

**BONORUM POSSESSIO Y EDICTO CARBONIANO
EN LAS CONSTITUCIONES DEL EMPERADOR
ADRIANO (117-138 d.C.)**

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Bonorum possessio secundum tabulas* y *testamento ruptum*. II. *Bonorum possessio contra tabulas* a favor del militar que había manumitido un esclavo que formaba parte de su peculio. III. Edicto Carboniano. IV. *Bonorum possessio* a favor de los hijos de los militares.

**I. BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS
Y TESTAMENTO RUPTUM**

Según el derecho civil un *testamentum ruptum* (testamento que deja de ser válido por la llegada de un hijo póstumo) no puede producir efectos, sin embargo, Adriano en un rescripto concedió en manera excepcional al heredero designado en el testamento la posibilidad de obtener por parte del pretor la *bonorum possessio secundum tabulas* como puede constatarse en un texto de Ulpiano, *libro quarto disputationum* en D. 28.3.12 pr.:

*Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimia-
que subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamen-
tum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest rem-
que optinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt, idcircoque
legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. idem et
circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data
fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.¹*

¹ Los términos *scrupulositas* y *subtilitas* han sido considerados interpolados por muchos autores como P. Voci, *Testamento pretorio en Labeo*, 13, 1967, 324 pero el mismo autor reconoce que la interpolación que atribuye a *nimia subtilitas* (excesiva sutilez) la ruptura del testamento, se refiere

Muerto el póstumo preterido, no designado en el testamento porque había nacido después (pero todavía viviendo el testador), si bien resulte que el testamento deja de tener validez por motivo de una escrupulosa y excesiva sutilez del derecho (*Postumus-videatur*), no obstante, en el caso en que hubiera sido sellado el testamento, el heredero escrito podrá recibir la *bonorum possessio secundum tabulas* y obtener la cosa (la herencia), así el divino Adriano y nuestro emperador efectuaron rescriptos (*attamen-rescripserunt*) y por esto los legatarios y los fideicomisarios obtendrán con seguridad aquello que se les hubiera dejado en el testamento (*idcircoque-securi*). Lo mismo se deberá decir respecto a un testamento injusto (inválido por defecto de forma) e ineficaz si se hubiera dado la *bonorum possessio* a aquel que pudiera obtener la cosa *ab intestato* (*idem-possit*).

El rescripto de Adriano (así como el de Caracala) concedía la *bonorum possessio secundum tabulas* a la persona designada en un testamento que civilmente no habría podido producir efectos porque había sido 'preterido' (no designado en el testamento) un póstumo (un hijo nacido después de haberse hecho el testamento)² que había muerto después. Para obtenerse tal tipo de *bonorum possessio* por parte del pretor era necesario que el documento hubiera sido sellado por siete testigos (*testamentum signatum*) y en tal caso la persona designada como heredero obtendría del pretor la *bonorum possessio cum re* (*heres scriptus potest remque optinebit*).

La segunda parte del texto podría causar extrañeza porque menciona que lo mismo habría podido suceder en el caso del testamento *iniustum* (inválido por defecto de forma) e *irritum* (ineficaz por otros motivos por ejemplo por la *capitis deminutio* del testador o por falta de adquisición de los herederos). La dificultad de comprensión deriva de un dato histórico: después de un rescripto posterior efectuado por el emperador Antonino Pio, los herederos escritos podían obtener la *bonorum possessio cum re*,³

evidentemente al régimen del derecho civil, y no aporta nada de nuevo bajo el aspecto substancial. Según nosotros tales palabras podrían ser clásicas porque si bien los términos *scrupulositas* (escrupulosidad) y *subtilitas* (sutilez) en referencia al derecho no encuentran otros ejemplos en textos de Ulpiano, no vemos el motivo por el cual habrían sido los compiladores y no el jurista a subrayar un dato que habría sido aceptado plenamente en edad clásica.

² ULPIANO, libro tertio ad Sabinum en D. 28.3.3.1: *Postumus autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur. sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur...* (Pero llamamos 'póstumos' solamente a los que nacen después de la muerte del ascendiente, pero aún los que nacen en vida del testador...)

³ GAIO 2.120: *...Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato*

sin embargo, en el caso del testamento *irritum* se habría dado derecho únicamente a la *bonorum possessio sine re*. Voci⁴ resuelve el problema en el sentido que el jurista no dice que el derecho del *heres scriptus* prevalece sobre el de los *heredes legitimi*, sino sobre el de los *bonorum possessores*; así la *bonorum possessio* habría sido *sine re* frente al que hubiera tenido un título civil, pero habría sido *cum re* frente a quien hubiera tenido únicamente un título pretorio.

Según nuestra opinión, Ulpiano con los términos *iniustum et irritum testamentum* no haría referencia a los dos tipos de testamento ineficaces, sino únicamente a uno: el que no hubiera cumplido las formalidades iniciales. El fundamento de tal tesis se encuentra en Gayo 2.146 cuando afirma que en los *testamenta irrita* se podrían incluir los testamentos que desde el inicio no fueron hechos en base al derecho (*hoc autem casu irrita fieri testamenta dicemus ...quae statim ab initio non iure fiunt irrita sint*). Así, si un *testamentum* no hubiera sido hecho según el derecho (o injusto), habría entrado a formar parte de los testamentos *irrita*, situación por la que el jurista severiano usando los dos términos se habría referido simplemente a un testamento *iniustum* por falta de formalidad y que al no producir efectos civiles habría sido considerado también *irritum*.

En conclusión, el rescripto adrianeo habría concedido la *bonorum possessio secundum tabulas* al heredero designado por el testador no obstante según el derecho civil el *testamentum* no era eficaz por la razón que hemos visto. Tal tipo de *bonorum possessio* habría sido considerada *cum re* a partir de la presente disposición y tal criterio fue aceptado también por Caracala.

vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. (Ya que en un rescripto del emperador Antonino es declarado que aquellos que pidieron la *bonorum possessio* según las tablas del testamento no hechas con base en el derecho, podrán contra aquellos que vindican la herencia *ab intestato*, defenderse por la excepción de dolo malo). 2.149 a. *Aliquando tamen, sicut supra quoque notavimus, etiam legitimis quoque heredibus potiores scripti habentur, veluti si ideo non iure factum sit testamentum, quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit; tum enim, si agnati petant hereditatem, exceptione doli mali ex constitutione imperatoris Antonini removeri possunt*. (Sin embargo a veces, así como también notamos arriba, los herederos escritos son considerados preteridos también a los herederos legítimos, por ejemplo si no se haya hecho el testamento con base en el derecho, por este motivo, porque no se vendió el patrimonio o bien el testador no dijo las palabras de la *nuncupatio*; en efecto, entonces si los agnados pidan la herencia, con base en la constitución del emperador Antonino pueden ser excluidos por una excepción de dolo malo).

⁴ VOCI, *Testamento pretorio*, cit. 325.

II. *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS* A FAVOR DEL MILITAR
QUE HABÍA MANUMITIDO UN ESCLAVO QUE
FORMABA PARTE DE SU PECULIO

Un rescripto de Adriano habría admitido que en el caso en que un *filius familias* militar hubiera manumitido un esclavo que formaba parte de su peculio, se habría convertido en su liberto y no del padre como se encuentra referido en Ulpiano, *libro quadragensimo primo ad edictum* en D. 38.2.3.8:

Si quis filius familias servum de castrensi peculio manumiserit, ex constitutione divi Hadriani patronus est admittique poterit ad contra tabulas bonorum possessionem ut patronus.

Si un *filius familias* había manumitido un esclavo que formaba parte del peculio castrense (*Si-manumiserit*) en base a una constitución del divino Adriano es considerado su patrono y podría ser admitido a la *bonorum possessio contra tabulas* como su patrono (*ex-patronus*).

El presente pasaje de Ulpiano en donde comenta la parte del edicto del pretor que trata de los bienes del liberto (Lenel tit. XXV *de bonorum possessionibus*, § 150 *de bonis libertorum*)⁵ recuerda una constitución de Adriano en donde el príncipe habría considerado patrono, el *filius familias* que había manumitido el esclavo que formaba parte de su peculio. No sabemos si el contenido de tal disposición se limitaba a tal afirmación porque los textos que veremos inmediatamente hacen referencia únicamente a tal aspecto; pero, probablemente el resto del texto a partir de la palabra *admittique* no resultan ser una opinión ulpiana, sino la parte final de la constitución, así la decisión tendría como origen la solicitud del *filius familias* a la *bonorum possessio* de los bienes de un liberto que no lo hubiera designado en su testamento.

