

2688280

340.54

6993 dp

2013

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

*Catedrático de Derecho romano
en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*

V.1
C.1

DERECHO PRIVADO ROMANO

2ª EDICIÓN

TOMO I



SÍNTESIS HISTÓRICA DEL DERECHO ROMANO

LAS ACCIONES Y EL PROCESO

EL DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE LA FAMILIA

EL DERECHO DE LAS COSAS Y DE SU DOMINIO, POSesión, USO Y GOCE

EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES (CAPÍTULOS I A III)

SANTIAGO, 2013

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

PRIMERA PARTE
LAS ACCIONES Y EL PROCESO

CAPÍTULO I “LEGIS ACTIONES”

§ 5. GENERALIDADES

I. TIPOS DE ACCIONES. En el Derecho arcaico no existió una acción ni un procedimiento generales, que permitieran la deducción de cualquier pretensión en un único tipo procesal; por el contrario, el tipo procesal determina las pretensiones deducibles. Estos tipos procesales de la época arcaica reciben el nombre de “acciones de la ley” (*legis actiones*), porque su fuente inmediata es efectivamente una ley, bien la de las XII Tablas, bien alguna posterior. Pero lo más seguro históricamente es que la primera, sin haber creado o introducido ningún procedimiento, se haya limitado a reconocer los preexistentes, fundados en los *mores maiorum*, con alguna reforma, acorde con el sentido general que tuvo esta ley en la historia del Derecho arcaico. Tal debió de ser el caso de las *actiones legis per sacramentum, per manum iniunctionem y per pignoris capionem*.

Aunque Gai. 4,17 dice que en virtud de la Ley de las XII Tablas se podía accionar *ex stipulatione* por medio de la *actio legis per iudicis arbitrive postulationem*, no es seguro ni probable que esta acción fuera predecenviral ni introducida por esa ley. Lo que Gayo (4,28) dice acerca de la *pignoris capio*, de haber sido introducida por la costumbre, no se refiere, sin embargo, a su fuente última, mas a que la costumbre introdujo nuevos casos de aplicabilidad de este procedimiento, posiblemente posteriores a la Ley de las XII Tablas. Gayo, pues, no habla ahí del origen de la acción, sino de algunas de las fuentes de que emanan sus hipótesis de empleo.

A las tres mencionadas se agregó en época postdecenviral una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y una *actio legis per conductionem*. Dentro de este conjunto se puede decir que la *manus iniectio* y la *pignoris capio* tienen carácter ejecutivo, mientras que las tres restantes presentan naturaleza declarativa.

II. BIPARTICIÓN DEL PROCEDIMIENTO. Uno de los rasgos estructurales más salientes y originales del proceso romano, que llamamos bipartición, ya se presenta en algunos de estos procedimientos arcaicos. Consiste en dividir la tramitación en dos fases: una, que tiene lugar ante el magistrado encargado de la *iurisdictio* (normalmente un *praetor*), y otra, ante un *iudex* (o conjunto de *iudices*), a quien se atribuye la *iudicatio*, teniendo presente que este último no es un agente público, sino un ciudadano privado, designado por el magistrado para cada litigio, a proposición de sus partes (*iudicem addicere*) o por sorteo (*iudicem dare*). De todo el trámite que se desenvuelve ante el magistrado jurisdiccional se dice ser *in iure*; y *apud iudicem* o *in iudicio* de aquel que se desarrolla ante el juez.

La fase *in iure* está destinada a fijar el planteamiento de la cuestión litigiosa en términos jurídicos, sin consideración a la veracidad o falsedad de los hechos alegados por las partes, cuya alegación sólo sirve a aquel fin, y a decidir si acerca de dicha cuestión debe autorizarse un *iudicium*. La fase *apud iudicem*, en cambio, se dirige al conocimiento de los hechos y a su prueba, por un lado; a su calificación jurídica definitiva, por otro; y a la determinación de las consecuencias que de lo anterior se siguen, en fin, en términos de permitir pronunciar al juez una condena o una absolución por medio de su *sententia*.

La palabra *ius* también significa “el lugar en donde se administra el Derecho”, del mismo modo que nosotros damos un sentido local a la palabra “justicia” cuando hablamos de “recurrir a la justicia” o de “llevar a la justicia” para significar el lugar en donde ésta se ejerce; de allí la expresión *in iure* (lit.: “en el Derecho”). Ambas fases no son dos instancias, esto es, dos completos conocimientos de toda la cuestión litigiosa, que terminan con una sentencia cada cual, sino momentos diversos de un único proceso. El magistrado no emite ninguna sentencia, y la única que se emite proviene del juez.

No conocemos los orígenes de la bipartición.

Una *lex Pinaria*, de fecha desconocida, dispuso que el juez fuese designado 30 días después de haber comparecido *in iure* las partes (Gai. 4,15). El texto veronés de Gayo presenta una laguna y dice: “antes de esta ley el juez era dado (...)” (“*ante eam autem legem (...)m dabatur iudex*”); como la laguna contiene espacio para cinco letras, que formen una palabra terminada en *m* (que se conserva en el texto), los editores la suplen con la palabra <*stati*>*m* (= “inmediatamente”); pero algunos han pensado en que el original decía <*nondum*>*m* (= “todavía no”); según la lección que se adopte, pues, Gayo habría dicho: “antes de esta ley el juez era dado de inmediato”, o bien: “antes de esta ley el juez no era dado todavía”. De acuerdo con la primera, la *lex Pinaria* lo único que habría hecho fue retrasar por 30 días el nombramiento (quizá para facilitar una transacción entre las partes). Estando a la segunda

lección, en cambio, dicha ley habría introducido el nombramiento de un juez (privado), de modo que antes el proceso era fallado por el magistrado mismo.

III. ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARCAICO. 1. El ejercicio de una acción de la ley es preparado mediante una “citación personal para concurrir ante el lugar en que funciona el tribunal del magistrado” (*in ius vocatio*), a cargo del que tiene interés en tomar la iniciativa del proceso, y con respecto a aquél en contra de quien pretende iniciarlo.

Los versículos 1 a 3 de la Tab. 1 están dedicados a la *in ius vocatio*. Se trata de un acto al que permanece ajeno el magistrado y que queda por entero entregado a la iniciativa privada. Seguramente consistía en una invitación pronunciada mediante palabras prescritas. El citado, según la ley, tiene el deber de aceptar la invitación y concurrir de inmediato; en caso contrario, el citante debe llamar testigos, pudiendo forzar al citado renuente o que pretendiere huir. En caso de vejez o enfermedad, aquél debía facilitarle el traslado con cabalgadura.

El citado en todo caso puede ofrecer un *vindex*, tan solvente como él,⁵⁹ que se hace responsable de la comparecencia posterior.

2. Una vez *in iure* las partes, deben tener lugar una serie de actos procesales, destinados a desahogar las pretensiones de cada cual. Es característico de las acciones de la ley, dada su época, que esta manifestación de pretensiones sea hecha por medio de fórmulas preestablecidas, que cada parte debe recitar, y en los procedimientos más arcaicos, también a través de gestos rituales. Nos ocuparemos en describir estas formas a propósito de cada acción.

De todos modos, para que haya proceso es necesario que la parte citada niegue la pretensión de la que citó, o que la contradiga, actitud ésta que recibe el nombre de *infutatio*. Las otras dos actitudes posibles, a saber: un allanamiento (*confessio in iure*) o aceptación de lo pretendido por el citante, o una negativa de colaborar en la progresión del proceso (“*indefensio*”), hacen imposible que éste pueda existir y llegar a la fase *apud iudicem*, si bien una u otra producen sus consecuencias, que serán examinadas en otro lugar.

3. La fase *in iure* termina con un acto denominado *litis contestatio*, si bien él es el que señala la constitución de la relación procesal misma y permite considerar oficial o formalmente a la cuestión controvertida entre las partes como una *res in iudicio deducta*. También de ello nos ocuparemos más adelante.

⁵⁹ Tab. 1,4.

La fase *in iure*, pues, se nos presenta como una suerte de antejuicio o trámite preparatorio del verdadero proceso, que sólo queda iniciado con la *litis contestatio*. Sólo a partir de ella las partes quedan ligadas por una relación jurídica autónoma, distinta de la relación sustancial controvertida, de la que no pueden sustraerse, y que se les impone aun contra su voluntad. A partir de tal momento el proceso puede ser contumacial, esto es, progresar aun sin la cooperación de una de las partes e incluso en contra de su voluntad; lo cual no acaece en la fase *in iure*, para cuyo desarrollo necesaria es la colaboración del citado y supuesta la del citante.

4. La fase *apud iudicem* se inicia con una exposición resumida del asunto controvertido al juez, cuyo trámite recibe el nombre de *causae coniectio*. Pero su finalidad principal es el desahogo de la prueba por cada parte y la alegación de sus respectivas pretensiones, con el intento de convencer al juez. Ella termina con una *sententia* o *iudicatum*, en que el citado es condenado o absuelto; pero se admite que el juez, jurando no serle claro o transparente ("líquido") el asunto (*rem sibi non liquere*), se abstenga de fallar, caso en el cual se nombra otro que decida.

En contra de la sentencia del juez no cabe una apelación para ante otro ni nada semejante a lo que hoy llamamos "recursos".

§ 6. "LEGIS ACTIO PER SACRAMENTUM"

Como ya hemos indicado, la *legis actio per sacramentum* es un *modus agendi* general, esto es, procedente cada vez que alguien tenga una pretensión deducible en juicio, para la cual no exista establecido otro procedimiento típico.⁶⁰ De aquél existen dos formas: *in rem* e *in personam*.

Sacramentum es aquello que convierte en *sacer* (= "sacro", esto es, perteneciente a la divinidad); cfr. Varro, *De ling. Lat.* 5,180. En una remota época, el procedimiento debió de haber consistido en operaciones de significado religioso. En época más avanzada, el nombre *sacramentum*, designando una suma de dinero, como veremos, es sólo un resabio de antiguos orígenes.

I. "LEGIS ACTIO PER SACRAMENTUM IN REM". 1. La *legis actio per sacramentum in rem* es el procedimiento apto para entablar *vindicationes*, que es el nombre genérico dado en época arcaica a las acciones *in rem*.

A través de ella, pues, se persiguen cosas corporales en dominio (que en el Derecho clásico se llamará *rei vindicatio*), el usufructo (*vindicatio ususfructus*) y las servidumbres

⁶⁰ Gai. 4,13 (cfr. 4,20): "*actio generalis*".

(*vindicatio servitutis*). También la herencia (*petitio hereditatis*), lo mismo que personas sometidas a una *potestas*: mujer "*in manu*", hijos bajo *patria potestas* (Gai. 1,134), personas *in mancipio*, esclavos; incluso las personas sometidas a *tutela* debieron de poder ser vindicadas, como lo demuestra la existencia de una *in iure cessio tutelae* (Gai. 1,168-172; Tit. Ulp. 11,6-8), porque la *in iure cessio* fue configurada a partir de esta acción de la ley, como en su momento se verá. Finalmente, con modificaciones, ella sirve para declarar esclavo al que pasa por libre (*vindicatio in servitutem*) o libre al que aparenta ser esclavo (*vindicatio in libertatem*).

2. Se exige la presencia de la cosa vindicada *in iure*, realmente si se trata de muebles, o simbólicamente en caso de inmuebles, como un predio, una nave, una columna adosada o un rebaño, que vienen representados por una parte de la cosa respectiva (un terrón, una teja, un aparejo, una cabeza). El que había tomado la iniciativa del proceso, portando en su mano una "varita" (*festuca*) y cogiendo con la otra la cosa o su símbolo, debe recitar una fórmula, como sigue: "Yo digo que este esclavo es mío en virtud del Derecho de los quirites; según su causa, como he dicho, he aquí que te impuse la vindicta" ("*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam inposui*"); contemporáneamente toca la cosa (el esclavo) con la varita. Acto seguido, aquel en contra de quien se inicia el proceso ejecuta el mismo rito anterior (*contra vindicare*). Terminadas la vindicación y la contravindicación, el pretor dice, a su vez: "Soltad ambos a este esclavo" ("*Mittite ambo hominem*"). El iniciador del proceso entonces declara: "Pido que digas en virtud de qué causa has hecho la vindicación" ("*Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*"); ante lo cual la parte contraria responde: "Hice el Derecho, así como impuse la vindicta" ("*Ius feci. sicut vindictam inposui*"). Nuevamente el iniciador toma la palabra y expresa: "Puesto que tú has hecho la vindicación contra el *ius*, te provocho al sacramento de 500 ases" ("*Quando tu iniuria vindicavisti, quingentis assibus sacramento te provocho*"); y el adversario responde: "Y yo a ti" ("*Et ego te*").⁶¹

Es evidente que debieron de existir varios formularios, de los cuales Gayo sólo transmite uno: el concerniente a la vindicación de cosas (formulariamente representada por un esclavo); pero faltan los relativos a la de *iura*, como el usufructo y las servidumbres, y a las personas. Además, el que Gayo transmite es precisamente la parte permanente del formulario, por así decirlo, al que faltan los "blancos" que debían cubrirse con los datos del caso concreto. Este conjunto de actos, cuyo exacto origen y significado no conocemos

⁶¹ Gai. 4,16; cfr. Prob. 4.

con seguridad, y acerca de los cuales se han formulado muchas teorías, permiten sin embargo suponer que a través de los gestos se trata de una moderna ritualización simbólica de realidades antiguas; mientras que por medio de los dichos se supera el significado simbólico de tales gestos y se da paso al debate propiamente jurídico. El acto primordial y originario de la apropiación de cosas, consistente en coger un bien, por la fuerza si es preciso, al enemigo, aparece representado por los gestos de portar una *festuca*, símbolo de una lanza, y ésta, a su vez, del poder de la fuerza, con la que se defiende la cosa; y de coger con la mano la que se vindica. Gayo (4,16) dice expresamente que "Se usaba una varita como en lugar de una lanza, a modo de un cierto signo de justo dominio, puesto que [los antiguos] creían ser máximamente suyas las cosas que se tomaban a los enemigos" ("*Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent*"). El aspecto agonal de estas actuaciones sigue representado por el hecho de que ambas partes, y no sólo una de ellas, vindican la cosa para sí. La intervención del poder público, que impide la lucha e impone la paz entre los contendientes, está simbolizada por las palabras del pretor *mittite ambo hominem*. El formulario, por su lado, supone que el iniciador del proceso haya expresado la causa concreta de su adquisición (lo que Gayo omite), y por ello después declara: "Yo digo que este esclavo es mío", etc., "según su causa, como he dicho"; y es a consecuencia de ello que "impuse la vindicta" (= *festuca*). Estas palabras no son simbólicas, pues, sino que están destinadas formulariamente a manifestar la pretensión del actor: ser dueño por una causa (= modo de adquirir). La contravindicación, en cambio, no debía de declarar la causa, sino ser una mera afirmación de ser dueño; por lo cual Gayo se excede al decir que aquel en contra de quien se iniciaba el proceso "decía algo similar" (*similiter dicebat*). De lo contrario, la pregunta que después le dirige el iniciador: "Pido que digas en virtud de qué causa has hecho la vindicación", carecería de sentido, pues de antemano ya tendría su respuesta. También la fórmula que Gayo da como respuesta a dicha pregunta: "Hice el Derecho así como impuse la vindicta", debe de pertenecer a su parte permanente. El respondiente tendría que afirmar una cierta causa de adquisición y terminar sus dichos con la mencionada fórmula, que entonces querría decir: "Impuse la vindicta [que es lo que me preguntas] por tal causa [que se menciona] con la que hice [mi] Derecho". Como se puede apreciar, este diálogo formulario es estrictamente jurídico, y está destinado a aportar el material del proceso.

3. En una época más antigua, cuando de reivindicar inmuebles se trataba, existía un rito denominado "entrelazar las manos" (*manum conserere*) que debía celebrarse en el lugar mismo del predio en disputa, al cual por tanto tenían que trasladarse las partes y el magistrado; debido a la presencia de este último, el procedimiento era todavía *in iure*, porque entonces ahora el tribunal estaba constituido en el predio. Este rito, consistente, como el nombre lo indica, en un simulacro de lucha entre las partes, reducido quizá a un juntar sus manos por un momento, debía de reemplazar el acto de aprehensión de las cosas muebles con una mano, imposible respecto de los predios; en seguida discurriría como antes se ha expuesto. Con la ampliación del horizonte territorial de Roma y la multiplicación de negocios por atender

el pretor, se hizo demasiado gravoso este traslado suyo a cada lugar, por lo que el efectivo viaje quedó a cargo de sólo las partes. *In iure*, pero en el *comitium* de la ciudad, aquella que había tomado la iniciativa del proceso, comienza por declarar su propiedad sobre el predio: "Yo digo de él [esto es: del fundo] ser mío en virtud del Derecho de los quirites" ("*eum ex iure Quiritium meum esse aio*"); la parte contraria, en vez de contravindicar, declara a su vez: "Por esto yo te convoco fuera del tribunal para entrelazar las manos ahí" ("*Inde ibi ego te ex iure manum conserutum voco*"); a lo que sigue otra declaración del primero: "Porque tú me convocaste fuera del tribunal para entrelazar las manos, por ello ahí mismo yo te reconvo" ("*Unde tu me ex iure manum conserutum vocasti, inde ibi ego te revoco*"). Por su lado, el pretor indica el camino de ida y vuelta: "Presentes los testigos de ambas partes, señala este camino: id por este camino-retornad por este camino" ("*Suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico: ite viam-reddite viam*"). Las partes debían trasladarse al lugar en disputa y realizar ahí el *manum conserere* en presencia de los testigos y extraer una porción del fundo, como un terrón. Retornados ellas y los testigos, que informan de lo ocurrido al magistrado, continúa el proceso ante éste, con la pregunta del iniciador del proceso: "Puesto que te veo ante el tribunal, <pido> que tú digas por qué causa has vindicado" ("*quando te in iure conspicio <postulo> anne tu dicas qua ex causa vindicaveris*").

Debemos suponer que con el tiempo el efectivo viaje al predio (que podía estar muy lejos) también fuese simbólico (como unos pasos a modo de salida de las partes), y que el símbolo de la cosa (en la práctica, quizá, ni siquiera verdaderamente proveniente de ella) era portado de antemano. A una etapa así debe de corresponder el relato de Gayo sobre esta acción, que ni siquiera menciona el trámite del *manum conserere*. Quizá el rito de efectivamente entrelazar las manos ya hubiese desaparecido y sido reemplazado por la imposición de la *festuca*, porque el predio, a través de su símbolo, venía transformado en mueble.⁶²

La Ley de las XII Tablas (Tab. 6.5a) preveía expresamente el trámite *in iure*, pero, como se vio, la costumbre lo transformó *ex iure*. La expresión *manum conserere* pertenece también al lenguaje militar (= "trabar combate, irse a las manos"). Una vez desaparecido el efectivo rito simbólico de "irse a las manos" las partes, la expresión posiblemente sirvió para designar el debate procesal, como tal; así parece darlo a entender Aulo Gelio. Nuevamente aquí encontramos la idea de lucha por un bien, aunque simbolizada.

⁶² Sobre toda esta materia informan: Gell. 20,10,7-9; Cic., *Pro Mur.* 12,26; Prob. 4,4; Varro, *De ling. Lat.* 6,64.

4. Según Gayo, el *sacramentum* es una suma de dinero, cuyo monto depende del valor del asunto litigioso. De acuerdo con la estructura del proceso, ambas partes se desafían a aportarla (*provocare sacramentum*). La que pierda el proceso deberá pagarla al *aerarium*, o, como dice Gayo, *in publicum*, a título de pena (*poena sacramenti*). Entretanto, lo que las partes deben hacer es asegurar su pago mediante especiales garantes del sacramento (*praedes sacramenti*). En tiempos más antiguos, el dinero debía de ser aportado de inmediato, por su deposición en el colegio de los pontífices, recuperándolo el ganancioso y perdiéndolo en beneficio público el vencido.⁶³

Según la Ley de las XII Tablas (Tab. 2,1), por asunto de cuantía ascendente a 1.000 ases o más, el monto del sacramento debía ser de 500 ases; por uno de cuantía inferior, de sólo 50.

Junto con la realización del *sacramentum*, el pretor atribuye interinamente y según su arbitrio la posesión de la cosa disputada a una de las partes (*vindicias dicere*), la que debe conferir una nueva garantía de restitución, para el caso de perder el litigio (*praedes litis et vindiciarum*).

La palabra *lis-litis* (arc. *stlis* > *slis*) originalmente significa la cosa controvertida; después el litigio mismo (la "lid"). También *vindicia* significa la cosa en disputa.

5. El proceso continúa *apud iudicem*. Ante el juez cada parte tiene la carga de demostrar la causa de su afirmado dominio sobre la cosa, y sobre esta base aquél debe decidir cuál de los *sacramenta* es *iustum* y cuál *iniustum*. De esta manera indirecta viene a pronunciarse sobre la causa y el dominio consecuente de cada parte. Como ya adelantamos, el vencido debe pagar su *sacramentum* (o perderlo cuando lo había aportado por adelantado) y el vencedor queda liberado de su pago (o puede recuperarlo). A su vez, cuando este último había sido designado poseedor interino de la cosa, se mantiene en dicha posesión; si lo había sido el vencido, responde de *furtum* en caso de no restituir la cosa mueble; y puede ser compelido con *interdicta* a devolver la cosa inmueble que poseía hasta entonces por decisión del magistrado.

II. "AGERE PER SPONSIONEM". La *legis actio per sacramentum in rem* contenía el oneroso riesgo de perder una crecida cantidad de dinero el vencido en el proceso. Debido a ello, terminó por ser desplazada por otro procedi-

⁶³ Gai. 4,13-16.

miento, que no es una *actio legis*, con que se evita aquel riesgo. La reforma consistió en reemplazar el *sacramentum* por una *sponsio praeiudicialis*, del tipo: "Si el esclavo acerca del cual se litiga es mío según el Derecho de los quirites, ¿prometes darme 25 sestercios? ¡Prometo! ("Si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios xxv nummos dare spondesne? Spondeo!"). La petición de esta *sponsio* proviene del que inicia el proceso y debe otorgarla aquel en contra de quien se inició. La cantidad prometida es puramente nominal, y, por cierto, se omite deliberadamente su pago. A consecuencia de esto, el estipulante demanda dicho pago por medio de la *actio legis per sacramentum in personam*, y más tarde mediante la *actio legis per iudicis arbitrive postulationem*. Para decidir si el promitente debe pagar la suma o no, el juez necesariamente tiene que examinar la hipótesis a que se subordinó la promesa, es decir, en el caso del ejemplo, si el estipulante es o no dueño de la cosa según el Derecho civil; de guisa que el proceso en realidad viene a recaer sobre esta cuestión, en torno a la cual las partes deben aportar sus alegaciones y pruebas. En el caso de condena por haber considerado el juez que el demandante de la suma era dueño, la suma prometida no es cobrada, dado su carácter puramente nominal e instrumental. Para asegurar la restitución de la cosa, que es el verdadero interés del actor, previamente se compele al demandado a conferir una *cautio pro praede litis et vindiciarum*.⁶⁴

III. "LEGIS ACTIO PER SACRAMENTUM IN PERSONAM". De este *modus agendi* estamos muy mal informados en cuanto a su ritualidad. También es muy antiguo y durante mucho tiempo rigió como el único proceso *in personam* del tipo declarativo, hasta que, con el aparecimiento de otras acciones del mismo género, adquirió un carácter general, vale decir, aplicable a la demanda de cualquier deuda para la que no estuviese prescrita una de dichas acciones especiales.

De su procedimiento sólo sabemos que el actor declaraba formulariamente *in iure* su pretensión (previa *in ius vocatio*) e invitaba al reo a aceptarla o negarla. Supóngase que aquél pretende que éste le hurtó un plato de oro; entonces debe declarar: "Yo digo positivamente de ti haberme hecho hurto de un plato de oro" (*Te mihi furtum paterae aureae fecisse aio*);⁶⁵ si, en cambio, cobra un legado, la fórmula es: "Digo positivamente de ti deber darme mil

⁶⁴ Gai. 4,93-94.

⁶⁵ Cfr. Cic., *De nat. deor.* 3,30,74.

[¿por testamento?]" ("Aio te [ex testamento?] M mihi dare oportere").⁶⁶ En cada caso, la fórmula termina con la invitación: "Pido que acerca de esto digas que sí o digas que no" ("Id postulo aias an neges").

El verbo *aio* originalmente significa "decir sí" (después, "decir", "afirmar"). El verbo *negare* significa "decir no" (después "rehusar, negar"). Las fórmulas debieron de ser causales, esto es, indicar el fundamento de la pretensión. Por eso en el primer caso se indica haber habido hurto, y en el segundo se mencionaría al testamento.

Cuando el reo niega, el actor lo desafía al *sacramentum*, con la fórmula: "Puesto que tú dices que no, te convoco en sacramento de 500 ases" ("Quando negas, te sacramento quingenario provooco"),⁶⁷ respondiendo el demandado "Y yo a ti" ("Et ego te"). La realización del *sacramentum* tiene lugar como en la *actio in rem*. También el *iudex* es llamado a decidir sobre cuál de ambos es *iustum* y cuál *iniustum*, y con ello a pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es, sobre la existencia o no de la deuda cobrada. En contra del *iudicatus* se da la *manus iniectio* ejecutiva, si no paga voluntariamente.

Cuando el reo, en vez de negar, acepta la pretensión del actor, se lo considera *confessus*; pero también queda sujeto a la *manus iniectio*.

§ 7. "LEGIS ACTIO PER IUDICIS ARBITRIVE POSTULATIONEM"

La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* es, como la *legis actio per sacramentum in personam*, una acción declarativa *in personam*, pero más moderna que ella, aunque ya conocida por la Ley de las XII Tablas. Su finalidad fue evitar el gravoso *sacramentum*. En efecto, según su formulario, el actor no termina por desafiar al reo a aquél, sino por pedir un juez (o un árbitro) al pretor. Así, por ejemplo, si se trata de reclamar fundado el actor en haber tenido lugar una *stipulatio certae pecuniae*, el demandante (siempre previa *in ius vocatio*) inicia la discusión *in iure* con la fórmula: "Yo digo positivamente de ti deberme dar 10.000 sestercios en virtud de una *sponsio*; pido que acerca de esto digas que sí o digas que no" ("Ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio; id postulo aias an neges"). Si el demandado niega, la declaración del actor es entonces ésta: "Puesto que

⁶⁶ Cfr. Prob. 4,1.

⁶⁷ Prob. 4,2.

tú dices que no, te pido, pretor, que des un juez o un árbitro" ("Quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des").

La Ley de las XII Tablas permite emplear esta acción para reclamar deudas nacidas de *stipulatio* y para solicitar la división de una herencia (*actio familiae erciscundae*). Por cierta *lex Licinia* (en torno al 210 a. C.), se la extendió para pedir la partición de cualquier comunidad, aunque no fuera hereditaria (*actio communi dividundo*).⁶⁸

§ 8. "LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM"

La *legis actio per conductionem* fue el último de los *modi agendi* declarativos en aparecer, por lo que reviste formas más modernas. Por supuesto, está ausente de ella el *sacramentum*, ya superado por la *postulatio*; pero con respecto a ésta además ofrece la particularidad de aplazar el nombramiento del *iudex* mediante "una denuncia para concurrir en un día posterior".

La palabra *condicere*, de donde *condictio*, significaba en sus orígenes (*prisca lingua* dice Gai. 4.18) *denuntiare*. La *actio condictio* clásica conservó el nombre, porque derivó de esta *actio legis*, pero sin guardar relación con el hecho que le dio origen, como también Gayo lo advierte.

Este procedimiento fue introducido por una *lex Silia* (siglo III a. C.) para deudas de *certa pecunia*; una *lex Calpurnia* (siglo III a. C.) la extendió a aquellas de *aliae certae res*, esto es, de cantidades ciertas de fungibles que no sean dinero, y de especies o cuerpos determinados.⁶⁹ Si por ejemplo, el actor demanda una suma de dinero, debe declarar: "Yo digo positivamente de ti deber darme 10.000 sestercios; acerca de esto pido digas que sí o digas que no" ("Aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere; id postulo aias an neges"); ante la negación del demandado, vuelve aquél a declarar: "Puesto que tú dices que no, yo te denuncio para tomar juez dentro de 30 días" ("Quando tu negas, in diem trigesimum tibi iudicis capiendi causa condico"). Al cabo de ese plazo, las partes deben concurrir ante el magistrado para la designación del juez.⁷⁰

La *legis actio per conductionem* presenta, además, una característica de estructura consistente en su abstracción; en efecto, el actor se limita a

⁶⁸ Gai. 4,17a.

⁶⁹ Gai. 4,19.

⁷⁰ Gai. 4,17b.

declarar el objeto (dinero, fungibles o cuerpos ciertos) sin señalamiento de la causa de pedir, esto es, de la fuente de que surgió la obligación de aquellas cosas, a diferencia de la *postulatio*, en cuya fórmula sí se menciona la causa (una *sponsio* en el ejemplo presentado en el párrafo anterior). Sin embargo, la interpretación jurisprudencial limitó la aplicabilidad de esta acción a las deudas ciertas procedentes de *stipulatio*, *mutuum*, *furtum* y retención indebida.

§ 9. "LEGIS ACTIO PER MANUM INIECTIONEM"

I. PRESUPUESTOS. Las deudas con respecto a las que un demandado resultó condenado (*iudicatus*) en una *actio in personam*, o que las reconoció ante el magistrado (*confessio in iure*), se revisten de los caracteres de certeza e indisputabilidad tales que permiten la inmediata ejecución del *iudicatus* o del *confessus*, para conseguir su pago efectivo. A ello provee la *legis actio per manum iniectionem* como procedimiento general de ejecución, ya conocido por la Ley de las XII Tablas, que originalmente se refería de modo preciso a los dos casos recién mencionados ("*aeris confessi rebusque iure iudicatus*").⁷¹ Quizá la *interpretatio* posterior hizo caer bajo el ámbito de la ley otros casos no expresamente mencionados en ella como pasibles de la acción, y que podemos agrupar bajo el concepto de *damnati*, entendiendo por tales a aquellas personas que en virtud de un acto jurídico quedan sometidas a ejecución sin necesidad de juicio condenatorio, porque la existencia de su deuda deriva de una manera tan indudable de dicho acto, como cuando fue declarada por el juez. Esta certidumbre se funda en la publicidad del acto de constitución de la deuda.

La *damnatio* puede derivar de un acto propio o ajeno, pero siempre de un *negotium per aes et libram*; los casos son el del heredero gravado con un *legatum per damnationem* en el *testamentum per aes et libram*, el del garante del *modus agri* en una *mancipatio per aes et libram* y el del *nexus*. Como decimos, el fundamento de conferir de inmediato, esto es, sin previo *iudicium*, la *manus iniectio* radica en la publicidad de los actos-fuentes de la obligación, que en una comunidad pequeña y de intensos lazos sociales es suficiente para considerar indudable aquélla. Los actos *per aes et libram* tienen lugar ante cinco testigos, y por lo ordinario, además, se los celebra en lugares públicos. En la Ley de las XII Tablas (Tab. 8,14) hay un procedimiento punitivo ejecutivo especial en contra del *fur manifestus* o ladrón sorprendido en el acto de cometer el delito, que no es propiamente una *manus iniectio* (v. Gai. 3,189; Gell. 11,18,8).

⁷¹ Tab. 3,1.

Además, en virtud de leyes especiales posteriores a las XII Tablas, se confirió expresamente la *manus iniectio* sin previo juicio ejecutivo en contra de ciertos deudores. Para lo cual en algunos casos la ley consideró "como juzgado" al deudor (*pro iudicato*), asimilándolo en consecuencia al verdaderamente *iudicatus*. En otros no operó dicha asimilación, concediendo sin más la *manus iniectio*, que por las razones que veremos Gayo denomina *pura*.

Las principales leyes que confirieron una *manus iniectio pro iudicato* son: una *lex Publilia* (siglo IV/III a. C.) contra el deudor cuyo fiador (*sponsor*) hubiese pagado por él mediante *solutio per aes et libram*, y a quien no le hubiese reembolsado el dicho deudor principal su dinero dentro de los seis próximos meses; y una *lex Furia* (circa 180 a. C.), contra el fiador (*sponsor*) que después de haber pagado (*per aes et libram*) por el deudor principal a su acreedor, hubiese cobrado a sus cofiadores más de la cuota con que les correspondía contribuir a dicho pago. Las leyes que concedieron una *manus iniectio pura* son: una *lex Furia* (de entre el 204 y el 169 a. C.), que da dicha acción contra el que a título de legado o como *mortis causa capio* hubiese recogido más de 1.000 ases (lo que supone también un pago *per aes et libram* en su favor) sin estar exceptuado de hacerlo por la misma ley, para recuperar el exceso el heredero; y una *lex Marcia* (de fecha muy incierta, pero anterior al siglo I a. C.), que la da contra los prestamistas (*feneratores*) cuando obtuvieron el pago (*per aes et libram*) de intereses usurarios, para conseguir su devolución el deudor mutuario (para todo, v. Gai. 4,22-23). En algunos casos podemos suponer que la *manus iniectio* fue concedida más para intimidar que con la esperanza completa de su efectividad, como en el caso de los usureros, que en todos los tiempos se las han ingeniado para encubrir su ganancia excesiva.

El ejercicio de la *manus iniectio* supone no sólo una obligación indudable, derivada de un *iudicium*, una *confessio in iure*, una *damnatio*, una asimilación legal *pro iudicato* o una simple autorización de la ley de proceder según ella, mas también que la deuda consista en dinero, aunque no sea de monto líquido sino liquidable. En este último caso, a la acción ejecutiva se debe agregar un especial procedimiento liquidatorio (*arbitrium litis aestimandae*), cuyos pormenores arcaicos desconocemos. Podemos imaginarlo como una suerte de incidente de la *manus iniectio* dirigido a determinar el monto de la deuda cierta.

II. PROCEDIMIENTO. El procedimiento de la *manus iniectio* reconocido por la Ley de las XII Tablas fue objeto de modificaciones posteriores, de manera que estudiaremos aquél y éstas en conjunto.

1. Dicha ley confiere un plazo de 30 días al condenado o confeso para pagar su deuda o extinguirla de otro modo. Subsistiendo la obligación más allá de ese plazo, el acreedor puede iniciar la acción, para lo cual debe citar

o conducir al ejecutado *in iure* y, aprehendiéndolo con su mano, recitar la siguiente fórmula: "Puesto que tú fuiste juzgado a pagar 10.000 sestercios, y no me has pagado, por este asunto yo pongo la mano sobre ti por un juicio de 10.000 sestercios" ("*Quod tu mihi iudicatus es sestertium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manum inicio*").⁷²

Si se trataba de actuar no ya en contra de un *iudicatus* sino de un *confessus*, la fórmula debía de decir: "[...] *quod tu mihi confessus es [...] decem milia confessi [...]*"; si en contra de un *damnatus*, entonces rezaba: "[...] *quod tu mihi damnatus es [...] decem milia damnati [...]*" (cfr. Gai. 4,21); si en contra de un *pro iudicato*: "[...] *quod tu mihi pro iudicato es [...] decem milia pro iudicato [...]*" (Gai. 4,24); en los casos de *manus iniectio pura* la fórmula omitía toda referencia a la calidad del deudor y simplemente, indicando la causa, terminaba con la expresión: "[...] *ob eam rem ego tibi manum inicio [...]*" (Gai. 4,24).

El magistrado debe examinar los presupuestos que autorizan el empleo de la *manus iniectio*.

El verbo *inicare* (de *in* y *iacere*) significa "poner sobre". La *manus iniectio* supone, pues, una responsabilidad personal en el más estricto sentido de la palabra, vale decir: una afectación del propio cuerpo del deudor al pago de la deuda, y ella se dirige a actualizar dicha afectación, que en lo inmediato queda simbolizada con la postura de la mano.

2. El ejecutado no puede "apartar de sí la mano" (*manum sibi depellere*), esto es, oponerse a la ejecución.⁷³ Pero puede ofrecer un tercero (o éste salir espontáneamente por aquél), que toma sobre sí el proceso, contestando la licitud de la *manus iniectio* operada por el acreedor; recibe el nombre de *vindex*⁷⁴ y debe ser tan solvente como el deudor.⁷⁵ El resultado de su aparición es que debe tener lugar un proceso declarativo entre el acreedor y el *vindex*, cuyo objeto es verificar la existencia de la deuda. Si aquél debe ser vencido en dicho proceso, el monto de la deuda original se duplica en su sentencia condenatoria, de donde la regla "*infitiando lis crescit in duplum*".⁷⁶ En tal caso el *vindex* pasa a ser un *iudicatus*, a su vez, y sujeto, por ende, a una nueva *manus iniectio*.

⁷² Gai. 4,21.

⁷³ Gai. 4,21.

⁷⁴ Gai. 4,21.

⁷⁵ Tab. 1,4.

⁷⁶ Gai. 4,9; 4,171; PS. 1,19,1.

3. Sin embargo, cuando se trata de una *manus iniectio* de la clase denominada *pura* por Gayo, el deudor puede *manum sibi depellere* directamente, esto es, sin necesidad de recurrir a un *vindex*, de modo que el procedimiento declarativo tenga lugar entre él y su acreedor, afectando la litiscrecencia al primero, por consiguiente, si es que resulta vencido. Este carácter es el que hace a Gayo designar tal tipo de *manus iniectiones* con el ya indicado apelativo.

Esta "pureza", pues, consiste en que no interviene un extraño en la acción. Parece que se entienden puras todas las *manus iniectiones* en que el deudor no es considerado *pro iudicato* (Gai. 4,24).

4. Una *lex Vallia* de fecha desconocida, pero quizá de principios del siglo II a. C. generalizó la posibilidad de *manum sibi depellere* para todos los deudores, excepto el *iudicatus* y aquel deudor principal por quien su *sponsor* pagó la deuda, a que se refería la *lex Publilia*. Con ello la figura del *vindex* quedó reducida a estos únicos dos casos.⁷⁷

5. Cuando no se presentó ningún *vindex* en defensa del deudor, y el magistrado considera procedente la ejecución según sus presupuestos, entonces pronuncia una *addictio* en favor del acreedor, con la cual le atribuye la persona del ejecutado.⁷⁸ Según la Ley de las XII Tabas,⁷⁹ éste puede ser conducido a la casa del acreedor y atado o encadenado. Pero la misma ley disponía algunas normas de protección: las cadenas del detenido no pueden exceder las 15 libras de peso y el acreedor tiene el deber de proporcionarle al menos una libra de pan de harina, si es que éste no puede o no quiere mantenerse con sus propios medios.⁸⁰ Esta prisión privada no puede exceder de 60 días. En cualquier momento se libera el deudor si sobre su obligación recae un *pascisci* ("hacer la paz, apaciguar"): pago por el propio deudor o por un tercero, remisión de la deuda, transacción.

6. Finalizado este lapso, el acreedor todavía debe conducir al deudor al *comitium* durante tres días sucesivos de mercado, y publicar su condición de deudor ejecutado y el monto de lo debido. Si aun así nadie lo libera mediante pago, puede ser ejecutado o vendido como siervo *trans Tiberim*. Cuando los acreedores son varios, la ley los autoriza para repartirse el cadáver.⁸¹

⁷⁷ Gai. 4,25.

⁷⁸ Gell. 20,1,44.

⁷⁹ Tab. 3,3.

⁸⁰ Tab. 3,4.

⁸¹ Gell. 20,1,46.

7. Al parecer la dureza misma de las previsiones legales hizo que de hecho no se las aplicara y que fueran reemplazadas por la práctica de servirse del trabajo del deudor para pagar con su producto o con su estimación el monto de la deuda. Una *lex Poetelia Papiria* (quizá del año 326 a. C.) ya supone tal situación de los deudores, pero ella prohibió su encarcelamiento y encadenamiento, aunque no haya abolido propiamente el trabajo personal como modo de pagar las deudas un ejecutado.

Según Livio (8,28,8), la ley fue emitida con ocasión del escándalo público que provocó la abusiva actitud de un acreedor para con su deudor *damnatus (nexus)*. Cfr. Varro, *De ling. Lat.* 7,105; Cic. *De rep.* 2,34,59; Val. Max. 6,1,19.

§ 10. "LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM"

La *legis actio per pignoris capionem* debió de ser más antigua que la *manus iniectio*, pues todavía refleja la práctica de la autotutela de los intereses sin intervención del poder público. En todo caso, ella es conocida por la Ley de las XII Tablas. Pero se dudó de su carácter de *actio legis*.

Al menos Gayo debe de haberlo leído así en sus fuentes (Gai. 4,29). La razón de dudar era que el procedimiento ocurría extrajurisdiccionalmente (*extra ius*) o sin intervención del magistrado, no necesariamente en presencia del adversario y aun en *dies nefasti*; mientras que las demás *legis actiones* siempre se iniciaban *in iure*, en presencia de la contraparte y sólo en *dies fasti*. El argumento en favor de reconocerle su carácter de acción de la ley se fundaba en el uso de fórmulas prescritas (*certa verba*).

Este procedimiento es también ejecutivo, pero de tipo especial, vale decir, sólo aplicable a determinadas deudas, que por lo demás ofrecen un marcado rasgo publicístico o sacral, sentido en el cual aquél queda fuera de los límites del Derecho privado.

De acuerdo con la Ley de las XII Tablas, es procedente la *pignoris capio* en contra de aquel que compró una víctima para sacrificios (*hostia*) y dejó de pagar el precio adeudado; y de aquel que tomó en arriendo un jumento, cuyo arrendador destinó el precio del alquiler a la compra de una ofrenda (*daps*), si el arrendatario dejó de pagar dicho precio (y por ende se frustró la compra de la ofrenda).

Las *leges censoriae* suelen conferir la *pignoris capio* en favor de los arrendatarios del cobro de impuestos (*publicani*), y en contra de los vectigalistas o poseedores de parcelas del *ager populi Romani*, que periódicamente deben pagar una contribución (*vectigal*), en caso de quedar ésta impaga.

La costumbre permite usar esta acción en ciertos asuntos militares (*res militares*). Se confiere, en efecto, a los soldados en contra de los encargados de hacer ciertos pagos o suministros al ejército, cuando cesan de hacerlos; concretamente: contra los *tribuni aerarii* en relación con el pago de la soldada (*stipendium, aes militare*), y contra los huérfanos y viudas, deudores del *aes equestre*, o dinero destinado a la compra de caballos para la caballería, y del *aes hordiarum*, para adquirir su forraje.⁸²

En su esencia, la *pignoris capio*, como su nombre mismo lo indica, consiste en coger una cosa (mueble) del deudor que no ha pagado, para seguridad del crédito. Gayo dice que esta toma de prendas debía hacerse según ciertas palabras (prescritas: *certis verbis*), cuya fórmula, empero, no transmite. El acto tiene lugar sin previa autorización del magistrado y sin necesario conocimiento del deudor; pero es presumible que debía tener lugar ante testigos. En el resto también ignoramos lo concerniente al destino de la prenda, esto es, si el acreedor podía venderla para pagarse con el precio, o sólo conservarla en función coactiva, hasta que el deudor pagase directamente. Tampoco sabemos si con posterioridad a la toma de prendas era necesaria una ratificación del magistrado, aun cuando parece que no, porque, según Gayo, se excluye absolutamente su intervención. Pero es muy posible que sí existiese un procedimiento de algún modo destinado a verificar la legitimidad de la exacción, cuya iniciativa quizá era dejada al deudor.

⁸² Para todo: Gai. 4,27-28. V. también Gell. 6,10,2; Varro, *De ling. Lat.* 5,181; Fest. 2.; Liv. 1,43,9; Cic., *De rep.* 2,20,36 (cfr. Fest. 81; 102; 221; 371). El impuesto a los huérfanos y viudas se explica como contrapartida de su exención del *tributum*.

CAPÍTULO II

EL "AGERE PER FORMULAS"

§ 11. HISTORIA DEL "AGERE PER FORMULAS"

Por Gayo estamos informados de que las acciones de la ley cayeron en desuso y fueron sustituidas por un nuevo procedimiento: el *agere per formulas*. Pero nada dice él sobre la gestación de este último, acerca de la cual tampoco nada sabemos por otras fuentes; de este modo sólo estamos en condiciones de proponer un esquema explicativo sobre su aparición, que aquí basaremos en la *formula*.

La figura central y característica del nuevo procedimiento, vale decir: la que después fue llamada *formula*, ya existía en las acciones de la ley, y seguramente de ahí fue obtenida. Como habrá podido apreciarse en cada caso, siempre los respectivos procedimientos son introducidos mediante una oración prescrita que el actor debe recitar, seguida las más de las veces por otra del demandado. Se trata de oraciones solemnes y rígidas, por su origen, bien en la ley, bien en la jurisprudencia (pontifical) que adaptaba las palabras legales a nuevas situaciones; ellas además todavía investían un carácter arcaico, por su época, aunque también pueden observárseles algunos rasgos de racionalización. En ningún caso, pues, ni siquiera en la bizarra *legis actio per sacramentum in rem*, puede decirse que se tratara de fórmulas mágicas o religiosas (aunque el formulismo, como fenómeno, sea de origen religioso), ya que ofrecen un marcado rasgo jurídico, aunque sea arcaico.

La progresiva modernización de las acciones de la ley consistió fundamentalmente, pues, en variar sus formularios. Si comenzamos por la *legis actio per sacramentum in personam*, tenemos que el actor dice al reo: "Puesto que tú dices que no, te desafío a un sacramento de 500 ases" ("*Quando negas, te sacramento quingenario te provoco*"); en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en cambio, dice: "Puesto que tú dices que

no, te pido, pretor, que des un juez o un árbitro" ("*Quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*"); en la *condictio* finalmente: "Puesto que tú dices que no, yo te denuncio para tomar juez dentro de 30 días" ("*Quando tu negas, in diem trigesimum tibi iudicis capiendi causa condicto*"). Se puede apreciar que estas tres fórmulas están montadas sobre un mismo esquema: "Puesto que dices que no-entonces tal cosa", pero con variaciones: "te provocho; te pido, pretor; te denuncio", cada una de las cuales está destinada a producir un determinado y distinto efecto procesal de carácter técnico. Incluso en el interior de la *manus iniectio* tiene lugar el juego formulario dirigido a mudar la eficacia de la acción, como sucede, por ejemplo, con la exclusión de la expresión *pro iudicato*, que la transforma en *pura*, y hace posible prescindir del *vindex*, mientras que su inclusión obliga a recurrir a él. En todo esto, nosotros debemos ver ya en ciernes la técnica formularia del Derecho clásico.

En este sentido no hay, pues, una esencial solución de continuidad entre las *legis actiones* y el *agere per formulas*. La novedad estuvo, primeramente, en que ahora las fórmulas son compuestas por el pretor (*concepta verba*) y ya no derivan de la ley ("*legibus proditae-legum verbis accommodatae*"); en seguida, en que las fórmulas son ahora escritas, mientras que en el arcaico procedimiento debían ser recitadas oralmente (si bien el original constaba en la ley escrita o en los formularios pontificales); en fin, las fórmulas clásicas constituyen ahora una instrucción del magistrado dirigida al juez, en tanto que antiguamente puede decirse que ellas eran una información de cada parte enderezada, por medio de la otra, al pretor. Pero hay un elemento común: en ambos procedimientos las fórmulas cumplen la función de definir los extremos de la controversia. Una nueva diferencia, empero, vuelve a aparecer cuando reparamos, al menos según las fuentes a nuestra disposición, que en las acciones de la ley no existe comprobado un mandato formulario del magistrado al juez en orden a condenar o absolver, como sí se da en las fórmulas clásicas (*condemnatio*).

Pero es presumible que existiera un tal mandato, con que el magistrado, como terminando la fase *in iure*, dispusiera la remisión de la controversia al juez, ordenándole absolver o condenar.

En algún momento indeterminable el pretor empezó a permitir que se accionara *in personam* sobre negocios inhábiles para fundar una *legis actio*. Muy posiblemente se tratara de aquellos que más tarde fueron denominados *ex fide bona*, en especial la *emptio venditio*.

En el procedimiento arcaico, la definición de los extremos del debate de las partes *in iure* estaba totalmente estilizada, porque la exposición de sus pretensiones y contrapretensiones debía tener lugar por medio de fórmulas

preestablecidas y dotadas de un cierto tecnicismo; aunque las partes no las entendieran, sí podían hacerlo el pretor y el juez, al menos con la debida asesoría; a través de ellas, pues, aquél primero y éste después, resultaban formalmente noticiados del asunto controvertido.

En un litigio que careciera de fórmulas preestablecidas, en cambio, esta información acerca de la controversia al pretor podía ser proporcionada libremente, pero también sin sometimiento a ningún tecnicismo. Este inconveniente hizo que aquél asumiera naturalmente la tarea de discernir el núcleo de la controversia de entre el fárrago de afirmaciones y contraafirmaciones de los adversarios, manifestadas quizá en lenguaje usual, para definir sus extremos sustanciales y pertinentes. Dicho de otra manera: la estilización del debate procesal y su reducción a cláusulas de significado técnico, que antes venían dadas al pretor y constituían un "*prius*", ahora pasaban a ser un resultado y un "*posterius*", que el propio magistrado debía cuidar de producir. Esto que hemos llamado estilización del debate procesal consistía en la redacción de la fórmula; y de esta guisa también muy naturalmente ella debió ser concebida desde luego como un instrumento emanado del pretor, pero también como dirigido al juez, ya que era un hecho que no provenía de ninguna de las partes ni podía estar dirigido a ellas.

Por otro lado, esta necesidad en que se vio el pretor de crear las fórmulas determinó la intervención asesora de la incipiente jurisprudencia laica en la redacción, lo cual explica su creciente tecnicismo; eso mismo y las novedades, en relación con las viejas y conocidas fórmulas de las *legis actiones*, pudieron determinar la introducción del hábito de poner las nuevas por escrito, como modo de guardar su memoria.

El procedimiento *per concepta verba*, pues, fue una creación autónoma del magistrado con base en su *iurisdictio* para tipificar litigios no admisibles en el ámbito de las *legis actiones*, que por eso carecían de fórmulas legales. De dichas acciones fue tomada la necesidad de una fórmula, la cual, como no existía de antemano, menester fue crearla; pero esta gestación fue obra exclusiva del pretor (asesorado por los juristas) y oficialmente apareció siempre como acto suyo dirigido al juez. Acerca de cuáles fueron las circunstancias que impulsaron al magistrado a abrir esta nueva posibilidad, puede haber varias explicaciones; en general, debemos atribuir las a la expansión socioeconómica de Roma, tanto interna como externa, y a la progresiva diferenciación de su tráfico jurídico.

A partir del momento en que el pretor abrió esta posibilidad empezaron a convivir dos procedimientos: el de las *legis actiones* y el *agere per concepta*

verba (per formulas). En una primera época no debió de haber posibilidades de colisión, atendido que este último empezó por aplicarse a relaciones no deducibles en acciones de la ley. Mas, paulatinamente, el nuevo tipo de proceso fue extendido a aquellas sí deducibles. Sobre todo, ello debió de ocurrir con las relaciones crediticias sujetas a la *legis actio per condictioem*. Esta ampliación debió de crear el problema de cómo evitar la repetición del juicio cuando se había entablado primero, por ejemplo, la *condictio* formularia y, habiendo resultado vencido el actor, iniciaba después una *actio legis per condictioem*, ya que no había manera de evitar esta última.

Bajo el régimen de las *legis actiones* ya rige el principio *bis de eadem re agere non licet* (Quint. *Inst. orat.* 7,6,4; Ps. Quint. *Decl.* 266), pero supone que antes el asunto ya haya sido juzgado en otra acción de la ley; si lo fue *per formulas*, en consecuencia, se puede entablar válidamente aquélla, porque el único medio de hacer valer la *res iudicata* es mediante *exceptio*, y ésta no existe en el viejo procedimiento.

Una *lex Aebutia*, de fecha desconocida pero del siglo II a. C., quizá de su segunda mitad, abolió la *legis actio per condictioem* y legalizó la *condictio* formularia; de esta guisa, por vez primera, aunque en un ámbito restringido, el nuevo modo de proceder quedó legitimado, y ya no pudo haber concurrencia de acciones en él.

En consecuencia, la *lex Aebutia* no tuvo carácter general, lo cual hoy es ampliamente reconocido. Subsistieron, pues, las restantes acciones de la ley. El problema de la concurrencia entre la *condictio* formularia y la *legis actio per sacramentum in personam* o *per iudicis arbitrive postulationem* por lo que a las deudas nacidas de *stipulatio certi* respecta (que pueden ser reclamadas por cualquiera de las tres), se solucionó merced al carácter de *legitimus* adquirido ahora por la primera. Que la *lex Aebutia* se haya limitado al ámbito de las obligaciones crediticias se explica como respuesta a las necesidades del capitalismo dinerario en rápida expansión. Pero también es manifestación del genio conservador del pueblo romano, que tiende a ensayar las reformas en ámbitos reducidos, para verificar su bondad, antes de generalizarlas.

Durante todo el siglo I a. C. continuó la expansión del *agere per formulas* y poco a poco el procedimiento de las *legis actiones* fue cayendo en desuso, salvo la *manus iniectio*.

Para evitar el problema de la reiterabilidad de una acción, muy posiblemente la jurisprudencia elaboró el siguiente régimen: todo proceso *in personam* en que se deduzca una pretensión de Derecho civil y que reúna los requisitos que después constituyeron el concepto de *iudicium legitimum*, según más adelante veremos, consume *ipso iure* la acción, en virtud de la *litis contestatio* si es formulario, o de la sentencia si es *legis actio*.

Una *lex Iulia (de privatis iudiciis)* del año 17 a. C. propuesta por Augusto las abolió, dejando subsistente la *legis actio per sacramentum in personam* para sólo dos hipótesis, y, mediante el concepto de *iudicium legitimum*, reconoció a todas las acciones formularias.⁸³

Las excepciones son: la reclamación del *damnum infectum* y los juicios que debían ser fallados por el tribunal de los *centumviri* (Gai. 4,31). En este último caso, cuando se intenta entablar una *actio in rem*, la *actio legis per sacramentum in personam* ante el pretor tiene lugar con previa *sponsio praeiudicialis*. Según Gayo, la *legis actio* para el *damnum infectum* cayó en desuso, porque se prefirió el sistema pretorio de la *cautio damni infecti*.

La ley definió como *iudicium legitimum* a aquel que es celebrado en Roma o fuera de ella hasta el radio de una milla, cuyas partes son ciudadanos romanos y que debe ser fallado por un *iudex unus* también ciudadano. Aquel al que falte alguno de estos requisitos, o todos, es simplemente un *iudicium imperio continens*; en especial caen bajo esta denominación los que deben ser fallados por *recuperatores* o por los *centumviri*. Los *iudicia legitima* tienen que ser afinados en el plazo de 18 meses, pasado el cual caducan ("*mors litis*"); los *imperio continentia*, dentro del plazo que reste al *imperium* del magistrado ante quien se actuó *in iure*, esto es, un año como máximo.⁸⁴

La expresión "*iudicium imperio continens*" nada tiene que ver con el carácter civil u honorario de la acción deducida; aquélla sólo quiere indicar que el proceso no puede exceder la duración del imperio del magistrado, es decir, que "se contienen" dentro de él. El plazo de 18 meses fue una excepción introducida por la *lex Iulia* a la regla general, de que todos los juicios son *imperio continentia*. La caducidad seguramente implicaba la pérdida de la acción por haber incidido en ella la *litis contestatio*, por lo que no podría ser renovada ante otro pretor. Este régimen es consecuencia del carácter personal del *imperium*; mas fue mantenido como útil para evitar dilaciones procesales. Téngase presente que toda dilación del juez lo hace responsable de los delitos de *lis sua facta* (D. 5,1,15,1) o de *dolus* (D. 4,3,18,4). También responde de dolo el demandado. Las dilaciones del actor por cierto corren de su cargo, porque es el interesado. De hecho sabemos que los procesos de la época clásica eran de corta duración.

