam laesum, succuri ei ex his constitutionibus oportet, ne contra voluntatem defuncti durior eius condicio constituatur. plane si ea sit defuncti voluntas, ut vel a quocumque manumitti voluerit, dicendum est constitutiones supra scriptas cessare.*⁸³

Pero cada vez que es concedida eficazmente la libertad fideicomisaria, es de tal condición que ni con base en una enajenación, ni usucapión pueda ser extinguida (*Quotiens-possit*). Porque a cualquiera que le hubiere llegado

⁸³ Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 70 y 207 n. 2 piensa que los términos *si hoc maluit is qui rogatus est* fueron incorporados por un autor posclásico porque, según el investigador, la regla clásica, probablemente aceptada por Justiniano, se refería, por el contrario, en modo exclusivo a la voluntad del esclavo beneficiado. Nosotros no aceptamos la presente tesis porque la decisión del esclavo de preferir al fiduciario en lugar del adquirente para ser liberado tiene como presupuesto que el esclavo ya no fuera del fiduciario, por esto en el caso en que el fiduciario adquiriera nuevamente el esclavo para liberarlo, el *servus* no habría tenido la posibilidad de escoger. Sobre este punto Modestino, *libro tertio pandectarum* en D. 40.5.15 afirma el deber del fiduciario de adquirir nuevamente el esclavo y manumitirlo: *si tradiderit* (el fiduciario), *redimere illum cogitur et manumittere*.

este esclavo, al cual le hubiera sido concedida la libertad fideicomisaria, se encuentra obligado a manumitirlo y así muchas veces fue establecido (*ad-constitutum*). Por ello se encuentra obligado quien, al cual le llegó el esclavo, a otorgar la libertad fideicomisaria si (el esclavo) prefiere éste en vez de aquél al que le fue rogado de otorgarle la libertad (*cogetur- rogatus est*) porque fue admitido, además que si le hubiera sido concedida la libertad bajo condición, hubiera sido enajenado de todos modos con tal requisito (*latius- alienetur*). A este propósito, si no quiere ser manumitido por aquel, sino que prefiere que sea constituido en libertad de quien se encontraba obligado a manumitirlo, hicieron escritos el divino Adriano y el divino Pío que deberá ser escuchado (*quod-rescripserunt*). Además, si hubiera ya sido manumitido, pero hubiera preferido transformarse en liberto de aquel al que se le había solicitado de manumitirlo, el divino Pío hizo un escrito en donde se establece que debe ser escuchado (*quin- rescripsit*). Pero también si el manumitido puede demostrar que por causa de la persona del manumisor o por cualquier otra causa se daña su derecho con la manumisión o le fue causado un daño, debe ser auxiliado con base en tales constituciones para evitar que contra la voluntad del difunto se haya constituido una situación menos favorable (*sed-constituatur*). Claramente, si la voluntad del difunto hubiera sido en modo tal que por cualquiera hubiera sido manumitido, debe ser dicho que las constituciones mencionadas anteriormente dejan de tener efecto (*plane- cessare*).

Como puede ser observado el fiduciario se encuentra obligado a cumplir el fideicomiso de libertad y tal deber por ningún motivo se podría extinguir (cierto en el caso en que la libertad hubiera sido otorgada bajo condición debería haberse cumplido); por esto la enajenación o la usucapión del esclavo no son consideradas razones válidas para no cumplir la disposición del *de cuius*. Si bien el fiduciario no podría enajenar el esclavo que se encontraba obligado a liberar,⁸⁴ el presente pasaje demostraría que ciertas veces sucedía lo contrario. Diferentes

⁸⁴ Marciano, *libro nono institutionum* en D. 40.5.51.3: ...*quod nec in alium transferendus est (cui per fideicommissum libertas debetur), ut aut libertas eius impediatur aut iura patronorum graviora experiatur* (porque no puede ser transferido a otro, de modo que se impida su libertad o experimente más gravosos derechos de patronos). Modestino, *libro tertio pandectarum* in D. 40.5.15: *Is qui ex causa fideicommissi manumissurus est nullo modo deterioremservi condicionem facere potest: ideoque nec vendere eum interdum alii potest, ut ab eo cui traditus est manumittatur...* (El que por causa de fideicomiso ha de manumitir a otro no puede de ningún modo hacer peor la condición de este esclavo, y por ello tampoco puede venderlo mientras tanto a otro, para que por éste, a quien es entregado, sea manumitido).