Otras referencias a la disposición adrianea se encuentran en un texto de Marciano, *libro primo institutionum* en D. 38.2.22:

Si filius familias miles manumittat, secundum Iuliani quidem sententiam, quam libro vicensimo septimo digestorum probat, patris libertum faciet: sed quamdiu,

⁵ Así O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, rest. Roma, 2000, 709, *Das Edictum perpetuum*, Aalen, 1956, 349 ss.

inquit, vivit, praefertur filius in bona eius patri. sed divus Hadrianus Flavio Apro rescripsit suum libertum eum facere, non patris.

Si un *filius familias* militar hubiera manumitido (un esclavo), según la opinión de Juliano, que aprueba en el libro vigésimo séptimo de los Digestos, lo hace liberto del padre (*Si-faciet*); pero, afirma que, el hijo mientras viva es preferido en sus bienes al padre (*sed quamdiu-patri*). Pero el divino Adriano respondió en un rescripto a Flavio Aprón que el hijo lo transforma en su liberto y no del propio padre (*sed divus-non patris*).

Si bien en la Opera institucional de Marciano la citación a la disposición adrianea no tiene como finalidad la explicación de la *bonorum possessio*, sino el de las manumisiones, parece interesante observar que según Lenel en su *Palingenesia*, después del presente pasaje se encontraría D. 40.4.23 pr.⁶ en donde el jurista habría tratado la manumisión testamentaria. Tal situación podría hacer pensar que probablemente también la constitución habría tenido relieve en materia hereditaria. El texto incorpora otros elementos que no encontramos en Ulpiano: la constitución era un rescripto que había sido dirigido a *Marcus Flavius Aper*. Tal personaje fue cónsul ordinario en el 130 d.C. con *Q. Fabius Catullinus*⁷ y probablemente cuando fue hecho el rescripto, el destinatario *Marcus Flavius Aper* era gobernador de una provincia no identificada.⁸

El contenido del rescripto podría ser determinado considerando los datos que se encuentran referidos por Ulpiano y Marciano. Del primer jurista tenemos una noticia importante: un liberto que había sido manumitido por un *filius familias* militar había hecho un testamento en donde no había nombrado heredero el *miles*, mientras que gracias al texto de Marciano sabemos que la decisión del *princeps* había sido dirigida a Marco Flavio Aprón. Otra referencia al rescripto se encuentra citada por Modestino, *libro sexto regularum* en D. 37.14.8 pr:

⁶ LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, cit. 653. El texto afirma: *testamento manumissus ita demum fit liber, si testamentum valeat et ex eo adita sit hereditas...* (el manumitido por testamento se hace libre únicamente si fuera válido el testamento y en virtud de él se hubiera aceptado la herencia).

⁷ Sobre la biografía de nuestro personaje ver *Prosopographia Imperii Romani*, 3, Berolini, 1943, 135; Groag, s.v. *Flavius* en *PWRE*, VI-2, Stuttgart, 1909, 2531 ss, d'Orgeval, *L'empereur Hadrien, Oeuvre législative et administrative*, cit. 403.

⁸ Gracias al presente texto podemos considerar que M. *Flavius Aper* fue gobernador de una provincia como hizo notar Groag (ver nota anterior). No sabemos las razones por las que la Masi Doria, *Bona libertorum*, cit. 324 n. 228 haya afirmado que habría sido gobernador de una provincia senatorial porque no vemos razones para excluir que lo hubiera sido de una provincia imperial.

Servum a filio familias milite manumissum divus Hadrianus rescripsit militem libertum suum facere, non patris.

El divino Adriano estableció en un rescripto que manumitido un esclavo de un *filius familias* militar, el militar lo hace su liberto, no del padre.

El texto de Modestino que trata de los derechos del patrono⁹ no aporta nada más a lo que ya había referido Ulpiano y Marciano; pero, la cuestión que presenta importancia en nuestra investigación consiste en determinar si la disposición estableció un criterio nuevo o si simplemente refería una posición consolidada en la jurisprudencia aceptada por el príncipe.

El texto de Marciano en D. 38.2.22 afirma que Juliano había escrito en su libro vigésimo séptimo de los Digestos que el esclavo liberado por el *filius familias* militar se volvía liberto del padre (posición que parecería diferente de aquella que había sido afirmada en el rescripto); tal dato habría podido hacer pensar que la disposición era posterior al periodo en que Juliano había escrito tal libro de su obra como había pensado Fitting;¹⁰ pero, contrariamente, otros investigadores piensan sea posible que Juliano comenzó a escribir sus *Digesta* en el momento en que era emperador Antonino Pio y no antes.¹¹

No obstante ésta no sea la sede apta para determinar en qué preciso momento haya sido hecha la obra adrianea (tal problema exige un estudio específico que va más allá de la finalidad de la presente investigación), creemos que los argumentos de la doctrina que demostrarían que la totalidad de la obra juliana fue hecha en el periodo de Antonino Pio no son concluyentes.¹² Además pensamos que probablemente tenga razón Lenel

⁹ Así LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, cit. 736.

¹⁰ H. FITTING, *Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Halle, 1871, 125 ss., tesis aceptada por la Masi Doria, *Bona libertorum*, cit. 325 ss.

¹¹ En tal sentido Ch. Appleton, *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrans et la date des Digesta de Julien* en *NRH*, 35, 1911, 593 ss. que piensa concluida la obra al final de su principado; R. Orestano, s.v. *Giuliano Salvio*, en *NNDI*, 7, 1961, 914 piensa haya sido compuesta después de la promulgación del Edicto perpetuo adrianeo y probablemente durante el imperio de Antonino Pio; A. Guarino, *Salvius Iulianus, profilo biobibliografico* en *Labeo*, 10, 1964, 403 ss. sostiene sea hecha en el decenio 138-147. M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Milano, 2004, 280 y 417 afirma que Juliano comenzaba a escribir sus *Digesta* cuando Pomponio publicaba un comentario de treinta y nueve libros a Q. Mucio Scevola en los primeros años del principado de Antonino Pio.

¹² Quisieramos hacer algunas breves observaciones sobre la tesis de Guarino *Salvius Iulianus, profilo biobibliografico*, cit. 403 ss. porque el maestro considera problemas que habíamos destacado en nuestra anterior monografía. Según el maestro (p. 413 ss.), Juliano habría trabajado el libro cuarto de sus *Digesta* en el periodo de Antonino Pio porque en D. 4.2.18 es citado un rescripto de tal

cuando piensa que los *Digesta* de Juliano fueron hechos entre el imperio de Adriano y Antonino Pio.¹³ Sin embargo, aunque el libro vigésimo séptimo de los Digestos de Juliano fue redactado en el periodo adrianeo como pensamos nosotros (con reservas),¹⁴ se debe de todos modos determinar si el rescripto adrianeo haya sido hecho antes o después que el jurista hubiera afirmado en tal libro de sus Digestos que el esclavo liberado por el *filius familias* militar habría sido transformado liberto del padre, a diferencia de lo que afirmaba el rescripto (esto es que el hijo lo hacía transformar liberto del padre), diferentemente de lo que afirmaba el rescripto (esto es que el hijo lo transformaba su liberto y no de su padre).