La *lex Iulia*, pues, oficializó el uso de las *formulae* en los *iudicia legitima*; los demás no necesitaban de una tal oficialización.

Muy probablemente los elementos que componen el concepto de *iudicium legitimum* ya existieran desde antes de la ley, como requisitos para entender consumida *ipso iure* una

⁸³ Gai. 4,30.

⁸⁴ Gai. 4,103-105.

acción *in personam* formularia entablada concurriendo ellos, y así evitar que se pudiese reintentarla con una *legis actio*. La ley, en consecuencia, se habría limitado a oficializarlos, atribuyéndoles el mismo efecto (Gai. 4.107).

El *agere per formulas* continuó vigente durante toda la época clásica; pero a partir del propio Augusto comenzó a sufrir la competencia de la *cognitio extra ordinem*, levemente al principio, en forma más acentuada desde Adriano. Su decadencia comenzó con la desaparición de la jurisprudencia, porque sin ella resultaba muy difícil comprender el sutil tecnicismo de su redacción. A fines del siglo III d. C. muy posiblemente el procedimiento estaba ya fuera de uso, pero se persistía en utilizar sus fórmulas porque ellas aparecían en el edicto del pretor, aunque se las consideraba como trampas para inexpertos. Una constitución de Constancio y Constante del año 342 d. C. las abolió oficialmente.

CI. 2,57,1: "En todos los actos sean amputadas hasta la raíz las fórmulas del Derecho que insidían con la caza de sílabas" ("*Iuris formulae aucupationes syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*"). El crudo lenguaje de la constitución revela el clima que entonces circundaba a las fórmulas.

CAPÍTULO III LA "FORMULA"

§ 12. CONCEPTO DE "FORMULA"

I. ESTRUCTURA GENERAL Y FORMACIÓN. 1. En su esencia, la *formula* consiste en la descripción de una hipótesis a cuya prueba posterior se subordina la consecuencia alternativa de condenar o absolver al demandado: "Si resulta [...] condena; si no resulta, absuelve" ("*Si paret [...] condemnato; si non paret, absolvito*"). A este núcleo lógico pueden ir adosados diversos apéndices que añaden elementos a la hipótesis o a la consecuencia, pero que no hacen variar la estructura general de la *formula*, ya descrita. Su función es, por un lado, reconducir las alegaciones de las partes manifestadas de cualquier modo ante el pretor, a un lenguaje típico de significación técnica y conocida de antemano; y, por otro, fijar y delimitar los extremos sustanciales y pertinentes de la controversia agitada entre actor y demandado, para que sobre aquéllos se pronuncie el *iudex*, sentido en el cual la *formula* aparece como una suerte de programa para la emisión de su enjuiciamiento (*iudicium*).

2. Este programa es redactado como una directiva del pretor al juez, dada en cada concreto proceso que se inicia ante el primero; pero resulta formado merced a la confluencia de varios factores.

En primer lugar, el edicto contiene un modelo abstracto de fórmula, que sigue a cada cláusula en que aparece ofrecida y descrita la acción de que se trate. En principio, el actor debe ceñirse a este modelo.

Nada obsta a que el actor solicite al pretor una acción no concedida en el edicto, presentándole una fórmula determinada (que seguramente redactó un jurista), y el pretor es libre de aceptar o rechazar o de exigir modificaciones a su contenido, todo ello de ordinario también con previa consulta a sus propios juristas asesores. Podemos suponer que una porción indeterminable del edicto pretorio se formó históricamente sobre la base

de proposiciones de este género emanadas de las partes, que un pretor acogía en el caso concreto y que otro posterior terminaba por incorporar en el cuerpo definitivo de su edicto, empezando así a trasladarse sucesivamente.

El modelo edictal, empero, admite algunas añadiduras dependientes del caso concreto y que pueden y deben ser solicitadas por el demandante o el demandado; así, por ejemplo, a aquél le está permitido pedir la inserción de una *praescriptio* y a éste la de una *exceptio*, como en su momento se verá. Con este tipo de agregados, la fórmula empieza a adquirir una cierta fisonomía particular y concreta que la aparta del modelo abstracto del edicto.

Aun cuando no se pida tal género de añadiduras, dicho modelo tiene que ser singularizado de todos modos con diversos extremos provenientes del caso litigioso concreto sometido al conocimiento del pretor, como, por ejemplo, el nombre de las partes, la individualización del objeto disputado o el señalamiento de una cantidad, o la descripción de la causa o fundamento de la petición, cuando proceda, que en la fórmula paradigmática del edicto aparecen siempre bajo la forma de ejemplos simbólicos, para ser sustituidos con la mención real que corresponda.

Así, las fórmulas suelen referirse al "fundo Cornelianio", a una "mesa de plata", a "10.000 sesteracios", etc. bajo el entendido que en el litigio concreto cada mención debe ser reemplazada por la cosa mueble o inmueble, o por la precisa cantidad, etc., que sean. Los nombres de las partes aparecen tipificados como *Aulus Agerius*, que es siempre el demandante, y *Numerius Negidius*, el demandado. *Agerius* es aquel *qui agit* y *Negidius* aquel *qui negat*. En castellano abreviaremos Ao. Ao. (= Aulo Agerio) y No. No. (= Numerio Negidio). En latín, según su declinación, puede tratarse de *As. As.* y *Ns. Ns.* (= *Aulus Agerius* y *Numerius Negidius*), *Am. Am.* y *Nm. Nm.* (= *Aulum Agerium* y *Numerium Negidium*), *Ai. Ai.* y *Ni. Ni.* (= *Aulii Agerii* y *Numerii Negidii*) o *Ao. Ao.* y *No. No.* (= *Aulo Agerio* y *Numerio Negidio*). Los terceros suelen ser indicados como *Lucius Titius* o *Caius Seius* (salvo en las fórmulas divisorias, donde tales nombres representan a las partes). Un esclavo figura como *Stichus* o *Pamphilus*. Si se trata de un extranjero, se emplean nombres griegos, como *Dion Hermaeus*.

La redacción final de la fórmula supone un acuerdo pleno de las partes sobre cada uno de los extremos que la componen, aunque su previa tipificación edictal reduzca considerablemente el ámbito de disponibilidad y de libre elección acordado a aquéllas. Pero formalmente quien aprueba el texto definitivo es el pretor mediante un decreto suyo (*dare iudicium*), porque, como se dijo, la fórmula es propiamente una instrucción del magistrado dirigida al juez acerca de cómo sustanciar el proceso. Ella es reducida a escritura en tablillas de madera encerada y remitida al juez, no sabemos si por conducto del propio actor o del personal subalterno del magistrado.

II. PARTES O CLÁUSULAS. Acerca de la estructura de las fórmulas estamos informados sobre todo por Gayo, quien trata ampliamente de ellas en el libro IV de sus *Institutiones*. De acuerdo con el usual método dialéctico empleado por este autor para el examen de las figuras del Derecho, el estudio de las fórmulas aparece conducido ahí sobre la base de la operación denominada *partitio*, dando así lugar a la distinción de ciertas *partes formulae*, que nosotros denominamos también como "cláusulas". Una fórmula puede estar compuesta al máximo de las siguientes partes o cláusulas, enumeradas según el orden en que deben aparecer en aquélla: *praescriptio*, *datio iudicis*, *demonstratio*, *intentio*, *exceptio*, "cláusula arbitraria", *adiudicatio* y *condemnatio*. Lo cual no significa que en toda fórmula deba necesariamente aparecer el conjunto completo de estas cláusulas. Por lo demás, es imposible establecer un esquema único.

Las combinaciones necesarias, según el tipo de acciones, son: *datio iudicis*, *intentio* y *condemnatio*; *datio iudicis*, *demonstratio*, *intentio* y *condemnatio*; *datio iudicis*, *intentio*, "cláusula arbitraria", *condemnatio*; *datio iudicis*, *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* (esquema éste al que se agrega simultáneamente otro del tipo *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio*). A cualquiera de estos esquemas se puede agregar una *praescriptio* (siempre antes de la *datio iudicis*) o una *exceptio* (entre la *intentio* y la *condemnatio*). Excepcionalmente la fórmula sigue sólo el esquema de *datio iudicis*, *intentio* (sin *demonstratio*) o *datio iudicis*, *demonstratio*, *condemnatio* (sin *intentio*). En tales circunstancias no vale la pena intentar distinguir entre cláusulas ordinarias y extraordinarias, como suele hacer la manualística. Estrictamente, la única cláusula que nunca falta es la *datio iudicis*, por lo que sería la única ordinaria; las demás son más o menos ordinarias. Cfr. Gai. 4.44.

Para el examen de las diversas partes de una fórmula, por razones didácticas nosotros no siempre seguiremos su orden normal.

§ 13. "DATIO IUDICIS"

Una de las operaciones a que está dirigida la fase *in iure* es el nombramiento de un juez o de un colegio de *recuperatores* (*iudicem*, *recuperatores dari*), encargados de fallar el litigio. La regla general es el nombramiento de un único juez (*iudex unus*), denominación ésta que en época clásica suele cubrir también al *arbiter*, quien en sus orígenes se diferenciaba del *iudex* por aparecer encargado de dirimir procesos en que eran necesarias operaciones especiales de valoración o estimación. Excepcionalmente se nombran *recuperatores* en número variable, nunca inferior a tres, como en los procesos de libertad y por ciertos delitos privados, como *rapina*, en la *actio de hominibus armatis coactisve*, *vi bonorum raptorum*, *de turba*, *de incendio naufragio* *rate nave expugnata* y en el interdicto de *vi armata*.

Formalmente el nombramiento corresponde hacerlo al magistrado mediante decreto, pero aquél recae en la persona en quien han concordado las partes, o que, por no haber habido acuerdo, resultó por sorteo (*sortitio*); dicho nombramiento se traslada a la fórmula bajo el modo de una cláusula que la encabeza (cuando ésta no lleva *praescriptio*), y que reza así: "Sea Ticio juez" (*Titius iudex esto*), o bien: "Sean Ticio, Cayo y Mevio recuperadores" (*Titius Caius Maevius recuperatores sunt*).

Existe una lista de personas hábiles para actuar como jueces (*album iudicum*) de entre las cuales se debe escoger, si bien las partes de común acuerdo pueden proponer un extraño al pretor. Para ser incluido en el *album* se necesita cumplir ciertos requisitos. Hasta la *lex Aurelia* (70 a. C.), él estaba abierto a personas de rango senatorial; desde entonces quedó expedito para los *equites*.

§ 14. "INTENTIO"

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN. La *pars formulae* llamada *intentio* describe una hipótesis afirmada por el actor, que de resultar comprobada por lo ordinario debe permitir pronunciar una condena en contra del demandado.

1. Dicha hipótesis es objetivamente presentada como el problema o cuestión sobre la cual debe juzgar el tribunal: "la cosa acerca de la cual se litiga" (*qua de re agitur*). Un ejemplo sencillo se nos ofrece en la *condictio*, cuya *intentio* dice: "(Sea juez Ticio). Si No. No. resulta deber dar 10.000 sesteracios a Ao. Ao. por el cual asunto se litiga" (*Titius iudex esto. Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur*).⁸⁵

En lo sucesivo prescindiremos de la *datio iudicis* al presentar las fórmulas, bajo el entendido que ella siempre debe ocupar el lugar que le corresponde, vale decir, al principio, salvo que haya *praescriptio*, caso en el cual ésta le antecede. Gai. 4,41 define así la *intentio*: "una parte de la fórmula en que el actor encierra su pretensión" (*ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*). Pero esta definición es muy incorrecta, porque da a entender que la *intentio* emana del actor, y que contiene lo pedido por éste, en circunstancias que, como toda la fórmula, se trata de una redacción que hace el magistrado, en estilo completamente objetivo, y que no contiene la petición del actor, pues ésta se refleja en otra cláusula, como es la *condemnatio*. Por supuesto el pretor redacta la *intentio* con base en las afirmaciones del actor, pero de ellas extrae las que se adaptan a las fórmulas previamente tipificadas. La expresión *qua de re agitur* se abrevia *q.d.r.a.* (Val. Prob. 6,4); ella no se refiere a la cosa material en disputa (que no siempre la hay), sino al asunto con-

⁸⁵ Gai. 4,41; 4,86.

trovertido en su totalidad; pero a veces coincide o se confunde con la cosa material, como en las acciones *in rem*: "Si el esclavo Estico, acerca del cual se litiga, resulta ser de Ao. Ao. en virtud del Derecho de los quirites" (*Si paret hominem Stichum, quo de agitur, Ai. Ai. ex iure Quiritium esse*).

El carácter de hipótesis que reviste la *intentio* se refleja expresamente en la redacción de las fórmulas, pues empiezan con la expresión "si aparece" ("si resulta, si es verdad que": *si paret*), como en la ya citada fórmula de la *actio condictio*: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sesteracios a Ao. Ao." (*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia dare oportere*), o tácitamente como en la fórmula de cualquier *actio ex bona fide*: "todo cuanto por este asunto No. No. debe dar (y) hacer en favor de Ao. Ao. según la buena fe" (*quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*),⁸⁶ porque es como decir: "Si No. No. resulta deber dar todo lo que debe dar a Ao. Ao. etc."

2. La función de la *intentio*, consistente en reflejar algo tan inherente a todo litigio como es la hipótesis afirmada por el actor a cuya comprobación subordina la petición de condenar, no puede faltar en ninguna fórmula; de lo cual no se deduce que la *intentio* tampoco pueda faltar, en tanto alguna otra cláusula de la fórmula no venga a cumplir dicha función. Por regla generalísima, ésta es asignada a una *intentio*, salvo en casos muy excepcionales en que se la atribuye a una *demonstratio*, como sucede en la fórmula de la *actio iniuriarum*, según se verá. En consecuencia, puede afirmarse que prácticamente todas las fórmulas llevan *intentio*.

Se ha suscitado cuestión en torno a si las fórmulas de las acciones *in factum* llevaban o no *intentio*, de modo de haber sido ésta privativa de las acciones *in ius*. El asunto hay que plantearlo así: es indiscutible, y no podría ser de otra forma, que en las acciones *in factum* existe la descripción de una hipótesis (de hecho) a cuya comprobación queda subordinada la condena. El problema, por consiguiente, estriba en saber si dicha hipótesis fue denominada *intentio* por los juristas. Si no lo fue, ello querría decir que en las mencionadas acciones la parte de sus fórmulas destinada a describir la hipótesis de la condena, llamarase como se llamara, era el equivalente a la *intentio* de las acciones *in ius*. En tales circunstancias, el problema es meramente terminológico, para resolver el cual carecemos de elementos suficientes. Cfr. Gai. 4,60, en donde se habla expresamente de *intentio* a propósito de la *actio in factum* del depósito, frente a Gai. 4,46, en que, respecto de dicha clase de acciones, se dice que en ella "no hay ninguna composición de tal *intentio*" para indicar, en realidad, que no hay *intentio civilis* (*nulla talis intentio concepta est*), pero agregando en seguida que "en el inicio de la fórmula, descritos los hechos, se agrega [...]"

⁸⁶ Gai. 4,47; 4,54; 4,60; 4,131a; 4,136.

("initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur [...]), lo que da a entender haber existido una cierta oposición entre *intentio* (de Derecho civil) y *nominare quod factum est*. Suele decirse que las fórmulas de las acciones partitorias carecen de *intentio*, lo cual, sin embargo, no parece ser posible.

3. Pero hay fórmulas que consisten sólo en una *intentio*, precisamente aquellas que se agotan en una mera declaración no conducente a una condena, y que reciben el nombre de *praeiudicia*, como cuando se ordena al juez verificar si determinada persona es liberto de otra o no, o averiguar cuál es el monto de una dote, con la finalidad de preparar el juicio de fondo para el que la declaración previa resulte decisiva.⁸⁷

La *formula praeiudicialis* es entonces así: "Si acaso No. No. sea liberto de Ao. Ao." ("An Ns. Ns. Ai. Ai. libertus sit"); v. Gai. 4,44; cfr. D. 2.4.8.1; 40.14.6; o bien: "A cuánto asciende la dote de Ticia" ("Quanta dos Titiae sit"); v. Gai. 4,44. Volveremos sobre la materia.

II. "INTENTIO IN REM" E "INTENTIO IN PERSONAM". La *intentio* puede estar "concebida" *in rem* o *in personam*.

1. Una *intentio in rem concepta* describe la hipótesis de pertenecer al actor una *res* o un *ius* o de no pertenecer al demandado un *ius*. Así en la *rei vindicatio*: "Si el esclavo Estico, acerca del cual se litiga, resulta ser de Ao. Ao. en virtud del Derecho de los quirites" ("Si paret hominem Stichum, q.d.r.a. ex iure Quiritium Ai. Ai. esse [...]);⁸⁸ o en la *vindicatio ususfructus*: "Si usar y disfrutar el fundo Corneliano, acerca del cual se litiga, resulta ser *ius* para Ao. Ao." ("Si paret Ao. Ao. ius esse fundo Corneliano, q.d.r.a. uti frui [...]);⁸⁹ o en la *actio negatoria* (o *negativa*) del usufructo: "Si resulta no ser *ius* para No. No. usar (y) disfrutar el fundo por el cual se litiga contra la voluntad de Ao. Ao." ("Si paret No. No. ius non esse eo fundo, q.d.r.a. uti frui invito Ao. Ao.").

2. Una *intentio in personam concepta*, en cambio, describe la hipótesis de deber el demandado una prestación de dar, hacer o no hacer en favor del actor, como en la *condictio*: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sestercios a Ao. Ao." ("Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia dare oportere"), o en la *actio venditi*: "todo cuanto por este asunto [la venta] No. No. debe

⁸⁷ Gai. 4,44.

⁸⁸ Gai. 4,41; 4,86; 4,92.

⁸⁹ Cfr. Gai. 4,3.

dar (y) hacer en favor de Ao. Ao. según la buena fe" ("quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona").

III. "INTENTIO IN IUS" E "INTENTIO IN FACTUM". La *intentio* también puede estar "concebida" *in ius* o *in factum*.

1. Una *intentio in ius concepta* describe una hipótesis de Derecho;⁹⁰ puede ser *in rem* o *in personam*. Así, por ejemplo, la *intentio* de una *vindicatio* con que se reclama tener la servidumbre de tránsito (*iter*) y de paso de ganado (*actus*) sobre determinado predio, que es *in ius* e *in rem*, se redacta como sigue: "Si transitar (y) pasar ganado por aquel fundo, acerca del cual se litiga, resulta ser *ius* para Ao. Ao." ("Si paret Ao. Ao. ius esse per fundum illum, q.d.r.a. ire agere"). La *intentio* de cualquier acción *ex fide bona*, que es siempre *in ius* e *in personam*, en cambio, aparece redactada así: "todo cuanto por este asunto No. No. debe dar (y) hacer en favor de Ao. Ao. según la buena fe" ("quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona").

Por la primera hipótesis se encomienda al juez verificar si transitar y pasar ganado por determinado predio es "Derecho" para el actor (*Ai. Ai. ius esse*), esto es, si tiene constituida la respectiva servidumbre en su favor. Por la segunda se le manda investigar cuánto debe jurídicamente el demandado al actor ("quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. [...] oportet"). En ambos casos, pues, se trata de una cuestión jurídica. Por supuesto que para fallar el juez necesitará conocer los hechos; pero la *intentio* no está referida a ellos sino al Derecho que emana de tales hechos.

2. Una *intentio in factum concepta* describe una hipótesis de hecho, sin referencia a ningún Derecho,⁹¹ como en la *actio depositi*: "Si Ao. Ao. resulta haber depositado una mesa de plata en manos de No. No. y no haber sido ésta devuelta con dolo malo de No. No. a Ao. Ao." ("Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse").⁹² Esta *intentio* se limita a describir la hipótesis de hecho consistente en haber depositado Ao. Ao. un objeto en No. No. y en no haber sido éste devuelto, interviniendo dolo: no se dice, pues, si algo debe el demandado al actor, ni si éste tiene algún derecho que hacer valer.

⁹⁰ Gai. 4,45.

⁹¹ Gai. 4,46.

⁹² Gai. 4,47.

Una *intentio in factum concepta* es siempre *in personam*.

La distinción *in ius-in factum* señala la diferencia entre el *ius civile* y el no-Derecho, que el pretor, empero, empieza a tutelar con acciones; no teniendo poder para crear Derecho, usa el poder que tiene de ordenar al juez que condene si ciertos hechos son verdaderos (Gai. 4,46). A través de este medio el pretor fue ampliando la tutela jurídica a hechos no reconocidos por el *ius civile*, pero dignos de protección. Mas el régimen creado por las acciones *in factum* no es un régimen de Derecho (*ius*), aunque a nosotros nos sea difícil entenderlo. Dichas acciones son una de las fuentes más importantes del que llamamos Derecho pretorio.

IV. "INTENTIO CERTA" E "INTENTIO INCERTA". La hipótesis descrita por la *intentio* siempre recae sobre un objeto; éste puede estar determinado en su cualidad y cantidad, como cuando se indica un monto de dinero (*certa pecunia*), o una cantidad determinada de cosas pertenecientes a un género, o una cosa específica (*certa res*); en estos casos hablamos de "*intentio certa*".

Así, por ejemplo, es "cierta" la *intentio* de la *rei vindicatio*: "Si el fundo Corneliano del cual se trata resulta ser de Ao. Ao. según el Derecho de los quirites" ("*Si paret fundum Cornelianum, q.d.r.a. ex iure Quiritium Ai. Ai. Ese*"). También la fórmula de la *condictio*: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sestericios a Ao. Ao." ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia dare oportere*"), que referida a una *certa res* queda así: "Si No. No. resulta deber dar el fundo Corneliano a Ao. Ao." ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. fundum Cornelianum dare oportere*"), y a un *genus*: "Si No. No. resulta deber dar 100 modios de óptimo trigo de África a Ao. Ao." ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. tritici Africi optimi modios centum dare oportere*").

La *intentio* puede quedar referida, en cambio, a un objeto indeterminado en cantidad o cualidad. Suele ello ocurrir en algunas acciones *in ius e in personam*, caso en el cual se describe formalmente el objeto con la expresión "todo cuanto [...] <resulte> deber dar (y) hacer" ("*quidquid <paret> [...] dare facere oportere*"), y muy raramente en las acciones *in rem*; entonces decimos que hay una "*intentio incerta*".

Así, por ejemplo, en la fórmula de la acción de compra o de lo comprado (*actio empti*), cuya *intentio* precisamente reza: "todo cuanto por este asunto [la compra] No. No. resulte deber dar (y) hacer en favor de Ao. Ao. según la buena fe" ("*quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere ex fide bona*"). Excepcionalmente también se da ésta en la *vindicatio incertae partis*, que es redactada así (Gai. 4,54): "Cuanta parte en el fundo del cual se trata resulta ser de Ao. Ao." ("*Quantam partem paret in eo fundo q.d.r.a. Ai. Ai. Ese*"). La terminología "*intentio certa*" e "*incerta*" no aparece en las fuentes y es construcción romanística, fundada en que Gayo (4,54; 4,131a) habla de *incerta formula* y de *incerta actio*, en relación con el carácter incierto de la *intentio*.

Por regla general todas las fórmulas llevan "*intentio certa*"; es, en cambio, "*incerta*" la de las siguientes acciones *in ius e in personam*: *ex fide bona*, *in (bonum) aequum conceptae*, *ex stipulatu* e *incerti ex testamento*, lo mismo que la de las acciones divisorias. Entre las acciones *in rem* sólo es incierta la *vindicatio incertae partis*.

Emplear una fórmula con *intentio* cierta o incierta no es algo que dependa de la voluntad del actor, pues uno u otro rasgo viene preestablecido para cada fórmula típica; al escoger aquél la que se adapte a su pretensión, acepta, pues, la estructura objetiva con que ella viene dispuesta.

V. "INTENTIO" CAUSAL Y ABSTRACTA. La *intentio* puede ser causal o abstracta, según que incluya o no el fundamento (*causa*) de la relación deducida en juicio.

Las acciones *in rem* son siempre abstractas, pues sólo describen la cosa o el Derecho real de que se trate sin señalar su fuente o modo de adquirir o constituir, como en la *rei vindicatio*: "Si el fundo Corneliano, acerca del cual se litiga, resulta ser de Ao. Ao. en virtud del Derecho de los quirites" ("*Si paret fundum Cornelianum, q.d.r.a. Ai. Ai. ex iure Quiritium ese*"). En efecto, que el fundo del cual se trata sea del actor puede deberse a cualquiera de los diferentes modos de adquirir que existen, pero sólo a uno, pues una cosa no puede ser nuestra por más de una causa; en consecuencia, no es menester indicarla.

Las acciones *in personam*, en cambio, por regla general son causales, ya que una misma cosa puede sernos debida por más de una causa, y por lo tanto necesario es expresarla, como en la fórmula de la *actio ex testamento*, cuando se reclama un *certum*: "Si No. No. resulta deber dar el esclavo Estico a Ao. Ao. en virtud del testamento de Lucio Ticio" ("*Si paret Nm. Nm. ex testamento Lucii Titii Ao. Ao. servum Stichum dare oportere*").⁹³ En efecto, la dación del esclavo Estico puede ser debida simultáneamente, por ejemplo, en virtud de un testamento y de una estipulación, y entonces el actor debe escoger por qué causa pedir.

Supóngase que Lucio Ticio vendió el esclavo Estico a Ao. Ao., quien después se lo prometió por estipulación (abstracta sin novación) y que, en fin, se lo legó: este último puede demandar el esclavo por la *actio empti*, la *actio condictio* y la *actio ex testamento*. Si existiera una sola acción general para reclamar deudas de cualquier especie, se exigiría la indicación de la causa; pero en la realidad cada especie de deuda debe ser reclamada por una acción

⁹³ Cfr. Gai. 4,45.

típica; ahora bien: su tipicidad consiste en la incorporación de la causa, como se ve en el ejemplo anterior, ya que la *actio ex testamento* es tal porque se funda en un testamento.

En estas mismas acciones, cuando llevan "*intentio incerta*", ella es abstracta, pero la causa viene indicada en una *demonstratio*.

Anómalamente la causa no aparece expresada en ninguna parte de la fórmula de la *condictio certi*, es decir, ni en la *intentio* ni en una *demonstratio*, pues se limita a decir aquélla: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sestercios a Ao. Ao." ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia dare oportere*"), en circunstancias de que esa misma cantidad puede ser debida al mismo tiempo, por ejemplo, por mutuo y por estipulación.

§ 15. "DEMONSTRATIO"

La cláusula denominada *demonstratio* sólo es agregada a las fórmulas *in ius* e *in personam* con *intentio "incerta"*, por esta razón: la *intentio* de esta clase constituye nada más que una hipótesis vacía o puramente formal, porque no indica la cualidad del objeto ni su cantidad; de sólo tener que condenar ateniéndose a una hipótesis como "todo cuanto [resulte] ser debido", el juez se encuentra ante el siguiente dilema, en principio insalvable: o bien no puede condenar, por no saber a qué ni a cuánto, o bien tiene que condenar efectivamente a todo lo que por cualquier causa resulte ser debido por el demandado al demandante, de modo que en un solo proceso vengán automáticamente deducidas todas las relaciones de deuda que ligen a uno con otro. Pero lo primero carece de todo sentido, y lo segundo no es posible en un proceso declarativo. En consecuencia, se hace necesario indicar en la fórmula la causa precisa a partir de la cual se afirma ser debido algo de lo que no se dice qué ni cuánto. A cumplir esta función está dispuesta la *demonstratio*, que por lo tanto podemos definir como la parte de una fórmula con *intentio* incierta destinada a señalar o mostrar (*demonstrare*) la causa por la cual resulta ser debido todo cuanto se afirma ser debido en la *intentio*. Esta cláusula siempre precede a la *intentio*. Considérese el ejemplo de la *actio venditi*, cuya *demonstratio* reza así: "Supuesto que Ao. Ao. vendió una mesa de plata a No. No. asunto por el cual se litiga", a la que sigue de inmediato esta *intentio*: "Todo cuanto por tal asunto No. No. debe dar (y) hacer según la buena fe a Ao. Ao." ("*Quod As. As. No. No. mensam argenteam vendidit, quo de agitur, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*"). Con esta fórmula el juez sabe que la determinación de qué sea lo debido por el demandado al actor, y

cuánto, sólo guarda relación con alguna obligación emanada de la venta de determinado objeto señalada en la *demonstratio*.

Gai. 4,40 (restituido) define esta cláusula como "la parte de una fórmula que principalmente se inserta para mostrar el asunto del cual se trata" ("*ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur*"). Esta definición bien convendría a la *intentio*, también destinada a describir la *res de qua agitur*. Es por tanto incompleta, porque no da razón del aspecto bajo el cual es mostrada la *res*, a saber, desde el punto de vista de la causa, mientras que la *intentio* la describe desde el punto de vista de la relación jurídica de que se trata (es decir, el objeto: la obligación) y su causa, o sólo de aquélla (el Derecho real o la obligación en las acciones abstractas).

Por qué razón la técnica formularia recurrió a una cláusula distinta, como la *demonstratio*, para señalar la causa en las fórmulas con *intentio "incerta"*, en vez de incluir aquélla en la *intentio* misma, es algo que desconocemos.

En efecto, perfectamente pudo haberse redactado la *intentio* de la *actio venditi*, por ejemplo, así: "Todo cuanto por haber vendido una mesa de plata Ao. Ao. a No. No. éste debe dar (y) hacer a Ao. Ao. según la buena fe, asunto por el cual se litiga".

La fórmula de la *actio iniuriarum* sólo lleva *demonstratio*.

Presumiblemente ella rezaba así: "Puesto que la mejilla a Ao. Ao. fue golpeada con el puño por No. No." ("*Quod Ai. Ai. mala a No. No. pugno percussa est*"). Las razones de este proceder se explican en su lugar.

§ 16. "CONDEMNATIO"

I. CONCEPTO. La parte denominada *condemnatio* es la que va inmediatamente dirigida al juez, y contiene la orden de condenar o absolver al demandado, según que la *intentio* haya resultado o no: "(Si resulta [...]) condena; si no resulta, absuelve" ("*Si paret [...] condemnato; si non paret absolvito*"); de modo que en la fórmula de la *condictio certi*, para continuar con un ejemplo sencillo, a la *intentio*: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sestercios a Ao. Ao.", sigue esta *condemnatio*: "condena, juez, a No. No. a pagar 10.000 sestercios en favor de Aulo Agerio; si no resulta, absuelve" ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. X milia sestertium dare oportere, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia condemnato; si non paret, absolvito*"). En virtud de esta cláusula, pues, la sentencia del juez debe condenar al demandado (y una sentencia así también se llama *condemnatio*) o absolverlo (*absolutio*). Todas las fórmulas llevan *condemnatio*, salvo las *praeiudiciales*.

Gai. 4,43 da esta definición: "la parte de la fórmula por la que es entregada al juez la potestad de condenar o absolver" ("*ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendique potestas permittitur*"). Téngase presente, en consecuencia, que la *condemnatio* incluye a ambas alternativas: la de condenar y de absolver, y no alude sólo a la primera. La formulación "*condemnato, si non paret absolvito*" suele abreviarse: *c.s.n.p.a.* La expresión *si non paret* supone que la *intentio* emplee *si paret*; pero ya hemos visto que algunas acciones con *intentio* "incierta" no llevan esta última, de modo que formalmente la *condemnatio* aparece desencajada; ello se explica porque quizá alguna vez figuraba en aquélla un *paret*; cuando desapareció, se mantuvo, sin embargo, la forma *c.s.n.p.a.* porque los formularios, en todo tiempo y lugar, suelen ser rutinarios.

II. "CONDEMNATIO PECUNIARIA". El proceso *per formulas* ofrece esta característica sobresaliente: la *condemnatio* de la fórmula, en su inciso concerniente a la orden de condenar, siempre está referida a una cantidad determinada o indeterminada de dinero (*condemnatio pecuniaria*),⁹⁴ y nunca a la *res* que es objeto de controversia ("*condemnatio in natura*"). Esto vale para toda clase de acciones, incluso para las *in rem*. En consecuencia, por ejemplo, la fórmula de la *rei vindicatio* reza así: "Si el fundo Corneliano, acerca del cual se litiga, resulta ser de Ao. Ao. en virtud del Derecho de los quirites [...] a tanto dinero condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao. cuanto valga el asunto en el momento de la sentencia; si no resulta, absuelve" ("*Si paret fundum Cornelianum q.d.r.a.ex iure Quiritium Ai. Ai. esse [...] quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*"). el juez, pues, debe condenar al demandado al valor dinerario del asunto debatido, esto es, al del dominio del fundo, y no a devolver éste.

Aunque en el proceso mediante *legis actiones* la condena podía ser *in ipsam rem* (Gai. 4,48), la ejecución mediante la *manus iniectio* suponía una cantidad líquida de dinero, de modo que siempre era necesario reducir la condena previa a éste. Al introducirse el proceso *per formulas*, la reducción a dinero la hace el mismo juez en su sentencia.

III. "CONDEMNATIO CERTA" E "INCERTA". La suma de dinero a que el juez debe condenar puede aparecer fijada en la *condemnatio* misma (*condemnatio certae pecuniae* o "*condemnatio certa*"), y entonces dice así: "Condena, juez, a No. No. a pagar 10.000 sestercios en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*iudex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia c.s.n.p.a.*").⁹⁵ Si el

⁹⁴ Gai. 4,48; 4,51.

⁹⁵ Gai. 4,50.

juez decide condenar, no puede hacerlo ni más ni menos que a pagar la suma fijada.⁹⁶

En caso contrario, esto es, si la cantidad dineraria no viene establecida, se tiene una *condemnatio incertae pecuniae* (y la llamamos "*condemnatio incerta*"), como cuando la cláusula dice: "a tanto dinero condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao. cuanto la cosa valga en el momento de la sentencia; si no resulta absuelve" ("*quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*").⁹⁷ En consecuencia, corresponde al juez una operación destinada a evaluar el valor de la *res* litigiosa (*litis aestimatio*).

La regla general es que la *condemnatio* sea *incertae pecuniae*. Es *certa* sólo cuando el actor demanda una cantidad determinada de dinero y, por ende, ésta es indicada así en la *intentio*; en tal hipótesis la *condemnatio* no puede menos que ordenar condenar a esa misma cantidad. Si se demanda una cosa corporal o una cantidad que no sea dinero, un Derecho, un *facere*, etc., se deja al juez la operación de evaluar a cuánto haya de condenar y entonces la *condemnatio* es necesariamente incierta.

IV. "QUANTUM". En compensación, la *condemnatio incertae pecuniae* ofrece ciertos criterios al juez para operar la evaluación.

1. En las fórmulas con *intentio* que comienzan expresamente con el giro *si paret*, se ordena condenar al "cuanto de la cosa", esto es, al valor objetivo del asunto litigioso (*quanti ea res*), pero en distintos momentos, puesto que el valor es algo esencialmente variable, lo cual se expresa colocando el verbo "ser" (*esse*) que acompaña a la expresión en tiempo pasado (*fuit*), presente (*est*) o futuro (*erit*). Tomando en cuenta que el presente viene representado por el momento de la *litis contestatio* (representado por la expresión "*quanti ea res est*"), entonces el futuro no puede ser otro que el de la sentencia misma (y ahora la expresión es "*quanti ea res erit*"), y el pasado, aquel en que ocurrió el hecho en que se funda la acción (expresado con "*quanti ea res fuit*"). En todos los casos, el valor que se considera es el valor objetivo del asunto controvertido, en el momento de que se trate.

Por lo tanto, la condena al *quanti ea res est* se ordena en las acciones *in personam* de *dare certum*: concretamente en la *actio condictio certi* y en la *actio certi ex testamento*. Se la ordena al *quanti ea res erit* en la *condemnatio* de todas las *actiones arbitrarie*, y en la de las *in personam* dirigidas a la restitución (*reddere*), como son las *actio in factum*.

⁹⁶ Gai. 4,43; 4,52.

⁹⁷ Gai. 4,51.

del depósito, la del comodato, la pignoratitia personal y la *actio rerum amotarum*. En las acciones penales, cuya pena es calculada con base en el valor del perjuicio, la condena es al *quanti ea res fuit*.

2. En las acciones con la que llamamos "*intentio incerta*" referida al "*quidquid [...] dare facere oportere*", en cambio, se ordena condenar a *tanta pecunia* ("*tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato*"), lo cual se entiende referido al *quidquid dare facere oportere* de la *intentio*. Esta manera deja una gran libertad al juez para apreciar cuánto "importa o interesa" al actor ser satisfecho, lo que incluye desde luego el valor objetivo del asunto, pero también todo aquello que hubiera conseguido de haber sido satisfecho íntegra y oportunamente, concepto éste que los juristas expresan con el verbo *interesse* en la expresión condenar "*in id quod (actoris) interest*" ("en aquello que interesa [al actor]").

3. En las acciones con la llamada "*intentio incerta*" referida al "cuanto de (bueno y) equo pareciere al juez" ("*quantum iudici [bonum et aequum videbitur]*"), la valoración se deja al libre arbitrio del juez. Se utiliza esta forma en la *actio iniuriarum* y en la *actio rei uxoriae*.

En la primera, por no haber una base patrimonial a que referir la estimación, porque la *iniuria* es un atentado a la esfera moral del individuo, dejar la determinación de la pena al libre arbitrio del juez se justifica enteramente. En la segunda, en cambio, hay base patrimonial, porque de la restitución de la dote por el marido se trata, pero también se justifica la misma forma para permitir al juez tomar en consideración los acuerdos privados entre marido y mujer (*pacta dotalia*) y regular ciertas retenciones y deducciones que se aplican a la dote por restituir.

4. Al parecer, también existieron algunas pocas fórmulas con *condemnatio* al "cuanto interesara a Ao. Ao." ("*quanti Ai. Ai. interfuerit*"), que permiten al juez tomar en consideración el *interesse* del actor en el momento de la sentencia; así, por ejemplo, quizá en el delito de pesas falsas (edicto *Si mensor falsum modum dixerit*).⁹⁸

V. "CONDEMNATIO CUM TAXATIONE". En ciertos casos, y sea cual sea el criterio señalado en la *condemnatio* para determinar el valor de la condena, ésta puede contener además una *taxatio* destinada a fijar un límite máximo o mínimo al monto de la condena. A veces dicho límite consiste en una cantidad, como si la *condemnatio* rezara así: "condena, juez, a No. No. a

⁹⁸ D. 11,6,1 pr.

no más [a no menos] que a 10.000 sestercios en favor de Ao. Ao." ("*iudex Nm. Nm. Ao. Ao. dumtaxat sestertium X milia condemna*").⁹⁹ En tal caso el juez debe respetar el límite máximo fijado, si bien puede condenar a menos, o el límite mínimo fijado, si bien puede condenar a más.¹⁰⁰

Pero en la mayoría de las hipótesis la *taxatio* consiste en un criterio genérico de limitación, que es dado por un valor indeterminado de referencia.

La *taxatio* con cantidad determinada como mínimo se usa en la *actio iniuriarum*, en cuanto la condena no puede ser inferior al monto del *vadi-monium* (Coll. 2.6.1); en el caso de *iniuria atrox*, el pretor también señala un mínimo (Gai. 3,224). Un valor indeterminado de referencia se usa en la *actio de peculio deve in rem verso*, cuya *taxatio* reza: "a no más que al monto del peculio y de lo que con dolo malo de No. No. se hizo para que dejara de estar en el peculio, o si algo se convirtió en cosa de No. No." ("*dumtaxat de peculio et si quod dolo malo Ni. Ni. factum est, quo minus peculii esset, vel si quid in rem Ni. Ni. versum est*"). En los casos en que procede el llamado "*beneficium competentiae*" se agrega la cláusula "a no más de aquello que No. No. puede hacer" ("*dumtaxat de eo quod Ns. Ns. facere potest*").

La regla general es que la *condemnatio* carezca de una *taxatio*; entonces Gayo dice que ella es *infinita*,¹⁰¹ lo que sólo significa que no tiene un límite preestablecido, no, por cierto, que sea ilimitada a arbitrio del juez, porque éste siempre está constreñido por los valores que se le manda tener en consideración, salvo en casos muy excepcionales, como los ya vistos, en que debe condenar según su criterio, porque no hay otro.

§ 17. CLÁUSULA ARBITRARIA

Hablamos convencionalmente de "cláusula arbitraria" para indicar la que al menos Gayo no considera propiamente como una *pars formulae*, quizá porque aparece más bien como una suerte de apéndice a la *intentio* de ciertas fórmulas, y que contiene una especie de condición negativa de la *condemnatio*, en este sentido: pese a que la *intentio* resulte probada, el juez debe absolver si antes de la sentencia se produce el hecho previsto en

⁹⁹ Gai. 4,43.

¹⁰⁰ Gai. 4,52.

¹⁰¹ Gai. 4,51.

dicha cláusula. Tal hecho consiste en que el demandado restituya al actor (o bien en que le exhiba la cosa de que se trata). La función de la cláusula es, pues, permitir que el actor consiga "*in natura*" lo que persigue, mediante el expediente de ofrecer al demandado condenable la posibilidad de resultar absuelto, si restituye (o exhibe).¹⁰² Normalmente, la cláusula es redactada bajo la forma "a no ser que esta cosa sea restituida (o exhibida) a Ao. Ao. según tu arbitrio" (del juez: "*neque ea res arbitrio tuo Ao. Ao. restituetur o exhibebitur*"). De este modo, una fórmula completa que incluya la cláusula arbitraria reza así en el caso de la *rei vindicatio* por ejemplo: "Si el fundo Corneliano, acerca del cual se litiga, resulta ser de Ao. Ao. según el Derecho de los quirites, y si este fundo no sea restituido a Ao. Ao. según tu arbitrio, a tanto dinero condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao. cuanto valga el asunto en el momento de la sentencia; si no resulta, absuelve" ("*Si paret fundum Cornelianum q.d.r.a. ex iure Quiritium Ai. Ai. esse, neque is fundus arbitrio tui Ao. Ao. restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*").

Una acción que lleva esta cláusula se llama *actio arbitraria*; también se habla de *formula arbitraria* y de *iudicium arbitrium*. Volveremos sobre esta materia.

§ 18. "ADIUDICATIO"

En la fórmula de las acciones divisorias de una cosa o un patrimonio común a varias personas ("*iudicia divisoria*"), se agrega una cláusula especial denominada *adiudicatio*. En virtud de ella se ordena al juez atribuir partes físicas o materiales de lo común, en dominio singular a cada comunero (*adiudicare*), para así liquidar el condominio; esta cláusula también le permite constituir Derechos reales, como servidumbres y usufructos. Ella reza simplemente así: "[...] adjudica, juez, a Lucio Ticio (y) a Cayo Seio [...]" ([...] *iudex Lucio Titio Caio Seio adiudicato* [...]). En principio, el juez debe adjudicar cosas o porciones en proporción a las cuotas de cada comunero, que en la fórmula vienen representados por Cayo Seio y Lucio Ticio.¹⁰³

La definición de Gayo es la siguiente: "la parte de una fórmula por la cual es permitido al juez adjudicar una cosa a alguno de los litigantes" ("*pars formulae, qua permittitur*

¹⁰² Gai. 4,114.

¹⁰³ Gai. 4,42.

iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare"). Las acciones divisorias son tres: *communi dividundo* (que es general), *familiae erciscundae* (para la división de una herencia), *finium regundorum* (para la delimitación).

La *adiudicatio* reemplaza a la *condemnatio* de las acciones ordinarias; debido a lo cual, también como ésta, supone una *intentio*, que entonces se la redacta así: "[...] cuanto debe ser adjudicado a Lucio Ticio (y) a Cayo Seio [...]" ("*[...] quantum Lucium Titium Caium Seium adiudicari oportet [...]*").

Como tal *intentio* es "*incerta*", a su vez supone una *demonstratio*, que viene concebida de esta manera: "Puesto que Lucio Ticio (y) Cayo Seio [...] pidieron serles dado un juez [...] para la división de lo común de ellos [...]" ("*Quod Lucius Titius Caius Seius de communi eorum dividundo [...]* *iudicem sibi dari postulaverunt*"), bajo el entendido de que en cada fórmula concreta va individualizada la cosa común de que se trata y las demás circunstancias.

En realidad, la fórmula completa de los llamados "*iudicia divisoria*" no se agota en el complejo de cláusulas precedentemente descrito, porque a él se agrega otro de carácter obligacional. Pero sobre todo esto volveremos más adelante.

§ 19. "PRAESCRIPTIO"

Como su nombre lo indica, una *praescriptio*¹⁰⁴ va escrita antes de toda la fórmula, incluido el nombramiento de juez. Desde el punto de vista de su redacción, es característica suya aparecer encabezada con la expresión "que se litigue acerca de este asunto" (*ea res agatur*: en subjuntivo), "se litigará acerca de este asunto" (*ea res agetur*: en indicativo futuro) o "se litiga acerca de este asunto" (*ea res agitur*: en indicativo presente),¹⁰⁵ lo cual señala la función primordial de la cláusula, que es delimitar la *res in iudicium deducta*.

En Gai. 4,132 se da la razón de su nombre: ella se escribe antes de la fórmula (*praescribere*), de lo cual podría deducirse que estrictamente no forma parte de esta última; en efecto, Gai. 4,39 no la enumera entre las partes de la misma, y Gai. 4,137 la distingue

¹⁰⁴ Trata de esta cláusula Gai. 4,130-137. Cfr. D. 44.1; CI. 8.35.

¹⁰⁵ En Val. Probo 6,3 aparece la abreviatura "*e.r.a.*" de "*ea res agitur*" (= "se litiga acerca de este asunto": en indicativo presente).

expresamente de la fórmula, cuando, después de exponer un ejemplo de *praescriptio*, dice: "en seguida viene la fórmula" ("*deinde formula subicitur*"). La razón de diferenciar la *praescriptio* de la fórmula es histórica, como veremos más adelante. Aunque los ejemplos de *praescriptiones* que ofrece Gayo son todos de fórmulas con "*intentio incerta*", esta limitación no es forzosa.

Hacia la época de Gayo todas las *praescriptiones* cedían en beneficio del actor (*ab actore proficiscuntur*).¹⁰⁶ Entonces su función consistía en permitir que aquél pudiera reentablar la acción cuantas veces resultara necesario en el futuro, sin que la *litis contestatio* la consumiera íntegramente la primera vez, porque, habiéndose circunscrito previamente la *res in iudicium deducta*, el efecto consuntivo de aquélla sólo podía afectar a la acción de que se tratara en ese ámbito, dejándola subsistente en el resto.

Esta delimitación se hace necesaria cuando la prestación obligacional está dividida en cuotas sucesivas. Supóngase que mediante *stipulatio* se ha prometido una determinada cantidad periódica, y llega el momento de exigir la primera mensualidad o anualidad mediante la *actio certi*; la dificultad que se ofrece al actor es la siguiente: si entabla la acción con su fórmula ordinaria, deduce en juicio no sólo la prestación periódica ya devengada, sino también las por venir; pero como éstas no son exigibles aún, el demandado deberá ser absuelto; y como, por otra parte, la acción se consumió íntegramente por la *litis contestatio*, el actor ya no la podrá volver a ejercer cuando efectivamente llegue el día de ser pagada la siguiente mensualidad o anualidad y las sucesivas. Para evitar tal dificultad el actor debe cuidar de hacer insertar en la fórmula una *praescriptio* del siguiente tenor: "que se litigue por el asunto del cual su plazo ha vencido" ("*ea res agatur cuius rei dies fuit*"); a consecuencia de la cual la *intentio*: "todo cuanto por este asunto No. No. debe dar (y) hacer en favor de Ao. Ao." ("*quidquid paret Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet*"), queda automáticamente referida al *dare facere oportere* cuyo plazo venció, con exclusión de las prestaciones futuras, para exigir las cuales se podrá volver a intentar la *actio ex stipulatu* en su momento.¹⁰⁷ También puede ser útil una *praescriptio* cuando la relación obligacional comprende diversas prestaciones más o menos contemporáneas, y el actor entabla la acción que las cubre a todas, mas sólo para exigir una de ellas, queriendo dejarla subsistente por si la necesitara para reclamar las demás. Tal ocurre, por ejemplo, si el comprador, quien con la

¹⁰⁶ Gai. 4,133; cfr. Gai. 4, 130.

¹⁰⁷ Gai. 4,131.

actio empti puede reclamar al menos: la entrega de la cosa a él vendida, su *mancipatio* si lo vendido fue una *res Mancipi* y la responsabilidad del vendedor si posteriormente sufre evicción, desea por ahora exigir nada más que la *mancipatio* del fundo. Entonces debe cuidar que se anteponga una *praescriptio* del tipo "que se litigue por el asunto consistente en mancipar el fundo" ("*ea res agatur de fundo Mancipando*"), pues en caso contrario, una vez recaída la *litis contestatio* en la acción, ella quedará totalmente extinguida y ya no será posible usarla para reclamar las demás prestaciones a que tiene derecho como comprador.¹⁰⁸

En fin, la *praescriptio* sirve cuando se tiene una misma acción contra diversas personas, y se demanda a una de ellas, para circunscribirla a ésta, dejándola permanente con respecto a las demás. Tal ocurre en el caso de los que garantizan obligaciones ajenas frente al acreedor (*sponsores* y *fideiussores*). De este modo, cuando este último demanda al *sponsor* debe hacer insertar esta *praescriptio*: "Se litigue del asunto concerniente a que Ao. Ao. estipuló algo indeterminado de Lucio Ticio, en cuyo nombre No. No. es *sponsor*, del cual asunto venció su plazo" ("*Ea res agatur quod As. As. de Lucio Titio incertum stipulatus est, quo nomine Ns. Ns. sponsor est, cuius rei dies fuit*"). Tratándose de una *fideiussio*, la *praescriptio* dice: "Que se litigue del asunto concerniente a que No. No. autorizó con su fe algo indeterminado por Lucio Ticio, del cual asunto venció su plazo" ("*Ea res agatur quod Ns. Ns. pro Lucio Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit*"). Actuando así, el actor demanda lo procedente a ese fiador, pero conserva la acción contra los demás fiadores y el deudor principal.¹⁰⁹

Cuando la *praescriptio* conduce a una separación de pretensiones actuales, el actor se expone a verse enfrentado a la *exceptio litis residuae*, por la cual se ve forzado a esperar la siguiente pretura para volver a litigar, so pena de ver paralizada su acción con la mencionada *exceptio*. Así, por ejemplo, en el caso de la promesa de prestaciones periódicas la excepción no puede obstar; y tampoco cuando se ejerce la *actio empti* por la entrega o mancipación de la cosa con respecto a la responsabilidad por evicción, porque en ambos casos la reserva es para un proceso futuro. Pero cuando se pide la acción para que el fundo sea mancipado y no para que sea entregado (supuesto que no lo haya sido), hay aquí una separación de litigios actuales, ya que con la acción pudo demandar tanto la mancipación como la entrega al mismo tiempo, de modo que el actor se ve afectado por la *exceptio litis residuae*. A veces el contenido de la *praescriptio* puede quedar incorporado "en el lugar de la *demonstratio*" (*loco demonstrationis*), y la fórmula (Gai. 4,136) reza así: "Supuesto

¹⁰⁸ Gai. 4, 13a.

¹⁰⁹ Gai. 4, 137.

que Ao. Ao. estipuló de No. No. una suma incierta, asunto del cual venció su plazo, todo cuanto por este asunto No. No. debe dar (y) hacer en favor de Ao. Ao." ("*Quod As. As. de No. No. incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet*").

§ 20. "EXCEPTIO"¹¹⁰

I. ORIGEN. Posiblemente el punto de partida histórico de la *exceptio* sea la *denegatio actionis* a través de la *praescriptio pro reo*. Se puede ilustrar esta evolución con un ejemplo extraído de Gayo. Según él, en otro tiempo existió una *praescriptio* en favor del demandado cuyo tenor era el siguiente: "Que se litigue sobre este asunto: si en él no se haga prejuzgamiento acerca de la herencia" ("*Ea res agatur si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*").¹¹¹ El caso concierne al que reclama una cosa hereditaria singular por *vindicatio* o el pago de una deuda hereditaria con la acción que corresponda, contra el actual poseedor de aquélla o el deudor de ésta, cuando el demandado tiene interés en que no por todo ello quede establecido que el actor es el heredero, debido a lo cual sólo está dispuesto a aceptar el juicio siempre que en él no se discuta sobre esta calidad. Podemos suponer un primer estadio de evolución, consistente en que el magistrado simplemente denegara la acción al demandante, si es que con ella se fuera a prejuzgar acerca de su calidad de heredero, obligándolo a ejercer directamente su acción de heredero (*petitio hereditatis*), para que entonces en ella se discutiera sobre este fondo, amén del dominio o de la deuda.

En un segundo momento el magistrado, en vez de denegar la acción, la habría concedido con una *praescriptio pro reo*, cuyo sentido sería el siguiente: que la acción se entendiera concedida sólo en cuanto no resultaran verdaderos los hechos descritos en la *praescriptio*; en caso contrario, que se la tuviera por denegada; lo cual hubiera significado que entonces el juez no debía dar sentencia. Ello explicaría por qué esta cláusula antecedería a la fórmula misma: porque de resultar verdadera la *praescriptio*, eso sería como si no hubiera habido fórmula; y también explicaría por qué se empleaba el giro "que se litigue acerca de este asunto si" ("*ea res agatur si*"), en modo subjuntivo: porque el magistrado daba autorización para litigar "sólo si" los hechos descritos en la cláusula no habían sido verdaderos. Una ulterior

¹¹⁰ Cfr. D. 44,1; CI. 8,35; Inst. 4,13.

¹¹¹ Gai. 4,133.

consecuencia sería que la acción no se extinguiera y que otro pretor eventualmente pudiera concederla.

La evolución habría concluido con la mudanza de estas *praescriptiones pro reo* en *exceptiones*. Los hechos pertinentes entonces quedaron incluidos en el interior de la fórmula misma, bajo una construcción condicional, cuya veracidad excluye la *intentio* y conduce a una *absolutio*; lo cual implica que hay proceso y que la acción se extingue definitivamente en virtud de la *litis contestatio*. A esta fase pertenece la *exceptio* que, en el caso del ejemplo con que se inició esta exposición, el propio Gayo formula de este modo: "si en el asunto sobre el que se litiga no se haga prejuzgamiento respecto de la herencia" ("*si in ea re qua de agitur praeiudicium hereditati non fiat*").¹¹²

II. REDACCIÓN DE UNA "EXCEPTIO". En época clásica, la *exceptio* es una cláusula que siempre beneficia al demandado,¹¹³ el cual, en principio, también siempre debe solicitar expresamente su inclusión en la fórmula (entre la *intentio* y la *condemnatio*). En un tiempo más antiguo, la *exceptio* es introducida mediante el giro "fuera de que si [...]" (*extra quam si [...]*), lo cual se entiende en relación con una *intentio*. Así, por ejemplo, si suponemos que alguien entabla la *condictio*, formulándose, en consecuencia, esta *intentio*: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sesteracios en favor de Ao. Ao.", y el demandado alega que el actor le había remitido consensualmente la deuda, esta defensa es engastada en la fórmula como "excepción de pacto" (*exceptio pacti*), así: "fuera de que si entre Ao. Ao. y No. No. se convino en que ese dinero no sería pedido" ("*extra quam si inter Am. Am. et Nm. Nm. convenit, ne ea pecunia peteretur*"), a que sigue la *condemnatio* (*c.s.n.p.a.*). La secuencia "*si paret [...] extra quam si [...] condemnato s.n.p.a.*" ofrece este sentido lógico: el juez debe condenar si resulta la *intentio*, a menos que sea verdadero lo descrito en la *exceptio* (aunque resulte la *intentio*), caso en el cual debe absolver; por supuesto, también debe absolver si la *intentio* no resulta, con independencia de que lo descrito en la *exceptio* sea verdadero o no, lo cual no es más que aplicación de las reglas generales.