disposiciones (entre las constituciones mencionadas en el pasaje) han garantizado la liberación del esclavo enajenado. Claramente el que adquiere el esclavo se encontraría obligado a liberarlo, pero sobre este punto surge un problema: no es la misma situación para el esclavo ser liberado por el que lo adquiere si es más joven que el fiduciario anciano, porque una vez transformándose en liberto habría tenido obligaciones hacia el patrono que nosotros conocemos con el nombre de *obsequium*. Sobre este punto Modestino en D. 40.5.15 afirma que ciertas veces interesa más al esclavo ser manumitido por un anciano que por un joven: *interest enim nonnumquam a sene potius manumitti quam a iuvene*.

El esclavo enajenado, que debería ser manumitido, podría pretender del pretor que fuera liberado por el fiduciario y no por el adquirente como había establecido el escrito de Adriano y después el de Antonino Pío.⁸⁵ Este segundo escrito, a diferencia del primero, habría incluido además otra posibilidad: que una vez liberado el esclavo por el adquirente habría podido ser escuchado por el pretor con la finalidad que una vez valoradas sus razones hubiera sido considerado liberto no del adquirente que lo había manumitido, sino del fiduciario.⁸⁶ Probablemente la razón de tales constituciones de conceder al esclavo la posibilidad de escoger de quién ser considerado liberto se encontraba fundamentada en la voluntad del *de cuius*, ya que si el disponente había concedido un fideicomiso de libertad en lugar de manumitir directamente el esclavo en el testamento era porque habría querido que una vez liberado el *servus* hubiera sido su patrono el fiduciario, pero si las disposiciones normativas habían permitido que el adquirente hubiera debido liberar el esclavo era porque en este modo se salvaguardaban las libertades (*subventum libertatibus* diría Ulpiano en D. 40.5.26.7 en otro contexto), pero el hecho de permitirse que el esclavo que debe ser liberado por el adquirente hubiera sido escuchado, tendría la finalidad que la voluntad del *de cuius* hubiera sido seguida en modo pleno. Sobre este punto el jurista es claro: si

⁸⁵ Respecto a los casos particulares en donde no encontrarían aplicación las constituciones preferimos hacer un reenvío a Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, cit. 74 ss.

⁸⁶ En relación con el término *audiri* y su importancia en la *cognitio*, ver Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 49 ss.

al *de cuius* le hubiera sido indiferente quién habría debido liberarlo no habría sido escuchado el esclavo.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Ulpiano, cuando trata de una disposición normativa del senado, antes que nada transcribe el texto y después analiza sus palabras, como habíamos visto en otra sede,⁸⁷ pero en el caso de la libertad fideicomisaria el desarrollo del problema tratado por Ulpiano en el libro quinto *fideicommissorum* fue modificado por los compiladores, como hizo notar Voci.⁸⁸ Si bien en el caso del Rubriano (D. 40.5.26.7-11; D.40.5.28 pr.-3) puede comprobarse la aplicación de tal método, en el caso del Junciano (D. 40.5.28.4) llegó a la compilación el contenido de la disposición sin la explicación del mismo. Respecto al Dasumiano falta el texto de la disposición, pero son explicados los términos *ex iusta causa abesse* en D. 40.5.28.5. En los otros casos no son transcritos los textos de los senadoconsultos ni tampoco el comentario ulpiano de su contenido.

La obra institucional de Marciano en el libro noveno en D. 40.5.51 refiere los *senatus consulta* en modo breve y las obras de los otros juristas que han analizado las libertades fideicomisarias aplican las disposiciones a casos concretos sin que en ciertos momentos sea posible identificar a qué disposición hagan referencia, no necesariamente por causas atribuidas a los compiladores, sino porque, como en cada caso tratado podían encontrar aplicación más de un senadoconsulto, daban por supuesto su contenido, por ejemplo, Pomponio, *libro septimo epistularum* en D. 40.5.20, cuando menciona el pensamiento de Juliano, el segundo jurista afirma: *praetor causa cognita secundum senatus consulta ad eas causas pertinentia pronuntiare debet* y Papiniano, *libro vicensimo secundo quaestionum* en D. 40.5.22.2 usa el término *senatus consultum* al singular para referirse en modo colectivo, bien sea al Rubriano, bien sea al Dasumiano. La jurisprudencia resuelve problemas que habrían podido presentarse en la realidad y los senadoconsultos en materia de libertad fideicomisaria

⁸⁷ González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 35.