Determinar la fecha de tal momento es difícil porque si bien la opinión del jurista parecería ser diferente a la del rescripto, materialmente no es así, como justamente hizo notar Guarino,¹⁵ el cual afirma que Juliano y Adriano están de acuerdo en la substancia, ya que el primero aclara inmediatamente que el *filius familias* militar cuando vive es preferido (*quandiu vivit, praeferur... in bona eius patri*). Además nosotros conocemos en modo indirecto el pensamiento de Juliano citado en el pasaje de Marciano en el que se menciona también el rescripto. Tal posición podría hacer pensar en otra interpretación no considerada por la doctrina: la información que propone Marciano podría ser un resumen de un diálogo más amplio que se encontraba en la misma obra de Juliano. No es nuestra intención tratar de convencer al lector de esta nueva tesis, pero si tomamos algún texto de los *Digesta* del jurista en donde se refiere a un rescripto imperial, nos podemos dar cuenta que el mismo jurista (como sucede en el pasaje de Marciano), en un primer momento presenta el problema, otorga

emperador; el pasaje no correspondería al libro sesenta y cuatro de sus *Digesta* (como se encuentra referido en el Digesto) sino al libro cuarto. Tal tesis no la aceptamos y reenviamos la discusión a nuestra anterior investigación. Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 113 y n. 14. Además los textos en donde Ulpiano cita la opinión de Juliano respecto a la petición de herencia en el libro sexto *digestorum* (D. 5.3.33.1, D. 5.3.20.1-2) no demuestran, como piensa Guarino (pp. 408 ss.), que Juliano conocía bien el senadoconsulto Juvenciano del 129 d.C. sino simplemente que su pensamiento respecto a la 'subrogación' del precio a las cosas hereditarias vendidas había sido un antecedente a la disposición del senado como tratamos de demostrar en tal monografía (pp. 116 ss.).

¹³ COSÍ Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1, cit., 318 n. 2.

¹⁴ JULIANO entre el libro primero y el vigésimo séptimo no cita a Antonino Pio no obstante su pensamiento fue aceptado por tal emperador en varias constituciones, por ejemplo en Ulpiano, *libro tertio ad edictum* en D. 5.1.2.4 cuando refiere una opinión de Juliano que se encontraba en el libro primero de sus Digestos afirma: *...quod et Iulianus scribit et divus Pius rescripsit* (tesis que escribió Juliano y que el divino Pio utilizó en un rescripto).

¹⁵ GUARINO *Salvius Iulianus, profilo biobibliografico*, cit. 404 ss.

su opinión y después cita el rescripto informando el nombre del personaje a quien iba dirigido v.g. en el libro sesenta y cuatro en D. 4.2.18.¹⁶

Además, si bien el rescripto adrianeo establecía que el *filius familias* militar habría podido transformar al esclavo manumitido su liberto y no del padre, esto no significaría que el príncipe hubiera negado el derecho del *pater* respecto al esclavo que formaba parte del peculio del hijo, sino que, como el hijo estaba vivo, esto confirmaba que el derecho del patronato correspondía al militar. No nos encontramos en las condiciones de establecer el caso concreto que dio lugar al rescripto de Adriano; es probable suponer que el liberto manumitido no hubiera considerado en su testamento el *filius familias* militar que lo había liberado y que por este motivo hubiera pedido la *bonorum possessio contra tabulas*. El emperador no podía negar tal derecho y por este motivo había declarado que el hijo lo había hecho su liberto y no del padre dando un paso mayor al de Juliano, pero esto era debido al hecho que el hijo era vivo; sin embargo, no creemos que si el padre hubiera pedido la *bonorum possessio* muerto el hijo, el emperador hubiera negado al mismo tal pretensión.

El derecho del padre respecto al esclavo del peculio del hijo militar no ha sido motivo de duda por parte de la jurisprudencia, efectivamente en un texto de Trifonino, *libro octavo decimo disputationum* en D. 49.17.19.3 en donde se cita la constitución adrianea puede constatar tal hecho:

*Pater peculii castrensis filii servum testamento liberum esse iussit: intestato defuncto filio familias, mox patre quaeritur, an libertas servo competat. occurrerat enim non posse dominium apud duos pro solido fuisse: denique filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit: et si testamento tam filii quam patris idem servus accepisset libertatem et utrique pariter decessissent, non dubitaretur ex testamento filii liberum eum esse. sed in superiore casu pro libertate a patre data illa dici possunt, numquid, quoad utatur iure concessio filius in castrensi peculio, eousque ius patris cessaverit, quod si intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia.*¹⁷

¹⁶ Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiore dicemus: ...nam et imperator Titus Antonius Claudio Frontino. (Si pereció la misma cosa que llegó a poder de otro, no diremos que este es más rico... efectivamente también el emperador Tito Antonino manifestó lo anterior a Claudio Frontino.)

¹⁷ No aceptamos la crítica de Appleton, *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrans et la date des Digesta de Julien*, cit., 603 ss. que el pasaje haya sido interpolado en la referencia a la disposición adrianea *denique...constituit*, la explicación de tales palabras será vista inmediatamente. F. La Rosa, *I peculii specialii in diritto romano*, Milano, 1953, 80 ss. acepta la idea de la alteración

Un padre estableció en el testamento que el esclavo del peculio castrense del hijo fuera libre (*pater-iussit*): muerto intestado el *filius familias* el padre se pregunta si al esclavo le corresponde la libertad (*intestato-competat*) ya que surgía la duda porque en dos personas no es factible la coexistencia de un dominio íntegro (*occurrerat-fuisse*). Y así Adriano estableció en una constitución que el hijo puede manumitir el esclavo de tal peculio (*denique-constituit*). Y si en el testamento el esclavo hubiera recibido la libertad del hijo y del padre y los dos hubieran muerto al mismo tiempo, no existirán dudas que será libre con fundamento en el testamento del hijo (*et si-esse*). Pero en el caso anterior respecto a la libertad concedida por el padre, se puede decir, probablemente que, cesa el derecho del padre hasta que el hijo se valga de su derecho concedido en su peculio castrense (*sed-cessaverit*), razón por la que si el hijo muriera intestado, el padre tendría, como sucede ejemplificativamente en el caso del *postliminium*, el peculio en base al antiguo derecho, y es considerado como si hubiera adquirido nuevamente en modo retroactivo el dominio de las cosas (*quod-dominia*).

Debe observarse que para Trifonino el hecho que el *filius familias* militar pueda liberar el *servus* que formaba parte de su peculio, no excluía el derecho del padre que tenía sobre el mismo, pero ya que no puede existir el dominio íntegro sobre el esclavo ejercitado por dos personas, entonces el jurista explicaba tal peculiaridad en el sentido que cesaba el derecho del padre hasta que el hijo se avalaba del derecho concedido con fundamento en el peculio castrense. Tal tesis significaba que el jurista aceptaba el pensamiento juliano, porque, si el hijo usaba el derecho concedido del peculio y hubiera liberado al esclavo (usando de tal derecho), entonces habría sido el hijo y no el padre a poder pretender la *bonorum possessio* de los bienes del liberto.

Parece interesante observar que Trifonino cuando refiere el rescripto adrianeo no incorpora la afirmación que el *filius familias* convierte al esclavo su liberto y no del padre, sino simplemente releva la posibilidad que el militar puede manumitir el esclavo; tal situación haría dudar que la constitución adrianea fuera la misma mencionada en los pasajes anteriores. Fitting¹⁸ es de la opinión que son dos constituciones diferentes, así, la

del texto e incorpora más referencias bibliográficas a su tesis, si bien no mete en duda (a diferencia de Appleton) que Trifonino hubiere citado el rescripto adrianeo.

¹⁸ FITTING, *Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung*, cit. 125 ss.

referida por Trifonino en D. 49.17.19.3 habría concedido al *filius familias* militar la posibilidad de manumitir el esclavo que formaba parte de su peculio, mientras la otra (D. 38.2.3.8, D. 38.2.22, D. 37.14.8 pr.) establecía que el esclavo se hace liberto del militar, concediéndole el patronato. No podemos aceptar tal tesis porque, como ha hecho notar La Rosa,¹⁹ si la primera presunta constitución hubiera concedido al *filius familias* militar la posibilidad de manumitir el esclavo, se habría convertido la segunda disposición una copia de la primera, porque es algo natural que el *dominus* del esclavo se haga patrono del liberto. Según nuestra opinión Trifonino, notando la parte de la constitución en donde era establecido que el esclavo se convertiría en liberto del hijo, la habría citado porque un *filius familias* militar podía manumitir el esclavo del peculio, no porque así hubiera sido establecido por el príncipe, sino porque su decisión partía de tal supuesto. El jurista incorpora además la idea que si el hijo hubiera muerto intestado, el *pater* adquiriría nuevamente el dominio de las cosas que se encontraban en el peculio del hijo, tal situación haría pensar que en el caso en que el *pater* hubiera concedido la libertad al esclavo en su testamento, el *servus* claramente habría sido considerado liberto del *pater* y no del hijo que era muerto.

