

LA INTENTIO EN LAS FORMULAS IN FACTUM CONCEPTAE

Por el Dr. Maximiliano PHILONENKO,
Profesor de la Universidad de Bruselas.
Traducción del Dr. Miguel LUBAN.*

1. Hace veinticuatro años, Fernand de Visscher, joven todavía, pero ya brillante erudito, tuvo el gran mérito, al publicar en la "Nouvelle Revue de l'Histoire du Droit et du Droit Romain" un importante artículo acerca de la *intentio* en las fórmulas *in factum conceptae*, de suscitar un vivo interés entre los romanistas y de atraer la atención duradera sobre este problema, que hasta entonces no había sido suficientemente estudiado.

Tuve oportunidad de expresar mi opinión a ese propósito en mi curso de Pandectas y en una conversación con André Giffard, a la que él alude en su *Précis du Droit Romain*, publicado por Dalloz (vol. I, núm. 240, nota 1). En el presente estudio me dispongo a volver sobre dicho tema.

* *Nota del traductor*: El profesor Philonenko, emienente romanista e internacionalista, es autor de las siguientes obras, cuyos títulos damos en castellano, aun no estando traducidas al mismo: 1) *La teoría del reenvío en el Derecho Comparado*; 2) *De la prescripción extintiva en Derecho Internacional Privado*; 3) *Interpretación de los tratados internacionales*; 4) *El derecho sucesorio de los hijos naturales y de los hijos legitimados*; 5) *La teoría del reenvío, en cuanto a la ley aplicable a la capacidad de las personas, en el proyecto de Código de Derecho Internacional de la América Latina*; 6) *Contribución a la teoría general de las sentencias extranjeras en Derecho francés y belga*; 7) *Pensión alimenticia*; 8) *Autonomía de la voluntad. Recursos de casación por violación de ley extranjera*; 9) *Los actos de expoliación y el Derecho*; 10) *El contrabando*; 11) *La revalorización de créditos*; 12) *De las formalidades del exequatur en Bélgica, respecto de una sentencia arbitral dictada en el extranjero por la jurisdicción ordinaria en calidad de árbitro voluntario*.

2. Gayo (4, 45 y ss.) contrapone en los siguientes términos las fórmulas *in jus conceptae* y las *in factum conceptae*:

“Sed eas quidem formulas in quibus de jure quaeritur in jus conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus *nostrum esse aliquid ex jure Quiritium*, aut *nobis dari oportere aut pro fure damnum decidi oportere*; sunt et aliae in quibus juris civilis intentio est.

“46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est, adjiciuntur ea verba per quae judici demnandi absolvendivi potestas datur; qualis est formula qua utitur patronus contra libertum qui eum contra edictum praetoris in jus vocavit: nam in ea ita est: *recuperatores sunt, si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X millia condemnate, si non parte, absolvite*”.

El análisis de dicho texto, suscita ante todo, la cuestión del método. En efecto, contiene la opinión, o si se quiere, el razonamiento de Gayo, respecto a la contraposición de esos dos tipos de fórmulas consideradas en su elemento esencial, la *intentio*, y, por otra parte, nos brinda afortunadamente los textos de las fórmulas, tanto *in jus* como *in factum conceptae*, o sea, en otros términos, llegaron a nosotros las fuentes de Derecho y su interpretación por un jurisconsulto.

Desde entonces el análisis de la interpretación debe cotejarse necesariamente con el análisis de las fuentes, y, en el caso de resultados discrepantes, éstas deben prevalecer sobre aquélla.

Comenzaré por seguir el razonamiento de Gayo: En las fórmulas *in jus*, la *intentio* es *juris civilis intentio*, por la cual “intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium aut dari nobis oportere, aut pro fare damnum decidi oportere”.

La pretensión del demandante se basa expresamente en el “jus Quiritium”, o se refiere implícitamente a él, mediante el término “oportere” (Gayo 4, 41).