⁸⁸ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit. 421.

son el marco y el punto de partida para dar una solución a tal problemática; por ejemplo, si bien el Dasumiano se refería en origen a la libertad fideicomisaria del esclavo perteneciente al *de cuius*, no vemos obstáculos para considerar su aplicación también al caso del *servus* que no hubiera pertenecido al testador para evitar las consecuencias de la constitución de Antonino Pío que se referían a una ausencia injustificada (D. 26.4.1.3).

El análisis de los senadoconsultos adrianeos demostrarían que los senadores habrían tratado de resolver problemas prácticos que habrían existido respecto al cumplimiento de la voluntad del *de cuius* en materia de libertad fideicomisaria. Si bien una de las finalidades principales de estas disposiciones hubiera sido aquella de permitir que la voluntad del *de cuius* fuera cumplida,⁸⁹ creemos, así como hizo notar Starace,⁹⁰ que en los senadoconsultos de edad antoniana el concepto de '*favor libertatis*' aparece presente con gran fuerza. Tales disposiciones habían permitido auxiliar o ayudar las libertades: *subventum libertatibus est* como había afirmado Ulpiano en D. 40.5.26.7, cuando trataba el Rubriano y cada una de las disposiciones habría tenido consecuencias específicas para alcanzar tal meta.

El fiduciario que sin una justa causa no se presenta en tribunal, no puede obstaculizar la liberación del esclavo, pero tampoco puede pretender conservar el patronato (Rubriano).

La ausencia *ex iusta causa* no puede evitar que el *servus* se transforme en libre, pero a diferencia del Rubriano, el fiduciario conserva el patronato (Dasumiano).

La existencia de un coheredero *infans* no puede obstaculizar la libertad y esto se encuentra subrayado por Ulpiano en D. 40.5.30.6: *non oportere intercidere libertatem* (Vitrasiense).

La residencia del esclavo en una provincia diferente a la del fiduciario no puede obstaculizar su libertad y por esto, para llegar a

⁸⁹ Castello, *In tema di senatoconsulto Rubriano*, cit. 236 ss. afirma en relación con el Rubriano (y con las posteriores disposiciones del periodo adrianeo) que la decisión del senado, más que ser considerada como un acto de favor hacia el esclavo, era el firme propósito de la *res publica* de cumplir la disposición de última voluntad del difunto manifestada sirviéndose de un fideicomiso, pero claramente tal afirmación no se encuentra en oposición al hecho que tal propósito tuviera como resultado una ventaja para el esclavo.

⁹⁰ Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, cit. 79 ss.

tal meta, fue concedida a los gobernadores la facultad de decisión en materia de manumisiones fideicomisarias y los esclavos que se encontraran en una provincia habrían podido obtener su libertad por la autoridad de su domicilio, aunque el fiduciario no fuera residente en tal provincia (Articuleyano).

Si el esclavo no pertenecía al *de cuius* no obstaculizaba su libertad (Junciano) y tampoco la muerte del fiduciario que, sin haber seguido la debida manumisión, hubiera muerto sin herederos (senadoconsulto de fecha incierta).

El rechazo del heredero a aceptar la herencia no puede obstaculizar la libertad del impúber al cual fue concedida tal libertad y la herencia con base en un fideicomiso (senadoconsulto de fecha incierta).

Si el *de cuius* había establecido en su testamento la libertad (directa o fideicomisaria) a los esclavos y la transmisión a ellos de la herencia con base en un fideicomiso que el heredero consideraba *suspecta*, el fiduciario se encontraría obligado a aceptarla y en este modo no se obstaculizaría la libertad del primer esclavo designado en el testamento (senadoconsulto de fecha incierta).