La constitución de Adriano no ha permitido por la primera vez al *filius familias* militar la posibilidad de manumitir un esclavo del peculio porque, en las disposiciones imperiales, no se había puesto en duda tal facultad. Simplemente reconoció el derecho del hijo al patronato del liberto como había hecho también Juliano, y visto que era en vida el militar la persona que habría tenido derecho a solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* habría sido el mismo militar y no el padre.

La Rosa²⁰ piensa que antes de la edad adrianea, después de la manumisión de esclavos castrenses por parte del *filius*, los derechos del patronato serían atribuidos al *pater familias*. Nosotros no podemos aceptar tal tesis porque no tenemos fuentes que puedan demostrar que antes del imperio de Adriano hubiera sido en tal modo pero, seguramente la jurisprudencia había afrontado tal problema y Juliano habría tenido la idea que el militar podía pretender la *bonorum possessio* de los bienes del liberto. La decisión del príncipe habría sido un precedente importante para la jurisprudencia

¹⁹ La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, cit. 83.

²⁰ *Ibidem*, cit., 87 ss.

posterior que evitaba la posibilidad de meter en duda la tesis juliana en el caso en que hubieran existido tesis contrastantes.²¹

III. EDICTO CARBONIANO

Dentro de los argumentos que analiza Ulpiano en el libro cuadragésimo primero de su comentario al edicto del pretor, encontramos el Edicto Carboniano;²² el jurista inicia el análisis explicando en D. 37.10.1 pr. que si alguno hubiera iniciado una controversia respecto a un impúber del que se hubiera afirmado que no era descendiente del *de cuius*, el pretor, previa evaluación de la controversia (*causa cognita*) habría concedido la posesión de los bienes al menor como si no hubiera existido controversia decidiéndose al tiempo de su pubertad;²³ después profundiza problemáticas que se refieren a la figura del impúber y de su aplicación (D. 37.10.1.2-11, D. 37.10.3 pr.-2).

Después Ulpiano, *libro quadragesimo primo ad edictum* en D. 37.10.3.4-5 afronta el problema de la *causae cognitio*, y en razón de que Adriano en una constitución trata el problema y decide sobre tal cuestión, tal argumento será motivo de nuestro estudio. En el primer texto afirma:

*Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. summatim ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere: et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam: si vero ambiguum causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem.*²⁴

²¹ *Ibidem*, cit., 88 ss. piensa que la tesis juliana no había sido aceptada por todos porque en caso contrario Ulpiano en D. 38.2.3.8 la habría referido, pero no vemos razones para concluir que la falta de citación del jurista severiano a la tesis de Juliano pueda considerarse una prueba que su tesis hubiera permanecido sin seguidores.

²² *Confront.* O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, rist. Roma, 2000, 703 ss; *Das Edictum perpetuum*, Aalen, 1956, 348 ss.

²³ *Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.* (Si a alguno se le promoviera controversia en razón de existir dudas que pueda ser considerado uno de los descendientes y fuera un impúber, se le da la posesión de todos modos con conocimiento de causa lo mismo como si no hubiera controversia alguna sobre este problema, y se difiere el juicio al tiempo de la pubertad).

²⁴ Para el análisis del texto ver la bibliografía citada en nota del texto siguiente.

La *causae cognitio* trata sobre esto, que en el caso en que resulte una evidente calumnia por parte de los que solicitan la *bonorum possessio* no se de la posesión de los bienes (*causae cognitio-bonorum possessio*); por esto cuando es solicitada la *bonorum possessio* en base al edicto Carboniano el pretor debe conocer sumariamente la problemática (*summatim-cognoscere*); y si ciertamente encuentra una razón válida y examinándose resulta evidente que no es hijo del *de cuius* debe ser negada la *bonorum possessio* Carboniana (*et -Carbonianam*), pero si el pretor se encuentra frente a una controversia incierta, aunque fuera por poco, será evaluada a favor del pupilo porque no resultará evidente que no es el hijo, concediéndose la *bonorum possessio* Carboniana (*si -possessionem*).

Ulpiano explica en el § 4 el contenido de la *causae cognitio pretoria* (el problema jurídico evaluado por el pretor)²⁵ que el mismo jurista había referido en D. 37.10.1 pr. El magistrado debe evaluar sumariamente la solicitud de *bonorum possessio* carboniana y después de tal evaluación decidir sobre si la concederá o la negará. En el caso en que hubiera sido evidente que el menor no tenía un vínculo agnaticio con el *de cuius* (como por ejemplo, si el menor efectivamente hubiera sido su hijo pero jurídicamente no podía ser considerado *suus heres* porque la madre era una esclava), el pretor, constatando tal hecho, habría desechado la solicitud. La situación hubiera sido diferente si después de haber evaluado la solicitud no hubiera tenido claros y evidentes los elementos para constatar la no existencia del vínculo agnaticio y en tal caso habría debido conceder la *bonorum possessio* en base al edicto carboniano.

El texto siguiente de Ulpiano, *libro quadragesimo primo ad edictum* en D. 37.10.3.5 presenta una evidente dificultad, porque mientras el anterior refería una *causae cognitio*, en el texto transcrito abajo afirma la existencia de dos *causae cognitiones*:

Duae autem sunt causae cognitiones, una dandae Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat, alia causae cognitio illa, utrum differri debeat in tempus pubertatis cognitio an repraesentari. hoc autem diligentissime praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis, et maxime inquirere hoc a cognatis matre tutoribusque pupilli

²⁵ Respecto a su significado ver R. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, 15 ss.

*debet. finge esse testes quosdam, qui dilata controversia aut mutabunt consilium aut decedent aut propter temporis intervallum non eandem fidem habebunt: vel finge esse anum obstetricem vel ancillas, quae veritatem pro partu possunt insinuare, vel instrumenta satis idonea ad victoriam vel quaedam alia argumenta, ut magis damnum patiatur pupillus, quod differtur cognitio, quam compendium, quod non repraesentatur: finge pupillum satisdare non posse et admissos in possessionem, qui de hereditate controversiam faciunt, multa posse subtrahere novare moliri: aut stulti aut iniqui praetoris erit rem in tempus pubertatis differre cum summo eius incommodo, cui consultum velit. divus etiam Hadrianus ita rescripsit: 'Quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa fit, ne de statu periclitentur, antequam se tueri possint. ceterum si idoneos habeant, a quibus defendantur, et tam expeditam causam, ut ipsorum intersit mature de ea iudicari, et tutores eorum iudicio experiri volunt: non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis exco-gitatum est, et pendere status eorum, cum iam possit indubitatus esse'.*²⁶

Pero son dos *causae cognitiones*, una para dar la posesión carboniana, que tiene la ventaja que el impúber reciba la posesión como si no pesase en el ninguna controversia, y la otra si la *cognitio* deba ser transferida al tiempo de la pubertad o si deba hacerse inmediatamente (*Duae-repraesentari*). Pero esto deberá ser examinado diligentemente por el pretor, si al pupilo

²⁶ La doctrina duda del contenido del presente pasaje, así por ejemplo G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen, 1911, 82 ss., elimina toda la prima parte (*duae autem-consultum velit*) pero considera clásico la referencia al rescripto adrianeo, tesis seguida por varios autores como H. Niedermeyer, *Studien zum Edictum Carbonianum* en ZSS, 50, 1930, 123 ss. y La Rosa, *Appunti sull'editto Carboniano* en *Annali Catania*, 6-7, 1951-1953, 163 n.42. W. Kunkel, *Diligentia* en ZSS, 45, 1925, 325 n.1 acepta la tesis de Beseler pero limitándose a los ejemplos mencionados en el texto (*hoc autem-consultum velit*) y lo mismo sucede con S. Solazzi, *Infirmas aetatis e infirmitas sexus* en AG, 104, 1930, 12 n.2= *Scritti di Diritto Romano*, 3, Napoli, 1960, 364 n.19. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, cit. 149 ss. piensa que sea improbable que Ulpiano sea el autor de todo el pasaje porque como puede constatarse parecería existir una contradicción entre el §4 que habla de una *causae cognitio* y el §5 que refiere la existencia de dos *causae cognitiones*. Concluye el investigador que en el caso exista un problema de *status* el pretor, previa *causae cognitio*, podría conceder al impúber la *bonorum possessio* y, en un determinado momento evaluar la conveniencia de reenviar o no al tiempo de la pubertad la resolución de la misma cuestión. H. Stiegler, *Statusstreit und Kindeserbrecht*, Graz, 1972, 32 ss., recuerda la tesis de Niedermeyer y afirma sus dudas sobre el contenido del texto. R. Quadrato, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio carboniana* en BIDR, 77, 1974, 79 ss. considera el texto "contestatissimo" y afirma que entre los casos referidos en el pasaje podría observarse que la preocupación de Ulpiano había sido la de la falta de la prestación de la *satisdatio* por parte del impúber y que la parte contraria, la cual fuera admitida en la posesión de los bienes pudiera tratar de substraer cosas hereditarias, situación por la que habría sido no adecuado diferir la controversia; en el mismo sentido S. Segnalini, *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007, 175 ss. Nosotros no dudamos que el texto haya sido alterado porque los casos son muchos y probablemente los compiladores incorporaron algunas partes. Respecto al problema de las dos *causae cognitiones* veremos inmediatamente que según nuestra opinión no existe contradicción con el §4.