El verbo *excipere* es un compuesto de *capere* = "tomar, prender, coger" y de la preposición *ex* = "de, desde" (el interior de algo), de modo que viene a significar primordialmente "tomar desde el interior y sacarlo afuera, extraer"; de ahí el sustantivo *exceptio*, que podemos

¹¹² Gai. 4,133; D. 10,2,1,1; 44,1,13.

¹¹³ Gai. 4,115.

entender como "la cosa extraída". En realidad, la *exceptio* también viene a describir una hipótesis, y de lo que se trata, por lo tanto, es de esto: extraer dicha hipótesis del campo regido por la condena; en otras palabras, es una "excepción" a aquélla.

En el edicto adrianeo, en cambio, el giro *extra quam* desapareció, de guisa que normalmente las *exceptiones* aparecen introducidas con un simple *si*, y redactadas en sentido negativo ("*si non [...]*"). En el ejemplo de la *exceptio pacti* su formulación es de esta manera: "Si entre Ao. Ao. y No. No. no se convino que ese dinero no sería pedido" ("*Si inter Am. Am. et Nm. Nm. non convenit, ne ea pecunia peteretur*").

Se supone que en la fase *in iure* el demandado afirma algo, en el ejemplo, que hubo un pacto remisorio entre las partes, y entonces la excepción se redacta en sentido contrario a dicha afirmación: "si entre las partes no hubo un pacto" (dicho esquemáticamente). La excepción es, por lo tanto, una condición negativa de la *condemnatio*: el juez debe condenar "si no hubo pacto". Cuando el demandado afirma que hubo dolo en el actor, entonces la excepción es "si no hubo dolo", etc. (Gai. 4,119).

III. "EXCEPTIO" E "INTENTIO". Sustancialmente la *exceptio* contiene la hipótesis de un hecho no jurídico (en el sentido de ser irrelevante para el *ius civile*), que el pretor, empero, considera digno de tutela, al punto de que, si bien suceda resultar la *intentio* y tener que ser condenado el reo, éste sea absuelto cuando se prueba la veracidad de dicha hipótesis. Supóngase que se conviene en que uno prestará a otro una cierta suma de dinero y por adelantado celebran una estipulación, por la cual el futuro mutuuario promete (devolver) dicha cantidad, la cual no le es después efectivamente entregada. Pese a todo, jurídicamente el promitente debe la suma, ésta puede serle reclamada por la *condictio* y en principio aquél debe ser condenado; pero el pretor le concede la *exceptio de dolo*, merced a la cual resultará absuelto, porque, como dice Gayo, sería inicuo condenarlo.¹¹⁴ La *exceptio*, pues, es una de las principales fuentes de Derecho pretorio, junto con las *actiones in factum*.

Hay, sin embargo, un caso especial de excepción no fundada en hechos ajurídicos sino en el *ius*: la *exceptio iusti dominii* que opone a la *actio Publiciana* el dueño de la cosa (D. 6,2,16-17).

De lo cual se sigue que las *exceptiones* son normalmente introducidas cuando la *intentio* de la acción entablada es *in ius*, pues precisamente con aquéllas se trata de enervar la eficacia jurídica del *ius civile*. Si un hecho es

¹¹⁴ Gai. 4,116a.

civilmente relevante y la *intentio* es *in ius*, no se requiere de una excepción, porque tal hecho de todos modos produce sus efectos. Así, por ejemplo, cuando un deudor ha pagado su deuda (*solutio*), y pese a ello es demandado, no necesita introducir una *exceptio* en la fórmula en la cual se aluda al pago, porque éste por sí mismo tuvo la eficacia de extinguir la deuda, de manera de no permitir que resulte la *intentio*. Si, en cambio, lo que tiene que alegar es un pacto de remisión, como éste ante el *ius civile* carece de todo efecto, entonces se hace necesaria una *exceptio*, única forma de que el juez tenga que absolver aunque el actor prueba su *intentio*; de no adosarse la excepción, el juez debe atenerse a esta última y condenar.

De donde la distinción que solemos hacer entre efectos "por el mismo Derecho" (*ipso iure*) y "en fuerza de una excepción" ("*ope exceptionis*") producidos por un hecho. En la expresión *ipso iure* se entiende el adjetivo *civili*. El pago, pues, extingue *ipso iure (civili)* una obligación, mientras que un pacto condonatorio sólo la extingue "*ope exceptionis*", lo cual significa: en el primer caso, que una vez comprobado el hecho del pago, la *intentio* no resulta y el demandado tiene que ser absuelto porque no debe; y en el segundo, que una vez comprobada la *intentio*, esto es, que el demandado debe, si además se demuestra el hecho del pacto remisorio aludido en la excepción, aquél ha de ser absuelto, aunque deba y siga debiendo.

Cuando la acción es *in factum*, entonces técnicamente tampoco se requiere de una *exceptio*, si bien los hechos que el demandado tenga que hacer valer en contra de los alegados por el actor deban ser introducidos en la fórmula para que el juez los tome en consideración; en tales casos la descripción de hechos cuya prueba permite al juez condenar simplemente incluye tanto los alegados por el actor como aquellos invocados por el demandado, en mutua exclusión.

Supóngase que alguien entregó en depósito un objeto y que demanda su restitución con la *actio depositi in factum*, que dice: "Si Ao. Ao. resulta haber depositado una mesa de plata en manos de No. No. y no haber sido ésta devuelta a Ao. Ao. por dolo malo de No. No. [...]", el demandado que alega haberla restituido no necesita una *exceptio* para enervar la anterior hipótesis, porque ella incluye como hecho la no restitución. Sería, pues, una redundancia agregar "si la mesa de plata haya sido devuelta a Ao. Ao. por No. No."

Las excepciones pueden ser interpuestas tanto en fórmulas *in personam* como *in rem*.

Alguien, mediante coacción (*metus*), consigue de su dueño la transferencia de una cosa, cuya posesión después le reclama con la *rei vindicatio*; a la *intentio in rem* de esta acción el demandado puede oponer una *exceptio metus*: "si en este asunto nada ha sido hecho por causa de coacción" ("*si in ea re nihil metus causa factum est*"). V. Gai. 4,117; D. 44,4,4,33.

Como ya se indicó, por regla general la *exceptio* debe ser expresamente solicitada por el demandado (esté o no tipificada en el edicto). Esta regla no rige en los *bonae fidei iudicia* para las siguientes excepciones: de dolo, de pacto y de coacción (*exceptio metus*), pues en virtud de la cláusula *ex fide bona* que llevan estas acciones el juez está autorizado para considerar los comportamientos dolosos o violentos de las partes y los pactos habidos entre ellos, sin necesidad de su formal alegación mediante el mecanismo de la *exceptio*.¹¹⁵ En efecto, el dolo y la coacción son intrínsecamente incompatibles con la buena fe.

IV. FUENTES DE LAS "EXCEPTIONES". Un fundamento material de las *exceptiones* es la *aequitas* captada por el pretor,¹¹⁶ generalmente a sugerencia de los juristas, para modificar o derogar el *ius civile*. Las principales son: la ya citada *exceptio pacti* ("si inter Am. Am. et Nm. Nm. non convenit ne ea pecunia peteretur"),¹¹⁷ y la *exceptio de dolo o doli*,¹¹⁸ que reza: "si en este asunto nada ha sido hecho ni se haga con dolo malo de Ao. Ao. ("si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat");¹¹⁹ esta última tiene carácter general y subsidiario, pues se la opone cuando no existe una excepción específica y hay dolo en la actuación del demandante.

La utilización del giro "nada ha sido hecho ni se haga" ("nihil [...] factum sit neque fiat") en la *exceptio doli*, con el verbo reiterado en presente y en futuro, prevé dos hipótesis: que no haya habido dolo pasado, en relación con el momento de redactarse la fórmula; y que no lo haya con posterioridad, hasta la *litis contestatio*.

No es infrecuente, empero, que el pretor configure excepciones en cumplimiento de *leges imperfectae* o *minus quam perfectae* o de *senatusconsulta*, que es la manera práctica de hacer operativo este tipo de normas. En tal caso, la excepción toma el nombre propio de la fuente de que se trate, como la *exceptio legis Cinciae* o la *exceptio senatusconsulti Macedoniani* o *Vellaeiani*, etc.

La *lex Cincia* impedía donar más allá de cierto monto, que no conocemos, salvo en favor de determinadas personas. Supóngase, pues, que alguien promete por causa de donación

¹¹⁵ D. 2,14,7,5-6; 18,5,3; 24,3,21; 30,84,5.

¹¹⁶ Gai. 4. 116.

¹¹⁷ Gai. 4,116b; 4,119.

¹¹⁸ s.m. D. 44,4.

¹¹⁹ Gai. 4,116a; 4,119; D. 44,4,2,1.

una cantidad excesiva, y que el donatario entabla la acción para exigirla; entonces ésta le será dada con la excepción en favor del donante demandado "si en este asunto nada fue hecho en contra de la Ley Cincia".

Las excepciones están prometidas en el edicto del pretor; pero éste puede conceder otras no antes tipificadas, previa *causae cognitio*.¹²⁰

El edicto del pretor contiene, además, una cláusula general destinada a dar acogida a todas las excepciones posibles fundadas en leyes y senadoconsultos, del siguiente tenor: "si en este asunto nada haya sido hecho en contra de una ley o de un senadoconsulto" ("si in ea re nihil contra legem senatumve consultum factum sit"). A las excepciones no tipificadas y dadas para el caso previa cognición de causa, se las llama a veces *exceptiones in factum* (FV. 310; D. 11,1,20 pr.; 13,5,27; 14,6,20; 21,3,1,4; 23,3,7,3; 43,18,1,4; 44,4,2,5), lo cual nada tiene que ver correlativamente con las *actiones in factum*. Esta expresión sólo significa que la excepción se da para ese caso. Las *exceptiones utiles* (D. 4,4,41; 14,6,7,1; 16,1,17 pr.; 16,1,19,5; 18,5,3; 19,5,21; 20,1,13,2; 21,1,51,1; 32,37,4; 44,1,16; CI. 2,4,9) son aquellas que se formulan por analogía con una excepción tipificada, posiblemente con recurso a la técnica de la *fictio*. Supóngase que un comprador dio fiadores por el precio de la cosa comprada, y que después las partes del contrato de compraventa acordaron dejarlo sin efecto; si, no obstante, el vendedor reclama el precio al fiador, se da a éste una excepción útil de pacto, como si hubiera pactado no pedir con el vendedor, aunque en realidad no pactó (D. 18,5,3).

V. "EXCEPTIO DOLI". "EXCEPTIO QUOD METUS CAUSA". Conviene detenerse en el régimen de dos excepciones en particular.

1. Un relevante papel cumple en todo el Derecho patrimonial la *exceptio doli*.¹²¹ Ella tiene carácter general, en el sentido de ser oponible cuando no hay otra típica que alegar.¹²² Su formulación reza como sigue: "si en este asunto nada ha sido hecho ni se haga con dolo malo de Ao. Ao." ("si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat").¹²³

Por *dolus*, en el sentido de esta excepción, se entiende desde luego el engaño, pero también todo comportamiento de mala fe, aunque no sea engañoso, en virtud del principio de que "la buena fe es contraria al fraude y al dolo" (*fides bona contraria est fraudi et dolo*); v. D. 17,2,3,3. El que pide lo que tiene que devolver pide con dolo (D. 44,4,8 pr. = 50,17,173,3; "dolo facit, qui petit, quod redditurus est"). El principio "nemo contra factum suum venire potest" suele hacérselo operativo mediante esta excepción (cfr. D. 1,7,25 pr.).

¹²⁰ Gai. 4,118.

¹²¹ s.m. D. 44,4.

¹²² D. 4,4,4,33.

¹²³ Gai. 4,119; D. 44,4,2,1.

Mediante ella el juez queda autorizado para juzgar si fue doloso el comportamiento del actor observado en la relación de que se trate antes de la *litis contestatio* (*factum sit*: en pretérito perfecto), mas también si el hecho mismo de interponer la acción puede considerarse doloso (*fiat*: en presente).¹²⁴

Así, por ejemplo, si alguien, habiendo convenido en obligarse mediante estipulación de un modo, por ardid del estipulante se obliga de otro, puede usar la excepción. Pero si no medió dolo alguno que lo indujera a obligarse, y hay dolo en el asunto (*ipsa res in se dolo habet*), puede oponerla también: "porque cuando uno pide en virtud de esta estipulación, obra con dolo por lo mismo que pide" (*cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit*: D. 45,1,36), como si el que pidió dinero se adelanta a prometerlo y el que iba a prestárselo no se lo entrega y no obstante demanda el cumplimiento de la estipulación.

Esta excepción sólo puede ser opuesta en contra del autor del comportamiento doloso (debido a lo cual su nombre, como Ao. Ao. figura en la fórmula); no, por ende, en contra del tercero que se aprovechó del mismo.¹²⁵

2. Al que fue víctima de una coacción (*metus*) destinada a conseguir de él una atribución patrimonial en favor de alguien, sea del que coaccionó, sea de un tercero, se le da una *exceptio quod metus causa*,¹²⁶ o *exceptio metus*, cuando le es entablada una acción real o personal fundada en la atribución coacta; ella aparece formulada de esta forma: "si en este asunto nada ha sido hecho por causa de coacción" (*"si in ea re nihil metus causa factum est"*).¹²⁷

Así, por ejemplo, si alguien por coacción obtiene la promesa de una cosa o su transferencia por *mancipatio*, se ve enfrentado con esta excepción cuando después reclama el cumplimiento de la promesa o reivindica la cosa mancipada (Gai. 4,117).

La *exceptio metus* puede ser entablada desde luego en contra del autor de la coacción, pero también del tercero que no la causó y que se aprovechó de ella. Mediante dicha excepción, en efecto, el demandado sólo denuncia que en el asunto hubo coacción, sin indicar de quién provino (por lo cual

¹²⁴ D. 44,4,2,5.

¹²⁵ D. 44,4,2,1; 44,4,4,33.

¹²⁶ Gai. 4,121.

¹²⁷ D. 44,4,4,33.

se omite su nombre en la fórmula); debido a esto, Ulpiano dice que se trata de una *exceptio in rem scriptam*.¹²⁸

VI. "REPLICATIO", "DUPLICATIO", "TRIPLICATIO".¹²⁹ En contra de los hechos alegados mediante excepción por el demandado, puede oponer otros el actor a través de una *replicatio* introducida también con "*si non [...]*" o con "*aut si [...]*" (supuesto el previo *non* de la *exceptio*);¹³⁰ a ésta todavía puede seguir una *duplicatio* del reo¹³¹ y en seguida una *triplicatio* del actor,¹³² y así sucesivamente.¹³³

Supóngase que Ao. Ao. prestó 10.000 sesteracios a No. No.; que antes del pago, aquél condonó por pacto la deuda; que en seguida ambos de común acuerdo revocaron el pacto, pero que este pacto revocatorio fue obtenido con dolo de Ao. Ao. La fórmula entonces queda redactada así sobre la base de aquellos hechos alegados por cada parte: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sesteracios a Ao. Ao. [excepción:] si entre Ao. Ao. y No. No. no se convino que este dinero no habría de pedirse, [duplica:] si después no se convino que fuera lícito a Ao. Ao. pedir ese dinero, [réplica:] si en este asunto nada fue hecho o se haga con dolo malo de Ao. Ao. condena, juez, [...]", etc. ("*Si paret Numeriun Negidium Ao. Ao. X milla sestertium dare oportere, si inter Am. Am. et Nm. Nm. non convenit, ne ea pecunia peteretur, si postea non convenit, ut Ao. Ao. eam pecuniam petere liceret, si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat*"). Cfr. Gai. 4,126; otro ejemplo en Gai. 4,126a.

VII. TIPOS DE "EXCEPTIO". Se distingue entre *exceptiones peremptoriae* o *perpetuae* y *dilatoriae* o *temporales*.¹³⁴ Las primeras no caducan por el tiempo, de modo que siempre pueden ser opuestas por el demandado, tales como las *exceptiones doli, pacti conventi, quod metus causa, rei iudicatae vel in iudicium deductae*, y otras típicas, lo mismo que todas las fundadas en leyes y senadoconsultos;¹³⁵ las segundas, en cambio, caducan o se extinguen después de un cierto tiempo, por lo que sólo son oponibles antes de llegarles su día; un ejemplo característico de estas últimas es la fundada en

¹²⁸ D. 44,4,4,33.

¹²⁹ s.m. Inst. 4,14.

¹³⁰ Gai. 4,126.

¹³¹ Gai. 4,127.

¹³² Gai. 4,128.

¹³³ Gai. 4,129.

¹³⁴ Gai. 4,120.

¹³⁵ Gai. 4,121; D. 44,1,3.

el pacto de aplazamiento para el pago de una deuda (*exceptio pacti conventi temporalis*), que el deudor puede oponer si el acreedor lo demanda aún corriendo el plazo, pero que cesa después de terminado éste; o la *exceptio litis dividuae et rei residuae*, que sólo es posible durante el tiempo que resta al pretor ante el cual se inició el primer juicio¹³⁶.

Por lo tanto, el titular de una acción a la que puede ser opuesta una *exceptio dilatoria o temporalis* debe cuidar de no entablar aquélla hasta que cese la excepción; de lo contrario perderá el juicio y no podrá volver a iniciar su acción después por haberse consumido con la *litis contestatio* (Gai. 4.123).

VIII. "EXCEPTIO IN PERSONAM" Y "EXCEPTIO IN REM SCRIPTA". La distinción entre *exceptio in personam scripta* e *in rem scripta* es de muy limitados alcances: sólo contrapone la *exceptio doli* a la *exceptio metus*, porque en la primera se incluye el nombre de la persona que cometió el dolo, mientras que en la segunda se omite el nombre de la que ejerció la violencia. De acuerdo con ello, en el primer caso el demandado debe demostrar que el dolo provino precisamente de tal persona, mientras que en el segundo le es suficiente demostrar que hubo violencia, viniera de quien viniera.¹³⁷

En efecto, la *exceptio doli* reza así: "si en este asunto nada se hizo o se haga con dolo malo de Ao. Ao." ("*si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat*"), y como va indicado que el dolo debe provenir de Ao. Ao. se dice entonces que la *exceptio* es *in personam scripta*; como la *exceptio metus*, en cambio, dice: "si en este asunto nada se ha hecho por causa de coacción" ("*si in ea re nihil metus causa factum est*"), no interesa de quién provino ésta, si de Ao. Ao. o de un tercero, y se dice que la excepción es *in rem scripta*, para indicar su carácter objetivo.

§ 21. EXCESO Y DEFECTO EN LA PRETENSIÓN DEL ACTOR

I. "PLUS PETERE" EN LA "INTENTIO". 1. Al definir su *intentio* el actor puede incurrir en el vicio de "petición de más o excesiva" (*pluris petitio*) en relación con el Derecho material que funda su acción, como si, siendo dueño de un tercio del fundo, lo vindica enteramente, o si, debiéndole 1.000, reclama 2.000. Pero de un vicio así sólo puede adolecer una "*intentio certa*", es decir, aquella que no va precedida de una *demonstratio*, pues por definición una tal *intentio* debe determinar cualitativa y cuantitativamente el objeto

¹³⁶ Gai. 4,122; D. 44,1,3.

¹³⁷ D. 44,4,33; cfr. D. 44,4,2,1.

reclamado. Por el contrario, cuando aquélla es "*incerta*" por estar referida a un "*quidquid [...] dare facere oportere*" o a una *incerta pars* del dominio, es imposible que el actor se equivoque (objetivamente) en cuanto al monto de lo pedido, ya que ningún monto viene señalado en la fórmula.¹³⁸

2. El vicio consistente en *plus petere* conduce a la pérdida del proceso por parte del actor.¹³⁹ Ello es consecuencia de la estructura de la fórmula, que sólo autoriza al juez para condenar o absolver, y, en el primer caso, a condenar a un valor concerniente a lo señalado en la *intentio*. De este modo, por ejemplo, si alguien se obligó por estipulación a dar 1.000, y el actor lo demanda con la *condictio* por 2.000 de manera que la fórmula aparezca redactada como sigue: "Si No. No. resulta deber dar 2.000 a Ao. Ao. condena, juez, a No. No. a pagar 2.000 en favor de Ao. Ao.", puesto que el actor a lo más podrá demostrar al juez que el demandado le debe 1.000, he ahí que la *intentio* no resulta, y entonces deberá haber absolució, porque el juez no ha recibido un mandato de investigar si el demandado debe 1.000 ni de condenar a pagar tal suma.

Mas, como en la petición excesiva o mayor está contenido el *quantum* menor realmente debido o de que se es dueño, he ahí que el actor de hecho deduce en juicio la que es o debió ser su verdadera pretensión, con lo que la *litis contestatio* la alcanza, consumiendo *ipso iure* u "*ope exceptionis*" su acción, que ya no puede ser reiterada ni siquiera con la modificación apropiada de la *intentio* para exigir el monto exacto. En determinados casos, empero, el pretor puede rescindir la *litis contestatio* abriendo la posibilidad de reiterar la acción.

El rigorismo de los efectos de *plus petere* en el proceso formulario es un resabio del mismo en la *legis actiones*; pero temperado por la mencionada posibilidad de rescindir la *litis contestatio*. Así ocurre en favor de los menores de 25 años que incurren en el vicio de *pluris petitio* o si intervino coacción (*metus*), dolo o error que determinaron la petición excesiva del actor (PS. 1,7,2). Por estas razones, el mencionado rigorismo de hecho queda reducido a una suerte de sanción para el demandante que a sabiendas pide excesivamente.

3. Según Gayo, se incurre en el vicio de *plus petere* de cuatro modos: *re, tempore, loco y causa*. Hay vicio de *plus petere* "por la cosa" (*re*) en la *intentio* cuando se pide una cantidad excesiva, como en los ejemplos presentados al comenzar el tratamiento de esta materia. Ello ocurre, en cambio,

¹³⁸ Gai. 4,54.

¹³⁹ Gai. 4,53.

“en el tiempo” (*tempore*) si el actor demanda lo debido antes de cumplirse el plazo concedido para el pago. Es “por el lugar” (*loco*) si se demanda en una plaza lo que debe pagarse en otra. Finalmente, aquélla es “por la causa” (*causa*) cuando el demandado debe varias cosas alternativamente o un género de cosas, correspondiéndole a él la elección de la especie concreta con que pagar, si el actor le pide una especie determinada, privándole así de la elección.¹⁴⁰

Esta materia exige una revisión. La distinción gayana en cuatro modos de *plus petere* es una típica división dialéctica con base en los *topoi* del *quid*, *quando*, *ubi* y *ex qua*, que en este caso resulta muy artificial. Es cierto que si alguien prometió 10.000 sesteracios o el esclavo Estico a su elección, y el acreedor le demanda este último, o si prometió púrpura y se le demanda púrpura de Tiro, lo mismo que si se obligó por estipulación a dar en Efeo y se le cobra en Roma, y también si prometió dar en tal día cierto y se le cobra antes de llegar éste, tiene que haber absolución porque la *intentio* no resulta, y que además no puede reiterarse la acción, porque fue consumida; pero quizá sea demasiado decir que se trata de *pluris petitio*, la cual corresponde propiamente a la que Gayo denomina *re*. Por lo demás, a veces el plazo para pagar resulta de un *pactum* y entonces menester es agregar la *exceptio pacti*, por lo que el litigio se pierde en virtud de ella y no de *plus petere*. De otro lado, los problemas que ofrecen el tiempo, el lugar y la causa también se pueden presentar en las acciones con *intentio incerta* y ello contradice la regla, aceptada por el mismo Gayo (4,54), de que no puede haber *plus petere* en las fórmulas inciertas.

4. Aparte la *in integrum restitutio*, ya nombrada, con que se remedia el vicio, preventivamente se puede evitar incurrir en él mediante una *interrogatio in iure* dirigida por el actor al demandado para preguntarle por ciertos extremos dudosos de la relación que se desea deducir en juicio; mediante el ejercicio de la *rei vindicatio* o de la *petitio hereditatis* como *incertae partis*, o entablando la *actio de eo quod certo loco*.

II. “MINUS PETERE” EN LA “INTENTIO”. VICIOS EN LA IDENTIDAD. 1. El vicio contrario, consistente en “pedir menos” (*minus petere*) de lo que corresponde según la relación material, no hace perder el proceso al actor ni consume su acción por el resto no pedido; pero si aquél lo demanda ante el mismo pretor frente al cual accionó parcialmente la primera vez, puede verse enfrentado con una *exceptio litis dividuae*.¹⁴¹

¹⁴⁰ Gai. 4,53a-4,53d; Inst. 4,6,33-33e.

¹⁴¹ Gai. 4,56; 4,122.

Este régimen está dirigido a evitar la multiplicación de los procesos, e impele al actor a demandar el total de una vez. En la misma razón se funda la *exceptio litis residuae*: si alguien tiene varias acciones que hacer valer en contra de una misma persona y todas se pueden entablar conjuntamente, de modo que sean conocidas por el mismo iudex, y las interpone separadamente ante el mismo pretor, pero de modo que resulten llevadas a jueces diferentes, las acciones posteriores se enfrentan con la mencionada excepción. En otras palabras, el actor que divide el litigio o que separa litigios acumulables, debe esperar a la siguiente pretura para accionar por lo que aún le falta.

2. Los vicios que afectan no a la cantidad sino a la identidad del objeto, lo mismo que a la identidad de la causa o de las personas no impiden renovar correctamente la acción, porque no hay consumisión. Así: i) cuando se demanda una cosa por otra *aliud pro alio*), como si se debe el esclavo Estico y se demanda el esclavo Eros, caso en el cual, aunque el actor pierde el litigio sin poder volver a demandar el esclavo antes pedido, le es posible reclamar el que verdaderamente le era adeudado; en efecto, la relación de deuda recaída sobre tal objeto no fue deducida en juicio con anterioridad; ii) si se reclama algo debido según una causa que era debido por otra, como cuando se pide *ex testamento* lo adeudado *ex stipulatu*, ya que después se puede demandar por esta última causa, porque tampoco la deuda fue verdaderamente deducida en juicio; iii) en el caso en que una persona pretenda para sí cuando debía pretender para otro, como si un *cognitor* o un *procurator* demandan diciendo que se les debe a ellos (*sibi dari oportere*) en vez de decir que se debe al sustituido por ellos, pueden después entablar correctamente la acción, también por el motivo de que la verdadera relación no fue deducida en juicio.¹⁴²

III. “PLUS AUT MINUS PONERE” EN LA “DEMONSTRATIO”. Si bien la *pluris petitio* o el *minus petere* son imposibles en las fórmulas con “*intentio incerta*”, por las razones antes indicadas, bien puede ocurrir que el actor “ponga más o menos” en la propia *demonstratio* de tales fórmulas (*si in demonstratione plus aut minus positum sit*).¹⁴³ El régimen de estos vicios es parcialmente diferente que cuando inciden en la *intentio* cierta.

Una *demonstratio* excesiva hace perder el litigio al actor; pero éste puede volver a demandar planteando correctamente su *demonstratio*. La razón es siempre formal: cuando alguien compró el esclavo Estico, y después re-

¹⁴² Para todo: Gai. 4,55; Inst. 4,6,35; v. también: D. 44,2,14,2; 44,7,18.

¹⁴³ Gai. 4,58.

clama en la *intentio* “todo cuanto le sea debido” señalando como causa la compra de Estico y Pánfilo en la *demonstratio*, no se considera que en esta descripción vaya incluida como parte el “todo cuanto le sea debido” por la compra de Estico, sino que se la mira como una descripción diferente. En efecto, lo que aparentemente es el todo (lo debido por haber comprado Estico y Pánfilo) no necesariamente resulta de la suma de lo que aparentemente son sus partes (lo debido por la compra de Estico más lo debido por la compra de Pánfilo); en el caso concreto puede ocurrir que el total de lo debido haya que relacionarlo con una de las cosas tan sólo (como si el vendedor entregó oportuna e íntegramente una de las cosas pero se demoró en hacer lo propio con la otra, caso en el cual el total de lo debido resultará de evaluar este incumplimiento parcial); mas, como de hecho la demanda es rechazada por no probarse la *demonstratio*, no puede saberse cuánto es lo debido por la compra del objeto efectivamente comprado; y entonces esa *res* no se considera deducida en juicio.

Fue discutido el caso de una *demonstratio* viciada por defecto, como si habiéndose comprado los esclavos Estico y Pánfilo, sólo se demanda todo lo debido por la compra del primero. Según la opinión mayoritaria, la acción debe ser rechazada, sin perjuicio de podérsela entablar después por el resto (ante el siguiente pretor). Pero Labeón opina que el juez puede dar lugar a la demanda, según el siguiente razonamiento: quien ha comprado dos esclavos evidentemente también ha comprado uno de ellos (por lo cual la *intentio* debe resultar).¹⁴⁴

La regla general que se deduce del régimen anterior es la siguiente: “una falsa *demonstratio* no precluye (o consume) el pleito” (“*falsa demonstratio rem non peremit*”), entendiendo por falsedad el exceso o el defecto (Gai. 4,58). Según Gayo (4,60), algunos juristas pensaban que una *demonstratio* excesiva consume la acción, cuando ésta es de aquellas que producen *infamia* (como la del depósito o de las injurias), lo que debemos entender como una sanción contra el actor que arriesgó a su demandado el tener que sufrir esa tacha.

IV. “PLUS AUT MINUS PONERE” EN LA “CONDEMNATIO”. El exceso o el defecto también pueden incidir en la *condemnatio*, si el actor pone de más o de menos que cuanto corresponda, lo cual sólo puede ocurrir en las acciones que llevan *condemnatio certa*. Cuando se puso más (*si in condemnatione plus positum sit*), el juez disminuye la condena hasta hacerla coincidir

¹⁴⁴ Para todo: Gai. 4,58-60.V. D. 13,6,17,4; 19,1,33.

con el monto indicado en la *intentio*, y si de hecho condenó en exceso, el pretor concede una *restitutio in integrum* al demandado. Cuando se puso menos (“*si minus positum fuerit quam oportet*”), el juez debe condenar a esa cantidad, aunque sea mayor la indicada en la *intentio* y no se da una restitución al actor, salvo que se trate de un menor de 25 años. En todo caso, se consume la acción.¹⁴⁵

La razón de no dar la restitución, según Gayo, es que el pretor socorre más fácilmente a los demandados que a los actores.

¹⁴⁵ Gai. 4,57.

CAPÍTULO IV LA “ACTIO” Y SUS TIPOS

§ 22. CONCEPTO DE “ACTIO”

La palabra *actio* deriva del verbo *agere*.

El verbo *agere* fue adoptado del griego por el lenguaje pastoril, con el significado de “hacer avanzar delante de sí, guiar desde atrás, empujar”, como se hace con los animales en rebaño (cfr. D. 50,16,235 pr. i.f.), en oposición a *ducere*, que es “marchar a la cabeza, guiar desde delante”, como se hace con los hombres (en formación militar, por ejemplo). Como hacer avanzar delante de sí implica a la vez un movimiento corporal continuo y durativo de avance propio, el verbo terminó por designar cualquier actividad corporal de ejercicio durativo, en oposición a *facere*, que representa una actividad considerada en un instante determinado; y en fin, cualquier actividad, corporal o no. Además, como hacer avanzar desde atrás es una actividad que se agota en sí misma y no produce cosas, en esto se diferenciò también de *facere*, que es hacer cosas corporales. Aparte el sentido general de este verbo como “actuar, tener una actividad”, él ofrece sentidos técnicos. En el vocabulario religioso significa “cumplir los ritos del sacrificio, sacrificar”; en el lenguaje teatral es “representar (actuar) un papel dramático” (de donde que se llame “acto” a cada parte de una pieza y “actor” al que representa sus personajes); y en gramática sirve para designar las voces activas. En el lenguaje político, el participio de pretérito neutro plural *acta* designa las actuaciones políticas o públicas imputables a alguien; y, por metonimia, el documento en que se deja constancia de tales actuaciones; de allí “las actas” (de una sesión del senado por ejemplo). Por cierto, en el Derecho también adquirió una importancia especial este verbo, para señalar la actividad jurídica, que por antonomasia es el proceso judicial, llamado precisamente *agere*, el cual se debe iniciar por la actividad (*actio*) de un demandante (*actor*). Este uso debió de estar en conexión con el ritualismo del procedimiento arcaico, previsto en la ley. Puesto que litigar significa reproducir los ritos prescritos legalmente (incluso corporales, aparte de orales, como en la *actio legis per sacramentum*), nada más natural fue que aplicar a tal reproducción el verbo *agere*, como en la expresión *lege agere* = “actuar por la ley”, es decir, según ésta. En la época tardía, *acta* también se usó para indicar “las actas” de un proceso, esto es, el “expediente”.

En el lenguaje jurídico, *agere* y *actio* significan el comportamiento ante el magistrado jurisdiccional, y vienen a tener aproximadamente el sentido de nuestra palabra "proceso"; *actio legis* o *lege agere*, en efecto, significan "el proceso de acuerdo con la ley". Comoquiera que éste es iniciado por una de ambas partes ya en conflicto prejurisdiccional, la palabra *actio* se desplazó hasta significar de modo específico el comportamiento de aquella que precisamente lo inicia (el *actor*); y esta acepción se mantuvo en el procedimiento formulario, mientras que *agere* conservó, amén del mismo, también el sentido de "procedimiento": se puede entonces decir *agere cum aliquo* y *agere per formulas-agere per sponsionem*; en el primer caso, *agere* alude al comportamiento del *actor*, quien actúa con (contra) alguien; en los dos últimos, a unos procedimientos, en los cuales dichas palabras aluden a la fase *in iure* y *apud iudicem*.

El que inicia un proceso, pues, siempre entabla una acción, y en este sentido, la palabra sólo alude a una posición procesal, que nada predice acerca de la razón jurídica que le asista para obtener una sentencia favorable, de modo que igual acciona el que carece de razón y haya de perder el litigio; por lo cual *actio* equivale a "demanda".

En sentido sustancial, en cambio, *actio* implica "estar asistido por el Derecho", de guisa tal de poder esperar una sentencia favorable. Bajo este concepto, la palabra *actio* cumple la misma función lingüística que nuestra expresión "tener Derecho (subjetivo)". Por ello, por ejemplo, al dueño de algo se le da una acción (reivindicatoria) para recuperar la posesión de la cosa, y al que prestó dinero, una acción (*condictio*) para cobrar la cantidad prestada. Una *actio*, en este sentido, nace (*actio nascit*), se puede ceder a otro (*mandare actionem*) y puede ser extinguida (*exstinguere actionem*), lo que significa crearse, trasladar o poner fin a una determinada posición jurídica.

En el Derecho romano clásico no existe una única y general *actio*, indistintamente apropiada para pretender sentencia favorable con respecto a cualquier posición jurídica, sino una variadísima gama de *actiones*, cada una adaptada a las diversas posiciones posibles, sentido en el cual hablamos de la "tipicidad de las acciones". Esta tipicidad se manifiesta por medio del nombre propio de cada cual (*rei vindicatio*, *ususfructus vindicatio*, *Publiciana*, *Fabiana*, *condictio*, *actio ex empto*, *actio ex locato*, *commodati*, etc.), y de su *formula*, ya que cada acción, en efecto, posee una que también le es propia; y aunque se las pueda agrupar en pocas clases por ofrecer estructuras semejantes, siempre hay algo irreductible determinante de su especificidad o tipicidad, que normalmente viene representado por la *causa*: del dominio

(modo de adquirir), del Derecho real (modo de constituir), de la obligación (fuente). En el estudio de estas causas radica buena parte del estudio del Derecho, y por eso su exposición en inúmeros casos se confunde con la de las acciones. Como muchas acciones están prometidas por el pretor en forma permanente, uno de los sistemas expositivos del Derecho empleado por la jurisprudencia es justamente aquel basado en la ordenación edictal, que reflejan los comentarios *ad edictum*.

§ 23. "ACCIONES CIVILES"

Se entiende por *actiones civiles* aquellas en cuya *intentio* de su fórmula es descrita una relación fundada en el *ius (civile)*. En consecuencia, ellas existen con independencia de la *iurisdictio*. Desde el punto de vista de la técnica formularia estas acciones siempre tienen una *intentio in ius (civile) concepta*.¹⁴⁶

Cuando la acción es *in rem*, su carácter civil es manifestado con recurso a la expresión *ex iure Quiritium*, como en este ejemplo: "(Si) la cosa acerca de la cual se litiga (resulta) ser de Ao. Ao. en virtud del Derecho de los quirites" ("[Si paret] *rem q.d.r.a. ex iure Quiritium Ai. Ai. esse*"); o bien: "[Si resulta] ser *ius* (o no ser *ius*) para Ao. Ao." ("[Si paret] *Ao. Ao. ius esse* [o *ius non esse*]").

En la *intentio* de la *rei vindicatio* y de la *petitio hereditatis* se menciona el objeto (la cosa o herencia) como perteneciente al actor "en virtud del Derecho de los quirites", que es la forma arcaica de decir *ius civile*; así: "Si el fundo Corneliano, acerca del cual se litiga, resulta ser de Ao. Ao. en virtud del Derecho de los quirites" ("Si paret *fundum Cornelianum q.d.r.a. ex iure Quiritium Ai. Ai. esse*"); y: "Si la herencia de Publio Mevio, acerca de la cual se litiga, resulta ser de Ao. Ao. según el Derecho de los quirites" ("Si paret *hereditatem q.d.r.a. Publi Maevii ex iure Quiritium Ai. Ai. esse*"). En la *intentio* de la *vindicatio ususfructus* y *servitutis* lo mencionado como perteneciente al actor es el *ius*: "Si usar y disfrutar ese fundo acerca de lo cual se litiga, resulta ser Derecho para Ao. Ao." (*Si paret Ao. Ao. ius esse eo fundo q.d.r.a. uti frui*). En las acciones negatorias se afirma no ser *ius* algo para alguien: "Si transitar a pie o en vehículo por aquel fundo, acerca de lo cual se litiga, en contra de la voluntad de Ao. Ao. no es *ius* para No. No." ("Si paret *No. No. ius non esse per fundum illum ire agere invito Ao. Ao.*").

Cuando la acción es *in personam*, su carácter civil va denotado con el uso del verbo técnico *oportere*, de etimología desconocida, pero que tiene el sentido de "tener que" o "deber".

¹⁴⁶ Gai. 4,45.

Según el tipo de prestación, pues, se dice *dare oportere*, *dare facere oportere ex fide bona*, *damnum decidere* o *noxiam sarcire oportere*, *noxae dedere oportere*.

§ 24. "ACTIONES HONORARIAE"

Todas las demás acciones son *honorariae*, adjetivo genérico éste que incluye las *praetoriae* y *aediliciae*. Estas acciones existen porque el magistrado las ha creado, procediendo a veces sobre la base de una *actio civilis* por asimilación de hipótesis, y en otras en forma enteramente nueva. Dentro de este género se pueden distinguir varias especies.

I. "ACTIONES IN FACTUM". En primer lugar se encuentran las *actiones in factum* con *formula in factum concepta*. Su característica esencial radica en que la *intentio*, o su equivalente, se limitan a describir una hipótesis de hecho, sin ninguna referencia a relaciones de Derecho, sentido en el cual estas acciones se oponen directa e inmediatamente a las *in ius*, cuya *intentio* describe, por el contrario, una hipótesis de Derecho. Ello supone que los hechos de tal hipótesis no se encuentren regulados en modo alguno por el *ius civile*, y que sean algo extrajurídico en consecuencia, pero que el magistrado haya decidido tutelar en algún sentido. Careciendo éste del poder de crear *ius*, no puede referir la *intentio* a él, ya que no resultaría, por lo cual se limita a describir los hechos y ordenar al juez condenar si resultan demostrados y absolver en el caso contrario, para dar la cual orden sí tiene potestad.¹⁴⁷ Por este medio el magistrado suele extender el Derecho civil a situaciones análogas o reformarlo.

Un buen ejemplo de la contraposición *in ius-in factum* es ofrecido por Gayo (4,47) con respecto al depósito. En la época arcaica este negocio debía realizarse mediante una transferencia fiduciaria del dominio de la cosa en función de custodia (*fiducia cum amico*), en virtud de la cual el adquirente quedaba obligado jurídicamente a restituir el dominio de la cosa; la mera entrega en la misma función era sólo un hecho incapaz de crear obligación alguna, aun cuando la no restitución podía ser considerada como hurto (*furtum*). En algún momento el pretor introdujo una *actio depositi in factum*, cuya fórmula fue así: "Si resulta Ao. Ao. haber depositado una mesa de plata en manos de No. No. y no haber sido devuelta por dolo malo de No. No. a Ao. Ao. a tanto dinero condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao. cuanto valga la cosa; si no resulta, absuelve" ("*Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret absolvito*"). En un momento posterior apareció una *actio depositi in ius*; del siguiente tenor:

¹⁴⁷ Gai. 4,46.

"Supuesto que Ao. Ao. depositó una mesa de plata en manos de No. No. acerca del cual asunto se litiga, a todo cuanto por este asunto No. No. debe dar (y) hacer en favor de Ao. Ao. según la buena fe, a ello condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Quod As. As. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret absolvito*"). Mientras la fórmula *in factum* se limita a relatar hipotéticamente los hechos, a saber: i) si Ao. Ao. depositó una mesa de plata en No. No.; ii) si ésta no fue devuelta por No. No. a Ao. Ao.; y iii) si dicha no devolución se debió a dolo malo de No. No. para ordenar al juez que condene, en caso de resultar tales hechos, al *quanti ea res erit*, esto es, al valor objetivo de la tenencia de la mesa de plata en el momento de la sentencia; la fórmula *in ius* ordena al juez investigar todo cuanto según la buena fe está jurídicamente obligado a dar y hacer No. No. en favor de Ao. Ao. si es verdad que éste le depositó una mesa de plata, para que en seguida condene a todo eso. Como aquí se trata de indagar una cuestión jurídica, una vez comprobada su existencia, la carga del demandado se regirá por lo que al respecto establezca el Derecho objetivo; en consecuencia, por ejemplo, el depositario responderá no sólo por su dolo, mas también por su culpa, y responderá no únicamente del valor objetivo de la tenencia de la cosa al momento de la sentencia, sino por cuanto interesó al actor haber tenido la cosa en el momento de la *litis contestatio*, etc., nada de lo cual es posible con la fórmula *in factum*. En suma, se trata de la diferencia entre que alguien deba ser condenado según los términos de la orden de condena, y que alguien deba ser condenado según todo lo que el Derecho prescribe. Otro ejemplo en Gai. 4,46.

Estadísticamente hablando, la mayoría de las acciones son *in factum*. Varias de ellas aparecen prometidas en el edicto; pero el magistrado puede conferir otras en cualquier momento aun sin previo anuncio edictal. Los juristas suelen decir que una acción de este tipo debe ser dada en tal caso, pero que así sea efectivamente, eso depende del magistrado.

II. "ACTIONES FICTICIAE". Un segundo grupo de acciones honorarias está constituido por aquellas en cuya *intentio* aparece una *fictio*, por lo cual se habla de *actiones ficticiae*.

Por "ficción" (*fictio*) debe entenderse el mandato de suponer atribuida o no atribuida cierta calidad jurídica a una persona, que en realidad no la tiene o que sí la tiene, para efectos específicos.

El sentido original del verbo *figere* es "modelar en arcilla", de donde "formar una figura, figurar" (palabra ésta que por lo demás también viene del mismo verbo), después "representar algo, imaginar". No se debe confundir la *fictio*, cuya fuente es una orden del pretor, con los procedimientos de asimilación y analogía usados por la jurisprudencia, que tienen siempre una base real. También las leyes y los senadoconsultos pueden dar lugar a verdaderas *fictiones*. La expresión *actiones ficticiae* aparece una vez en Tit. Ulp. 28,12.

El pretor recurre a la técnica de las ficciones para superar en el caso concreto algún elemento del *ius civile*, cuya existencia o inexistencia impiden ejercer cierta acción civil que supone una u otra; ordenando al juez que finja no existir el elemento jurídico existente, o existir el no existente, hace posible entablar dicha acción.

Las acciones con ficción se basan siempre en una acción civil, la *intentio* de cuya fórmula ordinaria es modificada mediante el añadido de una cláusula especial que contiene la ficción (por lo cual ésta no constituye una *pars formulae* autónoma). En realidad, pues, no se trata de una clase materialmente distinta de acciones, sino de la misma acción básica que corresponda, con la indicada modificación. Su carácter honorario, por lo demás, deriva únicamente de la ficción añadida, pero en el resto siguen siendo *in ius* y mantienen la estructura de la acción básica.

La *fictio*, como se adelantó, siempre tiene por objeto a una calidad jurídica (por ejemplo: la ciudadanía, la calidad de heredero, el no ser *capitis deminutus*, como en seguida se verá) y nunca a un hecho del mundo material; así, por ejemplo, el pretor no podría ordenar fingir que un difunto está vivo o viceversa. Por estar referidas a sólo hechos, las acciones *in factum* nunca llevan ficción; por lo demás, el pretor no necesita de ésta para superar la materialidad descrita en sus propias acciones *in factum*, pues le basta dar una nueva fórmula con descripción de hechos modificada, a fin de provocar la superación que desea.

Formalmente la ficción es introducida con el giro "si [...] entonces [...]" ("*si [...] tum [...]*").

En las fuentes hay varios ejemplos. Un heredero, en su calidad de dueño de las cosas sucesorias, puede entablar la *rei vindicatio*, cuya *intentio* resulta en su favor; pero el *bonorum possessor*, es decir, aquella persona a quien el pretor confiere la posesión de los bienes de un difunto según las disposiciones del edicto, sin prestar atención a que sea heredero civil o no, no puede entablar la mencionada acción, cuando ocurra que además no sea heredero; en consecuencia, si dicha persona se encuentra en el caso en que, de haber sido heredero, le hubiera competido la *rei vindicatio*, el pretor le confiere esta acción con la ficción "si fuera heredero" ("*si heres esset*"), cuya fórmula queda entonces así: "Si Ao. Ao. fuera el heredero de Lucio Ticio, (y) entonces si el fundo acerca del cual se litiga debería ser suyo en virtud del Derecho de los quirites", etc. ("*Si As. As. Lucio Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret*"). La operación lógica aquí es la siguiente: i) se sabe que Ao. Ao. no es dueño del fundo porque no es heredero de Lucio Ticio; ii) pero suponiendo que lo fuera, hay que preguntarse si entonces sería dueño del fundo; iii) en consecuencia, se ordena al juez que suponga a Aulo Agerio como heredero de Lucio Ticio; para que iv) investigue si bajo esa hipótesis Ao. Ao. sería dueño del fundo. Se observarán aquí dos cosas: i) que lo fingido es una calidad jurídica: ser heredero; ii) que de la ficción no resulta automáticamente que Ao. Ao. sea dueño, de modo que la *intentio* de la *rei vindicatio* normal sigue cumpliendo

su papel de mera hipótesis por demostrar (de allí que la fórmula no diga simplemente: "si [...] [resulta] ser suyo el fundo", mas: "si [...] debería ser suyo el fundo" ("*si eum fundum [...] eius esse oporteret*"). En efecto, pese a ser fingido como heredero el actor, bien puede ser que aun así no resulte que hubiera sido dueño, por ejemplo, si el difunto no lo era, por lo que será absuelto el demandado. Ello es totalmente congruente: si el difunto no fue dueño, aunque realmente hubiera sido su heredero el actor, aun así no hubiese ganado el proceso; con mayor razón entonces no debe ganarlo cuando es heredero fingido. Si este *bonorum possessor*, en vez de reivindicar un bien sucesorio, desea cobrar una deuda del causante, tampoco puede ejercer la acción básica correspondiente y debe añadirse a su fórmula la misma ficción. Suponiendo que se trata de una deuda exigible con la *condictio*, la fórmula queda modificada así: "Si Ao. Ao. fuera heredero de Lucio Ticio, (y) entonces si resultase No. No. deber dar 10.000 sestercios a Ao. Ao." ("*Si As. As. Lucio Titio heres esset, tum si pareret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium x milia dare oportere*"). La ficción "*si heres esset*" también funciona en contra del *bonorum possessor*, por ejemplo, para que los acreedores del difunto le cobren sus deudas (todo en Gai. 4,34). Un tratamiento similar activo y pasivo se da al *bonorum emptor*, es decir, al que compra la universalidad del patrimonio del deudor concursado (incluyendo sus créditos y deudas) si éste murió: el *bonorum emptor* es fingido su heredero (Gai. 4,35), fórmula ésta que recibe el nombre de *Serviana*. En otros casos (Gai. 4,37) lo fingido es la ciudadanía con respecto a un *peregrinus* a fin de que pueda demandar y ser demandado como si fuera ciudadano ("*si civis Romanus esset*"), como cuando un extranjero hurta algo a un ciudadano, pues entonces el pretor confiere a éste la *actio furti* con su *intentio* modificada por la *fictio*, que queda así: "Si resulta haber sido hecho hurto de una copa de oro a Lucio Ticio por el hijo de Dión Hermias o con la complicidad o instigación del hijo de Dión Hermias, por el cual asunto él, si fuera ciudadano romano, debería pagar la pena como ladrón", etc. ("*Si paret Lucio Titio a Dionis Hermaei filio opeve consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret*"). También (Gai. 4,38) se dan acciones ficticias cuando un deudor ha sufrido *capitis deminutio* derivada de una *adrogatio* el varón o de una *coemptio* la mujer, caso en el cual se extingue la deuda, que el pretor restablece concediendo al acreedor la acción que corresponda como si el sujeto no fuera *capitis deminutus* ("*si capitis deminutus non esset*"). Otro ejemplo se tiene en la *actio Publiciana* (Gai. 4,36), cuya ficción es sólo a medias una excepción a la regla de que no se fingen hechos, porque ella recae sobre un período de tiempo, y el tiempo, en cuanto a su medición, resulta ser convencional como las calidades jurídicas y no propiamente un hecho.

La *fictio* opera sólo en el caso concreto y no atribuye realmente la calidad de que se trata; de lo contrario dejaría de ser ficción. Así, por ejemplo, cuando se finge ciudadano a un extranjero, no es que se lo convierta en ciudadano de modo de poder adquirir todos los Derechos y deberes de tal; sólo se le tiene como ciudadano a efectos de que pueda demandar o ser demandado en ese juicio específico; en sí mismo, por lo tanto, el individuo de que se trata sigue siendo extranjero para todos los demás efectos.

En las fuentes las acciones con ficción suelen ser llamadas *utiles*.

Sería, pues, el término técnico para designar a tales acciones; así en Gai. 4,38. Pero en muchos casos el adjetivo es aplicado a acciones *in factum* cuyo carácter ficticio debe ser excluido, por lo que no queda más que suponer tratarse de empleos abusivos o directamente de expresiones interpoladas, con el sentido de "acciones que siguen un modelo anterior", porque las ficticias, como vimos, efectivamente toman como base a una acción civil.

III. ACCIONES CON CAMBIO DE PERSONAS. 1. Un tercer grupo de *actiones honorariae* está compuesto por aquellas que llamamos con "trasposición o cambio de personas", debido a que el pretor modifica la fórmula de la acción básica de que se trate, incluyendo como demandante o demandado en la *condemnatio* a un sujeto distinto de aquel que como uno u otro aparece en la *intentio*. El esquema general es, pues, que si en la *intentio* aparece Lucio Ticio como acreedor o como deudor, o bien como dueño o como titular del Derecho real, en la *condemnatio* figuran Ao. Ao. o No. No. como sujetos activo o pasivo de la condena, y no Lucio Ticio, tal cual tendría que ser en las acciones ordinarias.

Esta técnica cumple la función de traspasar o trasladar activa o pasivamente los efectos jurídicos formados en cabeza de un individuo a otro, con el fin de operar por Derecho pretorio la modernamente llamada "representación", cuando no es posible que ésta tenga lugar por Derecho civil.

2. El magistrado puede operar el cambio en cualquier acción cuando ello parezca conveniente a las funciones que esta técnica cumple, pero en el edicto hay un conjunto de acciones cuya fórmula incluye típicamente dicho cambio.

a) Tal ocurre en las llamadas "*actiones adiecticiae qualitatis*", a saber: la *actio exercitoria*, la *actio institoria*, la *actio tributaria*, la *actio quod iussu* y la *actio de peculio deve in rem verso*. La fórmula predispuesta de estas acciones incluye, como se adelantó, el cambio de personas; pero además comprende otras modificaciones, como una *fictio* o una *taxatio*, y alguna indicación especial en la *demonstratio*; pero, salvo en el caso de la *actio tributaria*, no se trata de acciones autónomas, sino de la acción básica que corresponda con reformas tipificadas en su fórmula.