Silla,⁹¹ en referencia al Dasumiano, afirma que dentro de las finalidades del mencionado senadoconsulto, además de aquella de garantizar el beneficio de la manumisión fideicomisaria, existiría sin duda la intención de tutelar la conservación del patronato al fiduciario y esto puede ser constatado en el texto de Papiniano, *libro vicensimo secundo quaestionum* en D. 40.5.22.2: *idque senatus consulto (incluye en este caso no solamente el Dasumiano) demonstratum est, quo senatus consulto comprehensum est, ne dubium est obscurum esset, cuius libertus fieret, praetorem pronuntiare debere, qui ex iusta causa et qui detractandae libertatis gratia absit.*

La importancia de los presentes senadoconsultos respecto a la *cognitio de libertate fideicommissa* ha sido analizada últimamente por Silla⁹² y por este motivo creemos sea necesario confrontar sus conclusiones con los resultados a los que hemos llegado después del presente estudio.

La facultad del esclavo de *adire praetorem* antes del periodo adrianeo no encuentra pruebas en las fuentes y por este motivo podríamos

⁹¹ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 202.

⁹² Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 193 ss.

aceptar la tesis que el esclavo hubiera sido admitido en juicio mediante la 'garantía' de una tercera persona, como sucedía con el caso del *adsertor in libertatem* en la *causa liberalis* y que el esclavo hubiera tenido un papel de 'comparsa'.

Después de la emanación de los senadoconsultos adrianeos parecería todavía demasiado rápido afirmar que el esclavo habría podido ser considerado un 'demandante' de la *cognitio*. Silla⁹³ piensa que la referencia a la *evocatio* en los senadoconsultos Rubriano y Dasumiano habrían hecho pensar en una iniciativa efectuada por parte del esclavo, pero no vemos las razones por las que deberíamos considerar que tal iniciativa debiera ser del esclavo y no de una tercera persona.

Si el Articuleyano había establecido que en las provincias conocieran (respecto a la libertad fideicomisaria) los gobernadores de las provincias aunque el heredero hubiera sido residente en otro lugar, podríamos formular la hipótesis que el esclavo hubiera podido pretender su libertad en la provincia en que tenía su residencia, pero de las referencias existentes respecto a tal disposición en las obras jurisprudenciales no existen pruebas en que sea evidente que haya sido el *servus* y no una tercera persona la que pudiera pretender el cumplimiento del fideicomiso de libertad.

Que en edad antoniana (o severiana?) el esclavo no hubiera sido una simple 'comparsa' en la *cognitio* puede comprobarse en Paulo, *libro tertio fideicommissorum* en D. 40.5.31.4 que refería un escrito de Antonino Pío (Caracalla?) en donde se afirmaba que en el caso del esclavo que no pertenecía al testador ni al fiduciario era necesario que el propietario hubiera estado dispuesto a venderlo y el *servus* quisiera ser manumitido: *quod si et dominus vendere paratus sit et servus velit manumitti, cogendus est heres redimere et manumittere*, considerándose que el pretor habría podido en la *cognitio* pedir el parecer del mismo esclavo si quisiera ser liberto o permanecer bajo la potestad de su *dominus*, pero ciertamente si tal cuestión debiera ser clarificada en juicio difícilmente habría podido ser el mismo esclavo a realizar la iniciativa en la *cognitio* cuando todavía no se había clarificado si el *servus* quisiera ser liberado o no.

También en el caso de los escritos de Adriano y Antonino Pío referidos en D. 40.5.24.21 puede observarse que el esclavo debía

⁹³ Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 195 ss.

ser escuchado si prefería ser manumitido por el fiduciario y no por su actual propietario: *quod si nolit ab eo manumitti, sed potius ab eo velit ad libertatem perducí, qui erat rogatus eum manumittere, audiri eum oportere divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt* y también habría podido ser escuchado, una vez hecho libre, si hubiera preferido transformarse en liberto del fiduciario y no de aquel que lo había tenido en su potestad según el escrito de Antonino Pío: *quin immo et si iam manumissus est, velit tamen potius eius libertus fieri, qui erat rogatus eum manumittere, audiendum eum divus Pius rescripsit*. En el segundo caso no existirían dudas que el liberto habría podido solicitar al pretor de modificar la relación de patronato porque ya no era esclavo; pero en el caso del *servus* todavía no liberado los términos *oportere audiri* en referencia al pretor no necesariamente, según nuestra opinión, deberían presuponer que la iniciativa proviniera del mismo esclavo, porque si bien el pretor habría debido escucharlo para individualizar exactamente quién debería liberarlo (el adquirente o el fiduciario), tal iniciativa habría podido provenir de una tercera persona.