le sea útil proceder inmediatamente a la *cognitio* o si sea mejor diferirla al tiempo de la pubertad y sobretodo debe ser examinado esto por los cognados, por la madre y por los tutores del pupilo (*hoc-debet*). Supongamos que los testigos, diferida la controversia, modifiquen su opinión o mueran o por motivo de un periodo de tiempo amplio no tengan la misma certeza (*finde-habebunt*) o bien que la obstétrica anciana o las esclavas que puedan conocer la verdad a favor de la existencia del efectivo parto, o materiales más que adecuados para la victoria o cualquier otra prueba, que peor daño causarían al pupilo reenviando la *cognitio* en lugar del beneficio en el caso que no se proceda inmediatamente (*vel finde-repraesentatur*); pensemos por ejemplo que el pupilo no pueda garantizar o que los admitidos a la posesión, que impulsan la controversia sobre la herencia, puedan substraer, cambiar, inventarse muchas cosas (*finde pupillum-moliri*), diferir la controversia al tiempo de la pubertad sería propio de un pretor insensato o injusto causando un excesivo daño sobre el cual tenía intención de decidir (*aut stulti-velit*). Además el divino Adriano hizo un rescripto en este modo: El hecho que normalmente se proceda a diferir la controversia al tiempo de la pubertad es considerado en el interés de los pupilos, para que no se encuentren en peligro respecto al propio *status* antes de que puedan defenderse (*divus-possint*). Sin embargo, si existan personas idóneas por las cuales se defiendan y la controversia sea a tal punto lista, que para ellos mismos sea del propio interés ser juzgados respecto a la controversia rápidamente y sus tutores quieran afrontar el juicio, no debe ser observado en contra de los pupilos aquello que fue creado a favor de ellos mismos y permanecer incierto el propio *status* cuando podría ser certero en modo inmediato (*ceterum-indubitatus esse*).

Para entender el problema si son dos *causae cognitiones* o una, proponemos el análisis del pasaje partiendo del rescripto de Adriano y después analizaremos las consideraciones que hizo Ulpiano. La disposición inicia en este modo: *quod in tempus pubertatis res differri solet...* tales palabras según nuestra opinión explican el problema, porque si en edad adrianea después de la *causae cognitio* el pretor podía rechazar la solicitud de *bonorum possessio* a favor del menor o concederle la posesión en base al edicto carboniano, 'normalmente' era reenviada la controversia al tiempo de la pubertad como era claramente establecido en el edicto (*et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur* según la cita de Ulpiano en D.

37.10.1 pr.) por esto el rescripto habría iniciado recordando el presupuesto que en el edicto carboniano existía una *causae cognitio* y que el aplazamiento de la controversia habría tenido una finalidad precisa: proteger el pupilo en modo que pudiera defenderse una vez llegada la pubertad.

Probablemente la decisión de Adriano tenía como finalidad la de resolver un problema que había sucedido en la realidad: un menor después de la *causae cognitio* del pretor habría obtenido la *bonorum possessio* en base al edicto carboniano y el magistrado, de acuerdo con el edicto, había decidido de reenviar la controversia al momento de la pubertad. Tal reenvío habría debido beneficiar al pupilo como normalmente sucedía, pero en el presente caso la situación sería diferente; los tutores del pupilo estaban listos para demostrar la relación agnaticia entre el impúber y el *de cuius*, teniendo a disposición abogados competentes y no existía necesidad de reenviar la controversia al tiempo de la pubertad porque estaban seguros de ganar. El príncipe decide que no sea reenviada la controversia y el fundamento de su decisión se encontraba formulada en este modo: 'no debe ser observado en contra de los pupilos aquello que fue creado a favor de ellos mismos y permanecer incierto el propio *status* cuando podría ser certero en modo inmediato' (*non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis excogitatum est, et pendere status eorum, cum iam possit indubitatus esse*).

No podemos establecer si el rescripto adrianeo hubiera establecido una 'novedad' y que por primera vez hubiera sido establecido que la controversia debiera ser resuelta inmediatamente, porque el término *solet*, con el cual la disposición refiere lo que sucedía todavía en el periodo adrianeo, no excluiría la existencia de precedentes en donde la controversia respecto al *status* del menor hubiera sido decidida inmediatamente sin esperar que llegara el tiempo de la pubertad. El rescripto seguramente tuvo gran importancia para la jurisprudencia, porque se había convertido en un precedente que habría considerado otra posibilidad que el edicto carboniano no consideraba en origen: decidir inmediatamente sobre el *status* del menor y no esperar hasta el momento de la pubertad. Las causas que habrían podido evitar el reenvío de la decisión aplicando el rescripto adrianeo son ampliamente identificadas por Ulpiano (¿o por los compiladores?) y no creemos exista necesidad de una mayor explicación.

En conclusión, podemos afirmar que, si bien el edicto carboniano hace mención de una *causae cognitio* que habría tenido como finalidad la de rechazar o conceder la *bonorum possessio* al impúber reenviando la decisión

sobre su *status* al momento de la pubertad, existirían diferentes factores que habrían podido hacer en modo que el reenvío no hubiera beneficiado al menor, sino que contrariamente le habría causado un daño; por esto, si a partir de Adriano el pretor habría debido avaluar también la posibilidad de no reenviar la controversia, la jurisprudencia no considerará sólo una *causae cognitio* como establecía el edicto, sino que habría incorporado una segunda con la que el magistrado decidiría si fuera prudente reenviar la controversia o por el contrario proceder inmediatamente.

El edicto Carboniano fue aplicado también a la *missio ventris nomine* (el caso en que la mujer estuviera embarazada por el *de cuius* y se solicitara la posesión de los bienes hereditarios a favor del hijo que está por nacer) como se observa en un rescripto adrianeo referido por Ulpiano, libro *quadragesimo primo ad edictum* en D. 37.9.1.14.

*Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum Carboniani edicti. et ita divus Hadrianus Claudio Proculo praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. idemque est et si status mulieris controversia fiat.*²⁷

²⁷ La doctrina encuentra el pasaje interpolado como Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, cit. 61, que justamente hace notar la falta de elegancia de los términos *vel esse vel* y además elimina *non* y *contendatur* cancelando el contenido del texto desde *ut summam* hasta *partui fiat*. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, cit. 151 acepta la presente tesis respecto a la interpolación de la segunda parte del pasaje porque según el investigador se encontraría mal unido a lo escrito anteriormente y difícilmente podría pensarse en la parte concluyente. La presente tesis fue aceptada por A. Metro, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu* en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1964, 948 n. 27 pero subraya que la certeza histórica de la noticia concerniente ad Adriano no puede ser motivo de duda; lo mismo sucede con Stiegler, *Statusstreit und Kindeserbrecht*, cit., 54 n. 49. A. Torrent, *Intervenciones de Adriano en el edicto "ordinatum" por Juliano* en *AHDE*, 54, 1984, 169 ss. justamente no está de acuerdo con los autores que niegan el origen clásico de la *summam cognitio*. Otros autores que afirman modificaciones en el pasaje haciendo un reenvío a la doctrina anterior son: N. Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991, 152 y F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica*, Milano, 2000, 67. Nosotros no metemos en duda que el texto haya sido alterado en la forma (basta ver los términos *vel esse vel*) pero en la substancia no hacemos críticas porque como veremos más adelante, el jurista cuando trata de la *summam cognitio* no hace otra cosa que aplicar lo que sobre el Carboniano había referido en D. 37.10.3.4.