La *actio exercitoria* y la *institoria* suponen que alguien, libre o esclavo, púber o impúber, haya sido colocado al frente (*praepondere*) de un negocio naviero o terrestre, respectivamente, por el dueño de éste (*exercitor navis* e *institor*), y con ellas se pretende que los efectos jurídicos de los actos celebrados por el capitán (*magister navis*) o el *institor* con terceros, en el ámbito del negocio de que se trate, pasen a su dueño. De este modo, por ejemplo,

si el *institor* vendió aceite, y el comprador tiene algo que demandar por este contrato, la fórmula de la *actio empti* aparece modificada así: "Supuesto que Ao. Ao. compró a Lucio Ticio, cuando éste hubiera sido puesto al frente de la tienda por No. No. 10 libras de aceite, acerca del cual asunto se litiga, en materia concerniente a éste, todo cuanto por este asunto Lucio Ticio deba dar (y) hacer a Ao. Ao. según la buena fe, a eso condena juez a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Quod As. As. de Lucio Titio, cum is a No. No. tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit q.d.r.a. quidquid ob eam rem Lucium Titium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*"). El dueño del establecimiento comercial es No. No., pero el que vendió a Ao. Ao. es Lucio Ticio, factor de comercio del primero; en consecuencia, el obligado por la *actio empti* es dicho factor, y por ello él aparece como deudor en la *intentio*. Del hecho de haberse tratado de una compra de Ao. Ao. al *praepositus* de No. No. en el ámbito de su comercio, se deja constancia en la *demonstratio*. Finalmente, en la *condemnatio* se ordena condenar no a Lucio Ticio sino a No. No. y de este modo la deuda es trasladada de aquél a éste, quien materialmente es el verdadero interesado. Si el *praepositus* hubiera sido esclavo (Estico en vez de Lucio Ticio), entonces se requiere una *fictio* de libertad ("*si liber esset*"); y si hubiese sido un impúber, la *fictio* de pubertad ("*si pubes esset*"). La *intentio* diría: "todo cuanto Estico, si fuera libre, entonces debería dar (y) hacer en favor de Ao. Ao." ("*quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset, tum Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*"). La *actio quod iussu* supone que un padre o amo autorizó (*iubere*) a su hijo o esclavo frente a un tercero para celebrar determinado negocio con él, lo cual implica asumir sus resultados; si la contraparte tiene algo que reclamar, entonces la fórmula que corresponda, por ejemplo la de la venta, se modifica así: "Supuesto que con la autorización de No. No. padre, Ao. Ao. vendió una toga, asunto por el cual se litiga, a Gayo, hijo de familia de No. No. todo cuanto por este asunto Gayo hijo debe dar (y) hacer en favor de Ao. Ao. en virtud de la buena fe, a eso, juez, condena a No. No. padre en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Quod iussu Ni. Ni. patris As. As. Gaio Ni. Ni. filiofamilias togam vendidit, q.d.r.a. quidquid ob eam rem Gaium filium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Nm. Nm. patrem Ao. Ao. c.s.n.p.a.*"). En la *intentio* se plantea la hipótesis de una deuda de Gayo en favor de Ao. Ao. el vendedor (por ejemplo, del precio), pero en la *demonstratio* se dice que Ao. Ao. vendió la cosa a Gayo con el *iussu* de su padre, No. No.; por lo tanto, en la *condemnatio* se ordena condenar a éste y no a Gayo. La *actio de peculio deve in rem verso* se usa cuando el hijo o el esclavo celebraron un acto sin el *iussu* del padre, pero disponen de un *peculium* conferido por éste, o, en su defecto, algo del negocio por ellos celebrado revirtió en beneficio del padre o amo. Se trata, pues, de condenar a uno u otro en la medida del peculio o en la medida del beneficio revertido; y la fórmula de la acción que corresponda, por ejemplo la del depósito, aparece reformada de esta manera: "Supuesto que Ao. Ao. depositó una mesa de plata, asunto por el cual se litiga, en manos de Estico, que está en la potestad de No. No. a todo cuanto por tal asunto Estico, si fuera libre según el Derecho civil, debería dar o hacer a Ao. Ao. según la buena fe, a eso condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao. en la medida del peculio, también si con dolo malo de No. No. algo se hizo para que no estuviese en el peculio, o si algo desde entonces se convirtió en cosa de No. No." ("*Quod As. As. apud Stichum, qui in Ni. Ni. potestate est, mensam argenteam deposuit, q.d.r.a. quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. dumtaxat de peculio et si quid dolo malo Ni. Ni. factum est, quo minus peculii*")

esset, vel si quid in rem Ni. Ni. inde versum est c.s.n.p.a."). En la *intentio* aparece descrita la posibilidad de una obligación incierta que el esclavo Estico, suponiéndolo libre, hubiera tenido hacia Ao. Ao.; en la *demonstratio* se indica que dicha obligación nació del depósito que de una cosa hizo Ao. Ao. en Estico, esclavo de No. No.; por lo cual en la *condemnatio* se ordena condenar a este último, y no al esclavo, pero sólo en la medida del peculio del mismo, computando todo lo que el amo dolosamente extrajo de él para disminuirlo, o bien en la medida del beneficio obtenido por el amo con el acto de su esclavo (por ejemplo, si éste vendió el objeto depositado y pagó una deuda de su amo con el precio). Todas estas fórmulas serán estudiadas con detalle en otro lugar. El nombre común de "acciones de cualidad agregada" ("*actiones adiecticiae qualitatis*") con que se las conoce, no es romano sino medieval, forjado sobre la base de una observación de Ulpiano en D. 14,1,5,1 en relación con la rúbrica *de exercitoria actione*: "por este edicto no se transfiere la acción sino que se agrega" ("*hoc enim edicto non transfertur actio sed adiicitur*"), aludiendo al hecho de que la acción no hace desaparecer la básica que corresponda, a la cual se agrega, por ende, sin traspasarla en cuanto acción (aunque traspase la relación).

b) Para operar activa o pasivamente la representación procesal también se utiliza la técnica del cambio de personas en la fórmula de la acción básica *in personam* o *in rem* que corresponda: en la *intentio* aparece el nombre del interesado, pero en la *condemnatio* el del *cognitor* o el del *procurator*.¹⁴⁸

Ejemplo de una *actio in personam*: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sesteracios a Publio Mevio, condena, juez, a No. No. a pagar 10.000 sesteracios en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Si paret Nm. Nm. Publio Maevio sestertium X milia dare oportere, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia c.s.n.p.a.*"). Aquí Ao. Ao. es *procurator* o *cognitor* del acreedor (Publio Mevio) y cobra por él. Ejemplo de una *actio in rem*: "Si la cosa acerca de la cual se litiga resulta ser de Publio Mevio según el Derecho de los quirites, a no ser que esta cosa sea restituida a Publio Mevio según tu arbitrio, a tanto dinero cuanto la cosa haya de valer, condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Si paret Publii Maevis rem q.d.r.a. esse ex iure Quiritium, neque ea res arbitrio tuo Publio Maevio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*"). la cosa es de Publio Mevio, pero la condena cede en favor de Ao. Ao. su *cognitor* o *procurator*.

c) Otro caso es el de la *formula Rutiliana* dada en favor o en contra del comprador de los bienes de un deudor concursado (*bonorum emptor*), para que pueda cobrar los créditos de aquél o deba pagar sus deudas, siempre que dicho deudor no haya muerto. En la *intentio* de la fórmula de la acción básica que corresponda aparece el nombre del concursado, como acreedor o deudor, pero en la *condemnatio* figura el del *bonorum emptor* como sujeto activo o pasivo de la condena.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Gai. 4,86.

¹⁴⁹ Gai. 4,35; cfr. 4,65; 4,68.

Su autor fue el pretor del año 118 a. C. Publio Rutilio (cónsul el año 105). Si el deudor murió, entonces no se usa la *formula Rutiliana* sino la *Serviana*, con la ficción *si heres esset* (Gai. 4,35).

§ 25. "ACTIONES IN REM"

Las acciones civiles u honorarias, excepto las *in factum*, pueden ser *in rem* o *in personam*, y de sus respectivas fórmulas o, más concretamente, de sus *intentiones*, se dicen ser *in rem* o *in personam conceptae*. Aquí nos ocuparemos de las primeras.

I. TIPOS DE FÓRMULAS *IN REM*. 1. Podemos distinguir dos grupos de fórmulas *in rem*, que por convención llamaremos positivas, por estar dirigidas al reconocimiento de una pertenencia del actor, y negativas, por aparecer ordenadas a la declaración de que el demandado no tiene una pertenencia.

a) La *intentio* de una fórmula *in rem concepta* del tipo positivo consiste en la hipótesis de pertenecer una cosa o un *ius* a determinada persona, en términos absolutos, esto es, sin relación específica a otras personas. Técnicamente esta idea va expresada en la circunstancia de que la *intentio* sólo menciona el nombre del actor y la cosa o el *ius* que se afirma como suyo, con exclusión de toda referencia al demandado, porque no se dice pertenecer la cosa o el *ius* con relación a él. Así, por ejemplo, en la *intentio* de la *rei vindicatio*: "Si el fundo Corneliano, acerca del cual se litiga, resulta ser de Ao. Ao. en virtud del Derecho de los quirites" ("*Si paret fundum Cornelianum, q.d.r.a. ex iure Quiritium Ai. Ai. esse [...]*"), y en aquella de la *vindicatio ususfructus*: "Si usar y disfrutar el fundo Corneliano, acerca del cual se litiga, resulta ser *ius* para Ao. Ao." ("*Si paret Ao. Ao. ius esse fundo Corneliano, q.d.r.a. uti frui [...]*").

Cuando el actor consigue demostrar la *intentio*, de ello se sigue como lógica conclusión que cualquier persona que se encuentre en una situación de hecho tal que implique vulneración de la pertenencia, debe ser condenada; como dentro de un proceso *in rem* una situación de hecho así es la que se afirma existir en el demandado, entonces su nombre debe ser incluido en la *condemnatio*, para indicar que él es la persona concreta que ha vulnerado; y entonces esta última cláusula va redactada así: "[...] a tanto dinero cuanto valga la cosa, juez, condena a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*[...] quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*"), previa "cláusula arbitraria", por cierto, que aquí no interesa.

b) También las *actiones negatoriae* (o *negativae*) tienen *intentio in rem*. Estas acciones se dirigen contra cualquiera que pretenda tener una servidumbre o un usufructo sobre cierta cosa, para prohibirle que lo ejerza en ella; de modo que sirven para obtener la declaración de que una cosa propia no está sujeta a tales gravámenes. Por consiguiente suponen la pertenencia de la cosa a quien ejerce el *ius prohibendi*. La *intentio* está concebida como hipótesis de que un *ius* no asiste a determinada persona frente a otra, como por ejemplo: "Si resulta no ser *ius* para No. No. usar (y) disfrutar el fundo por el cual se litiga contra la voluntad de Ao. Ao." ("*Si paret No. No. ius non esse eo fundo q.d.r.a. uti frui invito Ao. Ao.*"), cuando se pretende negar la existencia de un usufructo. Basta que el actor demuestre su dominio, para que por ello se condene al demandado; a menos que éste demuestre la titularidad de una servidumbre o de un usufructo.

Puesto que estas acciones buscan una declaración negativa, la hipótesis negatoria no debe ser formulada en términos absolutos, es decir, en los de negar que el *ius* exista para alguien, cualquiera que sea, porque bien puede ocurrir que él exista, pero en favor de alguien distinto del demandado, y entonces, de formularse absolutamente la *intentio* (sin la mención de No. No.), ella no resultaría, no obstante que el actor tenga el poder de impedir que ese demandado ejerza el Derecho.

Por otro lado, tampoco se podría construir la fórmula sin la mención de Ao. Ao. porque podría ocurrir que el Derecho ciertamente no existiera para No. No. pero que el actor no fuera el dueño de la cosa, de modo de carecer del poder de impedir que aquél ejerciera tal Derecho, aunque en realidad no lo tenga.

Así, pues, formalmente la *intentio* de estas acciones es relativa (entre Ao. Ao. y No. No.), pero sigue siendo *in rem*, porque la hipótesis en que consiste supone otra más general, no expresada en la fórmula, mas implícita en ella, cual es la hipótesis de que la cosa pertenece al actor y que por ello es que puede impedir a cualquiera que carezca de un Derecho real, ejercer los actos en que éste consiste.

2. Propio de una *actio in rem* es carecer de legitimado pasivo concretamente predeterminado, el cual, por ende, resulta variable. La razón estriba en que, si bien la legitimación del actor proviene de la pertenencia que conduce sobre la *res* o el *ius*, y esta pertenencia tiene como causa ciertos actos o hechos (el modo de adquirir o constituir el Derecho real de que se trate), la legitimación pasiva no deriva de haber alguien tomado parte en tales actos o hechos causantes, sino en uno posterior suyo, como es la

conducta vulnerante de la correspondiente pertenencia, y una conducta así la puede tener cualquier persona, cuya identificación anticipada, por tanto, es imposible.

Decir, en efecto, que el fundo Corneliano es de Ao. Ao. implica decir que Ao. Ao. lo adquirió, por ejemplo, mediante *mancipatio* o *in iure cessio* o *legado vindicatorio*, etc., aunque No. No. no haya tenido parte en esos actos; pero pedir la condena de No. No. sí implica afirmar que, con posterioridad a aquéllos, él vulneró el dominio nacido de los mismos.

Tal es la razón por que en las fórmulas del tipo "*si rem Ai. Ai. esse*" o "*ius Ao. Ao. esse*", en donde se afirma objetivamente pertenecer la cosa o competer el *ius* al actor, no se lo afirme, empero, con respecto al demandado, pues dichas afirmaciones envuelven implícitamente la existencia de una *causa* y ésta no necesariamente tuvo lugar frente a él; pero también es igual en las fórmulas del tipo *ius No. No. non esse*, porque asimismo esta afirmación puede ser opuesta a cualquiera que actúe de hecho bajo el concepto de *ius sibi habere*.

Lo anterior no significa que el legitimado pasivo de estas acciones no pueda ser tipificado. Así, por ejemplo, ocurre cuando se dice que la *rei vindicatio* procede contra el actual poseedor civil de la cosa. Pero esto es una tipificación abstracta, no una predeterminación del sujeto concreto; lo cual implica que la *rei vindicatio* procede contra cualquiera que se encuentre en la situación así tipificada. Por lo demás, esta tipificación del legitimado pasivo puede ser más o menos amplia, pero siempre será abstracta.

D. 44,7,25: "Acción real es aquella por la cual pedimos una cosa nuestra, que es poseída por otro; y es siempre contra el que posee la cosa" ("*In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est, qui rem possidet*"). El pasaje ofrece un fondo clásico, sobre el cual un anónimo postclásico operó una generalización. Cfr. Gai. 4,3.

3. Las acciones *in rem* pueden ser civiles, es decir, *in ius*, u honorarias, pero en este último caso nunca *in factum*. En otras palabras, las acciones honorarias *in rem* o son con ficción, cuyo caso más notable es la *actio Publiciana*, o con cambio de personas, cuando los efectos del dominio o del *ius* perteneciente a uno por Derecho civil son atribuidos a otro por Derecho pretorio. En ambos casos, la acción básica modificada con el agregado de una *fictio* o con el cambio de personas es una *actio in ius* típica (cualquiera de las *vindicationes* o de las *actiones negatoriae*).

II. LA INDEFENSIÓN EN LAS "ACTIONES IN REM". Enfrente de una *actio in rem*, el demandado no está sujeto al deber de aceptar el *iudicium* y defender la cosa (*rem defendere*), porque en realidad nada debe hacer en favor del actor, sino simplemente abstenerse de entorpecer el ejercicio de la pertenencia de aquél; puede, pues, rehusar el proceso y retirarse dejando el campo libre al demandante, por así decirlo; lo cual permite al magistrado reconocer la situación de hecho en favor de aquél. Así, por ejemplo, cuando se entabló la *rei vindicatio* y el demandado incurre en "*indefensio*", si se trata de un inmueble el pretor emite un *interdictum quem fundum* para que el actor pueda posesionarse de aquél, o un decreto que autoriza para llevarse la cosa mueble (*duci vel ferri iubere*). Ambos actos son emitidos por el magistrado con independencia de que el actor tenga verdaderamente Derecho o que no lo tenga, lo cual en realidad no se sabe, debido a que el asunto no llegó a investigarse, puesto que juicio propiamente tal no hubo; por otro lado, la emisión de los mismos no envuelve el reconocimiento del dominio, porque bien puede ocurrir que el verdadero dueño sea un tercero; sólo implica conceder la posesión al actor ante el hecho de que el demandado se desentendió del proceso. El régimen es el mismo en todas las acciones reales.

D. 50,17,156 pr.: "Nadie está sujeto a defender una cosa contra su voluntad" ("*Invitus nemo rem cogitur defendere*"); D. 6,1,80: "No somos compelidos a soportar una acción real, porque a cualquiera le es lícito decir que no posee; pero de suerte que si el adversario pudiera convencer de que la cosa era poseída por la parte contraria, transfiera a sí la posesión por medio del [juez] <pretor>, aunque no hubiera probado que la cosa es suya" ("*In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere; ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per [iudicem] <praetorem>, licet suam esse non approbaverit*").

III. LA CAUSA EN LAS "ACTIONES IN REM". Las acciones *in rem* son siempre abstractas, es decir, en su fórmula no va indicada la causa de ser propia la *res* o el *ius* de que se trata, y se afirma directa y exclusivamente la pertenencia de una u otro. Por causa en esta materia se entiende el modo de adquirir el dominio o el de constituir un Derecho real.

La razón es que una cosa o un Derecho real pueden pertenecer a determinada persona en virtud de una sola causa; en consecuencia, la *res in iudicio deducta* comprende todas las causas posibles, en el sentido de que el actor puede alegar *apud iudicem* la que le corresponda, y que fue la única que pudo operar la adquisición.

El texto fundamental es D. 44,2,14,2 itp.: "[...] cuando ejercito una acción real [sin haber expresado la causa por la que digo que la cosa es mía], todas las causas están com-

prendidas en esa sola petición, porque una cosa no puede ser mía más que una vez [...]" ("*[...] cum in rem ago [non expressa causa, ex qua rem meam esse dico] omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest [...]*"). D. 50,17,159: "[...] lo mismo no puede ser nuestro en virtud de muchas causas" ("*Non [...] ex pluribus causis idem possit nostrum esse*"). V. también D. 41,2,3,4; cfr. D. 44,2,11,1-2. Se conecta con este tema lo que Gayo (4,4.) dice en el sentido de no ser posible reclamar de un tercero algo propio con una *intentio* del tipo "Si Numerio Negidio resulta deber dar a Ao. Ao." ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. dare oportere*"), porque *dare* significa hacer dueño de algo, y nadie que ya es dueño puede llegar a ser más dueño aún.

§ 26. "ACTIONES IN PERSONAM"

I. CONCEPTOS Y RÉGIMEN GENERALES. Mediante una *actio in personam* el actor demanda una prestación de dar, hacer o no hacer a cargo exclusivo del demandado.

1. De ahí que la *intentio* de una fórmula *in personam*, sea *in ius* sea *in factum*, ora "*certa*" ora "*incerta*", mencione necesariamente a ambas partes: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sesteracios a Ao. Ao." ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. X milia sestertium dare oportere*"), o "Si Ao. Ao. resulta haber entregado en comodato la cosa acerca de la cual se litiga a No. No. y no haber sido ésta devuelta a Ao. Ao." ("*Si paret Am. Am. No. No. rem q.d.r.a. commodasse eamque Ao. Ao. redditam non esse*"), o "todo cuanto por este asunto No. No. deba dar (y) hacer a Ao. Ao. según la buena fe" ("*quidquid ob eam rem Nm Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*").

2. Este rasgo formal común a toda *intentio in personam concepta* denota el carácter sustancialmente relativo de la *res in iudicio deducta*: se trata de una prestación de dar, hacer o no hacer a que una persona determinada está sujeta en relación con otra, en virtud de algún hecho o acto en que tomó parte, de donde que tal prestación no pueda ser exigida más que al dicho sujeto (o a su heredero). Carecería de sentido, por lo tanto, que la *intentio* de una *actio in personam* fuera redactada de algún modo como sigue: "Si resulta ser debido 10.000 sesteracios a Ao. Ao.", o "Si resulta ser *ius* para Ao. Ao. pedir 10.000 sesteracios" o "Si Ao. Ao. resulta haber entregado en comodato la cosa acerca de la cual se litiga y no haber sido ésta devuelta a Ao. Ao.", es decir, *in rem*. En tales casos, el actor estaría afirmando, en términos absolutos y pasivamente objetivos o impersonales, algo que por su naturaleza es relativo y pasivamente subjetivo y personal, pues lo debido tiene que ser debido por alguien predeterminable; y no es suficiente que él venga a aparecer en la *condemnatio*, si antes, ya en la *intentio*, no figura como tal sujeto pasivo a la prestación de que se trata.

3. Así, pues, en las acciones *in personam* se describe una hipótesis según la cual algo pasó entre dos personas (*causa*), de que deriva que una de ellas algo deba dar, hacer o no hacer en favor de la otra. Cuando se trata de acciones *in ius* (con *oportere*), el efecto que relaciona al actor y al demandado es considerado como preexistente y se lo llama *obligatio*. Si es *in factum*, aunque la causa relacione a ambos, no se estima haber habido un efecto jurídicamente preexistente, y no se dice que el deudor sea *obligatus*, pero la relación "obligacional" es creada con la acción misma, debido a lo cual se dice que el demandado "está sujeto por la acción" (*actione tenetur*).

De todos modos, este complejo descriptivo consistente en la causa que relaciona al actor y al demandante, y en el efecto relativo entre ellos, puede aparecer en diferentes partes de la fórmula.

Si la *intentio in ius* es "incerta", la causa figura en la *demonstratio* y el efecto en la *intentio*; así por ejemplo en las acciones de buena fe que siguen el esquema de una *demonstratio*: "Supuesto que Ao. Ao. vendió una mesa de plata a No. No. asunto por el cual se litiga" ("*Quod As. As. No. No. mensam argenteam vendidit, quo de agitur*"), destinada precisamente a fijar la *causa* (en este ejemplo, la venta), a la cual sigue una *intentio*: "todo cuanto por tal asunto No. No. debe dar (y) hacer según la buena fe a Ao. Ao." ("*quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*") dirigida a establecer el efecto obligacional de dicha *causa*. Si la *intentio in ius* es "certa", tanto la causa como el efecto aparecen en la *intentio*, como se ve al examinar la *actio furti nec manifesti*: "Si resulta haberse cometido hurto de una copa de oro a Ao. Ao. por No. No. o con la complicidad o la instigación de No. No. por el cual asunto No. No. deba pagar la pena como ladrón [...]" ("*Si paret Ao. Ao. a No. No. opeve consilio Ni. Ni. furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Nm. Nm. pro fure damnum decidere oportet [...]*"), pues aquí, como se ve, la *intentio* describe la *causa* (el hurto) y su efecto (la obligación de pagar la pena). Cuando la acción es *in factum*, su *intentio* contiene la causa y puede contener el efecto, como en la *actio depositi in factum*: "Si Ao. Ao. resulta haber depositado una mesa de plata en manos de No. No. y no haber sido ésta devuelta por dolo malo de No. No. a Ao. Ao. [...]" ("*Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse [...]*"), ya que aquí se menciona junto al depósito (la causa) la "obligación" de devolver como condición negativa de la *condemnatio*. O bien sólo la causa, apareciendo el efecto en la *condemnatio*, tal cual se ve en la *actio de dolo malo*: "Si con dolo malo de No. No. resulta haberse hecho que Ao. Ao. diera en mancipio el fundo acerca del cual se litiga a No. No. [...] a tanto dinero cuanto haya de valer este asunto, condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Si paret dolo malo Ni. Ni. factum esse, ut As. As. No. No. fundum q.d.r.a.mancipio daret [...] quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*"), pues aquí la *intentio* sólo menciona el acto doloso, sin que a él se conecte inmediatamente la obligación de pagar la pena, acerca de la cual nos informamos que existe nada más que en virtud de la *condemnatio*. Sólo en el caso de las acciones *in ius* abstractas se omite la causa para hacer figurar únicamente el efecto; así en la *condictio*: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sestercios a Ao. Ao. por el cual asunto se litiga" ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur*").

4. Toda acción *in personam*, por lo tanto, tiene como legitimado pasivo a un sujeto predeterminado e invariable, el cual queda fijado en el pasado por el hecho de intervenir en la *causa* de que se trate (o ser su heredero). En este caso coinciden la determinación concreta de dicho sujeto con su tipificación. En efecto, si tomamos cualquier acción *in personam*, por ejemplo la de lo vendido (*actio ex vendito*), se sabe que el sujeto típico pasivamente legitimado para ella en abstracto es el comprador, pero también se sabe quién lo sea en concreto desde el momento mismo en que venga celebrada una compraventa determinada donde tal persona figure como comprador.

D. 44,7,25 pr.: "Es acción personal aquella con la que litigamos contra el que se nos obligó a hacer o a dar algo; y siempre tiene lugar contra el mismo" ("*In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum; et semper adversus eundem locum habet*"). Cfr. Gai. 4,2.

5. El demandado en un juicio *in personam* tiene la carga de defenderse (*se defendere*). Rehuser el proceso no tiene el significado que a ello es atribuible en las acciones *in rem*, de abandonar la *res* o dejar de vulnerar su *ius* al actor, o de abstenerse de ejercer un supuesto *ius* en favor propio, porque aquí se trata de un *factum* del demandado (dar, hacer, no hacer) que carece de existencia autónoma y objetiva, y que sólo existe en cuanto el demandado precisamente haga (lo que vale incluso si la prestación es de no hacer, porque entonces lo que ahora se espera es que haga lo contrario). Sin su cooperación, el actor nada puede conseguir. En consecuencia, en contra del *indefensus* en un proceso *in personam* el magistrado decreta un "embargo de sus bienes" (*missio in bona*), que tiene la función de compeler al demandado a aceptar el juicio o, en subsidio, a satisfacer al actor.

6. Por regla generalísima, las acciones *in personam* son causales, es decir, su fórmula indica la *causa* o fuente de la prestación que se exige al demandado. Ella, como antes se vio, puede ir en una *demonstratio* o en la *intentio* misma. Excepcionalmente hay acciones de este género que son abstractas, como la *condictio certi*, en cuya *intentio* tan sólo figura la prestación debida.

La razón de esta causalidad radica en que una misma cosa puede ser debida por varias causas a uno mismo y por uno mismo, a diferencia de cuanto ocurre con el dominio y los derechos reales, que sólo pueden pertenecer por una. La causalidad, pues, está destinada a identificar la *res in iudicio deducta* precisamente por medio de su causa, ya que no sería posible identificarla merced al objeto, por la razón antes indicada.

D. 44,2,14,2: "Las acciones personales difieren de las acciones reales en esto, en que cuando la misma cosa me es debida por uno mismo, cada una de las causas sigue a cada una de las obligaciones, y ninguna de ellas se vicia por la demanda de la otra [...] porque una cosa puede ser debida varias veces" (*Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitatur [...]; res [...] saepius autem deberi potest*). V. también D. 50,17,159; 19,1,10. Un ejemplo: supóngase que Ticio vendió a Cayo un objeto perteneciente a Mevio y que éste, designando heredero a Ticio, legó el mismo objeto a Cayo a cargo de su heredero Mevio: éste debe dicho objeto a Cayo en virtud del contrato de compraventa y del legado. Lo que el texto antes transcrito dice es que de cada causa (venta, legado) nacen obligaciones distintas, y que por pedirse una no se afecta a la otra. La abstracción de la *condictio*, cuya *intentio* se limita a decir: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sesteracios a Ao. Ao. por el cual asunto se litiga" ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur*"), se explica porque la discusión sobre la causa se deja para la fase *apud iudicem*.

7. Las acciones *in personam* pueden ser civiles, esto es, *in ius* (con *oportere*), u honorarias; en este último caso cubren todas sus distintas especies: *in factum*, *ficticiae* y con cambio de personas.

II. "BONAE FIDEI IUDICIA". La *intentio* de un grupo especial de acciones *in personam* e *in ius* ordena investigar todo lo que se deba "según la buena fe" (*ex fide bona*), por lo cual se habla de *bonae fidei iudicia*. Aquella es "incerta" y se la redacta así: "todo cuanto No. No. deba dar (y) hacer a Ao. Ao. según la buena fe" ("*quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*"). Esta última cláusula está destinada a permitir extraer el juzgamiento del asunto litigioso de los marcos estrictos del *ius Quiritium* y a conferir más amplias facultades al juez, de que carece cuando debe juzgar con sujeción a aquél. Pero no significa que la acción deje de ser civil, porque siempre se trata de un *oportere*.

En la época clásica el elenco de los *bonae fidei iudicia* incluye las siguientes acciones: *empti* y *venditi*, *locati* y *conducti*, *mandati*, *pro socio*, *depositi*, *tutela* y *negotiorum gestorum*.¹⁵⁰

Las fórmulas de todas estas acciones siguen un esquema constante de *demonstratio*, *intentio* al *quidquid* [...] y *condemnatio*, que podemos ilustrar recurriendo, por ejemplo, a la de la *actio depositi* (Gai. 4,47): "Supuesto que Ao. Ao. depositó una mesa de plata, acerca de la cual se litiga, en manos de No. No. a todo cuanto por este asunto No. No. deba dar (y) hacer a Ao. Ao. según la buena fe, a eso, juez, condena a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Quod As. As. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuit q.d.r.a.*").

¹⁵⁰ Gai. 4,62.

quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a."). Cfr. Gai. 4,40-41; 4,54.

Se asimilan a éstas la *actio rei uxoriae* y la *actio fiduciae*,¹⁵¹ aunque no llevan la cláusula *ex bona fide*. En la primera la reemplaza una cláusula en la *condemnatio* que dice: "lo que de ello mejor y más ecuo fuere (será)" ("*quod eius melius aequius erit*"), y ella cumple la misma función que la de buena fe. Ignoramos cuál fuese la fórmula de la *actio fiduciae*, pero seguramente en ella iba una mención de la *fides*, con idéntico propósito que en los demás casos.

La fórmula más probable de la *actio rei uxoriae* es ésta: "Si resulta que No. No. debe devolver la dote o una parte a Aula Ageria, lo que de ello mejor y más ecuo fuere (será), a eso, juez, condena a No. No. en favor de Aula Ageria" ("*Si paret Nm. Nm. Aae. Aae. dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius iudex Nm. Nm. Aae. Aae. c.s.n.p.a.*"). En época clásica, las fórmulas del comodato y de la prenda, lo mismo que de los juicios divisorios, no llevaron la cláusula *ex bona fide*.

En el Derecho postclásico se forma una contraposición entre *bonae fidei iudicia* y *actiones stricti iuris*, aunque el contenido de la diferencia es clásico.¹⁵²

Entre los juicios de buena fe figuran ahora las acciones del comodato, de prenda, las divisorias, la del contrato estimatorio, de permuta, de petición de herencia y la *actio praescriptis verbis* (Inst. 4,6,28).

III. "IUDICIUM CONTRARIUM". Ciertas acciones *in personam* y *ex fide bona* están tipificadas desde el punto de vista de una de las partes del negocio o de la actuación material que figuran como causa en su *demonstratio*; ellas son las acciones *mandati*, *negotiorum gestorum*, *tutela*, *depositi* y *fiducia*, para las cuales siempre están legitimados el mandante, el *dominus negotii*, el pupilo, el depositante y el fiduciante, pues ellos necesariamente se encuentran en posición acreedora. En las fuentes suele hablarse de *actio directa* para aludir a estas acciones entabladas por su legitimado natural. La contraparte del negocio o actuación respectivos tiene una legitimación sólo eventual, pues, con ser siempre deudores, pueden a veces resultar también acreedores (se entiende que en el ámbito de la misma causa), correspon-

¹⁵¹ Gai. 4,62.

¹⁵² Inst. 4,6,28-30.

diéndoles entonces la acción como *contraria* (*iudicium contrarium*), que se llama así por carecer de nombre propio en tales circunstancias.

Supóngase que una persona (mandante) encarga la compra de un predio a otra (mandatario), adelantándole la suma de 100 para pagar el precio: si el mandatario compra el predio en 50, el mandante dispone de la *actio mandati* (*directa*) para exigirle las cuentas de su misión, el traspaso del predio comprado y la devolución de los 50 restantes; pero el mandatario no dispone de ninguna acción contra aquél, porque éste nada le debe. Supóngase ahora que el mandatario compra el predio en 110: el mandante continúa legitimado para la *actio mandati* (*directa*) con la finalidad de exigir las cuentas y el traspaso del predio; pero esta vez el mandatario tiene una *actio mandati contraria* para pedir el reembolso de 10 al mandante. Las fórmulas de la acción directa y contraria son iguales, sólo que los papeles de las partes resultan invertidos; la directa es así: "Supuesto que Ao. Ao. mandó a No. No. que [...], asunto por el cual se litiga, a todo cuanto por este asunto deba dar (y) hacer No. No. en favor de Ao. Ao. según la buena fe, a eso condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Quod As. As. No. No. mandavit ut [...], q.d.r.a. quidquid ob eam rem Nm. Nm. dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*"), en donde el actor, Ao. Ao. es el mandante y el demandado, No. No. el mandatario; la *demonstratio* de la fórmula contraria reza: "Supuesto que No. No. mandó a Ao. Ao. que [...], asunto por el cual se litiga [...]" y sigue igual que la anterior en el resto, sólo que ahora No. No. el demandado, es el mandante y Ao. Ao. el actor, es el mandatario. Las acciones del comodato y de la prenda no tienen acciones contrarias; si el comodatario o el pignoratario eventualmente algo tienen que reclamar del comodante o del pignorante, lo hacen por medio de la *actio negotiorum gestorum*, es decir, por un medio totalmente diferente. A lo más podría decirse que en esta última acción "cumple función contraria". La diferencia de régimen se debe a que el comodato y la prenda no son negocios de buena fe. Paulo, en D. 13,6,17,1, llama *actio principalis* y Gayo, en D. 13,6,18,4, *rectum iudicium* a la acción directa. Ambos textos tratan del comodato, y quizá ello explique esta terminología puramente instrumental, porque no habiendo una acción directa y otra contraria del comodato, sino simplemente una *actio commodati* para el comodante y la *actio negotiorum gestorum* para el comodatario, aquélla es como la principal o recta frente a ésta.

Algo distinto ocurre en la compraventa o en el arrendamiento, por ejemplo, ya que en estos negocios siempre, y no sólo eventualmente, se da una reciprocidad de obligaciones entre sus partes, derivada del mismo negocio, de modo que cada cual tiene legitimación natural para una acción separada, con nombre propio diferente.

En efecto, en la compraventa el vendedor no puede dejar de deber la entrega de la cosa ni el comprador el pago del precio; por lo tanto, el primero dispone de una *actio venditi*: "Supuesto que Ao. Ao. vendió a No. No. [...]", etc. ("*Quod As. As. No. N. [...] vendidit [...]*"), y el comprador, de una *actio empti*: "Supuesto que Ao. Ao. compró a No. No. [...]", etc. ("*Quod As. As. No. No. emit [...]*"); en el arrendamiento se trata de una *actio locati* y de una

actio conducti. De donde que aquí la terminología *actio directa* y *actio contraria* resulte inútil. Con mayor razón en la sociedad, a partir de la cual se da indistintamente una *actio pro socio* a cada miembro, porque todos están obligados a todos por todo.

La iniciativa de demandar puede ser tomada por el titular tanto de la acción directa como de la contraria (lo mismo que en los casos de acciones contrapuestas que tienen nombre propio). Si ambas partes se demandan recíprocamente, aunque se conserve la individualidad de cada fórmula y haya *litis contestationes* separadas, los procesos se acumulan ante un mismo *iudex*, de acuerdo con las reglas generales.

IV. "ACTIONES POENALES". Un especial tipo de acciones *in personam* son las *actiones poenales*. Invariablemente su *intentio* describe un tipo delictual privado, y su *condemnatio* contiene una *poena* para el delincuente, consistente en una cantidad de dinero por pagar a la víctima (pena privada). Esta *poena* por regla general asciende a un múltiplo (duplo, triple, cuádruplo) del interés patrimonial afectado; en ciertos casos consiste en una cantidad fijada de antemano por el pretor en el edicto, como en la *actio de albo corrupto*; en otros monta a una suma que toma como base el valor del interés afectado que hubiera sido en determinado momento, como en el *damnum*; y, finalmente, hay delitos en que el monto de la pena es confiada a la libre determinación del juez, como en la *iniuria*. En todos los eventos, aunque el cálculo de la *poena* pueda tener como base primaria el valor del interés patrimonial afectado, su función no es resarcirlo sino castigar al delincuente.

La fórmula de la *actio furti nec manifesti*, por ejemplo, reza así: "Si resulta haberse cometido hurto de una copa de oro a Ao. Ao. por No. No. o con la complicidad o la instigación de No. No. por el cual asunto No. No. deba pagar la pena como ladrón, al duplo de tanto dinero cuanto la cosa valió en el momento en que el hurto fue cometido, condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Si paret Ao. Ao. a No. No. opeve consilio Ni. Ni. furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Nm. Nm. pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*").

Como la *poena* siempre cede en beneficio de la víctima, la jurisprudencia llegó a considerar que darla es una obligación contraída por el delincuente frente a aquélla, creándose, así, una relación de deudor-acreedor, por lo que la respectiva acción entra plenamente en el ámbito de las acciones *in personam*. En consecuencia, tienen por legitimado activo a la víctima o su heredero (excepto en el caso de la *actio iniuriarum*) y como legitimado pasivo al delincuente, pero no a su heredero.

Las *actiones poenales* pueden ser civiles (*in ius*) u honorarias; estas últimas son la mayoría, que en algunos casos complementan a las civiles (como ficticias o *in factum*), y en los más son autónomas, porque tipifican delitos no reconocidos por el Derecho civil, y en tal caso son siempre *in factum*.

V. "ACTIONES NOXALES". Las *actiones poenales* pueden ser dadas como *noxales*. Cuando el delito fue cometido por un esclavo o un *filius familias*, éstos, por ser *alieni iuris*, no responden a la víctima, pero sí el amo o el padre, quienes pueden liberarse de pagar la pena entregando el delincuente a la víctima (*noxae deditio*). En consecuencia, en tales hipótesis la acción penal no se dirige en contra del delincuente, sino precisamente en contra de su amo o padre, pero como *noxalis*, esto es, con el agregado de una cláusula especial en la *condemnatio*, que se redacta como alternativa de la *poena*, bajo la fórmula "o [pagar la pena] [...] o entregar a Estico [o a Lucio Ticio hijo] en noxa" ("[...] aut [...] aut Stichum [o Lucium Titium filium] noxae dedere"). Si la *intentio* resulta, pues, el juez debe condenar precisamente a la alternativa, de modo que el demandado elija después con qué prestación liberarse frente a su acreedor: si pagando la pena, si dando al delincuente en noxa.

Así, por ejemplo, la fórmula de la *actio furti noxalis* es del siguiente tenor: "Si resulta haberse cometido hurto de una copa de oro a Ao. Ao. por el siervo Estico o con la complicidad o la instigación de Estico, por el cual asunto No. No. deba pagar la pena como ladrón, a dar tanto dinero cuanto la cosa valió en el momento en que el hurto fue cometido, duplicado, o bien a dar a Estico en noxa, condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("Si paret Ao. Ao. a Stichio servo opeve consilio Stichi furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Nm. Nm. pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantam pecuniam duplam dare aut Stichum noxae dedere, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a."). En esta fórmula No. No. es el amo del esclavo Estico ladrón.

VI. "ACTIONES POPULARES". Algunas acciones *in personam* y *poenales* son llamadas *populares*, porque se concede legitimación activa "a cualquiera del pueblo" (*cuius ex populo*), esto es, al primero que la entable, previniendo así a los demás que abstractamente también hubieran podido entablarla. La pena impuesta al delincuente favorece por cierto al actor. En el Derecho privado tienen tal carácter la *actio de sepulchro violato* y la *actio de deiectis vel effussis*.¹⁵³

¹⁵³ D. 47,12,3 pr.; 9,3,1 pr.

También parecen haber sido *populares* las acciones dadas en virtud del edicto *si quis ius dicenti non obtemperaverit* (s.m. D. 2,3), es decir, por desobedecer al magistrado municipal; *de albo corrupto* (D. 2,1), esto es, por la destrucción del texto edictal público; y los interdictos *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (D. 43,8,2,20) contra el que hace o introduce algo en la vía pública que la deteriore en cuanto vía; y *ne quid in flumine publico ripave eius fiat* (D. 43,13,1 pr. y 9) que protege los ríos públicos y sus riberas. D. 29,5,25,2, que establece una acción popular contra el que abre un testamento contra lo establecido en el edicto, al parecer, está interpolado.

VII. "ACTIONES FAMOSAE". La condena en ciertas acciones *in personam* acarrea *ignominia* o *infamia* para el demandado, por lo cual en algunas fuentes aparecen como *actiones famosae*. Al género pertenecen algunas de carácter penal y otras que no lo son. En época clásica el elenco de estas acciones es el siguiente: *furti*, *vi bonorum raptorum*, *iniuriarum* y *de dolo*, entre las penales; y *fiduciae*, *mandati*, *pro socio*, *tutela* y *depositi*, entre las no penales.

La *infamia* implica que el condenado en tales acciones no pueda "abogar por otros en los tribunales" ("*pro aliis postulare*"), ni dar *cognitor*, presentar *procurator* o actuar él mismo en tales funciones.¹⁵⁴

§ 27. "ACTIONES QUAE REI PERSECUTIONEM HABENT"

Los juristas suelen decir que una acción "tiene o contiene la persecución de una *res*" ("*quae rei persecutionem habet*" o "*continet*"), y Gayo (4,7), que hay acciones con las que "tan sólo perseguimos una *res*" ("*rem tantum persequimur*"). Con base en ello, nosotros decimos "acciones reipersecutorias". No se debe pensar que con tal lenguaje vaya a aludirse a las acciones *in rem*. De hecho una acción "reipersecutoria" puede ser *in rem* o *in personam*. Con ellas se pide, según dice Casio, "lo que nos falta del patrimonio" ("*quod ex patrimonio nobis abest*"),¹⁵⁵ por lo cual la palabra *res*, en las antedichas expresiones, no tiene el sentido de "cosa corporal", sino el más comprensivo de elemento patrimonial, y pudiendo tratarse, por cierto, de una cosa corporal, desde el punto de vista de su posesión civil o de su mera tenencia, incluye también el resarcimiento de un menoscabo físico sufrido por una cosa debido al acto de terceros, o el cobro de un valor

¹⁵⁴ s.m. D. 3,2; CI. 2,11. Véanse: Gai. 4,182; D. 3,1,1,1 ss.; 3,2,1; FV. 320; 322. La *infamia* se sufre también por otras causas.

¹⁵⁵ D. 44,7,35 pr.

que debió ser incorporado en el patrimonio y que no lo fue, o de un gasto reembolsable, etc. En este sentido son "reipersecutorias" desde luego la *rei vindicatio* o la *vindicatio ususfructus*, pero también la *condictio* o la *actio iudicati*.

Ahora bien, este concepto se entiende bien sólo en estrecha correlación con las *actiones poenales*. Como se vio, con éstas se exige el pago de una *poena*; y es enfrente de esta función asignada a tales acciones que aparece la noción de *rem persequi* como algo opuesto a *poenam persequi*. Con una acción "reipersecutoria", en efecto, se exige restablecer una situación patrimonial de algún modo afectada; con una penal, en cambio, tan sólo sancionar o castigar a un delincuente.

Si bien, pues, teóricamente todas las acciones no penales son "reipersecutorias", calificarlas así tiene interés sólo para determinados efectos.

En primer lugar, para decidir si una acción es o no penal, con el fin de fijar su régimen, ya que es muy distinto en varios puntos el de las penales frente al de las no penales. Si una acción *rei persecutionem habet*, entonces ello quiere decir que no es penal.

Por cierto que este problema se presenta en casos límites. Que, por ejemplo, la *actio venditi* o la *actio pro socio* no son penales está fuera de duda, por lo que no tiene mucho sentido decir que son "reipersecutorias", aunque estrictamente lo sean. Examinemos mejor el caso de la *actio Fabiana*. Ella compete al patrono contra su liberto o los herederos de éste, cuando algo del patrimonio de aquél fue enajenado con el fin de disminuir las expectativas que el patrono tiene en la sucesión de su ex esclavo; para revocar la enajenación. El requisito de haber sido el acto *in fraudem patroni* podría hacer pensar en ser penal la *actio Fabiana*; pero Ulpiano, observando que ella *habet rei persecutionem*, dice que se da perpetuamente, es decir, que no es penal (D. 38,5,3,1). Otros casos: *actio iudicati* (D. 42,1,63); la acción que se da contra la mujer cuando, habiéndose dado la *possessio ventris nomine*, transfiere a otro las cosas (D. 25,5,1,4); *actio de pecunia constituta* (D. 13,5,18,2); *actio de recepto nautarum cauponum stabulariorum* (D. 4,9,3,4); *condictio furtiva* (D. 13,1,7,2).

En segundo lugar, la distinción sirve para determinar cuándo una acción penal se puede acumular con otra emanada del mismo hecho: en tanto la otra acción tenga carácter "reipersecutorio", es acumulable a la penal, porque ésta se dirige a la sanción, mientras que aquélla, a la indemnización (*res*), y ambas funciones son perfectamente compatibles; de ser reipersecutoria una y de tener igual rasgo la otra, que emanó del mismo hecho, no podría haber acumulación sino elección, ya que no debe haber doble resarcimiento; y lo propio ocurriría de ser ambas penales, pues un mismo hecho no puede ser sancionado dos veces.

Hay acumulación, por ejemplo, entre la *actio furti* y la *condictio furtiva* o la *rei vindicatio* (preparable con la *actio ad exhibendum*), como lo dice Ulpiano en D. 13,1,7,1 (cfr. Gai. 4,8): "La acción del hurto pide la pena legal, la condictión la cosa misma; esto hace que ni la acción del hurto se extinga por la condictión, ni la condictión por la acción del hurto. Así, pues, aquel a quien se le hizo un hurto, tiene la acción del hurto y la condictión, y la reivindicación; y tiene también la acción de exhibición" ("*Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam; ea res facit, ut neque furti actio per conditionem, neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et conditionem et vindicationem; habet et ad exhibendum actionem*"). La víctima de un hurto, pues, dispone de una acción penal, la *actio furti*, para imponer la pena (una cantidad de dinero que es múltiplo del valor de la cosa), y de una "reipersecutoria" para conseguir indemnizarse del daño causado; esta última puede ser la *condictio* con la que pide el valor de la cosa, o la *rei vindicatio* con que, merced a la "cláusula arbitraria", puede obtener la cosa misma, o su valor. Como el objeto de ambos tipos de acciones es diferente, se acumulan; pero la *condictio* y la *rei vindicatio* no son acumulables entre sí, porque ambas son "reipersecutorias" y no puede haber una doble indemnización.

En el Derecho clásico no existieron *actiones mixtae*, es decir penales y "reipersecutorias" al mismo tiempo.

Cuando Gayo (4,6 y 9) dice que hay *actiones* con las cuales conseguimos *rem et poenam*, y pone como ejemplo el caso de la duplicación de la condena ("*litis crescentia*") que se produce en ciertas acciones por el hecho de resistirse el demandado (*infitiatio*), incurre en un grave error: la *infitiatio* no es propiamente un delito, ni la litisescencia una pena, sino una sanción procesal. Las *actiones mixtae* sólo aparecen en el Derecho justiniano, inspirado el concepto en el antes indicado error de Gayo: en aquellos delitos cuya pena consiste en un múltiplo del valor del daño patrimonial provocado, la acción se considera "reipersecutoria" en la parte coincidente con el daño (y en esa parte se trata de una indemnización) y penal en el resto, como, por ejemplo, la *actio vi bonorum raptorum*, que conduce al pago de un cuádruplo del valor de la cosa robada: ese cuádruplo es descompuesto en un *simpulum* (= *res*) y en una *poena tripli* (Inst. 4,6,16-19); pero este criterio no se aplica al hurto, que tiene penas de múltiplo, porque el Derecho justiniano conservó como reipersecutorias a la *rei vindicatio* y la *condictio*, las que no hubieran podido subsistir si la pena del hurto fuere mirada como un compuesto en parte *res* y en parte *poena*.

§ 28. "ACTIONES PERPETUAE" Y "ACTIONES TEMPORALES"

Todas las acciones civiles, sean "reipersecutorias" o *poenales*, son perpetuas en el Derecho clásico, en el sentido de que no se extinguen por el mero transcurso del tiempo (*actiones perpetuae*). Hacia la época de Casio, por lo que respecta a las acciones honorarias, también son *perpetuae* las que tienen carácter *rem persequentes*, mientras que las *poenales* se dan para dentro de

un año, siendo, en consecuencia *actiones temporales* (o *temporariae*). De todos modos, hay excepciones.¹⁵⁶

Excepcionalmente algunas acciones civiles son temporales: la acción contra los *sponsores* y *fideipromissores* (en Italia) expira a los dos años (Gai. 3,121), y la acción prejudicial a que se refería la *lex Cicereia* también expira, pero a los 30 días (Gai. 3,123). Por lo que respecta a las acciones honorarias *rem persequentes*, las hay asimismo temporales: las acciones rescisorias, excepto, a su vez, la *actio utilis rescissa capitis deminutione* (Gai. 3,84; 4,38; D. 4,5,2,1), que es perpetua (D. 4,5,2,5); las acciones *ex interdicto* (Gai. 4,164) y la *actio de peculio annalis* (D. 15,2,1,3). Mayor número de excepciones tiene la regla de que las acciones honorarias penales son dadas para dentro de un año: la *actio furti manifesti* (Gai. 4,111); la *actio depositi*, fundada en el llamado depósito necesario (D. 16,3,18); la *actio de effusis et deiectionis*, en algunos casos (D. 9,3,5,5); la *actio servi corrupti* (D. 11,3,13 pr.); la *actio legis Aquiliae adversus nautas caupones stabularios* (D. 4,9,7,6); la *actio arborum furtim caesarum* (D. 47,7,7,6). Estas excepciones se explican porque la acción respectiva imita una acción civil. Hay otras acciones honorarias penales que se dan por un año para exigir la pena, y que después se conceden perpetuamente pero *in simplum*: la *actio vi bonorum raptorum* (Gai. 3,209), la *actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata* (D. 47,9,1 pr.), la *actio de calumnia* (D. 3,6,1 pr.), la *actio quod metus causa* (D. 4,2,14,1), la *actio de turba* (D. 47,8,4 pr.), la *actio contra publicanum* (D. 39,4,1 pr.). En estos casos la acción sigue siendo penal, porque conserva sus características de noxalidad, intransmisibilidad pasiva y acumulatividad, pero se aproxima a las *rem persequentes* porque persigue, como se dijo, el *simplum*. Gayo (4,110-111) simplifica excesivamente el régimen clásico cuando afirma la siguiente regla: las acciones que nacen de una ley o de un senadoconsulto son perpetuas; las que se fundan en la *iurisdictio* del pretor son anuales, salvo si imitan al *ius legitimum* (como la *actio furti*, etc.). Pero hay muchas acciones fundadas en la *iurisdictio* que son perpetuas y muchas que no se basan en el *ius legitimum* (como las *ex fide bona*) que también lo son. Pese a que la regla de Casio tiene excepciones, es mejor que la de Gayo, que tiene muchísimas más excepciones.

Este año no es un plazo de prescripción, que deba ser alegado por el interesado y, por ende, que también pueda ser renunciado por él, sino de caducidad, que extingue, en consecuencia, en forma automática la acción, por el hecho de decurrir.

§ 29. "IUDICIA ARBITRARIA"

I. ACCIONES CON CLÁUSULA ARBITRARIA. Ya antes hemos hablado de la convencionalmente llamada "cláusula arbitraria" de ciertas acciones, precisamente de las *actiones arbitrarie* (*formula arbitraria* o *iudicium*

¹⁵⁶ D. 44,7,35 pr.

arbitrarium),¹⁵⁷ que por venir redactada como condición negativa de la *condemnatio*, bajo la forma "a no ser que esta cosa sea restituida (o exhibida) a Ao. Ao. según tu arbitrio" (del juez: *neque ea res arbitrio tuo Ao. Ao. restituetur o exhibebitur*), permite al juez absolver al demandado, pese a que la *intentio* resulte probada, si antes de la sentencia aquél restituye al actor o le exhibe la cosa de que se trata.

La mencionada cláusula, pues, no es común a todas las fórmulas. Concretamente la llevan y son, por ende, *arbitrarie*: todas las acciones *in rem*¹⁵⁸ y sus complementos: la *actio ad exhibendum* (en donde no se trata de *restituere* sino de *exhibere*) y los interdictos para el caso de *indefensio* (*quem fundum, quem usumfructum, quem hereditatem*); las acciones *ex interdicto*, y varias acciones *in personam*: la *actio quod metus causa*,¹⁵⁹ la *actio de dolo*,¹⁶⁰ la *actio aquae pluviae arcendae*, la *actio redhibitoria*, quizá la *actio quanti minoris*, la *actio Fabiana*¹⁶¹ y la acción derivada de la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*.¹⁶²

II. "RESTITUERE". La posibilidad que ofrece la "cláusula arbitraria" al demandado condenable, de restituir o exhibir, supone que aquél sepa anticipadamente el hecho de que va a ser condenado y a cuánto; para lo cual el juez emite una *pronuntiatio* dirigida a ponerlo en tales noticias,¹⁶³ acompañada de una "autorización de restituir" (o exhibir: *iussum de restituendo o exhibendo*).¹⁶⁴ Sólo si el demandado no restituye o no exhibe es en verdad condenado.

Por *restituere* se entiende hacer todo lo conducente a que el actor resulte colocado en un estado de satisfacción igual a aquel que, de haber existido ya en el momento de la *litis contestatio*, hubiera hecho innecesario consumir esta última. Una forma particular de restituir es "devolver" (*reddere*), que por cierto sólo tiene lugar cuando el actor reclama una cosa; pero su

¹⁵⁷ Gai. 4,114; 4,163; Inst. 4,6,31; cfr. Frag. Vind. 5; Frag. de form. Fab. 1.

¹⁵⁸ D. 6,1,35,1; 20,1,13,5; 20,1,16,3; 39,2,9,2.

¹⁵⁹ D. 4,2,14,11.

¹⁶⁰ D. 4,3,18 pr.-1 y 4.

¹⁶¹ Frag. de form. Fab. 1.

¹⁶² Cfr. D. 50,16,68.

¹⁶³ D. 3,3,40,2; 44,2,15; 44,2,30,1.

¹⁶⁴ D. 6,1,57; 6,1,68; Inst. 4,6,27; 4,17,2.

devolución no siempre agota la restitución, pues a veces aquélla puede comprender algo más, como la indemnización de los deterioros de la cosa y de los frutos producidos. Por *exhibere* se entiende conducir la cosa mueble de que se trata ante el tribunal.

El verbo *restituere* deriva de *stare* = "estar delante, estar firme"; el prefijo *re-* indica "volver a", por lo que dicho verbo tiene el sentido de "volver a un estado anterior". Con la restitución en el fondo se trata de hacer coincidir la actual realidad con la *intentio*. Así D. 43,8,2,43: "se considera restituir el que vuelve al primitivo estado, lo que tiene lugar ya si uno quita lo que se hizo, ya si repone lo que se quitó" (*restituere videtur, qui in pristinum statum reducit, quod fit sive quis tollit id, quod factum est, vel reponat quod sublatum est*). La restitución puede consistir en una variedad de operaciones: como la devolución, según ya se dijo, pero también en pagar dinero, ceder créditos, remitir deudas, otorgar cauciones, etc., que conduzcan a dejar al sujeto en la posición en que se encontraba antes del hecho que después originó la necesidad de restituir, cuyas modalidades las fija el propio juez según su *arbitrium*, como lo indica la propia cláusula (*arbitrio tuo*), y así, por ejemplo, puede establecer un plazo (D. 6,1,27,4; 42,2,6,2). Para el demandado puede ser ventajoso restituir, por ejemplo, para evitar condenas que acarreen *infamia*.

Cuando el demandado es *contumax*,¹⁶⁵ vale decir, cuando, pudiendo, no quiere restituir, o hace imposible la restitución con *dolus*,¹⁶⁶ la condena pecuniaria que debe seguir la hace el juez no al *tantum* que corresponda según su *litis aestimatio*, sino a la valoración de la *res* litigiosa que haga el propio actor mediante un *iusiurandum in litem* o declaración de valor reforzada mediante un juramento.¹⁶⁷ El margen que eventualmente el demandante agregue al valor objetivo actúa, por un lado, como coacción indirecta para forzar la restitución de parte del demandado¹⁶⁸ y, por otro, como sanción por su contumacia cuando no restituye efectivamente.¹⁶⁹

El juramento es deferido por el juez al actor (D. 12,3,4,1-2; CI. 3,32,21); y aquél puede señalar un límite máximo, que también recibe el nombre de *taxatio* (D. 12,3,5,1; cfr. 12,3,4,2; 6,1,68). En general, el *iusiurandum in litem* se rige según el *arbitrium* del juez.

III. LA RESTITUCIÓN EN LAS ACCIONES "IN FACTUM". Las acciones *in factum*, como vimos en su momento, no llevan propiamente una "cláusula arbitraria"; pero en algunas de ellas, sin embargo, la circunstancia de no haberse

¹⁶⁵ D. 4,3,18 pr.; 12,3,1-2; 12,3,8.

¹⁶⁶ D. 5,1,64 pr.; 6,1,68; 6,1,71; 12,3,2; 12,3,5,3; 12,3,4,4; 26,9,1.

¹⁶⁷ *s.m.* D. 12,3; CI. 5,53.

¹⁶⁸ D. 6,1,70; 25,2,9.