Que todavía en edad adrianea hubiera sido una tercera persona la que hubiera iniciado la *cognitio* en materia de libertad, según nosotros, podría demostrarse con el pasaje de Papiniano, *libro undecimo quaestionum* en D. 26.5.13 pr.-1, en donde trataba del senadoconsulto que vimos en el §7 respecto al esclavo impúber al cual se le había concedido con base en un fideicomiso la libertad y la herencia. El jurista afirmaba que si se hubiera concedido la libertad y la herencia por fideicomiso a un impúber y el instituido heredero no quisiera aceptar la herencia, el senado habría decidido que si en nombre del impúber hubiera sido pedido, debería estar obligado a aceptarla: *si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum data sit et institutus adire nolit, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur, adire cogendum, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur...* considerándose claramente la intervención de una tercera persona. Ciertamente podría afirmarse que tal intervención hubiera sido debida porque el esclavo era un menor de edad, pero permanecería la duda si todavía en edad adrianea el esclavo mayor de edad habría tenido necesidad para obtener la libertad con base en una *cognitio* de la intervención de una tercera persona.

La posibilidad que el esclavo pudiera pretender su libertad en una *cognitio* habría podido suceder en un periodo posterior, probablemente con Antonino Pío, porque en el libro decimoquinto *digestorum* de Marcelo claramente se observa que el mismo *servus* habría podido demandar para solicitarla; así en D. 40.5.9 se encuentra afirmado que, si el *de cuius* hubiera establecido que el esclavo no hubiera sido transmitido a una tercera persona y, por el contrario, hubiera sido enajenado, el *servus* habría podido *petere libertatem: cum fidei heredis commisit, ne servus alienam servitutem patiatu experiri, potest confestim, ut fuerit alienatus, petere libertatem...*

La *cognitio* en materia de libertad según Ulpiano, *libro quinto fideicommissorum* en D. 40.5.26.9 iniciaba con la llamada del pretor al fiduciario, como puede comprobarse en su comentario al Rubriano:

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.

Pero deben ser llamados por el pretor a los que deben la libertad fideicomisaria, sin embargo, si no hubieran sido llamados, cesa el senadoconsulto Rubriano; por esto deben ser llamados con *denuntiationes* y edictos y cartas.

El texto podría demostrar el modo como se iniciaba una *cognitio* que se refiriera a una libertad fideicomisaria; la doctrina usa el término *evocatio*.⁹⁴ El fiduciario podía ser llamado con una *denuntiatio* o edictos o cartas y sobre este punto el presente pasaje presenta afinidad con un texto del mismo Ulpiano en una sede diferente, el libro decimoquinto en su comentario al edicto en D. 5.3.20.6d, cuando trataba del senadoconsulto Juvenciano y específicamente de la *cognitio* en materia fiscal: *petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset*⁹⁵ (Pero debe ser considerado que la herencia sea pedida a favor del fisco en el momento en que alguno haya sabido por primera vez

⁹⁴ Así Castello, *In tema di senatoconsulto Rubriano*, cit., 211 ss, Silla, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, cit. 23 ss.

⁹⁵ Sobre este punto ver nuestra monografía González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 305 ss.

que le había sido pedida, esto es, cuando por la primera vez o le fue hecha una *denuntiatio* o bien fue convocado con carta o edicto).