Si hubiera sido negado que aquella que pretende la *missio in possessionem* era la esposa o la nuera o hubiera sido establecido con firmeza que no se encontraba embarazada por el *de cuius*, el pretor interpone un decreto bajo el ejemplo del edicto Carboniano (*Si-edicti*); y así el divino Adriano hizo un rescripto dirigido al pretor Claudio Próculo que procediera a una *cognitio* del argumento en modo sumario y, si resulta una evidente calumnia por parte de aquella que pretende la *missio in possessionem* en nombre de aquel que se encuentra en el vientre, no decida nada de nuevo (*et-decerneret*). Por el contrario, si existieran dudas sobre la controversia, deberá hacerse en modo que no resulte dañoso al que se encuentra en el útero, sino que se proceda a la *missio in possessionem* a favor del que se encuentra en el vientre (*si-oportet*); por esto, si resulta que la mujer no fuera una calumniadora experta, deberá ella optar por el decreto (*apparet-eligere*) y cuando con veracidad puedan existir muchas dudas si se hubiera embarazado del *de cuius*, deberá ser tutelada con el decreto para evitar que no sea causando un daño al que está por nacer (*et-partui fiat*). Lo mismo sucede si existiera una controversia respecto al *status* de la mujer (*idemque-controversia fiat*).

Ulpiano, cuando trata de la *missio ventris nomine* en el libro cuarenta y cinco primero de su comentario al edicto,²⁸ menciona una epístula²⁹ que Adriano dirige al pretor Claudio Próculo.³⁰ En tal disposición el príncipe había decidido que en el caso en que hubiera sido puesta la duda sobre el derecho de la mujer que pedía la *missio in possessionem* a favor del hijo que está por nacer, el magistrado habría debido conocer sumariamente la problemática e interponer un decreto basado en el ejemplo del edicto Carboniano. Sobre este punto el jurista aplica a la presente materia lo que sobre el Carboniano había afirmado en D. 37.10.3.4; si resultara evidente que no tenía fundamento la presente solicitud, previa evaluación sumaria, el pretor no habría concedido nada, pero si el problema resultara incierto

²⁸ Confront. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, cit., 701 ss; *Das Edictum perpetuum*, cit. 347 ss.

²⁹ En el texto es denominado rescripto pero como es notorio tal es un término general que puede comprender una epístula (sobre este punto ver T. Masiello, *Corso di Storia del Diritto Romano*, Bari, 2008, 154); efectivamente en D. 43.4.3.3 (texto que veremos más adelante) la presente decisión es referida como epístula.

³⁰ No tenemos noticia de cuando Claudio Próculo fue pretor Groag., s.v. *Claudius Proculus*, en *Prosopographia Imperii Romani*, 2, Berolini et Lipsiae, 1936, 236 y en *PWRE*, III-2, Stuttgart, 1899, 2846 piensa sea el mismo L. *Claudius Proculus Cornelianus* cónsul *suffectus* en una fecha no bien establecida y marido de *Herennia Helvidia Aemiliana*.

entonces habría debido conceder con un decreto la *missio in possessionem* tomando el ejemplo de la *bonorum possessio Carboniana*.³¹

La presente epístula es referida también por el mismo jurista cuando trata del interdicto *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit* (que no se haga violencia al que encontrándose en el vientre haya sido puesto en la posesión de los bienes hereditarios), en el libro sexagésimo octavo *ad edictum*³² en D. 43.4.3.3:

*Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem.*³³

Si fue afirmado que la mujer llegó a la posesión de los bienes hereditarios por causa de una calumnia, porque realmente no se encontraba embarazada, o estuviera embarazada de otra persona o fue afirmado algo respecto al *status* de la mujer (*Si-dicatur*), según una epístula del divino Adriano, el pretor promete la posesión basándose en el ejemplo de la presunción del edicto Carboniano (*ex-possessionem*).

De los presentes pasajes es posible constatar que la solicitud al pretor de la mujer embarazada de la *missio in possessionem ventris nomine* (posesión de los bienes hereditarios visto la existencia de un descendiente que se encuentra en el vientre materno) habría podido encontrar como obstáculo la dificultad de aceptarla por falta de la existencia de un vínculo agnaticio entre el *de cuius* y el que está por nacer (la mujer no era ni esposa, ni nuera o el que está por nacer habría sido generado por otro hombre). Tal situación causaba una gran dificultad al pretor que habría debido conceder la

³¹ En un pasaje de Marcelo, *libro septimo digestorum* en D. 37.10.10 (referido también por Ulpiano, *libro vicensimo secundo ad edictum* en D. 12.2.3.3) es considerada la posibilidad que la mujer haga un juramento con el cual prometa que efectivamente se encontraba embarazada. Tal hecho hace pensar a Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, cit. 152 que el pretor pudiera renunciar a la *causae cognitio* todas las veces que la mujer fuese segura de jurar sobre la veracidad del hecho puesto en discusión; pero, según nuestra opinión, el juramento no excluye la *causae cognitio*, sino que el mismo habría servido como elemento de evaluación por parte del pretor para decidir sobre la problemática como claramente se encuentra escrito en el texto de Marcelo: *cum causa cognita detur possessio*; así si la mujer se rehusa jurar, el pretor en su evaluación difícilmente habría concedido la *missio in possessionem*.

³² Confront, LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, cit., 803; *Das Edictum perpetuum*, cit. 455.

³³ Respecto al origen clásico del pasaje reenvío a la doctrina citada en la nota que corresponde al texto de D. 37.9.1.14.

posesión al que está por nacer: *ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo* (ordeno que sea introducido en la posesión el descendiente que se encuentra en el vientre), según referencias de Ulpiano en D. 40.4.13.3, porque el edicto partía del presupuesto que el individuo que está por nacer era descendiente del *de cuius*, tal hecho como resultaba incierto y al existir graves objeciones sobre la existencia de los presupuestos requeridos en el edicto habrían podido causar un grave daño a los derechos hereditarios del que está por nacer (*praeiudicium fiat ei, quod in utero est*). El magistrado, dirigiéndose al príncipe para solicitar una solución, este decidirá en modo novedoso, al aplicar en vía analógica el procedimiento previsto en el Carboniano y que hemos visto anteriormente; así, si no fuera evidente la falta de fundamento de la solicitud de la mujer, después de la sumaria *cognitio* del pretor, la misma autoridad habría debido emanar un *decretum ad exemplum* del edicto Carboniano y en este modo una vez que el hijo nacido hubiera llegado a la pubertad habría podido defenderse.

El pretor con la *summaria cognitio* debía evaluar si efectivamente la mujer estaba embarazada y evitar en este modo que pudiera fingir un embarazo presentando el día del falso parto un bebé que no fuera suyo v.g. el hijo de su esclava. Varios años después y probablemente debido a la dificultad de determinar el efectivo embarazo o que el mismo llegara a buen fin y evitar en modo más severo la posibilidad de abusos, en el mismo periodo adrianeó³⁴ el pretor exigirá una serie de nuevos requisitos precisos y rígidos³⁵ entre ellos el edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque*

³⁴ En el mismo sentido Metro, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu*, cit. 953 y Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, cit. 153.

³⁵ ULPIANO, *libro vicesimo (tricesimo) quarto ad edictum* en D. 25.4.1.10 transcribe las palabras del pretor sobre este punto (*De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait*): si muerto el marido la mujer haya afirmado de encontrarse embarazada deberá informar dos veces al mes a aquellos que tuvieran interés sobre tal hecho o a su procurador con la finalidad que hagan venir si quieren personas que procedan a la inspección del vientre (*Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient*). Serán enviadas sólo cinco mujeres libres y deberán proceder todas a la inspección al mismo tiempo evitando que sea tocado el vientre en contra de la voluntad de la mujer mientras es efectuada la inspección (*mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat*). La mujer deberá dar a luz en la casa de una mujer muy honesta que será designada por el pretor (*mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam*). La mujer treinta días antes que según su opinión iniciaría el parto, informará a aquellos que tendrán interés sobre el hecho o a sus procuradores, con la finalidad que procedan, si así lo desean para que custodien el vientre (*mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, ut, mittant, si velint, qui ventrem custodiant*). En la habitación en donde dará a luz no existirá más que sólo una entrada y en el caso en que hubiera más serán cerradas con tablas (*in*

partu (del deber de la inspección del vientre de la mujer embarazada y de la custodia del parto tit. XXI § 118 Lenel). En un pasaje de Juliano, *libro vicesimo quarto digestorum* en D. 25.4.2 pr. encontramos referido que tal edicto habría modificado el procedimiento establecido en la epístula de Adriano:³⁶

Edictum de custodiendo partu derogatorium est eius, quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est.