¹⁶⁹ D. 12,3,8; 35,2,60,1; 46,1,73.

restituido constituye uno de los hechos descritos por la fórmula como hipótesis, a cuya verificación queda subordinada la *condemnatio*. De este modo, la descripción en la fórmula, del hecho de no haberse restituido, viene a cumplir la misma función que la "cláusula arbitraria", de impedir la condena si es que el demandado restituye. Tal ocurre, por ejemplo, en la fórmula *in factum* de la *actio depositi*: "Si resulta Ao. Ao. haber depositado una mesa de plata en manos de No. No. y no haber sido ésta devuelta con dolo malo de No. No. a Ao. Ao [...]". ("Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse [...]"). El inciso concerniente a la no devolución del objeto no corresponde a la "cláusula arbitraria", pero cumple su misma función: el demandado sólo debe ser condenado si se demuestra que no devolvió dolosamente la cosa depositada en sus manos.

De todas maneras subsiste una diferencia entre estas acciones y aquellas con verdadera "cláusula arbitraria", pues en este último caso tiene lugar la *pronuntiatio* para ofrecer la alternativa al demandado de restituir y liberarse de la condena, la cual, por el contrario, no ocurre en el primer caso, de manera que si hay restitución, cuya iniciativa necesariamente es espontánea de parte del demandado, eso pasa a ser un hecho de la causa que el juez deberá valorar en su decisión o sentencia, de acuerdo al modo en que se haya efectuado la restitución.

IV. "OMNIA IUDICIA ABSOLUTORIA SUNT". Aunque no se trate de una *actio arbitraria* ni de aquellas fórmulas que incluyen un inciso concerniente al *restituere* (o *reddere*) en su hipótesis descriptiva, puede ocurrir que el demandado quiera restituir al actor, y que de hecho lo haga, después de la *litis contestatio* y antes de ser dictada la sentencia. La jurisprudencia dividió sus opiniones concernientes a la eficacia de la operación. Los sabinianos consideraban que en tal caso el juez debía absolver al demandado; de donde el brocardo "todos los juicios son absolutorios" ("*omnia iudicia absolutoria sunt*"). Los proculianos limitaban este efecto sólo a los *bonae fidei iudicia*, debido a las amplias facultades de que el juez se encuentra investido en tales; pero, según ellos, habiendo tenido lugar la restitución en los demás, el juez debía condenar, haciendo caso omiso de aquélla, que entonces venía a equivaler a una suerte de cumplimiento de lo indebido. La primera opinión terminó por prevalecer.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Gai. 4,114.

De todas formas, también aquí subsiste la misma diferencia que vimos haber entre los juicios con cláusula arbitraria y aquellos con referencia a la restitución: si ésta tiene lugar, se trata de un hecho de la causa que el juez debe ponderar en su sentencia.

§ 30. "IUDICIA DIVISORIA"

I. FUNCIÓN REAL DE LAS ACCIONES DIVISORIAS. Llamamos también convencionalmente "*iudicia divisoria*" a tres acciones típicas destinadas a partir o dividir una cosa o un conjunto de cosas comunes entre sus codueños *pro indiviso*: la *actio communi dividundo*, la *actio familiae erciscundae* y la *actio finium regundorum*. La segunda es especial: sirve exclusivamente para provocar la división de una herencia entre sus varios coherederos; la tercera es especialísima: se la usa para delimitar predios vecinos cuyos deslindes físicos no existen o han desaparecido, de modo de formarse una zona en disputa entre los respectivos dueños; y entonces, a efectos de dirimir la contienda, dicha zona en disputa es considerada como común y sujeta a una partición. La primera, en consecuencia, es la acción divisoria general, en el sentido de ser utilizable para la partición de todas las comunidades que no sean hereditarias o derivadas de la disputa sobre deslindes.

Es carácter general a las tres acciones presentar un complejo formulario integrado por una *demonstratio*, una *intentio* y una *adiudicatio*, que resulta perfectamente apto para dejar al juez en condiciones de repartir los bienes comunes entre los codueños que solicitaron su división o para delimitar, adjudicando en dominio singular porciones físicas de aquéllos en proporción a las cuotas de cada integrante, y para imponer a dichas porciones los usufructos o servidumbres que parezcan necesarios a fin de mantener económicamente la dicha proporcionalidad o la igualdad, en su caso, y para evitar desequilibrios. Así, por ejemplo, si un predio en cuanto indiviso es de riego, por cruzarlo un río, puede ocurrir que algunas parcelas resultantes de su loteo queden sin agua por no alcanzarlas la corriente de aquél; entonces el juez, en virtud de la *adiudicatio*, que ya le permite atribuir en dominio singular las parcelas, también es autorizado para imponer a las cruzadas por el río una servidumbre de acueducto o de extracción de agua en favor de las que resultaron de secano.

II. FUNCIÓN OBLIGACIONAL DE LAS ACCIONES DIVISORIAS. Sin embargo, en todo condominio pueden suscitarse problemas obligacionales entre los comuneros,¹⁷¹ como si alguno cometió daños en la cosa común, que debe

¹⁷¹ D. 10,2,22,4: "*praestationes*".

resarcir, o hizo gastos que le deben ser reembolsados, o se aprovechó indebidamente de sus frutos, que debe regresar al resto de los comuneros; asimismo cuando es favorecido en la adjudicación con mayor parte de la cosa común a aquella correspondiente a su cuota, que también debe reembolsar a los demás necesariamente perjudicados. Como, por otro lado, el condominio, por definición, exige pluralidad de personas, y las diferentes causas obligacionales antes recordadas pueden afectar a varios de sus miembros o a todos, suele producirse una red de obligaciones recíprocas derivadas de algunas o de todas aquéllas.

La liquidación de estas eventuales deudas recíprocas no puede ser sustanciada con base en las cláusulas conectadas con la *adiudicatio*, y necesita un nuevo complejo de *demonstratio* e "*intentio incerta*" que funden no ya una *adiudicatio* sino una *condemnatio*. La primera es redactada así: "[...] y si algún daño haya sido dado o hecho en lo común o si por este asunto algo o bien faltare a alguno de ellos o bien hubiere llegado a alguno de ellos" ("*[...] et si quid in communi damni datum factumve sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit [...]*"); la "*intentio incerta*" es: "todo cuanto por este asunto deba dar, hacer (y) prestar el uno al otro" ("*quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere praestare oportet*");¹⁷² y la *condemnatio* finalmente: "condena juez, acerca de eso, al uno en favor del otro; si no resulta, absuelve" ("*eius iudex alterum alteri c.s.n.p.a.*").

Como se ve, de hecho trátase de otra fórmula anexada a la divisoria, para permitir que el juez pueda condenar a pagar las deudas mutuas nacidas de la comunidad y de la división.

III. LA FÓRMULA DIVISORIA. De hecho, sin embargo, ambas fórmulas van entremezcladas de modo que aparentemente hacen una sola. Su tenor completo es, pues, el siguiente: "Supuesto que Lucio Ticio (y) Cayo Seyo, para la división de lo común de ellos, y (por) si algún daño haya sido dado o hecho en lo común o si por este asunto algo o bien faltare a alguno de ellos o bien hubiere llegado a alguno de ellos, pidieron serles dado un juez, cuanto deba ser adjudicado a Lucio Ticio (y) a Cayo Seyo, adjudícalo, juez, a Lucio Ticio (y) a Cayo Seyo; (y) todo cuanto por este asunto uno deba dar, hacer (o) prestar en favor del otro, acerca de eso, juez, condena al uno en favor del otro; si no resulta, absuelve" ("*Quod Lucius Titius Caius Seius de communi eorum dividundo, et si quid in communi damni datum factumve*

¹⁷² D. 10,2,27; 10,2,52,2; 10,3,6,11.

sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit, iudicem sibi dari postulaverunt, quantum Lucium Titium Caium Seium adiudicari oportet, iudex, Lucio Titio Caio Seio adiudicato; quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere praestare oportet, eius, iudex, alterum alteri c.s.n.p.a.").

La cláusula "al uno en favor del otro" (*alterum alteri*) plantea el problema de determinar quién es actor y quién el demandado. Las fuentes se contradicen: Gayo, en D. 5,1,13 = 10,3,2,1, aunque reconoce ser igual la condición de todos, dice que parece preferible considerar como actor al que tomó la iniciativa del proceso; Juliano, en D. 10,1,10, considera a todos como demandantes y demandados a la vez; y Ulpiano, en D. 44,7,37,1, los mira a todos como actores. Otro problema es el del carácter *in rem* o *in personam* de estas acciones. No cabe duda que, atendido el complejo *demonstratio-intentio-condemnatio*, la acción es personal, y que la duda podría suscitarse al observar el complejo *demonstratio-intentio-adiudicatio*. Pero el Derecho clásico, sin distinción, ve en el todo una acción *in personam* (D. 10,2,22,4; 10,1,1). Justiniano calificó de *mixtae* a las acciones divisorias, por ser *tam in rem quam in personam* (Inst. 4,6,20).

§ 31. "PRAEJUDICIA". "SPONSIO PRAEJUDICIALIS"

I. "PRAEJUDICIA". Existen ciertas acciones *in personam* o *in rem* destinadas a conseguir la declaración del juez sobre alguna cuestión de hecho o de Derecho controvertida, cuya definición se presenta como presupuesto que determina la procedencia o improcedencia, o el modo de proceder, de otra acción de fondo. Su nombre técnico es el de *praeiudicia*. Con ellas, por ende, el actor no busca la condena del demandado, sino una mera declaración sobre el asunto de que se trate; de donde que la *formula praeiudicialis* sólo consista en una *intentio* y que carezca de *condemnatio*.

Así, por ejemplo, teniendo presente que el edicto prohíbe al liberto demandar a su patrono sin previo permiso del pretor, supóngase que un demandado alega *in iure* que el demandante es su liberto; de que lo sea verdaderamente o no, dependerá que el juicio principal pueda seguir o no adelante; en consecuencia, menester es dilucidar previamente la cuestión planteada, para la cual se da una fórmula del tipo "Sea juez Ticio y pronúnciese sobre si No. No. sea liberto de Ao. Ao." ("*Titius iudex esto pronuntiatioque an Nm. Nm. libertus Ai. Ai. sit*").¹⁷³

No existe un *praeiudicium* general y abstracto, para cualquier cuestión que se suscite, sino varios tipificados por el Derecho pretorio.

¹⁷³ En general: Gai. 4,44; D. 44,7,37 pr.; Inst. 4,6,13.

Los principales son los siguientes: si alguien es liberto de otro (Gai. 4,44; D. 2,4,8,1; D. 40,14,6); si alguien es ingenuo; si alguien es hijo de otro (D. 25,3,1,16 a 3 pr.; 49,14,46 pr.; CI. 3,8,2; 8,46,9); si alguien es libre (Inst. 4,6,13; CI. 7,16,21); a cuánto asciende una dote (Gai. 4,44); si tuvo lugar la *praedictio* que ordena la *lex Cicereia* (Gai. 3,123); si los bienes del concursado fueron vendidos con arreglo a Derecho (D. 42,5,30); si la herencia alcanza al valor límite que sirve de mínimo para fijar la competencia del tribunal de los *centumviri* (PS. 5,9,1).

II. "SPONSIO PRAEJUDICIALIS". Una cuestión controvertida entre partes que dé lugar a una acción con *intentio* típica y *condemnatio*, puede ser reducida a un juicio meramente declarativo en la realidad, aunque conduzca formalmente a una condena, mediante el expediente de describir la cuestión controvertida como condición (impropia) de una cierta obligación creada por las partes para ese solo efecto, y no cumplida deliberadamente con el fin de provocar una nueva controversia. De este modo su decisión supone precedir sobre el asunto de fondo que realmente interesa.

La operación tiene lugar por medio de una *sponsio praeiudicialis*. Supóngase que dos personas agitan una controversia en torno a la posesión de un bien, actualmente poseído por una, pero del cual la otra dice ser su dueño. En principio, éste debería entablar la *rei vindicatio*; pero pueden celebrar la siguiente *sponsio*, en que el pretendido dueño actúa como estipulante y como promitente el actual poseedor: "Si el esclavo del cual se trata es mío según el Derecho de los quirites, ¿prometes darme 25 sesteracios? ¡Prometo!" ("*Si homo q.d.r.a. ex iure Quiritium meum est, sestertios xxv nummos dare spondesne. Spondeo*"). La suma prometida y meramente nominal, es deliberadamente no pagada, y entonces el estipulante entabla la *condictio* para reclamarla, cuya fórmula reza: "Si No. No. resulta deber dar 25 sesteracios a Ao. Ao. condena, juez, a No. No. a pagar 25 sesteracios en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. xxv sestertium dare oportere, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium xxv c.s.n.p.a.*"). El juez, empero, no puede decidir sobre la *intentio*, y por ende entre condenar o absolver, sin examinar si el esclavo del cual se trata pertenece o no a Ao. Ao. por Derecho civil, pues de que lo sea resultará ser debida la suma o no serlo.¹⁷⁴

En caso de haber condena la sentencia no es ejecutada, porque el interés del actor no se encuentra en la suma a que ella se refiere, por lo demás nominal, sino en recobrar la cosa disputada; lo cual se asegura mediante otra promesa de restituir con fiadores agregada a la *sponsio praeiudicialis*, y que

¹⁷⁴ Gai. 4,93.

se llama *satisfactio pro praede litis et vindictarum*; de no ser cumplida ésta, se da lugar a un nuevo proceso conducente a una condena, esta vez sí ejecutada, con la ventaja de poder ser entablado en contra de los fiadores.¹⁷⁵

La *sponsio praeiudicialis* se utiliza en casos tipificados. El procedimiento en que consiste se llama *agere per sponsionem*, en contraposición al *agere per formulam petitoriam*, de modo que en algunos de los dichos casos es posible elegir con cuál de ambos litigar.

Concretamente, hay elección en el caso de la *rei vindicatio*, como en el ejemplo que ha servido para ilustrar la exposición, de la *petitio hereditatis*, de las demás acciones *in rem*, de la *vindicatio in servitute*; en la *querela inofficiosi testamenti*, en cambio, no existe un proceso *per formulam petitoriam* (Gai. 4.95).

La dualidad también se da en los procesos interdictales; pero si entonces se actúa *per sponsionem*, la cantidad de dinero prometida es a título de pena y, por tanto, se ejecuta la condena si no hay restitución o exhibición.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Gai. 4.94.

¹⁷⁶ Gai. 4.165; 4.167-168.

CAPÍTULO V RECURSOS PARAJURISDICCIONALES

Aparte de conceder *actiones*, el magistrado dispone de otros recursos que ofrecer a los particulares como tutela de sus intereses, que en cierta medida podemos considerar como integradores de la protección conferida por aquéllas, desde distintos puntos de vista. En algunos casos, en efecto, las suplen, como los *interdicta*; en otros, las preparan, como las *in integrum restitutiones* o las *stipulationes praetoriae* (*aediliciae*), y en un tercer caso las suplen, preparan o complementan, como las *missiones in possessionem*. Todos estos recursos en último término se fundan en el *imperium* del magistrado, pero la *in integrum restitutio* está considerada como inmediatamente perteneciente a su *iurisdictio*.

Los interdictos mismos son actos pertenecientes al *imperium* (D. 43,8,7), pero no a la *iurisdictio*, aunque después de emitidos se abra un procedimiento propiamente jurisdiccional. Las *missiones in possessionem* son actos de *imperium*, no de *iurisdictio* (pese a D. 1,21,4,1; 2,1,1; 39,2,4,3; 43,4,1 pr., que no dicen de ninguna manera pertenecer a esta última). En la misma situación están las *stipulationes praetoriae* (pese a D. 39,1,1,9; 39,2,1; 39,2,4,3; 39,2,13,3; 46,5,1,10, en donde *iurisdictio* significa "competencia"; D. 45,1,5 pr. = Inst. 3,18,2 está itp.). Las *in integrum restitutiones* pertenecen, en cambio, a la *iurisdictio* (D. 3,1,1,10; 4,4,16,5; CI. 2,42,1; 2,50,2). Pese a esto último, empleamos para todos la expresión "recursos parajurisdiccionales".

§ 32. "INTERDICTA"¹⁷⁷

I. CONCEPTO. En el Derecho clásico existe una clara distinción entre *actio* e *interdictum*, del todo cancelada en el Derecho justiniano.

¹⁷⁷ s.m. D. 43,1; CI. 8,1; Inst. 4,15.

1. Un *interdictum* pertenece al orden que, con terminología moderna, podríamos denominar "administrativo". Aunque suponga una contienda entre partes, la solicitud de una de ellas al magistrado (pretor o gobernador), y un somero conocimiento de los hechos por parte del que lo emite, un *interdictum* no decide la controversia en concreto, ni la reenvía a un juez, sino que la decide unilateralmente en abstracto. El interdicto, en efecto, contiene una hipótesis de hecho y un mandato o prohibición del magistrado, dirigida a una de las partes o a ambas, pero que vale en cuanto su o sus destinatarios efectivamente se encuentren en la indicada hipótesis. Ésta no es verificada por el magistrado en el momento de emitir el interdicto. En consecuencia, o bien el destinatario acata el mandato o la prohibición, y se supone que ello es porque en la realidad la hipótesis lo alcanzaba; o bien no lo acata; sólo en este caso se hace necesario verificar judicialmente si hubo necesidad de hacerlo (esto es: si la hipótesis lo alcanzaba), y entonces se dan una verdadera *actio* (*ex interdicto*) y un proceso ante un *iudex*, que se rige por las reglas generales.

2. Por otra parte, los *interdicta* siempre atañen a un asunto en que vaya envuelto de algún modo un interés común. Se trata de la protección de las cosas y los espacios públicos o sacros, o de la libertad y el estado de las personas, y otros semejantes. Incluso en donde inmediatamente lo que aparezca amparado sea una situación particular, como es la posesión o el disfrute de las cosas privadas, aun así hay involucrado un interés público, en cuanto el asunto versa no sobre el *ius* de los sujetos sino sobre el hecho posesorio, acerca del cual hay interés público en la medida en que el cambio de hecho de los sujetos poseedores generalmente implica autojusticia y atentado al orden, por ende.

Con todo, el magistrado sirve y tutela estos intereses publicísticos por medio de la iniciativa privada, en cuanto espera de ella la petición del respectivo interdicto, y no procede de oficio.

En ello se diferencia este instrumento de los empleados por las modernas administraciones estatales, que operan inquisitivamente. Ello se debe a la diferente concepción de lo que es el interés público en la antigua Roma. No existe ahí la noción del "estado" como una "persona jurídica" diferente de la universalidad de los ciudadanos, que por definición aparece como el "gerente del bien común", de modo de haber terminado sociológicamente por extinguir el espíritu público de los súbditos, y de haber absorbido lo público en lo estatal. Para los romanos, en cambio, por interés público se entiende el de todos los ciudadanos; por lo cual, en principio, cualquiera de ellos tiene legitimación para solicitar por sí mismo y en nombre propio el remedio ante la lesión de los bienes comunes. Este desarrollado espíritu público permitió el funcionamiento de los interdictos, ya que el sistema contaba

con que siempre habría alguien que interviniera para denunciar el menoscabo y se hiciera parte en el procedimiento interdictal destinado a reprimirlo; la cual intervención, por otro lado, no dejaba de ser estimulada por cuanto la condena al transgresor cedía en interés del demandante, figura ésta muy acorde con el espíritu práctico y amante de la eficacia de los antiguos romanos.

3. De acuerdo con la innata tendencia tipificante del genio jurídico romano, no existe un único interdicto abstracto dirigido a cualquier caso, sino una multitud de ellos para hipótesis predefinidas. Ellos aparecen anunciados y ofrecidos en el edicto pretorio, donde se encuentran reunidos bajo un título común *de interdictis*. Ahí, bajo rúbricas concernientes, figura en cada caso el tenor literal de la hipótesis con su mandato o prohibición, redactados en primera persona (*ego*, es decir el pretor, elidido); el sujeto pasivo es normalmente *tu* (o *vos* en los interdictos dobles) y el activo es *ille* ("aquel").

Sin embargo, cuando el instrumento descrito no resulte aplicable, pero el caso concreto presente analogía con su hipótesis, suele el pretor dar un *interdictum utile*, variando, pues, los supuestos de la hipótesis de hecho original para adaptarla a la nueva. También puede conceder interdictos no análogos, sino enteramente originales para casos concretos que él estime merecedores de una protección del género ofrecida por estos instrumentos.

II. CLASES. Si se atiende a la orden emitida por el pretor, existen tres clases de interdictos: *prohibitoria*, *restitutoria* y *exhibitoria*; cuando se mira a quién va dirigida la orden, entonces son de dos clases: *simplicia* y *duplicia*.¹⁷⁸

1. Los *interdicta prohibitoria* se caracterizan por contener una orden dirigida a impedir un comportamiento, bajo la fórmula "no se haga [...]" ("*ne [...]* fiat"), "vedo" (*veto*), "interdigo" (*interdico*); muy frecuentemente consiste en prohibir el empleo de la violencia (*vis*), con la fórmula "vedo ser hecha violencia" ("*vim fieri veto*").

Los interdictos prohibitorios son los más antiguos (como el *uti possidetis*). La palabra *interdictum* deriva de *interdicere* = "decir entre" (partes, zanjando una controversia); pero como la controversia se zanja prohibiendo, de ahí el sentido original asumido por *interdicere* de precisamente "prohibir". En castellano existe "interdecir" con el mismo sentido, pero es poco usado; cfr. fr. *interdire* e ital. *interdire*. Tienen este carácter los siguientes: *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* (D. 43,4);

¹⁷⁸ Gai. 4,142; D. 43,1,1,1 itp. en cuanto a los *interdicta mixta* (prohibitorios y exhibitorios), que no existieron en el Derecho clásico.

ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit (D. 43,4); *ne quid in loco sacro religioso sancto fiat* (D. 43,6,1 pr.); *de mortuo inferendo et sepulchro aedificando* (D. 11,8); *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (D. 43,8,2 pr.; 43,8,2,20); *ut via publica itinere publico ire agere liceat* (D. 43,8,2,45); *de loco publico fruendo* (D. 43,9); *de via publica et itinere publico reficiendo* (D. 43,11); *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43,12); *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit* (D. 43,13); *ut in flumine publico navigare liceat* (D. 43,14); *de ripa munienda* (D. 43,15); *ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit* (D. 43,4,4 pr. y 4); *uti possidetis* (D. 43,17; CI. 8,6; Fest., s.v. "possessio"); *de superficiebus* (D. 43,18); *de itinere actuque privato* (D. 43,19); *de aqua cottidiana et aestiva* (D. 43,20); *de rivis* (D. 43,21); *de fonte* (D. 43,22); *de cloacis* (D. 43,23); *quem in locum nuntiatum est* (sobre la caución: D. 39,1,20,9); *de arboribus caedendis* (D. 43,27; CI. 8,1,1); *de glande legenda* (D. 43,28); *utrubi* (D. 43,31; Gai. 4,160); *de migrando* (D. 43,32); *interdictum Salvianum* (D. 43,33).

Los *interdicta restitutoria* contienen la orden de restituir un estado de cosas actual a uno anterior; generalmente se expresa con la fórmula "restituye o restablece" (*restituas*).

Son restitutorios los siguientes interdictos: *quorum bonorum* (D. 43,2; CI. 8,2); *quod legatorum* (D. 43,3; CI. 8,3); *quam hereditatem* (D. 6,1,45; 5,4,8; 12,1,21; Frag. Vindob. 4); *possessorium* (Gai. 4,145); *sectorium* (Gai. 146); *quod factum erit* [in loco sacro religioso sancto], *ut restituatur* (D. 43,8,2,19; 43,1,2,1); *quod in itinere publico factum erit, ut restituatur* (D. 43,8,2,35); *quod in flumine publico ripave eius factum erit, ut restituatur* (D. 43,12,1,19); *quod in flumine publico ripave eius factum erit, quo aliter aqua etc., ut restituatur* (D. 43,13,1,11); *de vi* (D. 43,16; CI. 8,4); *de vi armata* (ibid.); *si uti frui prohibitus esse dicetur* (ibid.); *quem fundum* (D. 50,17,156 pr.; 5,1,21; 6,1,25; FV. 92); *quem usumfructum* (FV. 92; D. 7,1,60,1; PS. 5,6,8b); *"quem servitutem"* (D. 43,20,7= PS. 5,6,8c; D. 39,1,15); *quod vi aut clam* (D. 43,24); *quem in locum nuntiatum est* (D. 39,1,20 pr.); *de precario* (D. 43,26; CI. 8,9); *quae in fraudem creditorum facta sunt* (*interdictum fraudatorium*: D. 42,8).

Los *interdicta exhibitoria* también implican una orden positiva, consistente precisamente en presentar algo (ante la contraparte y el magistrado); se caracterizan por emplear la expresión "exhibe" (*exhibeas*).

Son exhibitorios: *de tabulis exhibendis* (D. 43,5; CI. 8,7); *de homine libero exhibendo* (D. 43,29); *de liberis exhibendis* (D. 43,20; CI. 8,8); *de liberto exhibendo* (D. 43,1,2,1; Gai. 4,162).

2. Un interdicto, además, es *simplex*, si la orden en que consiste va dirigida a una de las partes; es *duplex*, si ella se dirige a ambas. Todos los interdictos restitutorios y exhibitorios son *simplicia*. Demandante es el que pide la restitución o exhibición, y demandado aquel en contra de quien se la

pide. En consecuencia, sólo los prohibitorios pueden ser además *duplicia*, caso en el cual las dos partes cumplen el papel de demandante y demandado. Tienen este carácter, por ejemplo, los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*. La mayoría, sin embargo, son *simplicia*.¹⁷⁹

Algunos interdictos tienen legitimación activa puramente privada, mientras que otros la tienen para "cualquiera del pueblo" (*quivis ex populo*), es decir, son *popularia*.¹⁸⁰ Ciertos interdictos restitutorios son *poenales* y la *actio ex interdicto* posterior puede concederse como *noxalis*. Entre los penales, algunos se dan sólo durante un año (*interdicta annalia*). Todos los demás, penales o no penales, son *perpetua*.¹⁸¹

Son penales los siguientes interdictos: *unde vi*, *de vi armata*, *si uti frui prohibitus esse dicetur*, *quod vi aut clam*, *fraudatorium*. Los interdictos *unde vi*, *quod vi aut clam* y *fraudatorium* llevan la llamada *exceptio annua* (D. 43,24,15,5), que en realidad es una cláusula de la fórmula interdictal: "si no ha transcurrido más de un año desde que pudo entablarse" (*si non plus quam annus est cum experiendi potestas est*. Cfr. D. 44,3,1). *Interdicta noxalia*: D. 43,1,5.

III. EJEMPLOS. Ilustremos la figura de los interdictos con algunos ejemplos, que no sean de aquellos que en otro lugar deberemos examinar con detenimiento.

1. El pretor propone en el edicto una rúbrica interdictal que reza así: "Vedo hacer en río público o en su orilla, o introducir en este río o en su orilla algo de guisa tal que el agua fluya de otra manera a como fluyó en el estío anterior" ("*In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto*").¹⁸² La finalidad del interdicto *ne quid in flumine publico ripave eius fiat* es evidentemente proteger el curso natural de las aguas de los ríos públicos, curso natural ese que la rúbrica considera empíricamente como aquel que el río tuvo en el verano anterior (con relación al momento en que se entable el interdicto) y no en otra época (especialmente en invierno) porque entonces es cuando resulta más cierto y estable el curso fluvial.

El interdicto es prohibitorio y simple: se dirige a impedir que alguien consume el designio de cualquier operación u obra destinada a modificar

¹⁷⁹ Gai. 4,156-161; D. 43,1,2 pr.

¹⁸⁰ D. 43,8,2,34 y 44; 43,11,1,3.

¹⁸¹ D. 43,1,1,4; 43,1,4.

¹⁸² D. 43,13,1 pr.

el modo y la fuerza de la corriente, por ejemplo abriendo canales desde el lecho o dirigiendo canales a él, que hagan el agua más baja o más alta. Él tiene carácter *populare*.

Para complementar la defensa de los ríos públicos proveniente del anterior interdicto, el pretor ofrece otro, cuya rúbrica es como sigue: "Restituye lo que en río público o en su orilla tienes hecho, o lo que en el río o en su orilla tienes introducido, si por causa de esto el agua fluye de otro modo a como fluyó en el anterior estío" ("*Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit atque uti priore aestate fluxit, restituas*").¹⁸³ Este interdicto, también simple pero restitutorio, se refiere al hecho consumado de haber sido variado por alguien el curso del agua, para que haga lo necesario a fin de restablecer el mismo curso que el río tuvo en el verano anterior.

2. Un ejemplo de interdicto exhibitorio, también simple y popular, nos lo ofrece el llamado *de homine libero exhibendo*, que aparece formulado así: "Exhibe el hombre libre que con dolo malo retienes" ("*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*").¹⁸⁴ Con él se ordena presentar en público, de modo de poder verlo y tocarlo, a cualquier persona libre (hombre o mujer, púber o impúber, *alieni* o *sui iuris*) que otro dolosamente y sin derecho retiene en su poder contra la voluntad del retenido.

3. El interdicto *de cloacis* está referido a cosas privadas, pero desde el punto de vista de su función pública: "Vedo que se haga violencia para que a uno no le sea posible limpiar (y) reparar la cloaca sobre la cual se litiga, que de su casa le pertenece en la tuya" ("*Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto*").¹⁸⁵ El legitimado para el interdicto es el dueño de la casa desde donde sale la cloaca, cuando el dueño de la casa por donde pasa aquélla le impide limpiarla o refaccionarla, y tiene por objeto conseguir que cese el impedimento.

IV. EMISIÓN DEL INTERDICTO. Conceder un interdicto (*interdictum reddere* o *edere*) significa emitir un decreto el magistrado, en el que se reproduce concretamente (mencionando personas o lugares, por ejemplo) la hipótesis

¹⁸³ D. 43,13,1,11.

¹⁸⁴ D. 43,29,1 pr.

¹⁸⁵ D. 43,23,1 pr.

abstracta descrita en el edicto, ordenando restituir o exhibir o prohibiendo, siempre a una persona determinada. Ello supone que el legitimado activo haya solicitado el interdicto en contra del pasivo, y que el magistrado haya examinado somera y externamente la credibilidad de los extremos fácticos en que se basa, sobre todo para evitar abusos, sin entrar a verificar su veracidad. En consecuencia, el procedimiento interdictal en esta primera fase no implica dar la orden o emitir la prohibición porque han acaecido determinados hechos, sino darla o emitirla si es que acaecieron; el interdicto en concreto es, pues, una suerte de orden condicionada a que los hechos descritos en la hipótesis resulten ser verdaderos. Si lo son, el sujeto pasivo del interdicto debe obedecer la orden; si no lo son, ésta no le afecta.

Los interdictos se dan normalmente sin *causae cognitio*, aunque a ésta se pueda recurrir de acuerdo con las reglas generales, para examinar alguna circunstancia especial (D. 3,3,40 pr.; 43,24,15,15; 43,19,3,13; 43,30,3,5); sólo el *interdictum fraudatorium* se concede previo conocimiento de causa en una hipótesis (D. 42,8,10 pr.).

Cuando tales hechos son verdaderos y el destinatario del interdicto lo acata, el procedimiento ha cumplido su función directamente. Supuesto que aquél no obtemperare lo dispuesto, entonces se presenta el problema de saber si esta conducta se debe a que los hechos en que se basó el interdicto no fueron verdaderos, por lo que no hubo necesidad de cumplir su orden o su prohibición; o bien, si lo fueron, a que se trató realmente de una desobediencia al interdicto.

Para declarar esta cuestión, en época clásica se da una acción *in personam* llamada *actio ex interdicto*.

Si en una época más antigua el magistrado emitía el interdicto previa comprobación efectiva de la veracidad de los hechos, o si lo daba supuesto que los hechos fueran verdaderos, como en época clásica, no lo sabemos. En cualquiera de ambos casos tampoco sabemos si el pretor sancionaba al infractor de su orden o prohibición directamente una vez verificado el incumplimiento, o una vez verificados la veracidad de los hechos y el incumplimiento, según las dos posibilidades antes indicadas, usando de sus medios coercitivos generales, como la imposición de multas (*mulctae*). En todo caso, como queda dicho, en época clásica el asunto se hace objeto de un *iudicium privatum*.

V. PROCEDIMIENTO EN LOS INTERDICTOS PROHIBITORIOS. Cuando la acción se basa en haberse desobedecido un interdicto prohibitorio, entonces se la tramita *per sponsionem* y mediante un *iudicium secutorium* agregado.

1. Si el interdicto es *simplex*, el que lo solicitó provoca a aquel en contra de quien lo solicitó y de quien dice haberlo desacatado, a que le prometa una

suma de dinero por pagar si efectivamente lo desató. El contenido de la *sponsio* reproducía de alguna manera el del interdicto en discusión, pero en general podemos suponer que obedecía al esquema "¿prometes serme dado tanto dinero si se hizo violencia [...] en contra del edicto del pretor?" ("*si adversus edictum praetoris [...] vis facta est tot nummos dari spondesne*"), supuesto que se discuta en torno a un interdicto del tipo *vim fieri veto*. El monto de la suma de dinero prometida posiblemente era fijado según declaración jurada del que inició el interdicto, que no podía exceder el *quantum* de la *res*. En consecuencia, esta suma no era nominal, como en la *sponsio praeiudicialis* que se utilizaba en algunas acciones *in rem*, sino penal.

Por su lado, y siempre dentro de un interdicto *simplex*, la parte que lo inició debe también prometer a aquel en contra de quien lo inició una suma, asimismo penal, de monto igual al de la *sponsio*, para el caso de que no se haya desobedecido realmente el interdicto. Esta promesa contraria recibe el nombre de *restipulatio*.

Cuando el interdicto es *duplex*, hay dos *sponsiones* y dos *restipulationes*, debido precisamente a que la prohibición estuvo dirigida a ambas partes, cualquiera de las cuales pudo transgredirla. Considerando, pues, a quien se quiera de ellas como demandada, ésta debe prometer pagar una pena si no cumplió el interdicto a la otra (primera *sponsio*), y recibir de ésta la promesa de que le pagará una pena si lo cumplió (primera *restipulatio*); considerando después a la otra parte como demandada, entonces también ella debe prometer pagar una pena si no cumplió el interdicto a la otra parte (segunda *sponsio*) y a su vez recibir de ésta la promesa de que le pagará una pena si es que lo cumplió (segunda *restipulatio*).

2. Como las cantidades prometidas en la *sponsio* y en la *restipulatio* (sean simples o dobles) deliberadamente no son pagadas, cada interesado en su pago debe proceder a demandar al no interesado. Tienen lugar, pues, dos *condictiones* (o cuatro) que se tramitan ante un único *iudex*, el cual, para condenar o absolver, necesariamente debe entrar a examinar si la prohibición del interdicto resultó observada o no.

Cuando éste fue simple y resulta que su destinatario no lo acató, el juez lo condena a pagar la cantidad prometida en la *sponsio* (porque bajo aquel supuesto es que se debe la cantidad), absolviendo a la contraparte de pagar la *restipulatio* (porque no se dio el supuesto —que el destinatario haya obedecido— bajo el cual se debe lo ahí prometido).

Si el interdicto había sido doble, la parte desobediente es condenada a pagar lo que prometió en la *sponsio* a la contraparte que resultó obediente,

y además a pagarle lo prometido en la *restipulatio* que a esta última confirió para el caso de resultar obediente. Dicha parte, desde luego, es absuelta de pagar la *sponsio* y la *restipulatio* que beneficiaban a la desobediente.

3. El *agere ex interdicto per sponsionem*, pues, conduce al pago de una suma a título de pena (establecida por convención, podríamos decir, en oposición a las penas legales, edictales o judiciales), por haberse desatado la prohibición interdictal; en consecuencia, este proceso no tiene carácter "reipersecutorio". Puede, por lo tanto, agregársele otro que sí lo tenga. En efecto, desde el siglo I a. C. se da un *iudicium Cascellianum* o *secutorium*, quizá introducido por el jurista de esa época Aulus Cascellius, cuya fórmula posiblemente rezaba: "Si Ao. Ao. hubiera vencido por *sponsio* a No. No. a no ser que, según tu arbitrio, la situación haya sido restituida a Ao. Ao. a tanto dinero condena, juez, a No. No. cuanto este asunto haya de valer; si no resulta, absuelve" ("*Si As. As. Nm. Nm. sponsione vicerit neque ei arbitrio tuo Ao. Ao. res restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*"). La *intentio* de esta fórmula supone que el demandado haya resultado vencido en el *agere per sponsionem*, lleva "cláusula arbitraria" y condena al *quanti ea res est*. De acuerdo con ella, pues, en último término el que había desobedecido la prohibición interdictal (que por ello fue vencido en el *agere per sponsionem*) es condenado a cuanto en el momento de la sentencia vale objetivamente el producto de su desobediencia (*res*), a menos que haga lo necesario para restablecer el asunto al estado anterior a aquélla, ya que entonces debe ser absuelto en virtud de la mencionada cláusula.

Desacatar un interdicto prohibitorio, en consecuencia, puede resultar muy oneroso para el desobediente, y más aún si es *duplex*. Gayo (4.162-163; 4.165) dice que este procedimiento es "con riesgo" ("*cum periculo*"), y la razón de por qué lo diga es más que clara. Ciertamente el procedimiento nos puede parecer complicado, pero no debe caber duda de su eficacia atemorizante y restituyente. Atendido ello, el pretor no necesitaba asegurar su cumplimiento mediante sanciones compulsivas, a las que de todos modos siempre podía recurrir de acuerdo con las reglas generales y según la gravedad del asunto.

VI. PROCEDIMIENTO EN LOS INTERDICTOS RESTITUTORIOS Y EXHIBITORIOS. Frente a interdictos restitutorios y exhibitorios (siempre *simplicia*, como sabemos), el peticionario dispone de esta alternativa: seguir un proceso *per sponsionem* o *per formulam arbitrariam*.

1. El primero es idéntico al descrito para los interdictos prohibitorios; la única diferencia proviene de que, tratándose ahora de restitutorios o exhibitorios, nunca puede haber doble *sponsio* y doble *restipulatio*, mas tan sólo

una de cada cual. El asunto de fondo debatido en estos casos es si aquel en contra de quien fue pedido el interdicto cumplió la orden de restituir o de exhibir o no; en torno a eso recaen las aludidas promesas penales; y una vez decididas ellas, sigue un *iudicium de re restituenda vel exhibenda*, es decir, el *iudicium Cascellianum*.

2. Aquel en contra de quien se pide un interdicto restitutorio o exhibitorio puede solicitar que el asunto sea llevado al conocimiento de un *arbiter*, siempre que la solicitud resulte presentada en la misma audiencia del pretor en que tiene lugar la emisión del interdicto.¹⁸⁶ En este caso no hay, por cierto, *sponsio ni restipulatio*, sino que tiene lugar directamente un proceso *per formulam (arbitrariam)*, cuyo texto posiblemente llevaba una *demonstratio* en que aparecía reproducida la hipótesis del interdicto de que se tratare, como supuesto de hecho por probar en el proceso, seguida de la "cláusula arbitraria" y la *condemnatio* al *quanti ea res erit*. Merced a dicha cláusula, la parte en contra de quien se dirige el interdicto, si es que su hipótesis de procedencia es verdadera, puede cumplir la orden de restituir o exhibir hasta antes de ser dictada la sentencia y así resultar absuelto.

De este modo, por ejemplo, si se tratara del interdicto *de homine libero exhibendo*, que dice: "Exhibe el hombre libre que con dolo malo retienes" (*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*), la fórmula tendría que haber sido: "Supuesto que Lucio Ticio fue retenido con dolo malo de No. No. a no ser que Lucio Ticio sea exhibido según tu arbitrio, a tanto dinero condena, juez, a No. No. cuanto haya de valer este asunto; si no resulta, absuelve" (*Quod Lucium Titium dolo malo Ni. Ni. retentus est, neque Lucium Titium arbitrio tuo exhibeatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*). Si la parte pasiva no exhibe y prefiere pagar la condena, este interdicto popular puede volver a ser emitido cuantas veces se quiera, hasta que se exhiba (D. 43,29,3,13). Por la posibilidad de restituir (o exhibir) hasta antes de la sentencia que se da en el procedimiento *per formulam arbitriariam*; Gayo (4,162-163) dice que él es "sin riesgo" (*sine periculo*).

§ 33. "IN INTEGRUM RESTITUTIO"¹⁸⁷

I. GENERALIDADES. La *in integrum restitutio*, más que un acto o procedimiento típico, es un efecto consistente en el restablecimiento o restauración de una persona en un estado jurídico anterior a una determinada modificación del mismo; dicho efecto puede ser alcanzado de diversas maneras.

¹⁸⁶ Gai. 4,164.

¹⁸⁷ s.m. D. 4,1.

El adjetivo *integer-integra-integrum* deriva del verbo *tangere* = "tocar" con el privativo *in-*, por lo que significa "intacto, intocado", de allí "entero, completo". La expresión *in integrum* tiene ya la significación de "ir o volver de nuevo plenamente a las cosas de que se trata", y como *restitutio*, a su vez, es "restablecer un estado anterior", los dos términos del giro *in integrum restitutio* se refuerzan mutuamente para denotar la idea de "plena, entera, completa restauración de una situación anterior a su cambio".

Como una modificación sufrida por cierto estado jurídico sólo pudo derivar de los efectos de un acto o hecho jurídicos o del transcurso del tiempo, la *in integrum restitutio* estriba en prescindir de esos efectos o del plazo; eliminados así unos u otro, se consigue una especie de reaparición del estado anterior a la modificación, esto es, la restitución.

Como veremos, el más importante medio para operar la *in integrum restitutio* es la *fictio*, de donde que aquella operación sólo pueda incidir en calidades o efectos jurídicos o en el tiempo, pero nunca sobre hechos del mundo material.

II. HIPÓTESIS DE "IN INTEGRUM RESTITUTIONES". El pretor concede una *restitutio in integrum* en hipótesis típicas edictalmente fijadas, que en su mayor parte se encuentran reunidas bajo un título común *de in integrum restitutionibus*. Dichas hipótesis pueden ser ordenadas en dos clases.

1. Por un lado, se trata de la concesión del recurso para cualquier tipo de actos, siempre que hayan sido realizados en ciertas circunstancias objetivas o subjetivas.

a) Para actos jurídicos civilmente válidos en que, sin embargo, intervino coacción contra una de sus partes, destinada a conseguir la celebración (*quod metus causa gestum erit*).¹⁸⁸

La rúbrica (D. 4,2,1 pr.) dice: "No tendré por válido lo que se hubiere gestado por causa de coacción" (*Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*). Solemos decir "*restitutio in integrum ob metum*". Algunos piensan que hubo una *in integrum restitutio* para actos jurídicos civilmente válidos en que intervino *dolus* contra una parte dirigido a obtener su consentimiento, de la cual no hay rastros seguros.

b) Para actuaciones de efecto jurídico, en el más amplio sentido de la palabra, en que intervino un menor de 25 años y que de algún modo le resultaron perjudiciales.¹⁸⁹

¹⁸⁸ s.m. D. 4,2; CI. 2,19.

¹⁸⁹ s.m. D. 4,4; CI. 2,21.

La rúbrica (D. 4,4,1,1) dice: "Examinaré, según las circunstancias del caso, lo que se dijere haber sido gestado con un menor de 25 años" ("*Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam*"). Suele hablarse de "*restitutio in integrum ob aetatem*". A este recurso general en favor del menor debe de referirse Gai. 4,53 (completado con Inst. 4,6,33) y Gai. 4,57, y no a uno especial, como suele decirse.

c) Para el caso de enajenación válida de una cosa litigable (no litigiosa), con el propósito doloso de mudar las condiciones del juicio en contra del que va a ser actor (*alienatio iudicii mutandi causa facta*).¹⁹⁰

No conocemos el texto íntegro de la rúbrica (una parte en D. 4,7,8,1). Ejemplos: se enajena la cosa debida a alguien que vive en otra provincia, haciendo más gravoso el litigio para el que podía demandar la cosa con acción personal (D. 4,7,1 pr.; 4,7,3 pr.), o a una persona muy poderosa (*potentior*: D. 4,7,1,1; 4,7,3 pr.), o si el adquirente usucapió la cosa y ya no se la puede reclamar con la acción real (D. 4,7,4 pr.), etc.

d) Para el caso de que un *sui iuris* varón haya sido adrogado, o una mujer de idéntica condición haya sido objeto de *conventio in manum*. El problema es que con la *adrogatio* y la *conventio in manum* los *sui iuris* sufren una *capitis deminutio (minima)* y quedan en condición de *alieni iuris* bajo la potestad del padre adrogante o del marido, con la consecuencia de que por Derecho civil los acreedores no puedan exigir sus créditos ni al *alieni iuris* ni al que ahora detenta potestad sobre ellos.¹⁹¹

La rúbrica (D. 4,5,2,1): "Contra aquellos o aquellas de que se dijere que han sido disminuidos o disminuidas de cabeza después que con ellos algo se actuó o contrajo, daré un juicio como si aquello no hubiera acontecido" ("*Qui quaeve, postea quam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo*"). La llamamos "*in integrum restitutio ob capitis deminutionem*".

e) Para el caso de que un mayor de 25 años haya perdido una cosa, un Derecho o una acción por el transcurso del tiempo, o dejado de ganarlos, mientras él mismo estuvo ausente en principio por ciertos motivos tipificados.¹⁹² Estos motivos son: el temor a algún daño corporal (*metus*), una misión oficial (*rei publicae causa*), prisión, caída en servidumbre y cautivi-

¹⁹⁰ s.m. D. 4,7; CI. 2,54.

¹⁹¹ s.m. D. 4,5.

¹⁹² s.m. D. 4,6; CI. 2,53.

dad. Sin embargo, el pretor se reserva la posibilidad de conceder el recurso por otros motivos no tipificados, siempre que las leyes, los plebiscitos o los senadoconsultos, lo mismo que los edictos y decretos imperiales, no lo prohiban. Ejemplos muy característicos son que durante la ausencia justificada de uno, otro adquiera por usucapión una cosa del ausente (quien por ello no tuvo posibilidad de reivindicar lo suyo), o que durante ella se extinga una servidumbre por *non usus*, o una *actio temporalis* por su no ejercicio dentro del plazo.

También se da la *in integrum restitutio* para el caso inverso, que por la ausencia del legitimado pasivo para una acción el activo no haya podido entablar el juicio perdiendo aquélla; sólo que en esta hipótesis no hay tipificación de motivos de ausencia y es suficiente que el demandable no se haya defendido por estar ausente. Tal ocurre, por ejemplo, si está ausente el poseedor de una cosa que la va adquiriendo por usucapión o el deudor sujeto a una acción temporal, de modo que el dueño no puede entablar la *rei vindicatio* o dicha acción en su contra debido a la ausencia, extinguiéndose una u otra.

En síntesis, pues, se trata de evitar tanto que el justificadamente ausente resulte perjudicado como que el ausente perjudique.

La rúbrica (D. 4,6,1,1): "Si <por el no uso se hubieren disminuido> los bienes de alguien <después que> cuando, por miedo o estuviese ausente por causa de la república sin dolo malo, o estuviese preso, en servidumbre o en poder de los enemigos, o se dijere que para alguno de aquéllos había llegado el día de su acción; y asimismo si alguien hubiese hecho suya una cosa (de aquéllos) por usucapión o recuperado la que perdió por el no uso o se hubiere liberado de alguna acción (de aquéllos) porque hubiere llegado el día de ella, o porque estando ausente (el que se liberó) no se defendiera, o porque estuviese preso, o porque no diera medio de litigar contra él, o porque no fuera lícito que contra su voluntad fuese él citado a juicio, ni se defendiese, siempre que se hubiese reclamado al magistrado sobre aquella cosa, o si se dijere que el magistrado había privado de una acción a alguien sin dolo malo del mismo; en todos estos casos daré una acción dentro del año en que hubiere posibilidad de entablarla sobre la materia; y también si me pareciere haber otra justa causa, restituiré por entero lo que de la misma fuere lícito por las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, edictos y decretos de los príncipes" ("*Si cuius quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesse inve vinculis servitute hostiumve potestate esset, posteave <non utendo deminutum esse> sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset aut quod non utendo amissum sit consecutus actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur inve vinculis esset secumve agendi potestatem non faceret aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur; earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas*").

erit; item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur in integrum restituam, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit").

2. Por otro lado, también se da la *in integrum restitutio* exclusivamente contra una *litis contestatio* ya cumplida, siempre que el perjudicado se encuentre en algunas hipótesis tipificadas.

a) Cuando alguien tiene acción contra un impúber y, siendo éste entonces demandado, la *auctoritas* para la *litis contestatio* le es conferida por un *falsus tutor*, cuya condición ignoraba el actor; como pese a ello se consuma la acción, y aunque el demandante no haya de poder ejecutarla contra el pupilo, se lo auxilia mediante este recurso (para que no quede pendiente la acción ejecutiva).¹⁹³

La rúbrica (incompleta en D. 27,6,1,1 y 6): "Supuesto que siendo autorizado por aquel que no haya sido el tutor [...] si el actor lo ignoró, daré una restitución íntegra" ("*Quod eo auctore, qui tutor non fuerit [...] si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutione*"). Justiniano extendió este recurso a cualquier caso de actuación con un falso tutor.

b) Cuando se incurre en *pluris petitio* en la *condemnatio* se da la restitución con el objeto de disminuir la condena excesiva, en favor del demandado.¹⁹⁴

c) Si un demandado, por error, dejó de interponer una *exceptio peremptoria* se restituye la *litis contestatio* para que la oponga.¹⁹⁵

III. FINALIDAD Y TÉCNICA DE LA RESTITUCIÓN. La *restitutio in integrum* presupone la producción de un determinado efecto jurídico, como consecuencia de un acto o hecho jurídicos en sí mismos plenamente válidos, como cuando alguien adquirió el dominio o un Derecho real en virtud de una *in iure cessio* celebrada por causa de compraventa o de donación, o contrajo una deuda por mutuo o por arrendamiento, o extinguió un Derecho real o un crédito por renuncia formal o informal (pacto), o ganó el dominio por usucapión, o constituyó el litigio por haber intervenido en una *litis contestatio*, o dejó de adquirir una herencia o un legado por repudiación de los mismos, etc. Por cierto, todos estos efectos en la mayoría de los casos pueden ser mirados

¹⁹³ s.m. D. 27,6.

¹⁹⁴ Gai. 4,57.

¹⁹⁵ Gai. 4,125; CI. 7,50,2. Hubo discusión sobre si procedía el recurso cuando se omitió una excepción dilatoria.

tanto del lado activo como pasivo: así, cuando uno adquirió un bien por *in iure cessio* es porque otro lo transfirió, etc.

La *in integrum restitutio* puede ir en auxilio de cualquier sujeto afectado y al mismo tiempo perjudicado por el efecto correspondiente, supuesto que se encuentre en las hipótesis típicas previstas en el edicto, es decir, en favor del que sufrió la coacción, del menor de 25 años, del que iba a accionar y cuya contraparte enajenó la cosa, del acreedor del adrogado o de la mujer "*in manu*", del ausente o del presente perjudicado con la ausencia de otro, o del que celebró la *litis contestatio*.

Ahora bien: si la finalidad de este recurso es restablecer en su estado anterior al que tiene interés, su técnica consiste en pasar por alto el efecto de que se trate o prescindir de él, como si no se hubiera producido; de este modo, por ejemplo, si durante la ausencia de alguien otro ganó un bien del primero por usucapión, la restitución al ex dueño estriba en último término en considerar que no se produjo la adquisición del dominio para el usucapiente, de modo que el restituido resulte mirado todavía como tal; y si un menor compró un bien por un precio mayor al justo, restituirlo significa considerar que el efecto de la compraventa no tuvo lugar, por lo que se le deberá devolver el precio (y él la cosa); y si alguien repudió una herencia testamentaria coaccionado por el que así pasaba a ser el sucesor intestado, su restitución radica en considerar que la herencia no fue repudiada y que todavía se encuentra en situación de poder ser aceptada (o de volver a ser repudiada, pero libremente), etc.

IV. PROCEDIMIENTOS RESTITUTORIOS. El que tenga interés debe solicitar al magistrado (pretor o gobernador) la restitución (*restitutionem postulare*), normalmente previa citación de la parte contra quien se pide; aquél examina los hechos (*cognitio causae*) para verificar, en primer lugar, que el petionario se encuentra en la hipótesis edictal y, en seguida, para determinar más concretamente si es procedente concederla, aunque se trate de dicha hipótesis, porque el magistrado se reserva una amplia discrecionalidad en la apreciación de los hechos; en algunos casos incluso ella viene preanunciada en el edicto mismo, como en la restitución en favor de los menores. Si el magistrado decide conceder la restitución, no es suficiente empero un *decretum* suyo, aunque debemos pensar en que normalmente también lo habría. Lo más importante es la manera de operarla.

El modo general y ordinario es conceder al restituido la acción típica más adaptada a conseguir el restablecimiento en su anterior situación,

con la ficción de no haber tenido lugar el efecto de que se trata. Así, por ejemplo, si alguien había enajenado un predio por *mancipatio* y obtuvo la restitución por haber intervenido fuerza, de lo que se trata es que vuelva a tener el predio y para ello la acción más adaptada es la *rei vindicatio* y no la *condictio*, toda vez que el predio no es debido; pero como en realidad él ya dejó de ser dueño por Derecho civil, porque la enajenación fue válida, la mencionada acción real debe ser modificada a fin de prescindir de la enajenación, lo cual implica una *fictio* por la que se suponga no producido este efecto de la *mancipatio*.

La fórmula, por tanto, pudo ser así: "Si Ao. Ao. no hubiera dado el fundo en mancipio a No. No. (y) si entonces el fundo del cual se trata debería ser suyo según el Derecho de los quirites" ("*Si As. As. fundum No. No. mancipio non dedisset, tum si paret eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oportere*"). Si lo perseguido es prescindir de una usucapición cumplida, que civilmente convirtió en dueño a otro, para restituir al ex dueño la fórmula se redacta de este modo: "Si el esclavo del cual se trata no hubiere sido adquirido mediante usucapición por No. No. (y) entonces si ese esclavo debería ser de Ao. Ao. en virtud del Derecho de los quirites" ("*Si is homo q.d.r.a. a No. No. usucaptus non esset, tum si eum hominem ex iure Quiritium Ai. Ai. esse oportere*"). Cuando, en cambio, se trata de poder cobrar una deuda civilmente extinguida por la *capitis diminutio* de un *sui iuris*, el planteamiento es éste: "Si No. No. no hubiera sido *capitis diminutus* (y) si entonces No. No. debería dar 100 a Ao. Ao." ("*Si Ns. Ns. capite diminutus non esset, tum si Nm. Nm. Ao. Ao. centum dare oportere*").

Estas acciones con ficción reciben el nombre común de *actiones rescissoriae*.¹⁹⁶

Debe insistirse en que no se trata de una única acción general, sino de la acción básica que corresponda con ficción. Este nombre común se justifica por la función especial que asume dicha acción básica modificada por la ficción, que es precisamente la de rescindir actos.

Cuando el magistrado considere insuficiente el resultado de su *causae cognitio* para decidir entre conceder o denegar la restitución definitivamente, puede encargar al *iudex* la indagación completa acerca del fundamento de restituir, otorgando el *iudicium rescissorium* con una adaptación en la fórmula, que contiene dicho fundamento como condición de la ficción.

Por ejemplo: "Si el fundo que Ao. Ao. dio en mancipio a No. No. por causa de coacción, aquél no lo hubiera dado a éste (y) si entonces resulta que el fundo del cual se trata

¹⁹⁶ D. 4,6,28,5-6; Frag. Argent. I,1a; CI. 3,32,24; 8,50,18. Gayo en D. 3,3,46,3 habla de *iudicium restitutorium*.

debería ser suyo según el Derecho de los quirites" ("*Si quem fundum As. As. No. No. metus causa mancipio dedit, eum is mancipio non dedisset, tum si paret eum fundum q.d.r.a. ex iure Quiritium eius esse oportere*"). Por supuesto, aquí no se finge que hubo coacción, sino al revés, pues el juez queda autorizado para conocer si de hecho la hubo o no; sólo en el primer caso debe indagar si el actor hubiera sido dueño, suponiendo que no hubiera transferido el fundo.