Si en edad adrianea las referencias a los modos de citación del demandado en un juicio relativo a la *vindicatio* de los *caduca* revelan la existencia de elementos propios de una *cognitio* en la solución de controversias entre el fisco y las personas, podríamos formular la hipótesis que en materia de libertad fideicomisaria la llamada del pretor al fiduciario habría sido hecha en el mismo modo como podría demostrar D. 40.5.26.9. Si antes de Antonino Pío el esclavo no tenía la facultad de actuar en juicio en contra del fiduciario para pretender la libertad fideicomisaria, la *cognitio* habría tenido necesidad de la iniciativa de una tercera persona como en la materia fiscal donde la *denuntiatio* habría podido hacerla cualquier persona, un *quivis de populo*. El juicio en materia de libertad habría tenido necesidad del impulso 'procesal' del *quivis de populo* que habría solicitado al pretor el cumplimiento de la voluntad del testador. Tal habría sido una persona que habría tenido pleno conocimiento de la voluntad del *de cuius*, por ejemplo, quien se encontrara presente en la apertura del testamento.

El demandante para iniciar la *cognitio* habría pretendido del magistrado la autorización de proceder a la citación del fiduciario con la *denuntiatio* y su intervención le habría dado un carácter oficial, así en D. 40.5.26.9 la *denuntiatio* es considerada como un acto del pretor. En el caso en que el fiduciario no fuera residente en el lugar donde el juicio se habría desarrollado (caso del Articuleyano) el magistrado habría hecho la llamada *litteris* o *edictis* cuando no se conociera el lugar de su residencia.⁹⁶

Claramente el magistrado mencionado en los senadoconsultos que habría debido tener conocimiento de la libertad fideicomisaria habría sido el pretor fideicomisario⁹⁷ y en provincia después del Articuleyano el *praeses provinciae*. Una vez llamado en juicio el fiduciario los senadoconsultos vistos anteriormente habrían entrado en juego; si los fiduciarios hubieran sido más de uno y no se encontraban pre-

sentes debía valorarse si la ausencia era justificada o injustificada (D. 40.5.22.2); en el primer caso habría sido aplicado el Dasumiano y en el segundo el Rubriano. Después de haber sido valorado por el pretor el tipo de ausencia del fiduciario podríamos creer que estuvieran presentes testigos o que se presentaran otros elementos que habrían podido demostrar que efectivamente el *de cuius* había concedido la libertad al esclavo con base en una manumisión fideicomisaria, porque parecería poco probable que la simple afirmación 'me parece haber escuchado' hubiera sido suficiente para considerarlo libre. Si la manumisión hubiera sido bajo condición el pretor habría debido verificar el cumplimiento de la misma pudiendo designar un árbitro para tal efecto;⁹⁸ así el magistrado habría cumplido la *causae cognitio* (D. 40.5.26.7) y habría declarado que competía la libertad (D. 40.5.26.7 y D. 40.5.51.4).

El *competere libertatem* y la declaración del tipo de ausencia producían dos consecuencias jurídicas: la libertad del esclavo y la determinación de la titularidad del patronato. Mientras que en el caso del Rubriano (D. 40.5.26.7) la ausencia injustificada del fiduciario producía la 'ficción' que el esclavo había sido manumitido por el *de cuius*: *ac si directo manumissi essent*. En el Dasumiano (D. 40.5.51.4-6) más que hablar de una ficción preferimos considerar que la declaración habría tenido las mismas consecuencias de una manumisión efectuada por el fiduciario: *perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*. Lo mismo podemos afirmar respecto al Junciano (D. 40.5.28.4): *praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet: cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommissis manumitti debuisset, manumissus esset*.

⁹⁸ Sobre este punto Juliano, *libro quadragesimo secundo digestorum* en D. 40.5.47.2 afirma que si la condición era la de rendir las cuentas de su administración y la ausencia del fiduciario hubiera sido justificada el pretor habría debido designar un árbitro y una vez determinada la suma debida tal cantidad habría sido depositada; en caso de ausencia injustificada no sería necesario tal procedimiento: *si Stichus libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes reddidisset, et is absente herede paratus sit reliquia solvere, praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur, et pecuniam, quae ex computatione colligitur, deponat, atque ita pronuntiet libertatem ex causa fideicommissi deberi. haec autem fieri conveniet, si heres ex iusta causa aberit: nam si latitabit, satis erit liquere praetori per servum non stare, quo minus condicioni pareat, atque ita pronuntiare de libertate oportebit*.

⁹⁶ Confront. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 314 ss.

⁹⁷ Respecto al pretor fideicomisario ver el completo trabajo de V. Giudice Sabbatelli, *fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, 83 ss.