El edicto que se refiere a la custodia del parto deroga lo que fue establecido en base al ejemplo del decreto Carboniano.

Nosotros sabemos que con la epístula adrianea se había concedido a la mujer embarazada la posibilidad previa *summaria cognitio*, de obtener la *missio in possessionem ventris nomine* con un *decretum ad exemplum* del edicto Carboniano; pero con el nuevo edicto no habría tenido más aplicación el decreto porque la mujer habría debido informar del embarazo y cumplir los diferentes requisitos para evitar eventuales oposiciones sobre la veracidad del embarazo. Ahora bien, si no hubiera tenido más eficacia la disposición de Adriano referida en la *epistula* nos podemos preguntar el motivo por la que habría sido citada por Ulpiano en su comentario al edicto y la razón del por qué tales textos fueron introducidos en la compilación cuando el

quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur). La puerta será vigilada por tres hombres libres y tres mujeres libres con dos acompañantes (*ante ostium eius conclavis liberi tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant*). Después el pasaje prosigue con mayores requisitos respecto a los movimientos de la mujer por motivo de las necesidades fisiológicas y respecto al momento en que deberá dar a luz, pero no creemos sea necesario citarlos. Según Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, cit. 153 el edicto de *inspiciendo ventre custodiendoque partu* probablemente fue hecho en base a requisitos establecidos por la cancellería imperial si bien las fuentes no digan nada al respecto y menciona justamente que 'non mi sembra perciò improbabile quanto meno una consultazione del pretore alla cancelleria imperiale prima di modificare le disposizioni dettate da Adriano'.

³⁶ Claramente el texto de Juliano encuentra relación con el de Ulpiano en D. 43.4.3.3 como había hecho notar F. Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. L'agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna, 1953, 62 ss. Contrariamente Metro, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu*, cit. 947 afirma que la argumentación de Lanfranchi habría producido como conclusión que también el edicto de *ventre in possessionem mittendo* hubiera sido de edad adrianea, lo que resultaría evidentemente absurdo, ya que las fuentes demuestran orígenes mucho más antiguos. Sobre esta posición no estamos de acuerdo porque el edicto de *ventre in possessionem mittendo* no es de edad adrianea sino la aplicación del Carboniano a la presente materia. Más críticas a la tesis de Metro son mencionadas por Torrent, *Intervenciones de Adriano en el edicto ordinatum por Juliano*, cit. 165 ss.

edicto de *inspiciendo ventre custodiendoque partu* había ya derogado la disciplina anterior. La respuesta se encuentra en el texto siguiente (§1) de Juliano el cual afirma:

Sed hoc aliquando remittere praetor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur aut partus custodiretur.

Pero estos requisitos el pretor algunas veces debe ignorarlos, si la mujer no por maldad, sino por desconocimiento de los mismos no se hubiera hecho inspeccionar el vientre o no se hubiera hecho custodiar en el momento de dar a luz.

La presente referencia demostraría que la aplicación del edicto Carboniano mediante decreto del pretor previa rápida *cognitio* habría sido todavía vigente después del edicto de *inspiciendo ventre custodiendoque partu*. El magistrado para determinar si concederlo o no habría debido evaluar un nuevo elemento en la *summaria cognitio* que en anterioridad no había sido tomado a consideración: malicia, o impericia de la mujer. El segundo caso habría podido dar lugar al *decretum ad exemplum* del edicto Carboniano; en caso contrario, si el pretor hubiera llegado a la conclusión que la mujer había actuado con malicia habría podido negar el decreto sustituyéndose en este modo la evidente calumnia (que era una causa considerada en la epístula para negarle el decreto), por el nuevo elemento que correspondía a la intención dolosa de no hacer notorio el embarazo a aquellos que habrían tenido interés en saberlo.

Según nuestra opinión es posible dar una fecha aproximativa a la epístula adrianea ya que fue dirigida al pretor Claudio Próculo; si pensamos que el edicto de *inspiciendo ventre custodiendoque partu* había sido incorporado por Juliano en su famosa codificación del edicto (que como sabemos probablemente fue efectuada en el año 130 d. C.), parecería posible afirmar que el presente personaje había sido pretor antes de la codificación del edicto y que la disposición fuera anterior al año 130 d. C.

Otro punto que es importante referir es el que trata la aplicación del decreto basado en el ejemplo del edicto Carboniano cuando existiera controversia sobre el *status* de la mujer. Algunos autores piensan que tal problema recordado en D.37.9.1.14 y D. 43.4.3.3 no era considerado en

la epístula adrianea y que fue una incorporación posterior;³⁷ pero, según nuestra opinión, tal supuesto había sido incluido en tal disposición, porque si bien en el primer texto los términos *idemque est et si status mulieri controversia fiat* podrían hacer pensar que hubieran estado incorporados después, en el segundo pasaje existe la referencia al *status* que formaba parte de la misma epístula.

Otro rescripto hecho por Adriano respecto a la *missio ventris nomine* (posesión de los bienes hereditarios a favor del que se encuentra en el vientre materno) es tratado por Paulo, *libro primo de adulteris* en D. 37.9.8.

Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, divus Hadrianus Calpurnio Flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato.

Si la mujer hubiera sido introducida en la posesión en nombre del que está por nacer, el divino Adriano respondió en un rescripto a Calpurnio Flaco que se deberá reenviar la acusación de adulterio con la finalidad que no sea causado ningún daño al hijo.

La disposición, según nuestra opinión, era una epístula de Adriano dirigida a Calpurnio Flaco³⁸ el cual como pretor o procónsul habría solicitado un parecer sobre el presente problema. El caso es diferente al mencionado en D. 37.9.1.14 y D. 43.4.3.3 porque, mientras en la epístula dirigida a Claudio Próculo el problema era el conceder la *missio ventris nomine* renviando la cuestión al momento de la pubertad de acuerdo a un *decretum ad exemplum* del edicto Carboniano, en el presente caso la posesión ya había sido concedida a la mujer en nombre del que estaba por nacer y la acusación de adulterio habría sido efectuada en un momento posterior. Probablemente la acusación habría podido causar un daño al que está por nacer porque si hubiera sido demostrado el adulterio habría podido suponerse que el mismo no hubiera sido hijo del *de cuius*. Esta situación haría pensar que la acusación habría sido reenviada al momento de la pubertad porque no obstante la madre hubiera sido culpable, no necesariamente el

³⁷ En este sentido Segnalini, *L'editto Carboniano*, cit. 190.

³⁸ Calpurnio Flaco probablemente fue pretor en edad adrianea como habría sido el caso de Claudio Próculo; pero seguramente fue procónsul de la isla de Chipre en el año 128 d.C. según B. d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, París, 1950, 407 o en el 123 d.C., según A. Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia*, (trad. J. L. Gil Arístu), Barcelona, 2003, 202. El investigador recuerda que el presente personaje era un hispánico hijo de un personaje que había sido anfitrión de Adriano cuando se encontraba en Terragona.

que está por nacer era el fruto de tal adulterio;³⁹ así, el hijo una vez llegado a la pubertad habría podido defenderse demostrando que era descendiente del *de cuius*.

IV. BONORUM POSSESSIO A FAVOR DE LOS HIJOS DE LOS MILITARES

Los hijos de los militares tenían muchas veces la dificultad de ser reconocidos como sucesores del padre, que no había hecho un testamento porque no se encontraban bajo su potestad al no poderse reconocer el matrimonio efectuado con mujeres que carecían de la ciudadanía. Tal situación fue resuelta por Adriano en una epístula dirigida al prefecto del Egipto escrita en griego y que nosotros presentamos en la traducción latina que se encuentra en *FIRA*, 1.78:

Exemplar epistulae domini translatae... quae [anno] III Traiani Hadriani Augusti P. Aelio III et Rustico coss. proposita est... in castris hibernis legionis tertiae Cyrenaicae et legionis vicesimae secundae Deiotarianaep ridie nonas Augustas, quod est Mesore XI, in principiis.