Aparte de conceder *iudicia rescissoria*, el pretor puede limitarse a denegar una acción o a conceder una excepción, si con ello consigue el efecto de restituir al interesado.

Ejemplos: un menor recibió dinero en préstamo y lo disipó; como la restitución consiste en hacer lo necesario para que todo quede como si no hubiera habido préstamo, eso se consigue denegando al mutuante su acción contra el menor (D. 4,4,27,1). Alguien arranca a otro, mediante coacción, su promesa formal de darle cierta cantidad: la restitución aquí se obtiene concediendo una *exceptio metus* al promitente si el estipulante lo demanda (D. 4,2,9,3).

Cuando es posible, la restitución puede tener lugar directamente entre las partes, esto es, sin acción, ejecutando los actos jurídicos que sean conducentes al fin de restablecer el estado anterior. Así, por ejemplo, si un menor recibió en préstamo una cantidad y él la prestó a su vez, la restitución puede consistir en que el menor ceda a su mutuante la acción que tiene contra su propio mutuante, de modo que sea el primero quien cobre a éste; y si se trata de restituirlo de una compra o de una venta desventajosa para él, es suficiente que su vendedor le devuelva el precio o su comprador la cosa, devolviendo a su turno el menor lo que por su lado corresponda.¹⁹⁷

§ 34. "STIPULATIONES PRAETORIAE"¹⁹⁸

I. CONCEPTO Y FUNCIONES. Como en su momento se verá con detalle, la *stipulatio* es un negocio jurídico consistente en la pregunta formal y oral dirigida por un estipulante a un promitente, en el sentido de si este último se encuentra dispuesto a dar, hacer o no hacer algo en favor del primero, respondida también formal y oralmente por su destinatario. La consecuencia es quedar el promitente obligado por Derecho civil. Al promitente se pueden agregar otras personas en el mismo acto o en acto separado, las

¹⁹⁷ D. 4,4,27,1.

¹⁹⁸ s.m. D. 46,5.

cuales se obligan con él en calidad de fiadores. En tal caso la figura toma el nombre de *satisfatio* o *cautio*. La *stipulatio*, lo mismo que la *satisfatio*, son actos de Derecho privado con muy variado uso, que las partes celebran libremente según sus intereses y convenciones. Pero a veces el magistrado, principalmente el pretor (el gobernador en provincias), en mucho menor medida el edil, compele a alguien a concluir una caución en favor de otro; en tal caso se habla de *stipulationes praetoriae (aediliciae)*. La función de estas estipulaciones puede ser crear una obligación en un ámbito en donde ella no existe, o bien reforzar una obligación civil preexistente; el refuerzo consiste, por un lado, en agregar la acción que nace de la estipulación a la que sanciona la obligación preexistente de que se trate, de modo que el interesado pueda elegir la que más le convenga; y, por otro, en la garantía proveniente de la intervención de fiadores, pues aquél dispondrá ahora de mayor cantidad de personas demandables, pudiendo escoger a la más solvente. Desde luego, esto último también vale en la hipótesis de que se pretenda crear una obligación enteramente nueva.

Un ejemplo de caución adaptada al cumplimiento de la primera función es la *cautio de conferendis bonis*: según el Derecho civil, un hijo emancipado no es heredero intestado de su padre, como sí lo son quienes, al morir aquél, estaban bajo su *patria potestas*; pero el pretor llama al emancipado a la sucesión paterna, cuando no hubo testamento o si el emancipado fue preterido en el que hubo, sin perjuicio de también llamar a los no emancipados; pero esta invitación tiene lugar siempre que el emancipado esté dispuesto a comunicar su propio patrimonio con el hereditario, a fin de repartir la nueva masa entre él y los no emancipados, con la finalidad de dejar a todos en igualdad de condiciones, pues los últimos no tuvieron la posibilidad de adquirir algo para sí mientras vivió el padre, como la tuvieron los emancipados. Tal comunicación de bienes recibe el nombre de *collatio bonorum (emancipati)*. Pero ella no es una obligación civil de los emancipados, sino una carga de Derecho pretorio, que el magistrado impone a éstos para concederles la entrada en la sucesión, y en principio la única manera que el magistrado tendría para hacerla efectiva fuera condicionando dicha entrada a que el emancipado comunicara real e inmediatamente sus bienes con la herencia, lo cual es poco práctico. En consecuencia, el pretor suele condicionar la entrada del emancipado sólo a que éste prometa a los hijos no emancipados la comunicación o colación de sus bienes, mediante una *stipulatio* con fiadores; una vez otorgada la caución, el emancipado queda civilmente obligado a comunicar. Un ejemplo de estipulación con la segunda función es la "garantía de que el patrimonio del pupilo habrá de quedar a salvo" (*satisfatio rem pupilli salvam fore*): el tutor que un magistrado designa, una vez terminadas sus funciones (*finita tutela*) puede ser demandado por su ex pupilo mediante una acción civil de la tutela (*actio tutelae*), con la cual le pide las cuentas de la administración, la devolución de sus bienes y la reparación de todos los perjuicios que eventualmente le hubiera causado. La acción es muy efectiva, pero puede verse estrellada con la dificultad de hecho de su inejecutabilidad si el tutor resulta insolvente. Por ende, el pretor refuerza la responsabilidad que de todos modos tiene el tutor frente al pupilo, disponiendo que el primero otorgue al segundo la mencionada

caución. De este modo, el último puede o bien demandar a su ex tutor (o a sus herederos) con la *actio tutelae*, o bien hacer lo propio con la *actio ex stipulatu*, con la ventaja de que esta última la puede dirigir en contra de los fiadores más solventes.

Sin embargo, en algunos casos excepcionales la promesa no va acompañada de fiadores, y entonces se habla de *repromissio*.

Se refiere a esta figura D. 46,5,1,5-8. Se trata ahí de la *stipulatio ex operis novi nuntiatione* (con fiadores si la obra nueva es en lugar privado, y sin ellos cuando es en lugar público) y de *damno infecto* (si la obra que amenaza ruina fue hecha en lugar público por un particular se dan fiadores, pero no si está en lugar privado). La *stipulatio duplae* es sin fiadores, salvo que se acuerde incluirlos.

II. TIPOLOGÍA DE "STIPULATIONES PRAETORIAE". Las *stipulationes praetoriae* aparecen anunciadas en el edicto, bajo un título común de *stipulationibus praetoriis*. Lo propio ocurre con las *stipulationes aediliciae* en su lugar.

Entre las pretorias se encuentran primeramente las cauciones procesales (llamadas *iudiciales*, porque preparan un *iudicium*): *vadimonium sisti*, para garantizar la comparecencia del demandado a celebrar la *litis contestatio*;¹⁹⁹ *pro praede litis et vindictiarum*, para garantizar en el procedimiento *per sponsionem* la devolución de la cosa reivindicada;²⁰⁰ y *iudicatum solvi*, para garantizar el demandado el pago de la condena.²⁰¹

Luego están las siguientes cauciones no procesales: *de conferendis bonis*,²⁰² ya explicada, y *de conferendis dotibus*, para caucionar la colación de la dote por la hija heredera; *si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur*, cuando no se sabe si la *lex Falcidia* (que impide destinar a legados más de tres cuartos de la herencia) ha de aplicarse, de modo que entretanto se pagan íntegros los legados, previa caución del legatario de restituir el excedente si en realidad se contravino la ley;²⁰³ *evicta hereditate legata reddi*, para garantizar la devolución de los legados pagados en el caso de que la herencia fuese reclamada por otro distinto del que los pagó;²⁰⁴ "*cautio usufructuaria*", que debe otorgar el usufructuario para garantizar el

¹⁹⁹ Gai. 4,184-187; D. 2,11,9; 2,11,13; 6,1,52,55; 22,2,8; 35,1,24; 45,1,81 pr.; 50,17,161.

²⁰⁰ Gai. 4,91 y 94; FV. 336; Prob. 5,22; Cic., *In Verr.* II,1,45,115.

²⁰¹ s.m. D. 46,7.

²⁰² D. 37,6,5.

²⁰³ s.m. D. 35,3.

²⁰⁴ D. 35,3,3,6-10; 35,3,4.

correcto uso y disfrute de la cosa y su devolución al término del usufructo;²⁰⁵ *legatorum servandorum causa*, que confiere el heredero al legatario, cuya asignación está suspendida por una condición o su cumplimiento por un plazo, para asegurar que, una vez cumplida la condición o corrido el plazo, se ha de pagar el legado;²⁰⁶ *rem pupilli salvam fore*, ya explicada;²⁰⁷ *ratam rem habiturum*, que da un gestor procesal a la persona con quien sigue un litigio que interesa a otro, para garantizarle que éste habrá de ratificar lo obrado por el gestor;²⁰⁸ *ex operis novi nuntiatione*, que debe dar el que inicia una nueva construcción sobre un predio de modo de entorpecer el ejercicio de una servidumbre, cuando el aparente titular de esta última denunció la obra; ella está dirigida a garantizar la indemnidad de dicho titular, si es que efectivamente lo es;²⁰⁹ *de damno infecto*, para garantizar el dueño de un edificio que amenaza ruina la indemnidad de los edificios de un vecino, si la ruina efectivamente tiene lugar y se produce daño en éstos.²¹⁰

El edil propone una *stipulatio* para garantizar el vendedor al comprador que ciertas cosas compradas en mercado carecen de vicios ocultos.²¹¹

En el edicto figura, además, el formulario de cada estipulación, es decir, el contenido al que deben ceñirse tanto el interesado en su pregunta como el forzado a dar la caución en su respuesta.

Así, por ejemplo, si se trata de la *cautio legatorum servandorum causa*, muy probablemente el formulario fuera el siguiente: "¿Prometes que todo cuanto debe o deberá ser dado (y) hacerse a título de legado a mí o a mi heredero en virtud del testamento de Lucio Ticio, lo cual Lucio Ticio quiso que fuera dado (y) se hiciera en tal día, será dado (y) será hecho en ese día estando y habiendo de estar ausente todo dolo malo? ¿Prometo!" ("*Quidquid mihi hereditate meo legatorum nomine ex testamento Lucii Titii dari fieri oportet oportebit, id, quibus diebus Lucius Titius dari fieri voluit, his diebus dari fieri dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne. Spondeo*").

III. PROCEDIMIENTO. El interesado en la estipulación debe solicitar al pretor que disponga su celebración (*postulare*), quien, previas *cognitio* y

²⁰⁵ s.m. D. 7,9.

²⁰⁶ s.m. D. 36,3.

²⁰⁷ s.m. D. 46,6.

²⁰⁸ s.m. D. 46,8.

²⁰⁹ s.m. D. 39,1.

²¹⁰ s.m. D. 39,2.

²¹¹ D. 21,1,44,2; 21,2,31; 45,1,5 pr.; Inst. 3,18,2.

audiencia de la contraparte, deniega el recurso, o bien lo concede mediante *decretum*. Entonces el afectado debe allanarse a prometer lo que corresponda al interesado.

La inobservancia del decreto trae diversas consecuencias: en algunos casos el pretor puede denegar acciones; así al gestor que se resiste a dar la caución de ratificación; al legatario que rehúsa celebrar la de legados excesivos en virtud de la *lex Falcidia* o de devolución de legados en caso de herencia evicta; y al usufructuario que se niega a dar la satisfacción de usufructo. Al emancipado que pide entrar en la sucesión de su padre negándose a dar la caución de colación de sus bienes, el pretor puede o bien negarle la entrada, o bien negarle la protección que normalmente da a los sucesores. En otros casos el pretor decreta un embargo de bienes contra el forzado a otorgar caución: así tratándose de la *cautio de damno infecto* y *legatorum servandorum causa*, lo mismo que de la *cautio iudicatum solvi* y *vadimonium sisti* cuando la acción entablada es *in personam*; si es *in rem*, la negativa de dar la *cautio iudicatum solvi* o la *pro praede litis et vindictiarum* acarrea sólo la *translatio possessionis* en favor del actor. La resistencia a conferir la *cautio rem pupilli salvam fore* del tutor designado por el magistrado puede ser sancionada con toma de prendas; si la negativa proviene del tutor legítimo, el magistrado le impide ejercer su cargo. El rehusamiento de la *cautio ex operis novi nuntiatione* da lugar a un interdicto especial con el cual se manda demoler la obra nueva iniciada. El no otorgamiento de la estipulación edilicia trae como consecuencia el otorgamiento en su contra de las acciones *rehabitoria* y *quantum minoris* en su caso.

IV. ESTIPULACIONES JUDICIALES. Un juez puede autorizar al demandado para que dé una caución, pero éstas no se encuentran anunciadas en el edicto; frecuentemente ellas van asociadas a la restitución en favor del actor, que permite absolver al demandado en virtud de la "cláusula arbitraria", en el sentido de que se entiende hecha la restitución por medio de la *satisfactio*.

Algunas de éstas son: i) la *cautio de restituendo*, que da el demandado que desea restituir pero que actualmente no puede, prometiendo, así, hacerlo en cuanto pueda; lo mismo para el caso de exhibir "*cautio de exhibendo*" (Inst. 4,17,2-3; D. 4,2,14,5-11; 5,3,16 pr.; 6,1,11; 6,1,21; 6,1,27,4; 10,4,5,6; 10,4,12,5; 20,1,16,3; 44,4,4,7); ii) un caso especial es la "*cautio de persequendo servo*": si el demandado se encuentra en el caso de tener que restituir un esclavo que se le ha demandado por acción arbitraria, y no puede hacerlo por haberse fugado aquél, restituye otorgando esta caución, es decir, prometiendo que lo perseguirá y lo devolverá cuando sea capturado (D. 6,1,21; 10,4,5,6; 21,2,21,3); iii) la "*cautio de solvenda dote*", es decir, de devolver el marido la dote a su ex mujer en tres anualidades (*annua bima trima die*) y que se da en el interior de la *actio rei uxoriae* (D. 5,1,41; 24,3,24,2; 45,1,140,1); iv) la "*cautio de non amplius turbando*", que es la manera de restituir el demandado por una *actio negatoria* de servidumbres o por la *vindicatio servitutis*, y consiste en prometer no ejercer de hecho en el futuro la servidumbre que se declara inexistente, o en no volver a perturbar en el futuro la que se declaró existente (D. 8,5,7; 8,5,12).

§ 35. "MISSIONES IN POSSESSIONEM"

I. GENERALIDADES. El magistrado puede decretar un "embargo" (*missio in possessionem*) en contra de determinada persona, separando así su patrimonio (*missio in bona*) o un bien determinado suyo y afectándolo al cumplimiento de determinada función preestablecida, que puede ser la de preparar una ejecución, la de coaccionar al embargado o la de proteger ciertos intereses. Las hipótesis en que se concede la *missio* se encuentran tipificadas en el edicto, principalmente bajo el título *quibus ex causis in possessionem eatur*.²¹² La *missio in possessionem* debe ser solicitada (*postulare*) al magistrado (pretor o gobernador), quien, previa *cognitio*, la dispone mediante *decretum*. El pretor concede una *actio poenalis in factum* contra todo aquel que dolosamente hizo algo para que el interesado en el embargo no empiece a detentar las cosas embargadas o deje de detentarlas.²¹³ Los casos típicos en que aquélla es otorgada son los que pasan a estudiarse.

II. "MISSIO REI SERVANDAE CAUSA". En primer lugar se encuentra la "*missio rei servandae causa*", que es propiamente una *missio in bona*, ya que afecta a un íntegro patrimonio. Este embargo se decreta en contra de las siguientes personas: el que se oculta dolosamente para evitar ser demandado ("*qui fraudationis causa latitabit*"), el *indefensus* en una *actio in personam*, el condenado (*iudicatus*) en cualquier acción y el que es asimilado a un condenado en las acciones *in personam*, es decir, el deudor *confessus* ("*qui iudicatus prove iudicato erit*"), igual que el deudor que cede sus bienes a los acreedores en virtud de la Ley Julia ("*qui ex lege Iulia bonis cesserit*"). También se embarga la "herencia vacante" del insolvente, esto es, la de aquel deudor que no tiene sucesores aparentes.²¹⁴

Las funciones de estos embargos son diferentes: cuando se decretan contra el *latitans* o el *indefensus* es solamente para coaccionarlos a que concurren al proceso y terminen por celebrar la *litis contestatio*; cumplida esta finalidad, cesa el embargo; en caso contrario se continúa adelante como en los siguientes casos. El embargo contra el *iudicatus*, el *confessus* y el *cedens ex lege Iulia*, lo mismo que aquel que afecta a la "herencia vacante", en cambio, es ejecutivo, pues sirve para preparar la *bonorum venditio* en pública subasta. Cuando el *indefensus* es el adrogado o la mujer cuyas deudas se extinguieron por la *capitis*

²¹² s.m. D. 42,4.

²¹³ s.m. D.43,4.

²¹⁴ Gai. 3,78.

deminutio (minima) sufrida con la adrogación o la *conventio in manu*, y cuyos deudores entablaron las acciones después de rescindirse la *capitis deminutio*, la *missio in bona* se limita a los bienes que hubieran sido suyos (y que ahora son del adrogante o del marido) de no haber habido dicha *capitis deminutio* (Gai. 3,84).

En todos los casos el embargo conduce o puede conducir a un concurso de acreedores y termina en una *bonorum venditio* en pública subasta; salvo cuando tiene carácter coactivo y el coaccionado se somete.

Pero el embargo, en sí mismo y mientras dure, tan sólo hace perder la detentación material (que es el significado que aquí ofrece la palabra *possessio*), no la posesión civil ni menos el dominio, al embargado, tras pasando aquélla a los acreedores concursales, quienes deben conservar y custodiar el patrimonio, con facultades de administración y muy limitadas de disposición (sin perjuicio de la posterior venta general); los acreedores, puestos de acuerdo, pueden designar un administrador común llamado *curator bonorum*.

III. "MISSIO LEGATORUM SERVANDORUM CAUSA". En seguida está la "*missio legatorum servandorum causa*".²¹⁵ El asignatario de un legado damnatorio sometido a condición suspensiva o pagadero a plazo puede solicitar al pretor que ordene al heredero deudor del legado, garantizar que habrá de ser pagada la asignación en el día que corresponda, esto es, al cumplirse la condición o correr el plazo ("*cautio legatorum servandorum causa*"). Si el heredero se niega a dar la caución, entonces se decreta esta "*missio legatorum servandorum causa*" que recae sobre la herencia entera y permite al legatario entrar en la tenencia de los bienes a ella pertenecientes, junto al heredero. Este embargo, desde luego, tiene carácter coactivo, pues cesa desde que el heredero cauciona el cumplimiento de los legados.

IV. "MISSIO VENTRIS NOMINE". Además, existe una "*missio ventris nomine*". Puede ocurrir que al morir una persona, exista un concebido pero aun no nacido (o más de uno), que, de nacer, será heredero *suus* del difunto. Para preservar estos derechos sucesorios eventuales se embargan ("en nombre del vientre") bienes equivalentes a tres cuotas hereditarias de la masa de los dejados por el causante, y se los coloca bajo la administración de un *curator ventris*. Este embargo preventivo cesa siempre, retornando plenamente los bienes embargados a la masa, con el nacimiento de aquel *qui in utero est*: si

²¹⁵ s.m. D. 36,4; CI. 6,54.

nace vivo, adquiere su herencia según las reglas generales, en la cuota que le corresponda (y no sobre los bienes embargados), y se nombra un *tutor* al ahora impúber; si nace muerto, nada adquirió y la herencia se divide entre los herederos vivos que corresponda prescindiendo de aquél.²¹⁶

V. "MISSIO EX DAMNO INFECTO". La *missio in possessionem* recae sobre un bien determinado cuando se trata de coaccionar al que, según el edicto, debe otorgar la *cautio de damno infecto*, porque sus edificios amenazan ruina que eventualmente pueda dañar a los edificios vecinos, en favor de sus dueños para prometer indemnizarles el perjuicio que realmente se produzca si adviene la ruina. Rehusada la caución por el forzado a darla, el pretor decreta una primera *missio* que permite al interesado en la caución detentar el bien en función coactiva; si el *missus* aun así se muestra contumaz, un nuevo decreto confiere la posesión civil al interesado, quien eventualmente puede llegar a usucapir el bien de que se trate.²¹⁷

²¹⁶ s.m. D. 37,9.

²¹⁷ s.m. D. 39,2.

CAPÍTULO VI EL PROCESO "IN IURE"

§ 36. MAGISTRADOS, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

I. MAGISTRADOS. En Roma, los procesos entre ciudadanos romanos deben iniciarse ante el *praetor urbanus*; desde el año 242 a. C. se agregó un *praetor peregrinus* para conocer de las controversias entre extranjeros o entre ciudadanos y extranjeros. Ambos pretores poseen competencia general en materia de Derecho privado. Los *aediles curules* tienen una limitada a las controversias derivadas de la compraventa de ganado y esclavos y fundadas en ciertos vicios en la cosa.

La competencia de los pretores también se extiende a Italia, pero en algunos casos ella es delegada en *praefecti iure dicundo* que actúan en diversas regiones de la península. A partir de la guerra social, aparecen los *quattuorviri* en los municipios, de los cuales dos son *iure dicundo*, y más tarde se denominan por ello *duoviri iure dicundo*, lo mismo que en las colonias. Desde Marco Aurelio y Lucio Vero (hacia el año 163 d. C.), Italia aparece dividida en cuatro regiones jurisdiccionales a cargo cada una de un *iuridicus*.

En las provincias senatoriales (*provinciae populi Romani*) la jurisdicción es del *proconsul*, quien suele ejercerla por medio de *legati*; la materia mercantil queda entregada a los *quaestores*. En las provincias imperiales (*provinciae Caesaris*) aquélla pertenece a los *legati Augusti*. En las fuentes se da el nombre común de *praeses provinciae* a estas dos clases de gobernadores.

En todos los casos los magistrados jurisdiccionales suelen rodearse de un *consilium* de jurisperitos, que los asesora en el cumplimiento de sus funciones; disponen además de personal auxiliar a sus órdenes.

II. "IURISDICTIO", "IUDICATIO" Y COMPETENCIA. 1. El término "jurisdicción" (*iurisdictio*)²¹⁸ es técnico para designar el poder de conocer una contienda entre partes privadas y fijar el Derecho de acuerdo con el cual deberá ser decidida aquélla. En época histórica se la distingue del "enjuiciamiento" (*iudicatio*), que es el poder de declarar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos entre partes privadas y, aplicándoles el Derecho concerniente, dirimir finalmente el litigio mediante una sentencia. Mientras la *iurisdictio* se atribuye a ciertos magistrados, principalmente al pretor, la *iudicatio* va encargada a un *iudex*. El poder jurisdiccional, en consecuencia, es instrumental a la decisión de controversias entre partes, y se agota en la determinación de esa suerte de programa de Derecho que es la fórmula (*dare iudicium*), que sin decidir las, las delimita.

Todas estas palabras tienen raíces comunes, como son *ius* y *dik-*; esta última significa "mostrar" y, por traslación, "decir" ("mostrar con palabras"), de donde los verbos *dicere*, que con *ius* dio *iurisdictio*, y *dicare*, que con el mismo dio *iudicatio*.

La jurisdicción supone necesariamente una controversia, por lo que el concepto de una "jurisdicción voluntaria", en oposición a una "contenciosa", es extraño al Derecho clásico, pese a que ambas expresiones aparecen una vez en un texto interpolado.

D. 1.16.2 pr.: "Todos los procónsules tienen jurisdicción inmediatamente que hubieren salido de la ciudad, pero no contenciosa sino voluntaria, de modo que ante ellos pueden manumitirse tanto los hijos como los esclavos, y celebrarse adopciones" ("*Omnes pronconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri*").

En dicha época, en cambio, se discrimina de la *iurisdictio* aquello que es "más del imperio que de la jurisdicción" ("*magis imperii quam iurisdictionis*"),²¹⁹ como los *interdicta*, las *missiones in possessionem* y las *stipulationes praetoriae*; y lo que "no es del imperio ni de la jurisdicción" ("*neque imperii neque iurisdictionis*"), como el nombramiento magistratual de tutores.²²⁰

²¹⁸ s.m. D. 2,1; CI. 3,13.

²¹⁹ D. 2,1,4; 50,1,26 pr.

²²⁰ D. 26,1,6,2.

Sólo este último tipo de actos viene a coincidir plenamente con nuestra jurisdicción voluntaria o no contenciosa; algo menos los primeros. La moderna doctrina procesalística reconoce que aquélla no es jurisdicción, sino administración de Derecho privado, que perfectamente podría estar a cargo de órganos no judiciales, porque tiene la misma naturaleza que la ofrecida por actividades como el registro civil, desempeñada por servicios administrativos.

2. El concepto de "competencia" es designado con el giro "aquel del cual es la jurisdicción acerca de este asunto" ("*is cuius de ea re iurisdictio est*"), que entonces significa la atribución de una jurisdicción específica acerca de determinado negocio; en efecto, la competencia supone la jurisdicción, pero limitada a un caso concreto en virtud de diversos factores.

La palabra "*competentia*" es medieval, pero en las fuentes aparece *competens*, aunque quizá no auténticamente, con relación al *iudex* (D. 2,1,19 pr.; 2,5,2,1; 2,8,10 pr.; 4,2,23,2; 24,3,22,8; 42,1,28; 45,1,122,5) y al tribunal (D. 3,3,35,2).

Estos factores, presentados en forma general, son: i) la materia: los *praetores* en Italia y los *praeses* en provincias tienen competencia general; los *aediles* en Italia y los *quaestores* en provincias, sólo limitada a las controversias sobre compraventas en los mercados y otras; ii) las personas: el *praetor urbanus* tiene competencia en los litigios *inter cives*, mientras que el *praetor peregrinus* la tiene *inter cives et peregrinos* o *inter peregrinos*; iii) el valor del asunto litigioso: los pretores, ediles, procónsules y cuestores tienen competencia sin límite de valor; pero los magistrados municipales sólo hasta un cierto valor, pasado el cual debe recurrirse a aquel de los primeros que corresponda; (iv) el territorio: los pretores y ediles tienen competencia general en Italia; los gobernadores y cuestores la tienen general en su provincia; pero los magistrados municipales desplazan, hasta el límite de su competencia según el valor, a unos u otros en el territorio de sus respectivas ciudades. En su momento, los *iuridici* hicieron lo propio con los pretores en Italia.

Por regla general, la competencia territorial queda determinada por el domicilio del demandado ("*actor rei forum sequi debet*").²²¹ Durante la época postclásica, dicha competencia queda fijada por el lugar en donde esté situada la cosa cuando se trata de *actiones in rem*.²²²

²²¹ FV. 325; 326; CI. 3,13,2.

²²² CI. 3,19,3.

§ 37. "COMPROMISSUM"²²³

Las partes de una controversia pueden evitar hacerla dirimir según las reglas del procedimiento ordinario con comparecencia ante el magistrado, y preferir someterla directamente al conocimiento de un juzgador privado designado por ellas mismas, que recibe el nombre de *arbiter*. La figura es compleja. En primer lugar, consiste en un *compromissum*, por el cual las partes acuerdan someterse a dicho enjuiciamiento y designan al árbitro; tal acuerdo constituye un pacto informal, que es reforzado mediante estipulaciones recíprocas, con que los contendientes prometen nada hacer en contra de lo acordado, esto es, principalmente, estar a la sentencia del árbitro; normalmente, además, prometen el pago de una *poena* pecuniaria en caso de incumplir la primera promesa. El nombramiento del árbitro por sí mismo no vincula al designado; pero él se obliga a tramitar la causa y emitir su sentencia, si es que "recibe" el arbitraje (*receptum arbitrii*), es decir, si asume la función, porque el pretor lo obliga a ello,²²⁴ no sabemos cómo.

La sentencia del árbitro no constituye *res iudicata* ni es ejecutable; pero cuando resulta incumplida, la parte interesada puede entablar la acción derivada de la estipulación para exigir el pago de la *poena* prometida a la que rehusó el cumplimiento. El mismo régimen se sigue si es que una de las partes recurre a la justicia ordinaria en vez de someterse al juicio arbitral.²²⁵

Por lo tanto, no se da la *exceptio pacti* a la contraparte (Cons. 9,17; D. 4,8,2). En D. 4,8,13,1 se habla de una *exceptio veluti pacti*, pero debe de ser postclásica (cfr CI. 2,55,4).

§ 38. PARTES Y LEGITIMACIÓN. "INTERROGATIONES IN IURE"

I. PARTES. La existencia de al menos dos personas en posiciones contrapuestas, que llamamos "partes" (*partes, litigatores, litigantes, adversarii*), es esencial para que pueda existir un proceso. Una de ellas, la que toma la iniciativa y pretende contra otro, se llama "actor o demandante" ("*actor, is qui agit*" o "*petitor, is qui petit*"); aquel que sufre la acción y contra quien

²²³ s.m. D. 4,8; CI. 2,55.

²²⁴ D. 4,8,3,2; 4,8,15.

²²⁵ Cons. 9,17; D. 4,8,27,7.

se pretende recibe el nombre de "demandado" ("*reus, is cum quo agitur*", "*is cum quo petitur*", "*is qui convenitur*"). Las posiciones de demandante y demandado son meramente formales y procesales, y no dependen de la razón que las asista, materialmente hablando. Cada parte puede estar integrada por una sola persona, que es lo normal, o por varias, y entonces se tiene un "litisconsorcio".²²⁶

Las personas *alieni iuris* no pueden ser partes en un proceso. Esto es completamente válido con respecto a los esclavos, pero admite algunas excepciones en relación con el resto de ese género de personas.

La principal y más general atañe a los hijos, que pueden ser partes en las causas concernientes a su *peculium castrense* (D. 4,4,3,10; 4,6,13,1; 49,17,4,1; 49,17,18,5). Más específicas son excepciones como la de los hijos e hijas de familia que pueden actuar como demandantes en la *actio iniuriarum* si carecen de un sustituto procesal y su *pater familias* se encuentra ausente (D. 47,10,17,10; 3,3,8 pr.); o de la hija para recuperar su dote si el padre está demente o ha caído en cautividad de guerra (D. 3,3,8 pr.; 24,3,22,4-10). V. D. 5,1,18,1; 16,3,19; 43,24,13,1; 43,24,19; 44,7,9. Un caso especial se ofrece cuando se discute sobre la libertad de un aparentemente esclavo (*vindicatio in libertatem*) o la servidumbre de un aparentemente libre (*vindicatio in servitutem*). Puesto que en ambos casos puede resultar que el interesado o afectado sea esclavo de verdad, si se lo dejara intervenir en el proceso, éste resultaría nulo; por ello, en su lugar se sitúa a un *adsertor in libertatem* como actor en la primera acción y como demandado en la segunda.

Los *impuberes infantia maiores* pueden ser partes con la *auctoritas tutoris*. Los *infantes minores* no pueden ser partes, y en sustitución suya actúa el *tutor*; lo propio acaece con los *furiosi* que son sustituidos por su *curator*. El *minor xxv annis* puede ser parte.

Las partes actúan personalmente en el proceso, de modo de exponer sus pretensiones y defensas directamente al pretor y al juez. A algunas personas, aunque puedan ser partes, les está vedado, empero, pedir y hablar en el proceso (*postulare*).²²⁷ Por ellos y con este fin debe intervenir un *advocatus* designado por el interesado o dado por el pretor si carecen.

El abogado no es un representante ni un sustituto de la parte. Hay que diferenciar al *advocatus*, quien, sin ser jurista, dispone de algunos conocimientos de Derecho y procesales, de modo de estar en condiciones de asesorar a las partes en la conducción del proceso, del *patronus*, que es un *orator* experto en retórica, cuya misión consiste en perorar ante el *iudex* para convencerlo de la razón de su cliente. En época imperial, estas funciones, y

²²⁶ V. CI. 3,40: "*de consortibus eiusdem litis*".

²²⁷ s.m. D. 3,1; CI. 2,6-10.

consecuentemente los términos, tienden a confundirse. No pueden en absoluto postular los menores de 17 años y el sordomudo (D. 3,1,1,3). Sólo pueden postular por sí pero no por otros las mujeres, el ciego, el varón que se dejó estuprar por persona de su mismo sexo, el condenado a pena capital, y el que se dedica a luchar con las fieras (D. 3,1,1,5-6). Finalmente, hay quienes no pueden postular más que por sí y por otras determinadas personas: todos aquellos señalados por las leyes, plebiscitos, senadoconsultos o edictos de los príncipes y los tachados de infamia. Los individuos de este grupo, aparte de por sí, como se dijo, sólo pueden postular por sus padres, hijos, hermanos, suegros, yernos, nueras, padrastro o madrastra, hijastro o hijastra, pupilos de que son tutores y dementes de que son curadores, y por su mujer, lo mismo que por sus patronos o por los padres e hijos de sus patronos (D. 3,1,1,8-11). Son tachados de *infamia*: el soldado licenciado con ignominia del ejército; los actores; los alcahuetes, lenones o rufianes; el condenado por calumnia o prevaricación; el condenado en juicio de hurto, rapiña, injuria o dolo malo; el condenado por la acción directa de sociedad, tutela, mandato, depósito o fiducia; el que da en matrimonio a su hija viuda antes de terminar el tiempo del luto por su primer marido, y el que la toma como mujer en tales circunstancias sin autorización de su propio padre, o el padre que se lo autoriza; en fin, el que contrae dobles esponsales o nupcias (*s.m.* D. 3,2).

II. LEGITIMACIÓN. Cualquier persona con capacidad procesal puede entablar una acción y ser demandada con ella; pero la existencia de dicha capacidad no asegura el éxito de la acción, para el cual se exige lo que modernamente llamamos "legitimación" activa y pasiva, esto es, que sea entablada por aquel en quien concretamente incide la típica pertenencia de la acción, y en contra de aquel que también en concreto padece la típica sujeción a dicha acción. Así, por ejemplo, si se trata de la acción reivindicatoria, decimos que la legitimación activa típica corresponde al dueño de la cosa que perdió su posesión; y que la pasiva, al actual poseedor de la misma. En consecuencia, entablada que sea una tal acción con respecto a determinada cosa, sólo resultará ella si la entabló quien en ese caso concreto es su dueño desposeído contra quien la posee ahora. La legitimación aparece descrita implícita o explícitamente en el edicto y en la fórmula, y es juzgada por el juez; pero el pretor puede, ya *in iure*, denegar la acción si es que resulta ostensible que una acción le es pedida por o contra un no legitimado.

III. "INTERROGATIONES IN IURE".²²⁸ La legitimación pasiva (concreta, no la típica) puede resultar dudosa o desconocida para el que pretende demandar. Con la finalidad de verificarla, y también para establecer otros extremos de la acción, el que pretende demandar puede citar a un eventual demandable *in iure* para formularle ciertas preguntas concernientes (*interrogatio in iure*).

²²⁸ *s.m.* D. 11,1.

Algunos casos previstos de *interrogatio in iure* son los siguientes: *i*) cuando un acreedor ignora si determinada persona es heredera o no de su deudor y, de serlo, en qué cuota,²²⁹ ya que sólo es legitimado pasivo para la acción de cobro el heredero, quien debe ser demandado en proporción a la cuota que tenga en la herencia; *ii*) cuando un delito ha sido cometido por un hijo o un esclavo y la víctima, para entablar la acción noxal contra el padre o amo, desea saber si determinada persona tiene o no estas calidades y, de tenerlas, si el delincuente se encuentra actualmente bajo su efectivo poder de hecho;²³⁰ *iii*) cuando alguien desea entablar la *actio de pauperie* y desea saber si determinada persona es dueña del animal;²³¹ *iv*) o solicitar la *cautio damni infecti* y pretende determinar si cierto sujeto es dueño del edificio que amenaza ruina y en qué parte;²³² *v*) o entablar la acción reivindicatoria de un fundo y quiere saber si tal es poseedor y de qué parte del fundo.²³³

Cada una de estas *interrogationes* produce sus efectos según las actitudes que asuma el interrogado; en general, la respuesta positiva se considera como verdad y ya no puede ser contradicha *apud iudicem*.

§ 39. REPRESENTACIÓN Y SUSTITUCIÓN PROCESALES

I. CONCEPTOS. El Derecho romano conoce la figura de la "representación procesal", en virtud de la cual los legitimados activo o pasivo para una acción (*dominus litis*, *dominus negotii*) actúan por medio de otra persona en el proceso, de modo que los efectos activos o pasivos de éste recaigan en el *dominus*, como si hubiera sido él quien hubiese actuado. También existe una "sustitución procesal", por la cual los efectos procesales se radican en cabeza, no del *dominus*, sino del sustituto.

La representación tiene como presupuesto un acto unilateral del *dominus* recibido por su contraparte, denominado "autorización" (*iussum*, equivalente a nuestro actual "apoderamiento"), mediante el cual señala que determinada persona queda habilitada para actuar en su interés (*nomine suo*). La sustitución, en cambio, opera en defecto de *iussum*.

²²⁹ D. 11,1,5.

²³⁰ Cfr. D. 9,4,27,1; 9,4,39,1; 11,1,8; 11,1,13 pr.; 11,1,15 pr.-1.

²³¹ D. 11,1,7.

²³² D. 11,1,10.

²³³ D. 11,1,20,1.

Pero tanto una como la otra se obtienen efectivamente con recurso a la técnica del cambio o trasposición de personas: en la *intentio* se hace figurar al *dominus* como demandante o demandado (esto último, por cierto, sólo en las acciones *in personam*), lo cual todavía es necesario para que ella pueda resultar, ya que la relación deducida en juicio le atañe en alguno de sus extremos, mientras que en la *condemnatio* se hace figurar al representante o al sustituto en la calidad activa o pasiva que corresponda.²³⁴

La representación y la sustitución, en consecuencia, no operan *ipso iure*, en lo cual se diferencia la primera de la moderna representación. En todo caso, el representante y el sustituto actúan *alieno nomine* (o *pro alio*), lo que no debemos entender como “en nombre ajeno”, sino como “en interés ajeno”, porque en realidad ambos se presentan “en nombre propio”, desde que su nombre figura en la fórmula.

La sustitución procesal es de varias especies. Un nombre común para todas ellas es el de *defensio* (*defensor*, *defendere*). En algunos casos el sustituto es designado por el propio *dominus*, en otras asume espontáneamente la defensa y, en fin, en un tercer caso obra en cumplimiento de un *officium*.

II. “COGNITOR”. Un primer tipo de representante es el *cognitor*, que externamente se caracteriza por derivar su nombramiento de un acto formal pasado entre el *dominus litis* y su contraparte.

1. Si, por ejemplo, se trata de entablar la acción reivindicatoria sobre un fundo, y el interesado en interponerla desea hacerse representar, debe hacerlo en presencia del adversario mediante una fórmula como la siguiente: “Puesto que yo te reclamo un fundo, te doy a Lucio Ticio como *cognitor* mío en este asunto” (“*Quod ego a te fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do*”); si, en cambio, es el demandado quien se interesa por nombrarlo, entonces declara: “Puesto que tú me reclamas un fundo, te doy como *cognitor* mío en este asunto a Publio Mevio” (“*Quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Maevius cognitorem do*”). No es necesario especificar el asunto litigioso (como en las fórmulas donde se alude a la petición de un fundo), y se puede designar al *cognitor* para un asunto indeterminado, caso en el cual la parte activa dice: “Puesto que yo quiero accionar contra ti, te doy un *cognitor* en este asunto” (“*Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do*”), y la contraparte: “Puesto que tú quieres accionar contra mí,

²³⁴ Gai. 4,86.

te doy un *cognitor* en este asunto” (“*Quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do*”). En ningún caso se requiere una respuesta de la otra parte, ni una aceptación suya. El nombramiento puede tener lugar extrajudicialmente o *in iure*, pero en todo caso antes de la *datio iudicii*, única manera de que se pueda practicar la trasposición de personas en la fórmula; mas, como se ha indicado, es siempre necesaria la presencia de ambas partes.²³⁵

Las fórmulas de nombramiento no son prescritas ni solemnes, pero tampoco puede decirse que aquél sea informal. Los juristas hablan de *certa verba* (Gai. 4,83; 4,97; cfr. FV. 318). El nombramiento de un *cognitor* no puede quedar sometido a condición (FV. 329).

2. La celebración del acto formal de nombramiento instituye legítimamente al *cognitor* con respecto a la contraparte del que lo designa, y él constituye un *iussum* capaz de fundar el efecto de la representación; pero distinto de ello es la relación interna que une a aquél con su *dominus*, la cual consiste en un *mandatum* regido por los principios generales, entre los cuales se cuenta la necesidad de que el último acepte el encargo hecho por el *dominus* en orden a la actuación procesal. La aceptación puede ser dada antes o después del nombramiento formal, y puede ser expresa o tácita, como cuando dicho nombramiento se produce en ausencia y con desconocimiento del designado, quien después concurre sin más al proceso y actúa en él.

3. Según el edicto, algunas personas no pueden dar un *cognitor* y otras no pueden ser designadas como tal. Cuando aquél ha sido nombrado por el actor y el demandado discute la legitimidad del nombramiento (lo mismo que su existencia o validez), se da una *exceptio cognitoria*.²³⁶

Al parecer la lista de personas que no pueden ser *cognitor* coincide con la de los que no pueden postular más que por determinadas personas (v. Gai. 4,124; Inst. 4,13,11; FV. 320; 322; 323; cfr. D. 3,2,15-19). No pueden ser nombrados como *cognitores* los soldados ni los que no pueden postular *pro alio*, salvo si se los designa *in rem suam* (PS. 1,2,1-3).

4. Como un *cognitor* deduce en juicio la *res* del *dominus* con su autorización (*iussum*, que es solemnemente manifestado en el nombramiento), aquél no necesita otorgar ninguna caución de que dicho *dominus* ha de ratificar lo actuado en su calidad de *cognitor* (*cautio* o *satisdatio rem ratam habiturum* o *cautio de rato*), puesto que el *dominus* no puede desconocer

²³⁵ Gai. 4,83.

²³⁶ Gai. 4,124; Inst. 4,13,11.

tal actuación.²³⁷ Por igual razón la *litis contestatio* en que intervino el *cognitor* consume la acción lo mismo que si hubiera intervenido el *dominus*, vale decir, la extingue en relación con éste.²³⁸ En fin, la *actio iudicati* se da en favor o en contra del *dominus* representado por un *cognitor*²³⁹ (salvo si se trató de un nombramiento *in rem suam*), motivo por el cual la *cautio iudicatum solvi* que se exige a todo demandado para garantizar el pago de la condena debe ser conferida precisamente por el *dominus* demandado que se hizo representar, ya que sobre él recae la obligación de cumplirla.²⁴⁰

III. "PROCURATOR".²⁴¹ Distinto del *cognitor* es el *procurator*.

1. La diferencia esencial entre ambos radica en la ausencia, para el *procurator*, de un nombramiento formal o informal proveniente del *dominus* en presencia de la contraparte, de modo que no existe un *iussum* del *dominus* recibido por el adversario y la designación del *procurator* no consta oficialmente a este último. En consecuencia, el *procurator* no es un representante sino un sustituto. La relación que liga al *procurator* con el *dominus*, empero, continúa siendo un *mandatum*; según el parecer de algunos, es también *procurator* el que, sin un tal mandato, asume de buena fe la causa del *dominus* como *negotiorum gestor*.²⁴²

Debe distinguirse conceptualmente este *procurator ad litem* de aquel que administra negocios extrajudiciales, aunque en un caso concreto ambas calidades puedan incidir en una misma persona, en cuanto el *dominus* encargue al segundo asumir su defensa en determinado proceso, o él la asuma espontáneamente como parte de su encargo general de administrador; pero no necesariamente coinciden, porque el *procurator ad litem* puede no tener la administración total o parcial de los negocios del *dominus*, y ser comisionado sólo para atender un proceso específico y nada más.

2. Para el *procurator* rigen las mismas reglas edictales que para el *cognitor* en cuanto a quién no puede darlo o ser designado como tal. El *procurator* debe probar *in iure* la existencia del *mandatum*. Discutida ella o su validez por la parte demandada respecto al *procurator* del demandante, o alegada

²³⁷ Gai. 4,97.

²³⁸ D. 44,2,11,7 (itp.); D. 3,3,40,2; 46,8,22,8.

²³⁹ FV. 317; 331; D. 42,1,4 pr.; 44,4,9.

²⁴⁰ Gai. 4,101; D. 46,7,10.

²⁴¹ s.m. D. 3,3; CI. 2,12.

²⁴² Gai. 4,84; PS. 1,3,1.

la transgresión de las normas edictales antes aludidas, se da una *exceptio procuratoria*.²⁴³

3. Puesto que el *procurator* del demandante no actúa con autorización (*iussum*) del *dominus*, sino a lo más con *mandatum* suyo, que por ser un contrato empece únicamente a quienes lo celebraron, es decir, precisamente al procurador y a su mandante, pero no al tercero interesado que es la contraparte, la *litis contestatio* en que intervino el procurador no consume la acción del *dominus*; ²⁴⁴ éste, en consecuencia, podría volver a intentarla, lo que constituye un riesgo para el demandado de tener que soportar dos veces el mismo juicio. Por ende, el *procurator* del actor tiene la carga de conferir al demandado una *satisfactio* o *cautio ratam rem habiturum* o *de rato*, esto es, una promesa con fiadores, de que el *dominus litis* habrá de ratificar la actuación del procurador. De rehusarse a otorgarla, el pretor le deniega la acción.²⁴⁵ Por la misma razón, si el procurador no dedujo la *res* en juicio con *iussum* del *dominus*, la *actio iudicati* pertenece a éste, en caso de vencer en el proceso²⁴⁶, sin perjuicio de tener que después trasladar lo conseguido al *dominus* en cumplimiento de sus obligaciones de mandatario (salvo si fue designado *in rem suam*).

4. Cuando el *procurator* sustituye al demandado, como el demandante cumple personalmente la *litis contestatio*, ésta extingue su acción.²⁴⁷ La *actio iudicati* pertenece, por cierto, al actor, pero sólo en contra del *procurator*, cuyo nombre, y no el del *dominus*, es el que figura en la *condemnatio*.²⁴⁸ En consecuencia, aquél (no el *dominus*) debe dar *in iure* la *cautio* o *satisfactio iudicatum solvi*, esto es, una promesa con fiadores de que pagará la condena.²⁴⁹

5. Durante la época tardo-clásica la figura del *procurator* tendió a aproximarse a la del *cognitor*, merced a la práctica de designar a este último en presencia de la contraparte o en instrumentos públicos de que aquélla puede tener noticias. Como entonces ya pudo configurarse un

²⁴³ D. 3,3,62; 3,3,78,1; 39,1,6; 39,2,39,3; 46,8,23; CI. 2,18,20,2.

²⁴⁴ Gai. 4,98.

²⁴⁵ Gai. 4,84; 4,98; PS. 1,3,3-8; Cons. 3,7-8; D. 3,3,33,3; 3,3,43,4; CI. 2,12,5.

²⁴⁶ FV. 317.

²⁴⁷ D. 44,2,11,7.

²⁴⁸ FV. 317.

²⁴⁹ Gai. 4,101.

verdadero *iussum* recibido por el adversario, se extendió al procurador así designado el régimen del *cognitor*. Cuando aquél sustituye al actor, pues, su *litis contestatio* consume la acción, por lo que es liberado de la *satisfatio rem ratam habiturum* y la *actio iudicati* es concedida directamente al *dominus*. Si un tal procurador sustituye al demandado, la *actio iudicati* es conferida en contra del *dominus* y es éste quien debe otorgar la *cautio iudicatum solvi*.²⁵⁰

Del procurador designado enfrente de la contraparte decimos, con terminología inspirada por las fuentes, tratarse de un *procurator praesentis* (FV. 331; 333; D. 3,3,5-7); *procurator apud acta factus* es el designado mediante una declaración hecha ante el magistrado y registrada en sus protocolos (FV. 317; PS. 1,3,1; CI. 2,56,1). En D. 3,3,65 se verifica la posibilidad de designarlo por carta dirigida a la contraparte.

IV. OTROS REPRESENTANTES PROCESALES. Existen otros representantes y sustitutos que actúan en razón de un *officium*, y no por haber sido especialmente designados.

1. Desde luego, en tal situación se encuentran el *tutor* con respecto a su *pupillus* o a la mujer sometida a tutela, y el *curator* frente al *furiosus* y al *prodigus*; el menor de 25 años, en cambio, no es representado por su *curator*. Todos aquéllos siguen el régimen del *cognitor*, es decir, se trata de representantes. Al igual que en su caso, se da una *exceptio tutoria* y *curatoria* cuando asisten dudas a la contraparte acerca de las correspondientes calidades.²⁵¹

En consecuencia: i) cuando representan a un actor deducen en juicio la *res* del interesado (D. 44,2,11,7), por lo que la *litis contestatio* consume la acción (D. 26,7,23), la *actio iudicati* se da en favor del dicho interesado (D. 26,7,2 pr.), y no tienen la obligación de rendir *satisfatio rem ratam dominum habiturum* (D. 26,7,23; 46,8,9, salvo que haya dudas acerca de la calidad de tutor o curador); aunque las amplias palabras del edicto, que cargaba con la caución a todos los que actuaran en nombre ajeno (D. 3,3,33,3), comprendían también a los tutores y curadores, la jurisprudencia los eximió de aquélla (por lo que Gai. 4,99 hace notar que ese deber es sólo "según las palabras del edicto"); ii) si representan al demandado la acción se consume; la *actio iudicati* se da contra el interesado si estaba ausente o era *infans* (o *furiosus*); en otro caso, debe actuar dicho interesado con la *auctoritas* del tutor; interviniendo el cual, la *actio iudicati* se da en su contra, por lo que debe conferir la *cautio iudicatum solvi* (Gai. 4,101; D. 26,7,2 pr.-1; 26,9,7; 42,1,4,1; cfr. D. 26,7,1,2 itp. en relación con CI. 5,37,28,3).

²⁵⁰ FV. 317; 326; 331; 333.

²⁵¹ D. 26,7,23; CI. 5,45,2.

2. Las corporaciones actúan procesalmente mediante sus órganos de dirección, que entonces toman el nombre de *actores* (independientemente de la posición procesal que asuman). Los *municipia* son representados por los *duoviri*; las corporaciones privadas (*collegia*), por el *syndicum*. En general, la representación de las corporaciones sigue el régimen del *cognitor*.²⁵²

§ 40. CAUCIONES PROCESALES

Para asegurar diversos resultados, en algunos casos el pretor exige a las partes ciertas promesas estipulatorias cuya fórmula aparece descrita en el propio edicto, sin fiadores o *sponsores* (*nuda cautio*) o con ellos (*satisfatio*).

1. Desde luego se encuentra la *cautio iudicatum solvi* que debe otorgarse por la parte pasiva en algunos casos.²⁵³ La fórmula de esta caución contiene tres cláusulas: con la primera (*de re iudicata*) el promitente se obliga a pagar la eventual condena pecuniaria del *iudicatum*; con la segunda (*de re defendenda*), a defenderse adecuadamente; y con la tercera (*de dolo malo*), a actuar sin dolo malo en el proceso.

Cuando el demandado actúa *suo nomine*, esto es personalmente, la caución le es exigida siempre si la acción entablada es *in rem* con fórmula *petitoria*; tratándose de una *actio in personam*, en cambio, sólo le es pedida en las *actiones iudicati* y *depensi*, o cuando el demandado o su heredero son insolventes.²⁵⁴ En la hipótesis de que el demandado actúe *alieno nomine*, es decir, que se trate de un representante o un sustituto del legitimado material, la caución debe otorgarse en todo caso, sin distinción del tipo de acciones o de la situación de las personas. Pero si figura un *cognitor* (o un *procurator* asimilado al anterior, como el *praesentis*), un *tutor* o un *curator*, la caución debe ser conferida por el *dominus litis* representado; si aparece un *procurator* ordinario, es éste quien tiene la carga de ofrecerla.²⁵⁵ La negativa de dar esta garantía implica indefensión.

2. En seguida está la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, que en una *actio in rem* tramitada *per sponsonem* reemplaza a la *cautio iudicatum solvi*; también su composición es triple, pues mediante una primera cláusula (*ob rem iudicatum*) el demandado responde de restituir la cosa o el Derecho

²⁵² s.m. D. 3,4; v. D. 42,1,4,2; 44,7,35,1; 46,8,9; CI. 11,30,1.

²⁵³ s.m. D. 46,7; Inst. 4,11; v. Gai. 4,91.

²⁵⁴ Gai. 4,102.

²⁵⁵ Gai. 4,101.

disputados, y el doble de los frutos a que tiene Derecho el actor; con una segunda cláusula (*ob rem non defensam*), el demandado responde por la indefensión; con la última, en fin, responde del dolo procesal (*de dolo malo*). También constituye indefensión rehusarse a conferir esta garantía.²⁵⁶

3. Un *procurator* ordinario que se presente en sustitución del actor, tiene la carga de rendir una *cautio rem ratam habiturum* o *cautio de rato*,²⁵⁷ porque no consta oficialmente su calidad; excepcionalmente también el *tutor* o el *curator* del demandante, lo mismo que el *actor* de un *collegium*, si hay dudas acerca de su título. Nuevamente el formulario edictal de la caución incluye tres cláusulas por las cuales se promete, en primer lugar, que aquel a quien en verdad pertenece la acción (esto es, el *dominus litis*) no habrá de volver a ejercerla; en seguida, que el mismo o sus herederos habrán de ratificar lo obrado por el sustituto; finalmente, que el proceso estará exento de dolo malo. La negativa de conferir esta caución queda sancionada con una *denegatio actionis*.

§ 41. ESQUEMA GENERAL DEL PROCESO "IN IURE"

1. Quien desea entablar una acción en contra de otro tiene la carga de dar a conocer informal y extraprocesalmente a este último dicha acción, indicándole la *formula* de que piensa valerse (*edere actionem*), lo mismo que los instrumentos en que la funda (*editio instrumentorum*). La *editio actionis* es diferente de la "citación ante el tribunal del magistrado" (*in ius vocatio*),²⁵⁸ aunque pueden tener lugar contemporáneamente. En todo caso, esta última no es un acto oficial sino privado, cuya iniciativa y producción corresponden enteramente al actor; ella carece de formalidades, y tiene lugar de cualquier modo y en cualquier lugar en que el actor encuentre al que va a ser su contraparte, salvo en su casa.²⁵⁹ Hay personas que no pueden absolutamente ser citadas ante el magistrado, y otras que sólo pueden serlo con previa autorización de este último.

²⁵⁶ Gai. 4,91; 4,94; FV. 336; Probo 5,22. En el *Corpus iuris* esta caución fue eliminada de los textos por los compiladores.

²⁵⁷ s.m. D. 46,8.

²⁵⁸ s.m. D. 2,4; CI. 2,2.

²⁵⁹ D. 50,17,103: "Nadie debe ser sacado de su casa" (*"Nemo de domo sua extrahi debet"*).

No pueden ser citados *in iure*: los magistrados *cum imperio*, un *pontifex* durante los *sacra*, ni aquellos que por razones religiosas no pueden abandonar un cierto lugar; tampoco el que por motivos oficiales es llevado en caballo público; el que se está desposando o casando; el juez mientras ejerce su ministerio, o quien se encuentra litigando ante el pretor; lo mismo que quien está celebrando los funerales de un familiar o participando en exequias. Por razón de su condición personal no son citables el *furiosus* ni el *infans* (D. 2,4,2-4 pr.). Sin permiso del pretor no se puede *in ius vocare*: a los ascendientes (*parentes*) y descendientes (*liberos*) ni al patrono o a sus ascendientes o descendientes (D. 2,4,4,1 ss.; cfr. Gai. 4,183). El pretor concede el permiso si la acción que se pretende entablar no es infamante ni afecta al pudor (D. 2,4,10,12). La citación sin previo permiso, que no afecta su validez, es empero sancionada con una acción delictual *in factum* con pena de una suma determinada, que se tramita ante un colegio de *recuperatores* (Gai. 4,46; D. 2,4,24).