Scio, mi Rammi, eis, quos patres eorum militiae susceperunt temporibus, ad paternam bona aditum denegari, neque id videbatur durum esse, si quidem illi adversus militarem disciplinam fecerunt. At libentissime ego occasiones arripio, ob quas durius a retro principibus statuta humanius interpreto. Cum igitur non sunt legitimi heredes patrum suorum ii qui militiae temporibus suscepti sunt, tum possessionem bonorum ex illa parte edicti, ex qua etiam genere cognatis datur, petere posse etiam illos decerno. Hoc meum beneficium et militibus meis et veteranis palam facere te oportebit, non ut id eis imputare videar, sed ut eo utantur, si ignorant.

³⁹ Efectivamente cuando el problema se refería a un adulterio pero no se dudaba que el hijo impúber hubiera sido descendiente del marido de la mujer no se habría reenviado la acusación como recuerda Papiniano, *libro singulari de adulteris* en D. 48.5.12(11).8-9: *defuncto marito adulterii rea mulier postulat: quae propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare: an debeat audiri? respondi: non videtur mihi confugere ea mulier ad iustam defensionem, quae aetatem filii praetendit ad eludendam legitimam accusationem: nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse.* (Muerto el marido, la mujer puede ser acusada de adulterio). ¿Debe ser escuchada la que por razón de tener un hijo impúber quisiera obtener por parte del acusado un reenvío? Respondí: no me parece que se protege en una justa defensa la mujer que alega la edad de su hijo para evitar una acusación legítima, porque ciertamente el delito de adulterio al que se le acusa a la mujer, no le perjudica al que está en la infancia, porque puede ser ella adúltera y haber tenido el impúber del que su padre era el difunto. Sobre este problema ver G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997, 50 n. 156 con más referencias bibliográficas.

Copia de una epístula imperial traducida en el año...(?) que fue comunicada en el año 119 d. C. (en el tiempo del tercer consulado de Publio Trajano Elio Adriano Augusto junto a Rústico) ...en el campamento invernal de la tercera legión Cirenaica y de la vigésima segunda Deitoriana el 4 de agosto en el cuartel general.

Tengo conocimiento mi estimado Ramnio, que se rechaza la facultad de entrar en los bienes paternos a aquellas personas que tuvieron padres que se dedicaron a la carrera militar, esto me resulta demasiado severo, no obstante los padres hayan actuado contrariamente a la disciplina militar. Aprovecho con gusto las posibilidades de interpretar con más humanidad las normas emanadas con demasiado rigor por los príncipes anteriores a mí. Si bien no sean considerados herederos legítimos de los propios padres, en los tiempos durante los cuales ellos se encontraban sujetos al servicio militar, no obstante decido que también ellos puedan solicitar la *bonorum possessio* de acuerdo a la parte del edicto en base a la cual se concede a los cognados. Esta concesión mía, te solicito de hacerla conocer a los militares y a los veteranos no con la finalidad que sea bien apreciada, sino para que sea aplicada en el caso en que lo ignoraran.

La presente epístula del año 119 d. C. realizada por Adriano⁴⁰ dirigida al prefecto de Egipto Ramnio Marcial⁴¹ ha sido citada por varios autores, respecto a la intención del príncipe de interpretar más humanamente las normas emanadas con demasiada severidad por sus predecesores,⁴² que como es notorio será una de las características de su programa de gobierno. En la disposición se puede observar una clara preocupación del *princeps* que a los hijos de los militares muertos se les negaba la posibilidad de acceder a los bienes paternos; efectivamente, los hijos nacidos de los militares en

⁴⁰ En un primer momento la epístula había sido atribuida a Trajano como sucedió con P. Meyer, *Die ägyptischen Urkunden und das Eherecht der römischen Soldaten* en *ZSS*, 18, 1897, 44 ss, pero en la actualidad no existen dudas que sea de Adriano como acepta la doctrina que será citada en pie de página.

⁴¹ Sobre este personaje ver He. s.v. *Q. Ramnius Martialis*, en *Prosopographia Imperii Romani*, 7, cit. 44 ss, Stein, en *PWRE*, I-A-1, cit. 135 ss, d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 408 y Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia*, cit., 110 recuerda además que Ramnio Marcial fue anteriormente jefe de los *vigiles* de Roma antes de convertirse en prefecto de Egipto.

⁴² Como F. Casavola, *Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano ed Antonino Pio* en *Labeo*, 14, 1968, 265 ss. *Cultura e scienza giuridica nel secondo decolo d.C.: il senso del passato* en *ANRW*, II, 15, Berlin-New York, 1976, 157 ss. W. Williams, *Individuality in the imperial constitutions: Hadrian and the Antonines* en *JRS*, 66, 1976, 72 ss. A. Palma, *Humanior interpretatio*, Torino, 1992, 3 ss.

servicio (ya que no podían esposarse válidamente con mujeres originarias de la provincia en la cual se encontraban desempeñando su actividad),⁴³ eran considerados ilegítimos y no habrían podido suceder *ab intestato*.⁴⁴

Tenemos noticia que en el *Gnomon* del *Idios Logos* existía una norma § 35 en donde se establecía que los soldados, aunque si morían sin haber hecho un testamento, habrían podido suceder a los hijos y a las esposas siempre que los sucesores pertenecieran a la misma nacionalidad de origen. Varios autores han relacionado la disposición con la epístula adrianea y han pensado que la segunda fuera el fundamento de la primera⁴⁵ pero, justamente Volterra,⁴⁶ en base al nuevo texto de *Oxy.* 3014, constata que ya en el primer siglo los hijos y las esposas podían suceder *ab intestato*, excluyéndose en este modo que la disposición dependiera de la epístula de Adriano.

Con la epístula adrianea los hijos de los militares y de los veteranos tendrán la posibilidad de obtener la *bonorum possessio* no obstante no se hubieran encontrado bajo la propia potestad del padre evitando en este modo la severidad que existía anteriormente y que los habría excluido de la herencia paterna, reconociéndose así el vínculo de sangre.

⁴³ La presente afirmación necesitaría de un mayor estudio pero el problema no puede ser tratado en la presente investigación porque requeriría del análisis de aspectos que en la presente investigación tienen una importancia secundaria. Quisiéramos hacer notar únicamente que un militar podía ser unido en matrimonio legítimo con una mujer con la que existiera el *conubium* como puede ser observado en varios textos por ejemplo en Papiniano, *libro sexto decimo quaestionum* en D. 49.17.13 y *libro nono decimo responsorum* en D. 49.17.16 pr. Contrariamente los soldados que daban su servicio en las provincias no podían contraer matrimonio legítimo con mujeres provinciales, a menos que ellos no fueran originarios de la misma provincia o se hubieran convertido en novios antes de iniciar el servicio militar como recuerda E. Volterra, s.v. *Matrimonio* (dir. rom.) en *ED*, 25, 781 n. 131= *Scritti Giuridici*, 3, Napoli, 1991, 278 ss.

⁴⁴ Ver S. Riccobono jr., *Il Gnomon dell'Idios logos*, Palermo, 1950, 168 ss. M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forma classiche di testamento*, Firenze, 1966, 97 n.3. E. Volterra en su reseña a la obra *The Oxyrhynchus Papyri. Vol. XLII edited with Translations and Notes by P. J. Parsones* en *IURA*, 26, 1975, 187 presenta también el caso en que los hijos de peregrinos nacidos en base a un matrimonio *iuris peregrini* cuyos padres hubieran, posteriormente a su nacimiento, adquirido la ciudadanía, no habrían podido obtener *ab intestato* los bienes del padre porque no obstante hubieran adquirido la ciudadanía, no se encontrarían bajo su potestad al momento de la muerte.

⁴⁵ Riccobono jr. *Il Gnomon dell'Idios logos*, cit. 168 ss. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forma classiche di testamento*, cit. 97 n.3.

⁴⁶ Volterra en su reseña a la obra *The Oxyrhynchus Papyri. Vol. XLII edited with Translations and Notes by P. J. Parsones*, cit., 188. Después de tal publicación Amelotti cambió opinión como puede constatarse en su investigación que se puede encontrar en internet bajo el título *Salvatore Riccobono e il Gnomon dell'Idios logos*, 20.