2. Si la persona a quien se intenta citar elude la *in ius vocatio*, sea mediante ocultamiento doloso (*"fraudationis causa latitare"*), sea mediante ausentamiento (sin hacerse defender: *"qui absens iudicio defensus non fuerit"*), el magistrado decreta en su contra una *missio in bona* compulsiva, esto es, destinada a que el paciente haga posible la *in ius vocatio*, pero que igual puede conducir a una *bonorum venditio* ejecutiva y, por ende, al concurso de acreedores, en caso de contumacia.²⁶⁰

Absens es el que está ausente *in iure*. Sin perjuicio de la *missio in bona*, el edicto libera de la *bonorum venditio* al *pupillus* y al *absens rei publicae causa* (D. 42,4,6,1). El embargo del pupilo se mantiene hasta que llegue a la pubertad (o antes si se defiende por sí mismo o es defendido por otro), y el del ausente por causa pública, hasta que cese la causa.

3. El que ya fue citado debe acompañar al demandante de inmediato ante el tribunal del magistrado. Pero en sustitución puede constituir un *vindex*,²⁶¹ que garantiza su comparecencia en un día posterior. Cuando rehúsa concurrir con el actor al tribunal y constituir un *vindex*, se lo considera *absens* y el magistrado decreta la *missio in bona* en su contra; además, concede al actor una *actio in factum* de carácter penal.

Constituido el *vindex*, el magistrado fija un día para la comparecencia del demandado (*dies exhibitionis*); si éste deja de concurrir se da una *actio in factum* por el *quanti ea res erit* contra el *vindex* y la *missio in bona* contra el demandado.

²⁶⁰ Cic., *Pro Quinct*, 19,60; Prob., 66; Gai. 3,78-79; D. 2,4,19; 42,4,7,1; 42,4,7,13.

²⁶¹ s.m. D. 2,6 (en donde el *vindex* aparece sustituido por un *fideiussor iudicii sistendi causa datus* por itp.); D. 2,8,2 pr.; 2,8,7 pr.; 42,4,2 pr.; Gai. 4,46; 4,183.

4. Supuesta la comparecencia de ambas partes *in iure*, si la *litis contestatio* no es alcanzada en el mismo día de dicha comparecencia, de modo de hacerse necesaria una nueva, entonces se celebra un *vadimonium*, consistente, por un lado, en la fijación unilateral por el actor, de día, hora y lugar del encuentro de ambas partes para concurrir al tribunal (*vadimonium facere*), seguida de una estipulación (con o sin fiadores), por otro, con que el demandado promete comparecer en los términos preindicados, y pagar una cantidad de dinero a título de pena para el caso de no concurrir (*si non steterit*).²⁶² La resistencia del demandado a celebrar este acto lo hace incurrir en *indefensio*. El quebrantamiento de la promesa de recomparcer permite al actor demandar esta pena, sin perjuicio de obtener la *missio in bona* contra el ausente.

El *vadimonium* clásico substituyó a los *vades* del Derecho arcaico, que eran personas ofrecidas por el demandado que garantizaban su retorno al tribunal. En el Digesto aquél aparece substituido por una *cautio iudicio sisti*. El monto del *vadimonium* es igual al del asunto litigioso en la *actio iudicati* y en la *actio depensi*; en el resto asciende a la mitad de la suma que el actor jura reclamar sin ánimo de calumnia, con el límite de 100.000 sestercios (Gai. 4,186). En contra de la acción para cobrar la *summa vadimonii* se admiten diversas excepciones, fundadas en la imposibilidad de haberlo podido cumplir (D. 2,11 con rúbr. itp.), como enfermedad o fuerza mayor, etc. Según Gayo, la promesa del demandado podía ser reemplazada por juramento y hasta consistir sólo en la declaración del actor, de modo de darse un juicio ante *recuperatores* contra el demandado si no recomparece (Gai. 4,185).

5. En la práctica (esto es, sin regulación edictal) se usaba voluntariamente el *vadimonium* para substituir la *in ius vocatio* (peligrosa para el demandado por sus drásticos efectos), de suerte que, en vez de proceder a aquélla las partes, el actor fijaba día, hora y lugar de reencuentro, y el demandado prometía, mediante estipulación, concurrir para comparecer juntos ante el pretor. De este modo, si aquél se veía en la imposibilidad de acudir, podía defenderse mediante las excepciones apropiadas sin verse expuesto a sufrir la *missio in bona*, pues *in ius vocatio* no había habido.²⁶³

Las noticias dadas por las fuentes se ven corroboradas por documentos de la práctica (como algunas tablillas encontradas en Herculano). A las personas a las que no se puede hacer *in ius vocatio* sin permiso del pretor, no se les puede pedir *vadimonium* sin el mismo permiso (Gai. 4,187).

²⁶² Prob. 63; Gell. 6,1,7-11; Gai. 4,184-187; D. 45,1,81 pr.

²⁶³ Cic. *Pro Quinct.* 5,22; 6,23; 7,29; 19,61; 21,67; 28,86; *Pro Tull.* 8,20; *In Verr.* II, 5,13,34.

6. La finalidad objetiva principal de la fase *in iure* es decidir si debe concederse o denegarse la *actio (iudicium)* al demandante, y de qué manera en el caso positivo. Una vez que ambas partes se encuentran ante el magistrado, pues, el actor debe exponer su pretensión (sin sujeción a formalidades), describir la acción típica que intenta (*edere actionem*),²⁶⁴ lo que supone anunciar o proponer el uso de alguna fórmula, y solicitarla al magistrado (*postulare actionem*). Por su parte, el demandado puede oponerse a que se conceda la acción o bien aceptarla, ora negando su fundamento de hecho sin embargo, ora solicitando la inclusión de *exceptiones* en la fórmula.

El magistrado puede conceder la acción (*actionem dare*) o rehusarla (*actionem denegare*). En el primer caso, se procede a la designación del juez (*iudex*) o del colegio de jueces (*recuperatores*) y a la redacción de la fórmula que el magistrado debe aprobar definitivamente (*dare iudicium*). También deben otorgarse las cauciones procesales antes estudiadas, por la parte que corresponda en su caso, además de otras cauciones que examinaremos después. Sobre esta base, tiene lugar el último trámite de la fase *in iure* que es la *litis contestatio*, de que trataremos por separado.

7. En dicha fase todavía puede ocurrir que el demandado reconozca la pretensión del actor (*confessio in iure*), o bien que una de las partes desafíe a la otra a jurar sobre dicha pretensión ofreciendo estar a lo jurado, y que la desafiada acepte ("*iusiurandum in iure*"). Asimismo es posible que las partes acuerden componer su controversia (*transactio*). En todos estos casos termina el proceso. Por cierto, también termina él en la hipótesis de *denegatio actionis*. En fin, el proceso *in iure* no puede iniciarse ni continuar si el demandado, sin reconocer expresamente la pretensión del actor, no la contradice, negándose a colaborar, y en especial a celebrar la *litis contestatio*, con todo lo cual incurre en *indefensio*.

De las anteriores figuras trataremos aparte.

§ 42. "CONFESSIO IN IURE"²⁶⁵

Si en la fase *in iure* el demandado declara expresamente al actor que su pretensión está fundada (*in iure confiteri*), entonces se simplifica notablemente el proceso, según el tipo de acción entablada. De acuerdo con la

²⁶⁴ *s.m.* D. 2,13; CI. 2,1.

²⁶⁵ *s.m.* D. 42,12; CI. 7,59.

regla de que "el confeso se tiene como juzgado" ("*confessus pro iudicato est*"),²⁶⁶ inspirada en la Ley de las XII Tablas,²⁶⁷ por regla generalísima el demandado confesante ya no puede discutir el contenido de su declaración, lo mismo que no podría hacerlo si hubiese habido una sentencia (*iudicatum*).

La confesión debe ser hecha personalmente por el demandado, no por su representante o sustituto (D. 42,2,6,4), pero puede ser hecha ante el representante o sustituto del actor (D. 42,2,6,3). El mero silencio no es suficiente: "El que calla ciertamente no confiesa" (D. 50.17.142: *qui tacet non utique fatetur*). Una confesión extrajurisdiccional carece de valor (es decir, tiene que ser *in iure*: D. 42,1,56; 42,3,8). El confesante sólo puede discutir el contenido de su confesión cuando ésta fue inducida por un error de hecho (D. 42,2,2), o si contraría a un hecho natural (D. 42,2,8). En los demás casos, aunque no sea verdadero el hecho, éste se torna en indiscutible, merced a la asimilación de lo confesado a lo juzgado. Así, por ejemplo, si alguien confiesa deber un legado, tiene que ser condenado aunque el legado no exista o haya cesado de existir (D. 42,2,3), salvo si la persona que se supone haberlo dispuesto está viva, porque no puede ser eficaz el legado de quien todavía no fallece. Si un esclavo fue muerto y alguien confiesa haberlo matado, es condenado, aunque no lo haya matado; pero si el esclavo está vivo, no debe ser condenado (D. 9,2,23,11; 9,2,25 pr.; 42,2,4).

Cuando la acción reconocida por el demandado consistió en la pretensión de una *certa pecunia*, después de 30 días se da al demandante una *actio* cuyos perfiles no conocemos, pero que debió tener carácter ejecutivo, análogo a la *actio iudicati*, dirigida al cobro de la cantidad confesada.

D. 9,2,23,11 la llama *actio confessoria*; D. 9,2,25,1 la denomina *actio utilis*; en D. 2,14,7,13 se alude a una *actio pro iudicati*, y en D. 42,2,4 se habla de *teneri ex confesso*.

En todos los demás casos se presenta el problema de la indeterminación del *quantum* pecuniario, pese a la confesión, que impide una ejecución inmediata, ya que ésta exige la existencia de una cantidad líquida o liquidable de dinero. Por ello, la acción subsiguiente no puede ser análoga a la *actio iudicati*, y tiene un carácter declarativo, que se encamina, sin embargo, tan sólo a determinar el valor del asunto litigioso, ya que el demandado no puede discutir el fundamento de la pretensión del actor, que previamente ha reconocido.

²⁶⁶ D. 42,2,1.

²⁶⁷ La Tab. 3,1 decía: "*aeris confessi rebusque iure iudicatis xxx dies iusti sunt*".

Esta situación se presenta, en consecuencia, cuando se había demandado un *certum* no dinerario, caso en el cual la acción subsiguiente se dirige a su estimación; o un *incertum* del tipo *quidquid dare facere oportere*, y entonces se concede la *actio incerti* en que la confesión sirve de medio de prueba de la deuda; o cuando se había entablado una acción *in rem* o *in personam* con "cláusula arbitraria", en que la confesión reemplaza a la *pronuntiatio*, de modo que el demandado debe o restituir al demandante o sufrir la estimación del litigio. Una vez determinada la cantidad por pagar, la obligación se hace ejecutable según las reglas generales.

§ 43. REPRESIÓN DE LA MALA FE PROCESAL

La mala fe procesal consiste en pretender el actor o en negar el demandado, a sabiendas de carecer de razón en su postura. Para evitar la utilización del proceso en fines apartados de su función natural, el Derecho clásico proporciona varios instrumentos sancionatorios.

1. En la *condictio certae pecuniae* el demandado debe conferir al actor una *sponsio tertiae partis*, por la cual el primero se obliga a dar al segundo un tercio de la suma a él cobrada si resulta vencido en el proceso; por su parte, el actor debe prometer igual suma al demandado en caso de ser éste absuelto (*restipulatio tertiae partis*). En la *actio de pecunia constituta* las estipulaciones son por la mitad (*dimidia pars*).²⁶⁸

Estas estipulaciones ya existían en la *actio legis per conditionem* y probablemente fueron inspiradas por el modelo del *sacramentum* de la correspondiente acción de la ley, según el cual el litigante vencido pierde en beneficio público la suma apostada.

2. En algunas acciones, el hecho de que el demandado la enfrente (*infittatio*) en vez de reconocerla (*confessio in iure*) acarrea como consecuencia la "litiscrecencia", en virtud de la cual la condena pecuniaria se duplica ("*infittando lis crescit in duplum*"). Tal ocurre en las *actiones iudicati, depensum, ex testamento, de modo agri o legis Aquiliae*.²⁶⁹

Esta regla proviene del antiguo Derecho, y su razón es sancionar la oposición a una acción cuyo fundamento consta ciertamente; en efecto, las acciones que en el Derecho

²⁶⁸ Gai. 4,13; 4,171; 4,180-181.

²⁶⁹ Gai. 4,9; 4,171; PS. 1,19.

clásico admiten litisrecencia, en el Derecho arcaico se tramitaban mediante la *manus iniectio*, que es por excelencia la acción de fundamento indiscutible.

3. La condena en otras acciones implica la *infamia* (o *ignominia*) del condenado; ellas son las *actiones furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, pro socio, fiduciae, tutelae, mandati y depositi* (siempre que se trate de las acciones directas en los últimos cuatro casos). Un infame no puede postular en juicio más que por sí y por un reducido número de personas taxativamente descrito en el edicto, no puede dar *cognitor* o *procurator* ni ser designado como tales, y tampoco puede ejercer *actiones populares*. Según algunos, el *plus ponere* en la *demonstratio* de las acciones infamantes que la llevan, hace perder el litigio.²⁷⁰

4. Con respecto al ejercicio pasado de cualquier acción, siempre es posible para el demandado entablar un *iudicium calumniae decimae partis*, bajo el concepto de que el actor vencido en un proceso (o que lo abandonó) incurrió en *calumnia*, es decir, demandó de mala fe, para vengar a su contraparte, a sabiendas de no tener razón. Con dicha acción el demandado exige, a título de pena, un décimo del valor del asunto litigado en el juicio anterior; en contra del *adsertor in libertatem* ese monto se eleva a un tercio. De todos modos el demandado puede exigir *in iure* al actor un juramento de no ejercer su acción para calumniar ("*non calumniae causa agere*"); librado este juramento, se excluye un posterior *iudicium calumniae*. El actor, por su lado, en las acciones no penales puede pedir que el demandado jure no oponerse a la demanda por la misma razón (*non calumniae causa infitians ire*).²⁷¹

En contra del demandante vencido en una *actio iniuriarum*, o cuando se demanda a la mujer a quien se le dio la *possessio ventris nomine* y se la acusa de haber traspasado los bienes a un tercero, o cuando se imputa a otro haber impedido gozar de la *missio in possessionem* a su beneficiario, se da un *contrarium iudicium* también contra el demandante vencido, por un décimo del valor de lo disputado, en el primer caso, y por un quinto, en los dos últimos. La diferencia principal entre este *iudicium contrarium* y el *iudicium calumniae* radica en que aquél no exige dolo en el demandante vencido, como sí lo exige este último; es suficiente, en consecuencia, que resulte vencido, aunque por error haya entablado su demanda (Gai. 4,177-178). El edicto del pretor concede una acción penal en contra del *calumniator* que entabló una acción a cambio de dinero y contra el que lo recibió para no entablarla; ella es por el cuádruplo del dinero recibido, pero después de un año sólo es *in simplum* (s.m. D. 3,6).

²⁷⁰ Gai. 4,60.

²⁷¹ Para todo: Gai. 4,172-176; PS. 5,4,12; Cons. 6,13; D. 5,1,10.

§ 44. "IUSIURANDUM"²⁷²

Una cuestión controvertida puede pretender ser resuelta *in iure* con recurso al "juramento" (*iusiurandum*) de una de las partes acerca de la veracidad de su afirmación; solemos denominarlo "*iusiurandum in iure*", para diferenciarlo de otros juramentos posibles. Por cierto las partes normalmente acuden a esta figura cuando prevén que *apud iudicem* habrán de carecer de medios de prueba, confiando así en la conciencia religiosa de la contraparte como último recurso. Su sentido, en consecuencia, es declarar la parte que pide el juramento, atenerse a lo que jure aquella a quien se le pide.

I. JURAMENTO VOLUNTARIO. La iniciativa puede ser tomada libremente tanto por el demandante como por el demandado *in iure*, y en cualquier clase de acción, desafiando el primero al segundo a que jure por alguna divinidad, o por el *genius principis*, que la acción es infundada; o el segundo al primero a que jure de igual modo que él si tiene fundamento para accionar (*ius iurandum deferri*). Si el desafiado se manifiesta dispuesto a jurar (*ius iurandum dare*), el desafiante puede liberarlo de proceder al acto (*iusiurandum remittere*). Si rehúsa el juramento, se continúa adelante con el proceso, como si aquél no hubiera sido deferido.

Cuando el juramento fue deferido por el actor, y el demandado jura no estar fundada la acción, o si le es remitido el juramento, el pretor deniega la acción al demandante. Volviendo a intentarla (por ejemplo, ante otro pretor), se concede al demandado una *exceptio iurisiurandi* para enervarla, la cual sólo le impone la carga de probar que hubo juramento o que éste fue remitido, sin necesidad de tener que entrar en el fondo de la controversia.

Mas, en el caso de que el juramento haya sido deferido por el demandado al demandante, quien jura estar fundada su acción, o si le fue aquél remitido, entonces se da a este último una *actio in factum* (que llamamos "*ex iureiurando*"). Tal acción está dirigida a obtener lo que se hubiera conseguido con la acción original, pero ahora sólo con base en el hecho de haber habido juramento o remisión, es decir, sin que el actor deba entrar a comprobar el fondo de dicha pretensión original.²⁷³

²⁷² s.m. D. 12,2; CI. 4,1; 2,58.

²⁷³ s.m. D. 12,2. V. también: PS. 2,1; D. 9,4,21,6; 9,4,23; 44,5,1 pr.-3; Inst. 4,6,11; CI. 4,1,1.

II. JURAMENTO NECESARIO. En la *actio certae creditae pecuniae*, y en otras pocas acciones,²⁷⁴ existe un juramento llamado necesario en el Digesto, por lo que el juramento general examinado precedentemente viene a aparecer como voluntario ahí. Cuando el actor ha prestado *in iure* el *iusiurandum calumniae* a petición del demandado, puede aquél, a su vez, exigir a éste que jure no estar fundada la acción. La alternativa que entonces queda abierta para el demandado es jurar o devolver el juramento (*iusiurandum referre*), esto es, exigir que sea el actor quien jure estar fundada su demanda; pero no puede rehusarse a jurar y a devolver sin consecuencias. Tampoco el actor puede rehusar el juramento devuelto. Pero el deferido puede ser remitido por el actor al demandado.

Cuando el demandado presta el juramento deferido, o, habiéndolo devuelto, el actor se niega a jurar, el magistrado deniega la acción, y si ésta es reiterada, concede la *exceptio iurisiurandi* al demandado.

Si el demandado rehúsa jurar sin devolver, el magistrado decreta en su contra una *missio in bona* compulsiva, que se revoca si después el afectado acepta adoptar una de las alternativas propuestas.

En la hipótesis de que el actor, a quien su contraparte devolvió el juramento, lo preste efectivamente, se le concede la *actio in factum* ("ex iureiurando") si la acción original se refería a una cosa que no fuera dinero, porque entonces se requiere una estimación; de consistir aquélla en dinero, se abre de inmediato el proceso ejecutivo, como si hubiera habido sentencia condenatoria.²⁷⁵

§ 45. "TRANSACTIO"²⁷⁶

En el Derecho clásico la "transacción" no es un negocio típico, sino una combinación de ciertos negocios típicos que van unidos por la función de terminar un estado jurídico dudoso (*re dubia*) o una controversia de incierto resultado (*lis incerta*) entre las partes que transigen;²⁷⁷ debido a ello la transacción debe ser celebrada antes de recaer sentencia judicial sobre

²⁷⁴ La *actio de pecunia constituta* (D. 12,2,14; 12,2,36); la *actio operarum* (D. 12,2,34 pr.); y la *actio rerum amotarum* (D. 25,2,11,2-13).

²⁷⁵ D. 12,2,11,1; 42,1,56.

²⁷⁶ s.m. D. 2,15; CI. 2,4.

²⁷⁷ D. 2,15,1.

lo uno o lo otro.²⁷⁸ Una transacción consiste, por un lado, en un *pactum* por medio del cual una o ambas partes renuncian a la acción que estiman competerles, y, por otro, en la atribución unilateral o bilateral de alguna cosa o de un Derecho mediante *datio* (esto es: *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*) o *stipulatio*. Es frecuente añadir la promesa de una pena para el caso de incumplimiento de la transacción.²⁷⁹ La transacción no produce efectos *ipso iure*; pero una vez celebrada, si el antiguo pretendiente renueva con posterioridad la acción, el demandado puede oponer la *exceptio pacti* y consigue la absolución.²⁸⁰

§ 46. INDEFENSIÓN

I. CONCEPTO. El demandado tiene la carga alternativa de contradecir la pretensión del actor, no necesariamente oponiendo excepciones, pues es suficiente que niegue, o de reconocerla (*confessio in iure*); pero no le está permitido adoptar una actitud pasiva, rehusando contradecir o reconocer; si incurre en ella, se lo considera *indefensus*, porque entonces no defiende (*non defendit*) la cosa, si se trata de una *actio in rem*, o su persona, cuando padece una *actio in personam*. Nosotros hablamos de "indefensio".

Esta carga sólo existe en la fase *in iure* y también incluye la aceptación de celebrar ciertos actos, como son típicamente algunas cauciones y promesas (*cautio de rato*, cuando corresponda; *cautio iudicatum solvi*; *cautio pro praee litis et vindiciarum*; *sponsio tertiae vel dimidiae partis*) o los juramentos (como el *iusiurandum calumniae*); ella culmina en la *litis contestatio*, manifestándose entonces en la aceptación del litigio (*iudicium accipere*). Pero cesa durante la fase *apud iudicem*, a la cual el demandado incluso puede no concurrir (sin que por ello deba necesariamente ser condenado), porque su actitud contradictoria ya ha quedado fijada definitivamente con la *litis contestatio*.

II. EFECTOS. La indefensión acarrea una consecuencia negativa: impedir el proceso *in iure*, de modo que no existe ahí la figura de la "rebeldía"; y una positiva según el tipo de acción, que pasamos a examinar.

²⁷⁸ D. 2,15,11; 12,6,23,1.

²⁷⁹ D. 2,15,15.

²⁸⁰ D. 46,3,96,2; CI. 2,4,17. En D. 12,6,23,3 ¿itp.? se da la de dolo.

1. Cuando el demandado con una *actio in personam* incurre en indefensión, el magistrado decreta una *missio in bona* o embargo de todo su patrimonio, destinada a coaccionarlo para que modifique su actitud y colabore; por tal razón el embargo tiene carácter provisional, y se lo alza cuando cumple su finalidad; pero si el afectado persiste en mantenerse indefenso, el procedimiento se consuma con la *bonorum venditio*, y el demandante debe hacer valer su crédito ante el *bonorum emptor*, incluso con el proceso declarativo que corresponda.

En algunas fuentes provinciales (*lex Rubria* c. 21, lín. 19-20; c. 22, lín. 46-47) se alude a la posibilidad de autorizar al demandante a llevarse la persona del demandado (*duci iubeto*). Este tema se conecta con el de la ejecución personal en época clásica, acerca del cual estamos muy mal informados.

2. Tratándose de una *actio in rem*, la carga en estudio consiste en *rem defendere*; por tanto, si el demandado pretende eludirla, ella se hace efectiva en consecuencias concernientes a la cosa misma, no a su persona.

a) Cuando lo disputado es una cosa mueble presente *in iure*, su indefensión da lugar a que el magistrado autorice al actor para que se lleve la cosa ("*duci vel ferri iubere*").²⁸¹

b) Cuando el objeto mueble no está presente, entonces concede aquél una *actio ad exhibendum* al demandante, cuyo objetivo es solamente conseguir que el demandado presente dicha cosa *in iure*, sin discutirse en ella la existencia de un Derecho real ni su titularidad en favor del actor.²⁸² La *actio ad exhibendum*, como todas, conduce a una condena pecuniaria (a tanto cuanto interesó al actor la efectiva exhibición), pero tiene carácter arbitrario, lo que permite al demandado liberarse de la condena si exhibe. Una vez presentada la cosa *in iure*, el demandado, o bien persiste en su indefensión en la acción real principal, y entonces ahora el magistrado está en condiciones de autorizar al actor para que se lleve consigo la cosa, o bien modifica su primera actitud y defiende la cosa (o confiesa), y entonces el proceso continúa normalmente. Como, por otra parte, la *actio ad exhibendum* es *in personam*, si el demandado con ella vuelve a incurrir en indefensión, el caso se sujeta a las reglas generales para tal género de acciones, que antes vimos, es decir, se da una *missio in bona* en su contra.

²⁸¹ D. 2,3,1,1.

²⁸² s.m. D. 10,4; Cl. 3,42.

c) Si el objeto reclamado con la *actio in rem* es inmueble o el derecho real de que se trate recae sobre tal clase de cosas, la indefensión del demandado hace al magistrado emitir un interdicto por el que ordena a aquél restituir al actor. Tratándose de la *rei vindicatio* se da el *interdictum quem fundum*;²⁸³ de la *vindicatio ususfructus*, un *interdictum quem usumfructum*;²⁸⁴ de la *petitio hereditatis*, un *interdictum quem hereditatem*;²⁸⁵ posiblemente también existiera uno especial para el caso de la *vindicatio servitutis*.²⁸⁶

Si el demandado obedece la orden interdictal, el objeto disputado o el ejercicio de hecho del derecho reclamado sobre él pasan consecuentemente al poder del actor; si no la obedece, se da a éste una *actio ex interdicto*, en que sólo se discute si dicha orden fue obedecida o no, sin entrarse, pues, al fondo del problema, concerniente al dominio o al derecho real sobre la cosa en disputa. El carácter *in personam* de esta acción hace que la reiterada indefensión vuelva a quedar sometida a las reglas propias de esta figura en ese género de acciones, esto es, a la *missio in bona* en definitiva; por lo demás, si el demandado se defiende, resulta condenado a tanto cuanto interesó al actor la restitución.

d) Merced al *iussum duci vel ferri* o al interdicto apropiado, según los casos, el actor sólo consigue una situación de hecho o posesoria con respecto a la cosa o al derecho real de que se trate, no el reconocimiento de existir el dominio o el aludido derecho real ni su titularidad en favor suyo; ello porque tales cuestiones en realidad no alcanzaron a ser examinadas en una *actio*, pues precisamente hubo indefensión que la impidió. En consecuencia, su situación no es igual a la que hubiera conseguido de haber tenido lugar la acción y vencido en ella; pero al menos goza de la ventaja de la posesión de la cosa o del ejercicio de hecho del derecho, lo que obliga al demandado que incurrió en indefensión conducente al aludido cambio posesorio, a tener que entablar él ahora una *actio in rem* contra el actual poseedor o ejercitante del derecho de que se trate, para recuperar la cosa o conseguir la declaración de no existir tal derecho real, si es que considera tener la razón enfrente de aquéllos (aunque eso no se concilie bien con su actitud indefensiva en el primer proceso).

²⁸³ Frag. Vind. 4.

²⁸⁴ FV. 92.

²⁸⁵ Frag. Vind. 4.

²⁸⁶ Cfr. PS. 5,6,8c = D. 43,20,7; 39,1,15; 39,2,45.

§ 47. "LITIS CONTESTATIO"

I. CONCEPTO. Ningún proceso puede tener lugar sin la colaboración de ambas partes. La del actor, por cierto, deriva de su propia naturaleza de interesado en llevarlo adelante; la del demandado, cuyo interés resulta exactamente el opuesto, es obtenida mediante el empleo de medidas compulsivas o la imposición de cargas; pero si aún así persiste él en su negativa de sustentar el proceso, éste no puede iniciarse o continuar; de ese modo no existe en el procedimiento formulario *in iure* la figura de la "rebeldía", que permite progresar un proceso aun sin la colaboración del demandado.

Esta intervención de ambas partes en el proceso culmina y al mismo tiempo deja de ser necesaria, al menos por lo que al demandado respecta, con la *litis contestatio*.

En el procedimiento de la *legis actiones* la *litis contestatio* es un trámite procesal que tiene lugar después de haberse sustanciado la causa mediante las recitaciones formularias de las partes y los ritos propios de cada acción (*ordinato iudicio*), y que consiste en el llamamiento formal de testigos que hace cada una de aquéllas (bajo el supuesto de hecho de que ya se encontraban acompañadas por personas amigas, convertidas oficialmente en testigos a partir del llamamiento). Este llamamiento tiene lugar con la fórmula "sed testigos" ("*testes estote*": Festo 57 y 273), pronunciada por el actor y el demandado, de donde las expresiones *contestari litem* y *litis contestatio*, aludentes al "coatestiguamiento del litigio". Este trámite se explica bajo el supuesto de la bipartición del proceso: ya que lo actuado ante el pretor debe ser puesto en conocimiento del juez, ausente *in iure*, la manera de hacerlo es presentando testigos que después depongan ante el juez sobre lo que han visto y oído actuar delante del pretor; cada parte, pues, debe concurrir acompañada de personas al efecto, ante quienes tiene lugar la sustanciación *in iure*, terminada la cual, mediante la antes indicada fórmula, se las advierte de quedar formalmente investidas de la calidad de *testes*. En el procedimiento formulario este trámite se hizo inútil, porque las alegaciones de las partes son reconducidas a la fórmula escrita que se hace llegar al juez, quien, por ende, ya no necesita de terceros que como testigos le informen sobre lo dicho ante el pretor; pero subsistió al menos el nombre de *litis contestatio*.

Una vez que el pretor aprueba la fórmula mediante decreto (*dare iudicium*), todavía se requiere el definitivo acuerdo de las partes en el sentido de someterse a ella: del asenso proveniente del actor se dice *litem contestari*, y de aquel del demandado, *accipere iudicium*; pero la primera expresión también se emplea para designar el acuerdo considerado como unidad, de allí que, asimismo, se hable de *litis contestatio* en relación con el consenso total. No sabemos en qué forma se manifestaba este acuerdo, pero es probable que tuviese lugar de modo informal. Si el demandado rehúsa su asenso, incurre en *indefensio* y queda sometido a las consecuencias perti-

nentes según el tipo de acción; si lo rehúsa el demandante, el magistrado le deniega la acción.

II. EFECTOS. A partir de la *litis contestatio* la controversia entre las partes, que hasta el momento estrictamente se la puede considerar como preprocesal, se convierte en procesal, es decir, resulta deducida en juicio (*res in iudicio deducta*). Ello acarrea importantes consecuencias, que solemos clasificar convencionalmente.

1. En primer lugar se produce un efecto que llamamos "fijador", bajo lo cual se significa que la *litis contestatio* determina la existencia oficial de un litigio y sus precisos límites, que entonces restan invariables. Manifestaciones de este efecto son: i) las acciones intransmisibles (como son las penales) se hacen transmisibles;²⁸⁷ ii) las acciones que deben ser entabladas dentro de un plazo de caducidad, cesan de estar sometidas a él;²⁸⁸ iii) en las acciones *in rem* y en muchas *in personam bonae fidei iudicia*, *iudicia arbitraria* no delictuales y acciones al *quanti ea res est* según el parecer de los sabinianos), el valor de la condena es regulado según todo cuanto el actor hubiera recibido en el momento de la *litis contestatio* si en ese momento hubiera sido restituido o pagado;²⁸⁹ iv) no es tomada en cuenta la deslegitimación, especialmente pasiva, posterior a la *litis contestatio* cuando en su momento existía legitimación; y de este modo, por ejemplo, si el demandado con la *rei vindicatio* deja de poseer la cosa después de aquélla,²⁹⁰ o el demandado con una acción noxal deja de ser amo o padre del delincuente con posterioridad,²⁹¹ continúan sometidos a la acción y pueden ser condenados; v) los hechos ocurridos con posterioridad a la *litis contestatio* no pueden fundar *exceptiones*;²⁹² vi) a partir de aquélla, la *res litigiosa* no puede ser objeto de enajenación, especialmente por medio de venta.²⁹³

2. En segundo lugar, la *litis contestatio* consume, es decir, extingue la acción en que ella recayó.

²⁸⁷ D. 27,7,8,1 i.f.; 44,7,59; 50,17,139 pr.; 50,17,164; cfr. D. 46,2,29; 50,17,87.

²⁸⁸ D. 27,7,8,1 i.f.; 50,17,139 pr.; cfr. D. 46,2,29.

²⁸⁹ Gai. 4,114.

²⁹⁰ D. 6,1,22; 50,17,131.

²⁹¹ D. 9,4,14,1; 9,4,37; 9,4,38 pr.; 47,2,62,9.

²⁹² Cfr. D. 12,6,23,3 itp.

²⁹³ Gai. 4,117a; Frag. de iure fisci 8; D. 20,3,1,2; 44,6,2; 44,6,3; Cl. 8,27,2; 8,36,1.

a) Este efecto, sin embargo, opera de distinta manera. Tratándose de acciones civiles *in personam* que se entablan bajo la forma de un *iudicium legitimum*, aquéllas se consumen *ipso iure* con la *litis contestatio*, de modo de hacerse imposible su reiteración por haber dejado de existir. Si el interesado, empero, renueva su acción, el juez debe absolver al demandado sin más (o el pretor denegar la acción), porque consumida ésta, ya no puede resultar la *intentio*.²⁹⁴ En todos los demás casos, esto es, cuando la acción civil es *in rem*, o la *in personam* es honoraria, o si cualquier acción resulta entablada bajo la forma de un *iudicium imperio continens*, la *litis contestatio* propiamente no consume la acción, que sigue subsistente, pero se da al demandado una *exceptio* que oponerle si es que aparece reentablada por su titular. Su nombre técnico es *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, que en realidad envuelve dos excepciones distintas: una contra la acción que es reinterpuesta después de haber recaído sentencia en la primera (*exceptio rei iudicatae* igual a la moderna "excepción de cosa juzgada"), y otra para el caso de su reinterposición mientras está pendiente el primer proceso, vale decir, entre la *litis contestatio* y la *sententia* (*exceptio in iudicium deductae*, que equivale a nuestra "excepción de litispendencia").²⁹⁵ De esta guisa, pues, si el actor renueva una acción de las indicadas, en que ya recayó una vez la *litis contestatio*, sea que, a su vez, haya advenido o no la sentencia, la *intentio* continúa resultando, pero en virtud de la *exceptio* que corresponda debe el juez absolver al demandado si éste comprueba tratarse de una reiteración.

b) Para que un demandado pueda ser absuelto en una acción bajo el concepto de que sobre ella anteriormente había recaído una *litis contestatio* que la consumió *ipso iure* u "ope exceptionis", no es suficiente ni necesario que se dé una identidad formal de acciones típicas, como si una vez se entabla la *actio condictio* y después se interpone también una *condictio*, sino que es menester una identidad material de personas (*eadem personae*), por una parte, y de objeto y causa de la acción, por otra; esta última doble identidad los juristas la expresan como *eadem res* (o *quaestio*). Tal identidad material permite rechazar una segunda acción, aunque no sea formalmente la misma que la anterior, si ambas reúnen la triple identidad. En las acciones *in personam* la causa es la fuente de la respectiva obligación (el contrato,

²⁹⁴ Gai. 3,180; 4,107.

²⁹⁵ Gai. 4,107.

la estipulación, el delito, etc.), y su objeto es la prestación de dar, hacer o no hacer en relación con la cosa o hecho materiales de que se trate; en las acciones *in rem* la causa es el derecho real alegado como existente y su objeto es la cosa sobre que éste recae. Dentro de la casuística jurisprudencial concerniente a los difíciles problemas que ofrece la triple identidad, cumplen un papel muy importante las nociones dialécticas de género y especie, por un lado, y de todo y parte, por otro.

Hay identidad de objeto y causa: en pedir separadamente como heredero cada cosa componente de la herencia y después pedir la herencia entera como heredero también (D. 44,2,3); en pedir con la acción del mandato y luego pedir por la de gestión de negocios, en el entendido que ambas acciones se funden en lo efectivamente gestionado (D. 44,2,5); en pedir el fundo y después una parte suya (D. 44,2,7 pr.); en pedir dos cosas y luego una u otra (D. 44,2,7 pr.); en pedir un fundo y después los árboles cortados de ese fundo (D. 44,2,7 pr.); en pedir una nave y en seguida sus tablas (D. 44,2,7 pr.); en cobrar una deuda de la herencia y después pedir la herencia (D. 44,2,7,5); en solicitar una cuota del fundo y luego ejercer la acción de partición del fundo (D. 44,2,8); en pedir un esclavo con base en haberlo adquirido por acto entre vivos y después pedirlo por haberlo heredado siempre que no se haya expresado la causa del dominio (D. 44,2,11,1; cfr. 44,2,11,2; 44,2,11,5); en pedir un rebaño y en seguida, aumentado o disminuido el número de reses, pedir el mismo rebaño (D. 44,2,21,1), etc. La identidad de las personas subsiste si primero actúan los sustitutos, como el tutor, el curador, el procurador y después el sustituido (D. 44,2,11,7). En general, v. D. 44,2,27.

c) El principio general que explica la consunción *ipso iure* u "ope exceptionis" de una acción, tornando en ineficaz su reiteración en otro proceso, aparece expresado en algunas fuentes no jurídicas bajo la fórmula "no es lícito litigar dos veces acerca del mismo asunto" ("*bis de eadem re agere non licet*"),²⁹⁶ que, fundado a su vez en razones de seguridad y certeza jurídicas, distingue tan claramente a la actividad jurisdiccional y judicial de la legislativa y administrativa, cuyos resultados ya en la época romana aparecen como esencialmente revisables, revocables y repetibles:

3. Por influencia de Gayo, solemos hablar de un efecto "novatorio" de la *litis contestatio*. De acuerdo con él, en las acciones civiles *in personam* (tramitadas en un *iudicium legitimum*) la obligación (de dar: *dare oportere*) del demandado se extingue con la *litis contestatio* y aquél queda sujeto a una obligación generada por ésta, de deber ser condenado (*condemnari oportere*); una vez condenado, a su vez, dicha obligación también desaparece y es reemplazada por la de pagar la condena (*iudicatum facere oportere*).

²⁹⁶ Quint. *Inst. Orat.* 7,6,4; PS. Quint. *Decl.* 266. V. Gai. 4,108.

Gai. 3.180 atribuye esta extraña construcción a los *veteres*, quienes debieron escribir lo reproducido por Gayo para otros efectos, que aquél ya no comprendía. En D. 46,2,11,1 se dice que la *delegatio* (no la *novatio*) se puede hacer mediante *litis contestatio*; y en FV. 263 se alude a que una acción se puede novar "incoando litigios" ("*inchoatis litibus*"); pero ello debemos entenderlo referido a la posibilidad de ceder el acreedor sus acciones a un tercero como *procurator in rem suam*, operación ésta que alcanza su finalidad de convertir al cesionario en verdadero y autónomo acreedor tan sólo después de haber conseguido éste la *litis contestatio* en la acción contra el deudor cedido, por manera de poder decirse que aquélla cumple la función de una novación, si bien hay muchas diferencias entre ésta y el cambio de deudor que es posible obtener mediante la *litis contestatio*. Paulo, en D. 46,2,29, se refiere expresamente a estas diferencias. Como se ve, esta "novación procesal" opera en casos muy acotados y no puede decirse que sea un efecto normal y permanente de la *litis contestatio*.

§ 48. "ACTIONEM DENEGARE"

Si bien el pretor no dirime *in iure* la controversia, en su poder está decidir entre abrir paso a la fase *apud iudicem*, esto es, conceder la acción al demandante (*actionem dare*), o rehusarla (*actionem denegare*).²⁹⁷ Esta alternativa existe siempre, aun cuando en el edicto ese magistrado haya anunciado para determinada hipótesis ahí mismo descrita: "daré una acción" o "daré un juicio" (*actionem dabo* o *iudicium dabo*).

La denegación de una acción, que por cierto no es un acto arbitrario, puede deberse a varias circunstancias.

Desde luego, en algunos casos en el edicto mismo viene advertida la denegación (*iudicium* o *actio non dabo*).

Así, por ejemplo, cuando *in iure* se ha deferido el juramento al demandado y éste juró estar infundada la demanda, si el interesado pretende reiterar la acción, el pretor anuncia que le denegará la acción a él o a sus sucesores. La cláusula edictal, conservada en D. 12.2.7, reza así: "Respecto de aquel asunto sobre el cual se hubiera deferido juramento, no daré acción ni contra el mismo, ni contra aquel a quien pertenece el asunto" ("*Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo*"). Otros ejemplos en D. 25,4,1,10 i.f.; 42,5,25.

También hay denegación si la acción pedida no aparece descrita en el edicto y el demandante no logra convencer al pretor (en el fondo a su *consilium* de juristas) acerca de la equidad de conceder una nueva acción como *in factum*.

²⁹⁷ D. 50,17,102,1.

Una acción prevista puede ser denegada si el pretor verifica *in iure* que ella carece de fundamento o que es ilícita; también cuando hacen ostensiblemente defecto los presupuestos procesales (capacidad, legitimación, competencia, etc.). Esta posibilidad es una relevante manifestación del principio de economía procesal, porque así se evita dar paso a juicios inútiles.

Como cuando un testador instituyó a un heredero y, para el caso de que él no pudiese o no quisiera heredar, a un sustituto, si éste se presentare a ejercer las acciones hereditarias (para cobrar los créditos que fueron del causante, por ejemplo) sin constar que el heredero instituido no pudo o no quiso heredar, el pretor puede denegarle sin más las acciones que pide el sustituto, porque falta un presupuesto esencial: ser él el heredero, de modo de aparecer como cobrando créditos pertenecientes a terceros (D. 29,2,69). Si alguien prometió hacer algo sacrilego o delictuoso (D. 45,1,27 pr.), o contra las buenas costumbres (D. 45,1,97,2; cfr. D. 35,1,71,1), y el acreedor se presenta ante el pretor reclamando el cumplimiento, aquél deniega la acción. Si el demandante es un impúber quien no actúa con autorización del tutor, el pretor no da la acción.

La denegación de acciones es, asimismo, una manera de hacer operantes las leyes, los plebiscitos y los senadoconsultos, cuando se entabla acción por algo que contraría dichas normas.

Si se demanda a una mujer como fiadora, el pretor deniega la acción en virtud del *senatusconsultum Valleaeianum*, que prohíbe a las mujeres salir como fiadoras (D. 16,1,2,1). Si se demanda a un hijo de familia, a quien el actor dice haberle prestado dinero, también hay denegación en fuerza del *senatusconsultum Macedonianum*, que prohíbe prestar a tales hijos (D. 14,6,1 pr.).

En otros casos la denegación es usada como instrumento de coerción, generalmente para conseguir que alguien confiera alguna *stipulatio praetoria* cuando le corresponda.

Por ejemplo, la persona favorecida con un legado de usufructo debe rendir una *cautio usufructuaria* prometiendo al nudo propietario, que por lo común es el heredero, ciertas prestaciones; si el legatario se rehúsa a dar dicha caución, el pretor le deniega la *vindicatio ususfructus* con que reclamar el derecho legado (D. 7,1,13 pr.).

En algunos casos la denegación puede ser reemplazada por una *exceptio*, si los hechos que, de existir, fundan aquélla, no aparecen claramente *in iure*, reenviando al juez, por ende, su verificación, de modo de permitir la absolución, si resultan.

Así, por ejemplo, cuando el demandado alega que la acción concierne a lo ya antes jurado y pide por ello al pretor que la deniegue, pero no aparece con certeza que en verdad hubo

juramento, el pretor concede la acción, pero con una "*exceptio iurisurandi*" (D. 12,2,9 pr.). Si se discute la aplicación del senadoconsulto Veleiano o Macedoniano al caso concreto, también puede aquél reemplazar la denegación por una *exceptio senatusconsulti Velleiani* (D. 16,1,16 pr.; 16,1,30 pr.-1; 16,1,32,4) o *Macedoniani* (D. 14,6,7 pr.; D. 14,6,7,1).

La denegación de acciones no tiene carácter vinculante ni para el pretor que la pronunció ni para uno posterior, por lo cual uno u otro podrían, variando las circunstancias, conceder la acción primeramente rehusada.

CAPÍTULO VII

EL PROCESO "APUD IUDICEM"

§ 49. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y LAS MÁS RELEVANTES ACTUACIONES PROCESALES

I. PRINCIPIOS PROCESALES. Si la finalidad primordial de la fase *in iure* es fijar la cuestión controvertida mediante una *formula*, aquella de la fase *apud iudicem* es aportar las pruebas de los hechos en que se basan las pretensiones y contrapretensiones de las partes; y alegar el Derecho aplicable para dejar al *iudex* en condiciones de emitir su *sententia*. El procedimiento ante el juez no se encuentra regulado por normas legales, pero está fundado en ciertos principios, que la costumbre concretó en un estilo tradicional normalmente observado. Dichos principios, expresados con terminología moderna (porque entre los romanos no aparecen explicitados ni teorizados), son: *i*) de "contradictorio", que obliga a dar a ambas partes las mismas oportunidades de ser escuchadas por el juez y de objetarse mutuamente en sus alegaciones; *ii*) de "disposición", en cuanto el impulso de las alegaciones y de las pruebas queda por entero entregado a la iniciativa de las partes; *iii*) de "oralidad", en íntima asociación con *iv*) el de "inmediación", de modo que las actuaciones procesales tienen lugar en presencia directa del juez, quien ve y escucha a las partes, sus abogados y testigos; de allí que suela decirse que el juez "conoce" el asunto (*cognoscere*);²⁹⁸ *v*) de "publicidad", entendido como la posibilidad de que el público en general pueda asistir al desarrollo del proceso, que para ello se lo celebra en lugares de acceso general, normalmente el *comitium* o en una *basilica*; *vi*) de "gratuidad", ya que las partes no deben pagar honorarios al juez y a sus abogados ni tasas públicas por

²⁹⁸ PS. 1,18,2; D. 2,4,2; 10,2,20,5; 27,2,2 pr.; 27,4,3 pr.; 28,5,35 pr.

serles administrada la justicia; vii) de “economía” y “concentración”, que se manifiesta en la sencillez y escasez de las actuaciones procesales, que tienen lugar en poco tiempo; y viii) de “inmutabilidad”, expresada en la figura de la *res iudicata*, que impide revisar las sentencias.

En contrapartida, el Derecho romano no conoció el principio de inexcusabilidad, que impide abstenerse de fallar, ya que el juez puede rehusar su sentencia, siempre que lo haga fundado en no ser claro el asunto para él (“*rem sibi non liquere*”).

Por cierto, estos principios rigen también en la fase *in iure*, en donde la inexistencia del de inexcusabilidad se manifiesta en la posibilidad de *actionem denegare*, que, en contrapartida, como ya hicimos notar, es una importante aplicación del principio de economía, pues impide el desarrollo de procesos inútiles.

II. CARGA DE LA PRUEBA.²⁹⁹ 1. La distribución de la carga de desahogar la prueba (*onus probandi*) entre el actor y el demandado está determinada muy naturalmente por la estructura de la fórmula: al primero, en efecto, corresponde probar el fundamento de su acción, esto es, la *intentio* y la *demonstratio* (eventualmente la *replicatio*);³⁰⁰ al segundo, la *exceptio* (y la *duplicatio*).³⁰¹ Al demandado también incumbe la prueba de los hechos que tienen fuerza de extinguir *ipso iure* la relación deducida en la *intentio*. Fuera de esta formalización de la repartición de la carga que proviene de la estructura de la fórmula, en general, aquélla corresponde al que afirma la existencia de un hecho que lo favorece o que perjudica a la contraparte; la simple negación de un hecho alegado por el contrario no impone el gravamen de probar.³⁰² Por esta razón, el demandado puede ser absuelto si se limita a negar el fundamento de la acción, aunque nada pruebe en contra, si es que el demandante no prueba dicho fundamento a su vez.³⁰³

Las expresiones *onus probandi* y *onus probationis* son de escaso empleo en la jurisprudencia; aparecen en dos textos (D. 31,22; 22,3,25,3) que, empero, habitualmente se los considera interpolados, pese a que, al menos sobre el punto, dicen algo exacto. La última también aparece en algunas constituciones imperiales (CI. 4,19,15; 4,30,10). Probar no es

²⁹⁹ s.m. D. 22,3; CI. 4,19.

³⁰⁰ D. 22,3,21; CI. 2,1,4.

³⁰¹ D. 22,3,9; 22,3,19 pr.

³⁰² D. 22,3,2.

³⁰³ CI. 2,1,4.

una obligación, porque no implica prestación a la contraparte; de no desahogarse prueba, el único perjudicado es el omitente; por eso no decimos que la prueba se cumple, sino que se descarga o desahoga.

2. En el Derecho clásico no existen las “presunciones” legales, entendidas como reglas que alteran el peso de la prueba (“*iuris tantum*” o “simplemente legales”), o que impiden probar en contra del hecho presumido (“*iuris et de iure*” o “de Derecho”).

Ambas suponen un hecho básico que debe ser probado, al que la norma imputa la existencia de otro hecho desconocido, que en consecuencia no debe serlo; pero, en el primer caso, se admite probar que el hecho presumido no ha existido, y entonces se trata de un traslado de la carga de probar a aquel a quien interesa dicha inexistencia; en el segundo caso, no se admite demostrar la inexistencia del hecho, y, por ende, se trata de una prohibición de desahogar prueba. En vez de estas presunciones legales, la jurisprudencia a veces formula reglas de interpretación de la realidad, fundadas en la experiencia de la normalidad o en la ciencia, que si bien tienen un efecto traslativo de la carga de probar, no es ésta su finalidad. Así, por ejemplo, en materia de concepción. Verdaderas presunciones legales se desarrollaron en el Derecho postclásico. No deben confundirse las presunciones legales con las judiciales, de que trataremos después.

III. MEDIOS DE PRUEBA. 1. En el procedimiento formulario rige el principio de la libertad de medios de prueba, en el sentido de que las partes pueden aportar cualquier objeto o declaración de personas capaces de reproducir un hecho del pasado pertinente a su controversia.

Una suerte de teoría de los medios de prueba puede encontrarse en la doctrina retórica, que es ajena a los juristas. Comoquiera que dicha doctrina era de proveniencia grecohelenística, y que en el proceso griego eran tema de la prueba tanto los hechos como el Derecho, los medios reconocidos por los retores confunden los que constituyen propiamente tales con las fuentes del Derecho, y el conjunto integra lo que podríamos denominar el razonamiento, que se construye sobre la base de *loci (topoi)*. En consecuencia, la prueba es un *locus* de los tantos existentes, pero de carácter *extrinsecus* (Cic. *Top.* 14,48; *De orat.* 2,40,173), que Quintiliano (*Inst. orat.* 5,1,1), traduciendo a Aristóteles, denomina *artificiales (pisteis enteknai)*. La prueba es un *locus* extrínseco o artificial en cuanto su fuerza argumentativa y suasoria proviene de algo externo al arte retórica misma. Cicerón enumera los siguientes medios: *tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatusconsulta, res iudicatae, decreta, responsa* (*De orat.* 2,27,116); y Quintiliano, estas otras: *praeiudicia, rumores, tormenta, tabulae, iusiurandum, testes* (*Inst. orat.* 5,1,2).

2. De todos modos, existe una tipificación de los mismos.

a) En el Derecho clásico se admite como medio típico de prueba desde luego la *confessio*, esto es, la declaración de una de las partes, ora

concerniente a un hecho aislado, ora relativa a la íntegra pretensión de la contraparte.³⁰⁴

La confesión del demandado sobre la íntegra pretensión del actor, o sea, el allanamiento, si es formulada *in iure* tiene sus efectos propios, ya estudiados; cuando es formulada *in iudicio* no se diferencia de una confesión sobre algún hecho particular, y el juez debe valorarla, de modo que no conduce automáticamente a una condena.

No suele utilizarse el juramento deferido a la contraparte como medio de prueba, salvo para la valoración de la *res qua de agitur* en las acciones arbitrarias (*iusiurandum in litem*).

b) La declaración de personas que son terceros con respecto a la controversia (*testes*) constituye el *testimonium*³⁰⁵ y es el más importante medio de prueba en uso durante la época clásica.

Los testigos pueden ser personas especialmente convocadas para presenciar un acto o un hecho, en previsión de necesitarse después su declaración (y en algunos casos se les denomina *testes rogati*), por ejemplo, para el testamento; o bien ocasionales, porque casualmente presenciaron el asunto del cual se trata (D. 22,5,11). En algunos casos el Derecho prescribe el uso de testigos, como en la *mancipatio*, sin los cuales el acto es nulo (testigos "*ad sollemnitatem*"); cuando no está prescrita su intervención, su uso es voluntario y aconsejado solamente por cautela, previniendo la necesidad de su declaración en un eventual litigio, como en la *stipulatio* (testigos "*ad probationem*"). Los testigos pueden ser directos, si presenciaron el acto o hecho, o indirectos, si escucharon decir a otro que aquél tuvo lugar (D. 22,3,28). Actuar como testigo y prestar testimonio se considera un grave deber cívico y un *officium* impuesto por la amistad. La Ley de las XII Tablas (8,22) disponía que quien había actuado como testigo en un acto *per aes et libram*, si después se negaba a deponer en juicio quedase perpetuamente inhabilitado para ser testigo (*improbis*) y para que otros fuesen testigos en los actos que a él interesaren (*intestabilis*), con lo cual prácticamente quedaba en buena parte excluido del comercio jurídico. En época clásica, la norma aún regía para los testamentos (v. D. 28,1,18,1; 28,1,26; Inst. 2,10,6).

La declaración de los testigos tiene lugar en presencia del juez y las partes, previo juramento de decir verdad;³⁰⁶ se comienza con los del actor y se sigue con los del demandado; la interrogación la hacen directamente las partes o sus abogados, en forma "cruzada", esto es, con la posibilidad de contrainterrogar y reinterrogar libremente, bajo la vigilancia del juez.

³⁰⁴ PS. 5,5a,3; CI. 2,4,5.

³⁰⁵ s.m. D. 22,5; CI. 4,20, muy referidos a la *cognitio extra ordinem*.

³⁰⁶ Cic., *Pro Q. Rosc.* 15,44; *Pro Caec.* 10,28.

Se admite el testimonio extrajudicial vertido en un documento (*testatio*) signado por el declarante, que después es presentado al juez. En lo inmediato, el documento sólo hace fe de haberse prestado la declaración por quien lo signa, pero no de la veracidad de lo declarado.

El falso testimonio, ya en la Ley de las XII Tablas, está penado con la muerte por medio del despeñamiento *e saxo Tarpeio*.³⁰⁷

En época clásica, la pena es impuesta por la *lex Cornelia de sicariis* en materia penal, si un inocente es condenado a muerte por causa del falso testimonio. Un posterior senado-consulta la extendió a otros casos (Coll. 8,2-3; 8,7; PS. 5,25,2; D. 48,10,1,1).

c) Los documentos (*instrumenta, tabulae*)³⁰⁸ no tuvieron una especial importancia como medio de prueba en el Derecho clásico, dado que por regla muy general los negocios jurídicos tienen carácter oral y porque no suelen existir registros públicos de los hechos y actos privados (como del estado civil o de propiedades, hipotecas y gravámenes, etc.). Los negocios que se perfeccionan por escrito son muy escasos; prácticamente puede citarse el testamento pretorio o la *expensilatio*. Por cierto, esto no significa que no se acostumbre reducir a escrito los negocios orales, justamente en previsión de la necesidad de probarlos en juicio.

Nuevamente se puede hacer la distinción entre escritura "*ad sollemnitatem*", como requisito de perfección de un acto, y "*ad probationem*", como mera cautela probatoria (D. 20,1,4 = 22,4,4; 22,4,5); esta última, pues, es la regla general.

d) El principio de inmediatez que rige el proceso formulario permite que el juez pueda usar como medios de prueba todo lo que personalmente puede percibir a través de una inspección, por ejemplo examinando al animal que se dice haber sido dañado y por el cual se entabla la *actio legis Aquiliae*; y también los datos técnicos aportados por especialistas o peritos, por ejemplo los *mensores* en el caso de la acción de deslindes.³⁰⁹

IV. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. Del mismo modo que no existe un catálogo legal de medios de prueba, tampoco existe una tasación o valoración prescritas para la apreciación de su fuerza probatoria. Con

³⁰⁷ Tab. 8,23.

³⁰⁸ s.m. D. 22,4; CI. 4,21-22; cfr. CI. 4,30.

³⁰⁹ D. 10,1,8,1; 11,6,3,4.

terminología moderna, podríamos decir que en el procedimiento formulario la apreciación de la prueba está sometida a las reglas de la “sana crítica”, que no constituyen otra cosa que las de la lógica natural, por un lado, y de la experiencia de la vida, por otro, aplicadas al problema de determinar el grado de verosimilitud que puede atribuirse a los distintos medios empleados. El principio fundamental es que lo expresado en un documento, lo declarado por un testigo o una de las partes o los indicios o datos percibidos directamente por el juez, por sí solos no son garantía de veracidad y que ésta debe serles arrancada mediante un razonamiento concluyente, que es propio para cada caso y particular de él, sin que norma alguna pueda predeterminar en abstracto ese razonamiento para todos los casos. Forman parte de este procedimiento las que hoy llamamos “presunciones judiciales”, es decir, aquellas inferencias coherentes y consistentes obtenidas por el juez a partir de hechos básicos ciertos.

La jurisprudencia, recogiendo la experiencia, señala reglas prácticas que en ningún caso vinculan al juez. Así, por ejemplo, no se considera que sean testigos idóneos aquellos a quienes el interesado puede mandar que sean testigos (D. 22,5,6); tampoco el hijo respecto al padre y viceversa (D. 22,5,9); o alguien en negocio propio (D. 22,5,10); o el que fue condenado en juicio público de calumnia (D. 22,5,13). Reglas de este tipo se basan en la experiencia vital de que el testimonio de estas personas puede no ser imparcial.

V. “ORATIONES”. Durante la fase *apud iudicem*, después de terminada la prueba, especialmente la declaración de los testigos, tienen lugar las alegaciones de las partes, que normalmente son confiadas a especialistas (*advocati, oratores*). Su especialidad consiste en el dominio del *ars rhetorica*, es decir, la técnica del correcto hablar y de persuadir a un auditorio. Ella escapa a las márgenes del Derecho, aunque un buen orador debe tener conocimientos jurídicos básicos, y constituye una refinadísima elaboración de cánones que remonta a Aristóteles y tuvo su máximo desarrollo en la cultura helenística. En la Roma republicana el orador forense (y político) más destacado fue Cicerón.

Roma recibió la *teché rhetoriké* durante el siglo II a. C. no sin oposición de quienes veían en ella una fuente de corrupción de la administración de justicia, atendida su finalidad meramente suasoria e independiente de la verdad o justeza de las proposiciones defendidas, porque un orador es capaz de hablar en pro y en contra con el mismo vigor argumentativo; pero terminó por ser adoptada, debido a la utilidad que podía prestar en la actividad forense y política, aunque no logró seducir a los juristas. La cultura latina produjo importantes obras sobre retórica, como los tratados *De inventione*, *De oratore*, *Brutus*, *Partitiones oratoriae* y *Topica*, todos de Cicerón; a que se agrega una *Rhetorica ad Herennium* durante mucho

tiempo atribuida a aquél, pero que ahora se piensa haber sido escrita por Cornificio, de quien tenemos escasas noticias; además se presentan Quintiliano, *Institutiones oratoriae*; Tácito, *De oratore*, y Suetonio, *De grammaticis et rhetoribus*.

VI. “SENTENTIA” (“IUDICATUM”). 1. El juez sólo puede abstenerse de dirimir la controversia si jura no parecerle clara o “líquida” (*rem sibi non liquere*);³¹⁰ en caso contrario debe fallarla, para lo cual el pretor puede compelerlo mediante la imposición de multas.³¹¹ Esta resolución, en cuanto refleja el parecer u opinión que se formó el juez sobre el asunto litigioso, después de conocerlo y razonarlo, se llama *sententia* (de *sentire*); y en cuanto establece o declara un Derecho definitivo particular entre las partes, se llama *iudicatum*; la controversia misma, pues, pasa a ser *res iudicata*.

En principio, un *iudicatum* no es oponible a terceros, como se dice en D. 44,2,1: “La cosa juzgada entre unos ningún precedente hace para otros” (“*Res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant*”).

La sentencia puede ser condenatoria o absolutoria. En el primer caso, normalmente indica una suma de dinero que debe pagar el demandado (*condemnatio pecuniaria*). También puede contener, en su caso, una *adiudicatio*, o carecer de condena si se trata de un *praeiudicium*.

En los tribunales colegiados, la decisión se toma por simple mayoría de todos los jueces; en caso de empate, se pronuncia en favor del reo; si hay empate de votos en cuanto a diferentes sumas de dinero por condenar, se condena a la menor; en los procesos de libertad, en caso de empate se favorece la declaración de libertad (D. 42,1,36; 42,1,38 pr.; cfr. Gell. 14,2,21).

2. En contra de la sentencia no cabe la apelación. Ello se explica, porque habiendo sido emitida por un ciudadano privado, no existe un superior jerárquico suyo al cual llamar para que revise lo actuado por el inferior. En casos tipificados, empero, el pretor puede rescindir la *litis contestatio* mediante una *in integrum restitutio*. En contra del juez prevaricador (“*qui litem suam facit*”) se da una acción penal.

³¹⁰ Sen., *Epist.* 65,15; Gell. 14,2,25.

³¹¹ D. 4,8,32,12; 4,8,36.

CAPÍTULO VIII
LA EJECUCIÓN

§ 50. "ACTIO IUDICATI"³¹²

Una *sententia* condenatoria necesariamente fija una determinada cantidad de dinero que el demandado debe pagar al demandante, con independencia del tipo de acción ejercida; ello constituye una *obligatio civilis* (*iudicatum facere oportere*) en las acciones civiles *in personam* tramitadas como *iudicium legitimum*, o una "obligación honoraria" en las acciones *in rem*, *in factum* o tramitadas como *iudicium imperio continens*. En la misma posición que el condenado se encuentra el *confessus* en una acción dirigida al cobro de *certa pecunia*, es decir, aquél que reconoció *in iure* tal pretensión del actor (*confessus pro iudicato habetur*).

El condenado (o el *confessus*) dispone del plazo de 30 días para cumplir el *iudicatum*, pasados los cuales se da al actor una nueva acción declarativa (*actio iudicati*, y otra, cuyo nombre desconocemos, en contra del *confessus*, pero similar a la anterior), que se tramita como cualquier otro proceso, y cuyo tema es precisamente la obligación *ex iudicato* (o "*ex confesso*"). Si el demandado reconoce su deuda en la fase *in iure* de dicho proceso, el pretor decreta la *missio in bona*; en caso de contradicción (*infitiatio*) tienen lugar una nueva *litis contestatio* y un nuevo *iudicatum*, pero con condena duplicada contra el demandado que resultó ser injustificadamente *infilians* ("litiscrecencia").³¹³

³¹² *s.m.* D. 42,1; CI. 7,42-58; 7,60.

³¹³ Para todo: Gai. 3,180-181; D. 20,1,16,6 por un lado; Gai. 4,9; 4,171; PS. 1,19,1, por otro.

Estrictamente, pues, con la *actio iudicati* no se ejecuta la sentencia, sino que se cobra una obligación (la nacida del *iudicatum*). Teóricamente el demandado podría dar lugar a una serie indefinida de procesos, lo que en la práctica, sin embargo, resulta inviable, precisamente por el peligro de la litiscrecencia en progresión aritmética. Además, si el pretor cree infundada la defensa del demandado, puede denegar la acción y conceder inmediatamente la *missio in bona* en su contra. La posibilidad de un nuevo proceso ya existe en la *manus iniectio* con la intervención de un *vindex* que asume la defensa del ejecutado, y posteriormente con la autorización de contradecir dada al propio ejecutado por la *lex Vallia*. Este nuevo proceso se justifica no para revisar, por cierto, lo actuado en la acción declarativa, sino porque todavía es posible que el demandado pueda oponer defensas fundadas en hechos ocurridos coetáneamente con el proceso anterior o después de él, como si el procurador del demandado se dejó dolosamente condenar (mediante soborno, caso en el cual queda abierta la *exceptio doli* en favor del *dominus litis*: D. 44,4,9), o si es necesario hacer valer el "*beneficium competentiae*" (D. 24,3,17,2), o si el condenado tiene Derecho a que el demandante le ceda sus acciones sin perjuicio del pago a este último (D. 26,7,25; 27,3,1,18; 27,3,20,1; 42,1,12); quizá también fuera posible que el deudor hiciera valer su Derecho de retención en contra de la acción ejecutiva, cuando éste fuese procedente; en fin, si con posterioridad a la sentencia hubiera sido pagado el *iudicatum* o remitido o extinguido de cualquier otro modo idóneo, entonces o no resulta la *intentio* de la *actio iudicati* (como en el primer caso) o se da una *exceptio* al demandado (como en el segundo), de modo que en ambos sea éste absuelto. La fórmula de la *actio iudicati* pudo ser ésta: "Si No. No. resulta haber sido juzgado (condenado) por 10.000 sesteracios en favor de Ao. Ao. y no haber pagado este dinero, condena, juez, a No. No. a pagar 20.000 sesteracios a No. No. s.n.r.a." ("*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X milia iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium XX milia c.s.n.p.a.*"). La *condemnatio* no podía hacer ninguna mención a la *missio in bona* (como se ha creído), porque ella no es acordable por una sentencia del juez y es obra exclusiva del pretor.

Reconocida *in iure* la deuda derivada del *iudicatum* (o de la *confessio*), o nuevamente condenado en la *actio iudicati* el demandado, a petición del actor el magistrado decreta una *missio in bona* ejecutiva.

§ 51. PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS

I. PROCEDIMIENTO EJECUTIVO PERSONAL. La antigua ejecución, conducida de acuerdo con la *actio legis per manum iniectionem*, tenía carácter personal, porque el deudor mismo era sometido a prisión (privada) o, en una época antiquísima, a muerte. Si en época clásica, aparte de la ejecución puramente patrimonial, que en seguida veremos, subsistió alguna forma de apremio personal (prisión privada por deudas) previa permisión del magistrado (*addictio*), no está claro ni se concilia bien con la naturaleza concursal que ofrecía la ejecución clásica; de haberla habido, tuvo que tener reducidos alcances, por ejemplo sólo a los deudores sin bienes, como siempre fue,

por lo demás, hasta que en el siglo XIX fuera recién abolida en la mayoría de los países. De todos modos, al parecer esta prisión privada tenía el fin práctico de que el deudor pagara sus deudas con trabajo.³¹⁴

II. PROCEDIMIENTO EJECUTIVO PATRIMONIAL. El procedimiento ejecutivo o de apremio se encuentra regulado en el edicto. Su carácter más peculiar es consistir en una ejecución universal, porque afecta a todo el patrimonio del deudor y a ella son llamados todos los demás acreedores que tenga el afectado; en otras palabras, se trata de un concurso objetivo y subjetivo.

1. La *missio in bona* confiere al acreedor que la solicitó la tenencia física de los bienes embargados, a efectos de su administración; puede, así, enajenar los frutos y dar en arrendamiento los predios; en el resto sólo le está permitida una *custodia et observantia*. El embargo concedido a un acreedor favorece a todos los demás.³¹⁵

La *missio*, en consecuencia, no confiere una verdadera *possessio (civilis)*, aunque la tenencia reciba el nombre de *possessio*. El pretor concede acciones penales *in factum* en favor del *missus* y contra el que perturbe dolosamente la tenencia (*s.m.* D. 43,4; v. también D. 42,1,51,1; 42,4,14 pr.). Hay, asimismo, acciones de este tipo en contra del *missus* que abusó de sus facultades de administración (D. 42,5,9,5-6) y para obligarlo a restituir las cosas al *curator bonorum* o al deudor si es alzado el embargo (D. 42,5,9 pr.-1; 42,5,14,1); en fin, el *missus* puede reclamar los gastos hechos en favor del patrimonio embargado (D. 42,5,9,2-4).

2. El hecho de haberse embargado los bienes es difundido durante 30 días mediante avisos (*proscriptio*) destinados a convocar a todos los acreedores del ejecutado. Extinguido el plazo, este último se hace *infame*.³¹⁶

Los demás acreedores del ejecutado o ya cuentan con una sentencia (o *confessio*) en su favor o no, y este último caso es el normal. Por lo tanto, necesario es que en favor de ellos recaiga un juicio declarativo de acuerdo con las reglas generales. Mas, para los efectos de su participación en el concurso tuvo que existir un procedimiento de "verificación provisional" de créditos, destinado a que los supuestos acreedores los hicieran valer en el concurso y a que los demás acreedores (o el *magister bonorum*) pudieran impugnarlos;

³¹⁴ Puede verse: *lex Rubria de Gallia Cisalpina* c. 21; PS. 5,26,2; Frag. Argent. II,1a; D. 4,6,23 pr.; 42,1,34; 50,16,43 a 45; 50,16,48; CI. 5,39,1; 7,71,1; Varro, *De ling. Lat.* 7,105; Cic., *De orat.* 2,63,255; *Pro Flacco* 20,48; Sen. *De benef.* 3,8,2; Gell. 20,1,51; Plin., *Epist.* 3,19,7; Quint., *Inst. Orat.* 5,10,60; 7,3,26; PS. Quint., *Decl.* 311.

³¹⁵ Gai. 3,78; D. 42,5,8,1-4; 42,5,12 pr.

³¹⁶ Gai. 3,79; 4,102.

pero no estamos informados acerca de dicho procedimiento. Se puede suponer que sólo los créditos no impugnados participan en el concurso, mientras que los impugnados quedan excluidos de él, sin perjuicio de poder ser cobrados después al *bonorum emptor*, con la acción declarativa que corresponda. Los créditos no verificados, es decir, no hechos valer oportunamente, deberían de quedar excluidos del pago.

3. La mayoría de los acreedores puede solicitar al pretor el nombramiento de un *curator bonorum* o de varios, para facilitar la administración de los bienes.³¹⁷ En todo caso, los acreedores deben designar de entre los mismos, también por mayoría, a un *magister bonorum*³¹⁸ cuya misión es conducir la venta del patrimonio embargado, después de proponer sus bases o condiciones al pretor (*lex bonorum vendendorum*), que una vez aprobadas también deben ser difundidas.

Posiblemente las bases de la licitación identificaran al deudor y al *magister bonorum*, describieran y cuantificaran el activo y el pasivo del primero, con indicación de los créditos privilegiados y caucionados con prendas o hipotecas, señalaran el mínimo de las posturas, el plazo dado al comprador para pagar a los acreedores y las garantías de dicho pago exigidas, y fijaran el día y hora de la licitación (cfr. Theoph. ad 3,12 pr.).

4. La venta (*venditio bonorum*) normalmente tiene lugar mediante pública subasta, que debe celebrarse dentro de plazos preestablecidos. La licitación recae de una vez sobre el íntegro patrimonio, y no sucesivamente sobre cada uno de sus elementos, de modo que el mejor postor lo consigue totalmente por un precio alzado.

Ordinariamente se afirma que los postores son invitados a ofrecer como precio por el total de dicho patrimonio, no una cantidad alzada de dinero, sino el pago de cuotas de cada uno de los créditos ejecutados, de forma que se atribuyen los bienes al que en definitiva ofrece pagar todos los créditos en mayor proporción o porcentaje. Pero esto no está dicho directa ni explícitamente en ninguna fuente, y tan sólo ha sido deducido de ciertos textos que hablan de *portio* (Gai. 2,155; Sen. *De benef.* 4,39,2; CI. 7,72,6,1; cfr. Theoph. ad 3,12 pr.), pero injustificadamente, porque esa expresión también se puede entender aplicada a la distribución del precio alzado de venta entre los acreedores *pro portione* de sus créditos (cfr. D. 42,7,5). El régimen del pago de un porcentaje de los créditos crea dificultades insalvables en la hipótesis de concurrir créditos privilegiados en el concurso, pues si es mejor postor el que ofrece pagar todos los créditos, incluso los privilegiados, en el más alto porcentaje, no se ve en qué consistiría el privilegio.

³¹⁷ D. 42,7,2 pr.-5; 28,5,23,2.

³¹⁸ Gai. 3,79.

Hay postores que, en igualdad de condiciones, tienen preferencia para atribuirse los bienes.

En primer lugar, los propios acreedores (y entre varios, aquel a quien más se le deba); en seguida, los parientes del ejecutado según su grado de parentesco; en fin, los terceros, entre los cuales, a su vez, hay algunas preferencias fundadas en el rango, como el varón consular que prefiere a la mujer consular, y el varón prefectorio a ésta (D. 42,5,16; 50,16,56,1; 1,9,1).

5. La persona que compra de esta manera el patrimonio ejecutado se llama *bonorum emptor*.

a) Por lo que respecta a las cosas corporales integrantes de dicho patrimonio, el *bonorum emptor* las adquiere por Derecho pretorio (*in bonis sunt*), porque el *magister bonorum*, por cuenta de quien se hace la venta, al no ser su dueño civil, estrictamente cumple una venta de cosa ajena y entonces nada puede transferir civilmente a terceros.³¹⁹

Para conseguir la entrega de las cosas, el pretor confiere al *bonorum emptor* un especial interdicto, llamado "por algunos" *interdictum possessorium*, de carácter restitutorio (Gai. 4,145).

Una vez adquirida la posesión civil de los bienes, el *bonorum emptor* goza de la protección acordada a todo poseedor de esta clase, y en fin adquiere su dominio civil por *usucapio*.

b) La compra incluye los créditos y Derechos reales que eran del deudor ejecutado, con respecto a los cuales su transferencia al *bonorum emptor* también opera sólo mediante instrumentos del Derecho pretorio, y, concretamente, a través de *actiones utiles*. Si el ejecutado vive, se confiere la *actio Rutiliana* al *bonorum emptor*, en cuya fórmula (que es la de la acción básica que corresponda) se emplea la técnica del cambio de personas: en la *intentio* figura el nombre del ejecutado (como acreedor), y en la *condemnatio*, el del comprador de los bienes (en beneficio del cual cede la condena). Cuando murió el ejecutado, entonces se da una *actio Serviana* caracterizada por añadirse a la fórmula de la acción básica pertinente una *fictio* de ser el *bonorum emptor* heredero del dicho deudor.³²⁰

Puede ocurrir, a su vez, que un deudor del concursado y ahora del *bonorum emptor* haya tenido un crédito en contra del primero y ahora en contra del segundo. Al ser demandado

³¹⁹ Gai. 3,80.

³²⁰ Gai. 3,81; 4,35.

dicho deudor para el pago de su deuda, puede entonces alegar su propio crédito y pedir que se lo deduzca del que ahora le es reclamado ("*agere cum deductione*": Gai. 4,65-68), lo cual implica una verdadera compensación, que se justifica, porque es su modo de intervenir en el concurso. Pero la deducción no puede ser por el total del crédito opuesto, sino por una parte igual a la proporción en que hubiera sido pagado, si efectivamente hubiese intervenido en el concurso; de otra manera el acreedor que pide la deducción obtendría el privilegio indebido de conseguir su íntegro crédito, frente a los demás que sólo obtienen una parte de los suyos.

c) El *bonorum emptor*, asimismo por Derecho pretorio, es decir, mediante las *actiones Rutiliana* o *Serviana* antes examinadas, responde de las deudas que fueron del ejecutado, y que no se hicieron valer en el concurso,³²¹ pero sólo en la proporción en que se hubieran pagado, de haberse efectivamente hecho valer, por lo cual la *condemnatio* de las dichas acciones dirigidas contra el *bonorum emptor* en función de cobro debían de llevar además una "*taxatio*" limitativa, correspondiente a la cuota de pago.

La responsabilidad inmediata del *bonorum emptor* por las deudas del ejecutado debía de limitarse a las hechas valer en el conjeturable procedimiento de verificación dentro del concurso y no impugnadas en él; con relación a las impugnadas es que se hacían necesarias las *actiones Rutiliana* y *Serviana*. Es probable que el *bonorum emptor* demandado con estas acciones por una deuda que fue del ejecutado pudiera solicitar la *deductio* de los créditos que este mismo tenía contra el demandante y que ahora son del *bonorum emptor*.

III. PAGO A LOS ACREEDORES. "PRIVILEGIUM EXIGENDI". HIPOTECA. 1. El *magister bonorum* recibe el precio ofrecido por el *bonorum emptor* y con él paga a los acreedores, en forma íntegra si el precio de venta es suficiente (lo cual no es frecuente), o *pro portione*, es decir a prorrata de sus créditos, en caso contrario. En esta materia, pues, rige el principio general de que "la condición de todos los acreedores es igual" (*par est condicio omnium creditorum*).³²² Para el cobro al *magister*, los acreedores disponen de la *actio mandati*.³²³

2. Pero en virtud de reglas tanto de Derecho pretorio como imperial, este principio sufre excepciones, pues algunos créditos gozan de "privilegio" (*privilegium exigendi*), que los inviste de una "preferencia de pago" con respecto a los no privilegiados (*creditores chirographarii*). Lo cual quiere

³²¹ Gai. 3,81: "*ipse debuit*".

³²² D. 42,8,6,7; cfr. D. 42,8,24.

³²³ D. 17,1,22,10 (itp. *curator* por *magister*).

decir que aquéllos (*creditores privilegiarii*)³²⁴ pueden exigir ser pagados primeramente y por el íntegro monto de sus créditos (o hasta consumir el dinero producto de la licitación, es decir, proporcionalmente entre los que gocen de privilegio), de modo que sólo una vez satisfechos concurren proporcionalmente (o en forma eventual por el todo) al pago los carentes de privilegio, si algo restó del precio de venta en subasta.

Los "acreedores quirografarios" (D. 42,5,38,1; CI. 7,72,6 pr.) se llaman así porque ordinariamente sus créditos constan en un documento (*chirographum*).

Con el transcurso del tiempo se formó un orden de prelación entre los distintos créditos con privilegio, según el cual, con el precio de venta de los bienes del ejecutado, se pagan los de mejor rango con preferencia a los de rango inferior. El primer lugar lo ocupan los créditos del *fiscus*.³²⁵

Gozan también de privilegio estos créditos: los contraídos para el entierro de una persona (PS. 1,21,15; D. 11,7,45; 42,5,17 pr.); el que tiene la mujer contra su marido o los herederos de éste para la restitución de la dote (D. 23,3,2; 23,3,74; 42,5,17,1 a 42,5,19 pr.); los contraídos por el tutor (real o aparente) frente a su pupilo o el curador del demente o del pródigo frente a éstos, con ocasión de sus respectivas administraciones (D. 27,10,15,1; 42,5,19,1 a 42,5,24 pr.); el proveniente de un mutuo celebrado con el fin de reparar un edificio (D. 12,1,25; 42,3,1; 42,5,24,1); el de los depositantes de un banquero sobre su dinero en él depositado (D. 16,3,7,2-3; 16,3,8; 42,5,24,2); el del que prestó para reparar, equipar o comprar una nave (D. 42,5,26; 42,5,34). El acreedor que por el deudor paga a otro acreedor privilegiado adquiere su privilegio (D. 42,3,2; 42,5,24,3; CI. 8,18,2 pr.).

3. Por la parte de cada crédito (o eventualmente por su total), privilegiado o no, que dejó de ser pagada, cuando resultó insuficiente el precio conseguido en la subasta, los acreedores pueden volver a solicitar una *missio in bona* si en el futuro el deudor llega a tener nuevos bienes.

Que esta nueva ejecución por el resto, si ocurría en el año siguiente, fuera dada con "beneficio de competencia" (*in id quod facere potest*), como dice la oscura ley de Diocleciano que figura en CI. 7,75,6, es improbable.

En la rara hipótesis de que, pagados íntegramente todos los créditos, algo restare del precio de venta obtenido, seguramente se lo consideraba como perteneciente al ejecutado.

³²⁴ D. 2,14,10 pr.; 14,5,3; 42,5,24,3.

³²⁵ PS. 5,12,10; D. 42,5,34; 49,14,6; cfr. s.m. CI. 7,73.

Al menos así ocurre en el procedimiento fiscal (D. 49,14,45,12) y en la ejecución (con "*distractio bonorum*") de los impúberes, dementes y pródigos (D. 42,4,7,11; 42,5,6 pr.).

IV. INCIDENTES. En el concurso pueden tener lugar varios incidentes.

1. Desde luego la que nosotros llamamos "tercería de dominio", en virtud de la cual el dueño de un bien poseído por el ejecutado, que por tal razón cayó bajo los efectos de la *missio in bona* y fue considerado en el concurso, puede reivindicarlo (y previamente ejercer la *actio ad exhibendum* si se trata de muebles) en contra del *missus in possessionem* (o del *curator* o del *magister bonorum* desde que son designados), para recuperar lo suyo y excluirlo de dicho concurso. Aun después de la *bonorum venditio* podría dirigirse con la misma acción contra el *bonorum emptor*.³²⁶

2. Si el deudor ejecutado se hace heredero de otro, en principio el patrimonio sucesorio que le corresponda debe ingresar en su concurso; pero puede ocurrir que la herencia sea suficiente para pagar a los acreedores hereditarios (es decir, aquellos que lo eran del causante) y testamentarios (legatarios y fideicomisarios), mientras que los bienes del heredero sean insuficientes para pagar a sus propios acreedores; la confusión de ambos patrimonios, en consecuencia, beneficia a estos últimos, pero perjudica a los del fallecido, quienes empiezan a concurrir con aquéllos. Por tal razón el pretor concede a los hereditarios y testamentarios, a petición suya y previa *causae cognitio*, una *separatio bonorum*, en virtud de la cual se mantienen como distintos el patrimonio sucesorio y aquel propio del heredero, para que los beneficiarios de la separación ejecuten sus créditos en los bienes sucesorios con precedencia a los acreedores del heredero; lo cual más concretamente significa que se celebran dos concursos y dos *bonorum venditiones* por cuerda separada.³²⁷

Dentro del concurso que recae sobre la herencia, a su vez, los acreedores hereditarios tienen preferencia de pago con respecto a los testamentarios; en otras palabras, sólo después de satisfechos aquéllos, se sigue pagando a los legatarios y fideicomisarios, si algo resta (D. 31,69,1; 36,4,11,1; 42,6,6 pr.; CI. 7,72,1). Por cierto que cuando se produce un remanente en la herencia, después de pagados todos sus acreedores, eso acrece al concurso del heredero y beneficia a sus propios acreedores.

³²⁶ D. 10,4,5,1; 42,5,24,2; cfr. D. 6,1,9.

³²⁷ s.m. D. 42,6; CI. 7,72. Los detalles de esta figura serán estudiados en otro lugar.

3. Entre los bienes del concursado puede haber algunos sobre los cuales haya prenda o hipoteca en favor de determinados acreedores. Éstos tienen, sobre el precio de venta de dichos bienes, una preferencia de pago, que no constituye privilegio, pues deriva nada más que de la naturaleza misma de aquellas figuras, de consistir en una garantía real. Los bienes pignorados, pues, son excluidos del concurso general y acerca de ellos se abre uno particular, en el que intervienen sólo los acreedores titulares de la garantía (los cuales, en el caso de la hipoteca, pueden ser varios, y de diverso rango). Si el precio de venta de los bienes pignorados es suficiente, con él se paga a todos los dichos acreedores, y lo que sobre (*superfluum*) acrece a la masa general del concurso, según las reglas generales. Si no es suficiente, entonces los acreedores pignoratarios son pagados según el orden de sus hipotecas, en el todo o en parte, según el grado de insuficiencia. Quiénes no hayan alcanzado a ser total o parcialmente pagados pueden desplazarse al concurso general e intervenir en él de acuerdo con las reglas generales, por el saldo insoluto.

V. "DISTRACTIO BONORUM". En algunos casos se reemplaza la *bonorum venditio* por una venta de bienes singulares en la medida necesaria para satisfacer a los acreedores ("*distractio bonorum*").

1. Si el deudor ejecutable muere y deja como heredero a un impúber que carece de tutor, la *missio in bona* recae sobre la herencia, cuya administración es entregada a un *curator bonorum* encargado de vender los bienes indispensables para pagar a los acreedores; el saldo positivo del precio de venta que quede, lo mismo que los bienes no vendidos, permanecen, pues, para el impúber.³²⁸ La jurisprudencia extendió este régimen edictal al caso de que herederos sean un *furiosus* o un *prodigus* carentes de *curator*.³²⁹

2. La ejecución de los senadores y miembros de familias senatoriales (*clarae personae*) también tiene lugar mediante "*distractio bonorum*" a cargo de un *curator bonorum* designado al efecto por el magistrado.³³⁰

³²⁸ D. 36,1,81; 42,4,7,10; 42,5,6 pr.; 28,5,23,3; 42,7,1,2.

³²⁹ La extensión en D. 42,4,7,10-12.

³³⁰ D. 27,10,5. Este régimen fue establecido por un senadoconsulto de fecha desconocida.

CAPÍTULO IX
“CESSIO BONORUM”. “FRAUS CREDITORUM”

§ 52. “CESSIO BONORUM”³³¹

Una *lex Iulia de bonis cedendis* (no sabemos si de César o de Augusto) introdujo la posibilidad de hacer una *cessio bonorum* el deudor a sus acreedores. Como su nombre lo indica, ella consiste en poner voluntariamente aquél todos sus bienes a disposición de éstos, antes de que sea iniciada cualquier acción ejecutiva en su contra. De hecho, pues, supone a un deudor que conoce su insolvencia y que entonces, en vez de ocultarla o ignorarla, se adelanta a la ejecución. La cesión tiene lugar mediante una declaración del deudor *in iure*;³³² el magistrado, si la acepta, decreta la *missio in bona* en favor de todos los acreedores y en general el procedimiento continúa como en una normal ejecución, concluyendo, pues, con la *venditio bonorum* y el pago a los acreedores.³³³ Según la opinión de los sabinianos, que prevaleció, la cesión es oponible a todos los acreedores.³³⁴ La cesión acarrea varias ventajas para el deudor: *i*) se ve libre de cualquier apremio personal;³³⁵ *ii*) se evita la *infamia*;³³⁶ *iii*) ya no puede ser demandado por ninguno de los acreedores que eran tales al momento de la cesión; *iv*) aunque no ve extinguidas sus deudas si los acreedores no resultaron pagados en el todo,

³³¹ *s.m.* D. 42,3; CI. 7,71.

³³² D. 42,3,9 itp.

³³³ Gai. 3,78.

³³⁴ D. 42,3,4,1.

³³⁵ CI. 7,71,1.

³³⁶ CI. 2,11,11.

de manera que en el futuro puede ser demandado por el resto insoluto, sobre bienes nuevos, en ese caso goza del "beneficio de competencia", limitándose las condenas al *id quod facere potest*³³⁷.

Si, pese a la cesión, un acreedor demanda al cedente, se deniega la acción o se da una excepción *nisi bonis cesserit* al deudor (Inst. 4,14,4; Cl. 7,72,3).

§ 53. "FRAUS CREDITORUM"

I. "INTERDICTUM FRAUDATORIUM".³³⁸ 1. Los acreedores pueden resultar impagos como consecuencia de haber sido disminuido de precio el patrimonio del deudor ejecutado o que hizo cesión, mediante una disposición de bienes o valores suyos, anterior a la *missio in bona*. Supuesta la confluencia de ciertos requisitos, la disposición se considera ser un *fraus creditorum* y un *fraudator* el deudor disponente, ante lo cual el pretor confiere un *interdictum fraudatorium* contra los terceros adquirentes, destinado a reconstituir o restaurar el patrimonio original del deudor en beneficio de los acreedores perjudicados con la disposición.

La expresión *fraus* significa aquí precisamente "perjuicio", no "engaño". Aunque resulte muy frecuente que el *fraus creditorum* sea consecuencia de un acto engañoso del deudor y aun de terceros (como cuando se simula la transferencia de bienes para evitar el concurso sobre ellos), no siempre ocurre así. El Digesto conserva dos fórmulas concernientes a esta materia; la primera (D. 42,8,1 pr.) debió de corresponder al texto de la cláusula edictal que prometía el interdicto; la segunda (D. 42,8,10. pr.), al de la fórmula interdicial misma. Aquella reza así: "Acerca lo que, por causa de defraudación, hubiere sido gestionado con aquel que no ignoró el fraude, daré [una acción] <un interdicto> al curador de los bienes [o a aquél a quien deba darse acción por este asunto] dentro del año en el cual hubiere habido posibilidad de entablarlo" ("*Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum [vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit], intra annum, quo experiundi potestas fuerit, [actionem] <interdictum> dabo*"). La otra dice: "Lo que Lucio Ticio hizo para defraudar, sabiéndolo tú, en los bienes acerca de los cuales [de esta cosa] se trata, lo restituirás <a aquél> [a aquéllos, si por el motivo de que se trata le compete o debe competérle acción en virtud de mi edicto, si no hace más de un año desde que tuvo la posibilidad de demandar acerca del asunto del cual se trata]" ("*Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de [ea re] agitur, fecit, ea <illi> [illis si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est,] restituas*"). Esta segunda fórmula termina con una cláusula que en realidad

³³⁷ D. 42,3,4 pr.; Inst. 4,6,40.

³³⁸ s.m. D. 42,8; Cl. 7,75.

debió de pertenecer al edicto: "A veces <daré> [permitiré] con conocimiento de causa <un interdicto> [una acción por el hecho] aunque no haya conocimiento" ("*Interdum causa cognita et si scientia non sit <interdicam> [in factum actionem permittam]*"). Como puede apreciarse, se trata de textos muy interpolados, sobre todo el segundo. Lo más seguro es que en el Derecho clásico no haya existido más que este interdicto como medio ordinario de impugnación de actos fraudulentos de un deudor. Una *restitutio in integrum ob fraudem* supuesta por los autores modernos carece en verdad de sólidas bases. Justiniano abolió el *interdictum fraudatorium* y lo reemplazó por una acción de carácter rescisorio, que en un solo texto del Digesto aparece como *actio Pauliana* (D. 22,1,38,4). Aquella extraña e inexplicable denominación es postclásica, y habría penetrado en una copia del Digesto después de su promulgación el año 533, de donde, a su vez, habría pasado a la *littera Fiorentina*. En la mayoría de los casos el recurso justiniano contra el fraude figura como *actio in factum*.

Sólo quedan afectados por el interdicto los actos ("*quae [...] gesta erunt*") del deudor que le provocan un empobrecimiento, pero no aquellos que le evitan un enriquecimiento; dentro de los primeros se encuentran, pues, las enajenaciones por cualquier medio (*mancipatio, in iure cessio, traditio*),³³⁹ el abandono de bienes ("*derelictio*")³⁴⁰ y la remisión de deudas (por *pactum* o por *acceptilatio*).³⁴¹ Es indiferente si la disposición es a título oneroso o liberal.³⁴²

En consecuencia, por ejemplo, si alguien deja de cumplir una condición de que pende el nacimiento de un crédito, no incurre en el interdicto (D. 42,8,6,1); tampoco si repudia una herencia o un legado (D. 42,8,6,2 y 4); o si paga a un acreedor lo que es suyo, como en el caso de devolución de la cosa recibida en comodato o depósito (D. 42,8,6,6), pero sí queda sujeta la devolución remisoria de la prenda (D. 42,8,2; 42,8,18), porque en ningún caso hubo empobrecimiento sino, a lo más, no enriquecimiento. Se asimila a una enajenación el dejar cumplir a otro la usucapión de un bien propio (D. 50,16,28 pr.) y el perder una servidumbre por desuso (D. 42,8,4) o un usufructo por el mismo medio (D. 42,8,3,1).

Los pagos hechos por el deudor a un acreedor caen bajo el interdicto cuando fueron hechos después de la *missio in bona* (o de la *cessio bonorum*), no sólo por la razón general de disminuir el patrimonio del deudor, sino por la especial de que esta disminución afecta sólo a algunos de los

³³⁹ D. 42,8,1.

³⁴⁰ D. 42,8,5.

³⁴¹ D. 42,8,10,14; 42,8,17 pr.; 42,8,21; cfr. D. 2,14,7,10.

³⁴² D. 42,8,3,2; 42,8,6 pr.; 50,17,134 pr.

acreedores, quedando con ello vulnerado directamente el principio de la *par condicio creditorum*.³⁴³

Los pagos hechos antes de la *missio* o de la *cessio*, pues, no caen bajo el interdicto, a menos que la deuda fuera pagada antes de vencer su plazo (D. 42,8,10,12).

2. El interdicto exige la concurrencia de varios presupuestos.

a) En primer término, debe haber tenido lugar un efectivo perjuicio a los acreedores (*eventus damni*), consistente en no alcanzar a ser íntegramente pagados con el precio de la venta del patrimonio en concurso, siempre que exista una relación de causalidad entre el acto de disposición y dicho perjuicio, a saber: que el menor valor de venta haya sido consecuencia de la disminución de sustancia económica efectuada por el acto de que se trata.³⁴⁴

El *eventus damni*, por lo tanto, sólo puede apreciarse después de la *bonorum venditio*, una vez que se conoce el precio más alto ofrecido en la licitación y, por ende, si podrán ser pagados o no, y en qué medida, los acreedores; sólo así se hace posible determinar que un anterior acto de disposición, al disminuir la sustancia patrimonial, también menoscabó su valor. Si, por ende, los acreedores se ven íntegramente satisfechos, eso significa que las disposiciones del deudor no les produjeron perjuicio, esto es, que no hubo fraude (daño).

b) El acto que se intenta impugnar tiene que haber sido celebrado o ejecutado por un deudor con el conocimiento o al menos con la previsión de su posterior virtualidad productora de un daño a los acreedores (*consilium fraudis*). Este elemento, pues, no debe entenderse como una "voluntad o intención de defraudar o engañar", sino como un estado cognoscitivo que atañe al posible efecto perjudicial a los acreedores. Pero en atención a su carácter interno no puede ser objeto de positiva y directa prueba a cargo de aquéllos, debido a lo cual se presume retroactivamente el *consilium*, a partir del hecho externo y conocido del *eventus damni*, correspondiendo, entonces, al tercer adquirente demandado con el interdicto demostrar que el supuesto *fraudator* obró sin entendimiento de defraudar. Dicho entendimiento queda excluido, pues, cuando se consigue probar que, en el momento de realizar el acto el supuesto *fraudator*, éste carecía de acreedor, ignoraba su existencia de tal o desconocía su propio estado de insolvencia pecuniaria.

³⁴³ D. 42,8,6,7; 42,8,10,16.

³⁴⁴ D. 42,8,10,1; 42,8,15.

Las fuentes aluden a este elemento con diversas expresiones: "*consilium fraudis*", "*fraudationis causa*", "*fraudandi causa*", "*in fraudem facere*" o "*gerere*". Ejemplo: supóngase que alguien, quien sabe ser deudor de Ticio y que conoce su condición de insolvente, manumite unos esclavos; que después paga su deuda; y que posteriormente empieza a ser deudor de Cayo por cualquier causa, el cual resulta impago como consecuencia de la manumisión. Como se puede probar que el deudor no tuvo *consilium fraudis* respecto del segundo acreedor en el momento de manumitir, porque entonces no existía como tal, la manumisión no se ve afectada por el interdicto. Por otro lado, si bien con respecto al primer acreedor hubo *consilium*, tampoco es aplicable el interdicto porque no se formó el *eventus damni*, ya que ese acreedor fue pagado (D. 42,8,15). Cuando, empero, se paga a un acreedor con dinero conseguido de otro, la presunción que hubiera beneficiado al primero empieza a beneficiar al segundo, como si, en el caso anterior, la deuda a Ticio hubiera sido pagada con dinero que Cayo prestó, caso en el cual éste puede entablar el interdicto para afectar la manumisión, aunque ella fue anterior al mutuo. La explicación de este régimen se debe a una suerte de subrogación (*succedere in locum*) de los acreedores posteriores en los anteriores (D. 42,8,10,1; 42,8,16; cfr. 42,3,2).

c) Cuando el acto dispositivo es a título oneroso, como en una compraventa o permuta, se requiere, además, una *scientia fraudis* en el tercer adquirente, esto es, un conocimiento suyo de que el deudor disponente tiene acreedores, y una previsión suya de que con tal acto el disponente arriesga dejar impagos a dichos acreedores.³⁴⁵ Cuando el acto de disposición es a título liberal, como una donación o una remisión de deudas, en cambio, no se atiende a la *scientia* del beneficiario, y son suficientes el *eventus damni* a los acreedores y el *consilium fraudis* del disponente.³⁴⁶

Del tercero suele decirse ser *consciis fraudis* ("consabedor del fraude"); su opuesto es el *insciis fraudis* ("desconocedor del fraude"). Pero no se trata necesariamente de una suerte de complicidad en una supuesta intención de perjudicar a los acreedores, sino de un conocimiento que el tercero tiene acerca del mal estado de los negocios del deudor y de la existencia de acreedores suyos, que pueden verse perjudicados con el acto. Si hay varios acreedores, es suficiente la *scientia* con respecto a uno solo, aunque en definitiva no sea él quien resulte perjudicado, sino los demás (D. 42,8,10,6-8).

3. Al parecer, la legitimación activa para el *interdictum fraudatorium* corresponde al *curator bonorum*, y no directamente a los acreedores perjudicados. Por lo que respecta a su legitimación pasiva, cuando se intenta impugnar actos dispositivos del *fraudator* a título oneroso, aquélla compete al primer adquirente de aquél, siempre que sea *consciis fraudis*;

³⁴⁵ D. 42,8,1 pr.; 42,8,10 pr.; 42,8,10,2.

³⁴⁶ D. 42,8,6,11; 42,8,6,13.

si se trata de la impugnación de actos a título liberal, está legitimado el primer adquirente, aunque sea *inscius fraudis*. El interdicto también puede ser legítimamente dirigido contra los subadquirentes o adquirentes posteriores o mediatos, conocedores del fraude inicial u original, cuando su adquisición fue onerosa, y en cualquier caso, si fue liberal; entre estos últimos se encuentran los herederos y los legatarios del primer adquirente o de uno posterior.³⁴⁷

En resumen, pues, el interdicto se da contra el que actualmente esté en condiciones de restituir algo que salió del patrimonio del deudor, trátese de un adquirente inmediato de éste o de uno mediatos. En rigor, el interdicto no es pasivamente transmisible (D. 42,8,10,25), pues si se da contra el heredero del primer adquirente o de un adquirente posterior, ello es porque un heredero así viene a ser también él un adquirente posterior, y no tanto por ser un heredero. En otras palabras, éste tiene legitimidad pasiva originaria y no derivada. El conocimiento del fraude en los terceros adquirentes, cuando es exigible, se refiere, por cierto, a un conocimiento del estado de los negocios del *fraudator*.

4. El interdicto se da dentro de un año útil contado desde la *bonorum venditio*.³⁴⁸ Su finalidad es restitutoria, pues consiste en restablecer el patrimonio del deudor en el estado en que se hallaba con anterioridad al acto fraudulento.³⁴⁹ Cuando el demandado no cumple la orden de restituir a él dirigida por el interdicto, la *actio ex interdicto* posterior que se da en su contra lleva cláusula arbitraria, que permite al juez absolverlo si restituye; en caso contrario, es condenado al *quanti ea res est*.

En general, la restitución abarca la devolución de la cosa enajenada y sus frutos (*res cum sua causa*), o el restablecimiento de la obligación (D. 42,8,10,22-23) o del Derecho real (D. 42,8,10,15) extinguidos.

II. "DENEGATIO ACTIONUM OB FRAUDEM" Y "EXCEPTIO FRAUDATORUM CREDITORUM". Puede ocurrir que el deudor contraiga deudas fraudulentas, esto es, dirigidas a aumentar artificialmente su pasivo, de modo que los acreedores así generados participen en el posterior concurso en perjuicio de los verdaderos acreedores, quienes entonces ven disminuidas sus posibilidades de conseguir una mejor cuota de pago. Dadas las amplias palabras de la

³⁴⁷ D. 42,8,6,11 y 13; 42,8,9; 42,8,14; 42,8,25 pr.-3.

³⁴⁸ D. 42,8,1, pr.; 42,8,6,14; 42,8,10,18.

³⁴⁹ D. 42,8,10,19; 42,8,25,4 (con contradicciones).

cláusula edictal sobre el *interdictum fraudulentum* ("*quae [...] gesta erunt*"), los respectivos actos constitutivos de tales obligaciones pueden caer bajo los efectos de éste en calidad de *gesta*, pero en algunos casos su sanción es inoperante, como cuando la deuda nunca fue cobrada antes de la *missio*, porque entonces no hubo perjuicio a los acreedores o nada hay que restituir; pero si resulta que el acreedor fraudulento intenta hacer valer su crédito después de la *missio* (o la *cessio*), caso en el cual empieza a amenazar el perjuicio, el propio edicto prevé la posibilidad de una *denegatio actionum* en contra del acreedor. Si el pretor estima que el fraude no es evidente, puede, sin embargo, conceder la acción solicitada por el acreedor, incluyendo, empero, una *exceptio fraudulentum creditorum*, de modo que el juez rechace la demanda si se prueba el fraude.

A la cláusula sobre la *denegatio actionis* se refiere D. 42,5,25 (muy intervenida y por ello poco clara, pero que contiene un núcleo clásico). También D. 12,2,9,5, en donde se habla, además, de la *exceptio*. Nuestros casi inexistentes conocimientos acerca del procedimiento de verificación de créditos impide saber bien cómo operaban estos recursos. Podemos imaginar que suponían a un acreedor compareciente al concurso, cuyo crédito era rechazado en la verificación bajo la sospecha de ser fraudulento, de modo que su titular se viera obligado a demandar al deudor, cuya representación era asumida por los acreedores, representados a su vez por el *curator bonorum* o por el *magister bonorum*, en cuyo favor se pronunciaba la denegación o se daba la excepción.

III. RECURSOS CONTRA FRAUDES ESPECIALES. El *interdictum fraudulentum* tiene carácter general; pero además existieron sanciones o recursos contra tipos específicos de fraude.

1. De acuerdo con la *lex Aelia Sentia*, son inválidas las manumisiones cumplidas en fraude de los acreedores del manumitente o que disminuyen el monto efectivo de la porción hereditaria que corresponde al patrono del mismo.³⁵⁰

2. Los fraudulentos actos dispositivos de un *libertus*, que rebajan su patrimonio en forma de comprometer las porciones sucesorias forzosas de su patrono (o de los *liberi* de éste al faltar aquél), son rescindidos mediante una *actio Calvisiana* en el caso de morir intestado el *libertus*, o de una *actio Fabiana* si murió con testamento, dadas en favor del patrono (o de sus *liberi*). El detalle de ambas acciones será estudiado en otro lugar.

³⁵⁰ Gai. 1,37; 1,47; Frag. Dosith. 16; D. 40,9,16,2.

§ 54. BREVE NOTICIA SOBRE LA "COGNITIO EXTRA ORDINEM"

I. ORIGEN Y DESARROLLO. En el *ordo iudiciorum privatorum*, la palabra *cognitio*, además de significar la examinación personal del *iudex* concerniente a la controversia para dirimir la cual fue designado, señala la valoración que el propio magistrado hace del mérito de los hechos, antes de decidir sobre una determinada actuación jurisdiccional o de imperio. Entonces se dice que procede "con conocimiento de causa" (*causae cognitio*). A veces ello está anunciado en el propio edicto,³⁵¹ pero incluso sin previo anuncio edictal, son muchos los casos en que así procede. Jamás, sin embargo, el magistrado entra a una *cognitio* sobre el fondo de una *actio*, cuya reserva al *iudex* es una de las características del *ordo iudiciorum*.

Ya en época de Augusto este último principio comenzó a sufrir un resquebrajamiento, si bien en una materia ajena al *ius civile* y al *edictum*, como eran los fideicomisos. Si un *pater familias*, con palabras de mera recomendación o ruego (*praecativa verba*), había encargado a un heredero (o legatario), en su testamento o fuera de él, el cumplimiento de una cierta disposición lucrativa en favor de determinada persona, ese encargo carecía de toda sanción jurídica y no existía ninguna *actio* en favor del beneficiario dirigida a conseguir su satisfacción. Por primera vez Augusto ordenó que se diese un recurso con tal finalidad, y encomendó a los cónsules el conocimiento del asunto.³⁵² A partir de entonces, paulatinamente se fue ampliando el círculo de materias que podían ser sometidas al conocimiento

³⁵¹ D. 4,2,14,1; 25,4,1,15; 29,4,6,3; 47,10,15,43; 43,18,1 pr.

³⁵² Inst. 2,23,1.

de magistrados, algunos de ellos creados especialmente, como el *praetor fideicommissarius*, el *praetor tutelarius*, el *praetor de liberalibus causis*. Quizá desde Adriano, este conocimiento fue entregado a funcionarios imperiales, como los *praefecti* (*praetorio, urbi, annonae, vigilum*). En las fuentes se utiliza la expresión *cognitio extra ordinem*³⁵³ para designar este procedimiento, para diferenciarlo del *ordo*, representado por el *agere per formulas*, pero que también terminó por ser considerado como ejercicio de una *iurisdictio*.³⁵⁴ Durante la época clásica tardía el procedimiento extraordinario relegó al formulario, en el sentido de que muchas materias que tradicionalmente eran objeto de fórmulas comenzaron a ser tramitadas de acuerdo con aquél; y el fenómeno se acentuó durante todo el resto del siglo III d. C. Con Diocleciano y sus inmediatos sucesores los últimos restos del antiguo procedimiento desaparecieron, hasta que las fórmulas fueron formalmente abolidas por Constancio y Constante en el año 342 d. C.³⁵⁵ Con ello la *cognitio extra ordinem* (que en realidad dejó de ser tal) pasó a convertirse en el procedimiento propio de la época postclásica.

II. CARACTERES GENERALES DE LA "COGNITIO EXTRA ORDINEM". No entraremos aquí en la exposición detallada del procedimiento cognitorio, y nos limitaremos a presentar sus rasgos más notables en contraste con el *ordo*. Es necesario advertir, empero, que, si bien hablamos de aquél como si se hubiera tratado de un único procedimiento con trámites perfectamente predefinidos, en verdad no sólo hubo muchas *cognitiones*, sino que los procedimientos fueron variando a través de los siglos, hasta la época de Justiniano, a quien se debe una frondosa legislación sobre la materia.

Buena parte del Derecho procesal contenido en el *Corpus iuris* se refiere a los procedimientos cognitorios; con esos materiales y los proporcionados por la legislación de los pontífices romanos durante la baja Edad Media, la jurisprudencia del Derecho común construyó el que por eso llamamos proceso romano-canónico, todavía reflejado en nuestro *Código de Procedimiento Civil* de 1902, pese a las malas intervenciones legislativas posteriores de que ha sido objeto.

La primera y quizá más saliente característica de los procedimientos cognitorios es haber cancelado la bipartición o distinción entre fases *in iure* y *apud iudicem*, de modo que las funciones antes distribuidas entre ambas fases se cumplen ahora dentro de un único procedimiento. Orgánicamente ello significó que la dualidad entre magistrado y juez vino reemplazada por un único sujeto que era magistrado o funcionario imperial y juez al mismo tiempo. De donde deriva que estos procesos, por su origen, ofrezcan rasgos burocráticos o administrativos, lo que explica que sólo tardíamente se haya venido a reconocerlos como manifestación de la *iurisdictio*. Aquello permitió que se desarrollara en el interior de la *cognitio* una figura desconocida en el *ordo*, como es la *appellatio*. Sobre la base de que una decisión administrativa no produce *res iudicata*, porque es siempre revisable, y de que un funcionario siempre tiene un superior jerárquico del que aquél depende, una vez emitido el *decretum* decisorio del funcionario-juez, la parte agraviada con él pudo ahora recurrir al superior (que en último término es siempre el príncipe), para solicitarle la revisión del proceso; con ello nació el concepto de "instancia", que consiste en un conocimiento completo de la controversia hasta su decisión, y que se justifica sólo en la medida de ser posible volver a conocer del mismo modo igual cuestión (doble o triple instancia, y sólo en relación con ello, también única instancia, como excepción). El carácter administrativo de la cognición atenuó en muchos aspectos la naturaleza privatística del antiguo *ordo*, que imponía la colaboración de las partes para que pudiera incoarse un proceso y llegar a la *litis contestatio*. Así, por ejemplo, la *ius vocatio* terminó por dejar de ser un trámite a cargo del actor, para empezar a consistir en un acto del tribunal, que por medio de personal subordinado pone la demanda en conocimiento del sujeto pasivo de la acción ("notificación"). Puesto, por otro lado, que los órganos administrativos suelen ser civiles y militares a la vez, porque la separación de estos foros era desconocida en el mundo antiguo, el juez dispuso ahora de *imperium*; lo que hizo posible nuevas figuras, como la ejecución *manu militari* del decreto condenatorio, que ahora pudo ser "*in natura*" y no necesariamente pecuniario, como en la época clásica. Aquel mismo rasgo burocrático-publicístico dio entrada a la escrituración del proceso, a la instalación de los tribunales en oficinas y al pago de aranceles por las actuaciones procesales. De acuerdo con las tendencias ordenancistas del Derecho postclásico, se introdujo una minuciosa reglamentación de los trámites; y apareció el concepto de prueba regulada, en cuanto a los medios admisibles y al valor demostrativo de

³⁵³ D. 1,2,2,33; 17,1,7; 17,1,56,3. "*Extraordinaria cognitio*" sólo en la rúbr., de D. 50,13.

³⁵⁴ "*Extra ordinem ius dicere*" en D. 1,16,7,2; 4,6,2 pr.; 50,13,1,1 y 7; cfr. Tac. Ann. 13,51; Suet. Domic. 8,1; "*extraordinaria iurisdictio*" en CI. 8,40,14 (de Gordiano).

³⁵⁵ CI. 2,57,1.

cada uno de ellos; las antiguas reglas de experiencia se transformaron entonces en presunciones legales.

Sin embargo, como debía resultar natural, la cognición de naturaleza administrativa, en cuanto vino a suplir a la *iurisdictio*, terminó por convertirse en tal, conservando de su origen los rasgos externos que hemos descrito, pero adoptando los principios más esenciales de la función jurisdiccional (de contradictorio, de disposición, de inmutabilidad una vez dictada la sentencia de última instancia, de publicidad), si bien atenuando los más externos a ella (oralidad, inmediatez, gratuidad, economía). Al mismo tiempo, la cognición hizo suya la terminología del viejo *ordo*, aunque en muchos casos no se trató más que de la conservación de las palabras sin congruencia alguna con la res designada en aquél. El caso más notable a este respecto es el de la *litis contestatio*, de que se sigue hablando en las fuentes postclásicas, aunque el trámite había desaparecido y los efectos propios de aquélla distribuidos entre la notificación de la demanda (como el efecto fijador y la litispendencia) y la sentencia (como el efecto extintivo). También es digno de ser mencionado en el mismo sentido el mantenimiento de la terminología de las acciones, que en el Derecho clásico se justificaba porque cada acción era típica, y que en el postclásico ya no, porque entonces puede decirse que sólo existe una acción general atípica, identificable con el Derecho abstracto de demandar.

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE LA FAMILIA