Pero, desgraciadamente, al abordar las fórmulas *in factum*, Gayo se expresa de manera un tanto ambigua, al decir que en ellas “nulla talis intentio concepta est”. Expresión ambigua, porque es de tal naturaleza, que puede interpretarse de dos modos diferentes: o bien cabe pensar que las fórmulas *in factum* carecen de una *intentio* del mismo género que la que contienen las fórmulas *in jus*; o bien que en ellas falta por completo la *intentio*.

¿Cuál de estas dos interpretaciones debe considerarse correcta? Si seguimos la exposición de Gayo, nos pronunciaremos a favor de la segunda interpretación. En efecto: “Initio formulae nominato eo quod factum est adjiciuntur ea verba quae iudici damnandi absolvendivi potestas datur.”

De atenernos a este texto, en las fórmulas *in factum* habría una exposición de los hechos alegados por el demandante, y, una vez establecidos, la obligación para el juez de pronunciar condena.

Por consiguiente, la *intentio* faltará, por su propia naturaleza, por completo, ya que la exposición de los hechos no desemboca en derecho alguno.

Sin embargo, esa deducción, que se deriva del análisis de la doctrina de Gayo, carece de lo que llamé en otro libro (*Les actes de spoliation et le droit* vol. II, cap. IX, Núm. 290 y ss.) la fuerza convincente, que constituye el inmenso valor intrínseco del Derecho Romano y la que le aseguró su reputación de *ratio scripta* y su influjo permanente sobre los sistemas jurídicos de los pueblos más diversos, incluso de los que no le han seguido de manera directa, tales como los anglosajones.

Sin duda alguna en esa orden del pretor, dirigida al juez para comprobar los hechos alegados por el demandante, en contra del demandado, y para, sea cual fuere su carácter, pronunciar una condena, sin haberlos calificado desde el punto de vista jurídico, habría algo de arbitrario. ¿Se conoce tal oficio de juez en los hábitos jurídicos de los pueblos civilizados?

Si es llamado a establecer y a valorar los hechos, ¿no lo es, de manera invariable, con el fin de considerarlos desde el punto de vista jurídico, para ver si son conformes a las obligaciones contractuales o legales de las partes en litigio, o si no constituyen una infracción de los preceptos jurídicos o morales, dictados o aceptados en el seno de una sociedad humana determinada, o, por último, si comprometen la responsabilidad de los individuos o de las colectividades, tomada en consideración por el Derecho, por razones diferentes de la infracción que se les imputa, como sucede con las obligaciones que se derivan de los conceptos de riesgo y de solidaridad?

¿No vienen los jueces, e incluso los jurados, llamados constantemente no sólo a establecer los hechos, sino también a apreciarlos jurídicamente? Si un auxiliar de la justicia (por ejemplo, un perito o un alguacil) es encargado de efectuar pesquisas, de hecho esas comprobaciones al no ser, por su naturaleza, susceptibles de producir efectos jurisdiccionales, ¿no deben someterse a los jueces, a fin de que luego de calificarlas en Derecho, pronuncien su decisión? Sin embargo, ¿nuestros usos y costumbres jurí-

dicas, nuestra conciencia jurídica, no hundan profundamente sus raíces en el fondo inmenso y fértil del Derecho Romano?

Ahora bien, ¿no sería extraño que acerca de este capital extremo, respecto del carácter de los elementos necesarios para hacer asentar una decisión de la justicia, el Derecho Romano tuviese una concepción diferente de la nuestra, y por qué no decirlo, inferior a ella?

Esas consideraciones por sí solas deberían ser de tal naturaleza que suscitasen preocupaciones intelectuales y obligasen a una investigación más profunda.

3. Consideremos los Fragmentos de Autun: el fragmento 80... *ALIAE IN QUIBUS JURIS CIVILIS-INTENTIO EST, CETERAS VERO IN FACTUM*, no es sino la reproducción de las Instituciones de Gayo 4, 45, *in fine* y 46, *in initio* y no aporta elementos nuevos.

Mayor interés tienen los fragmentos 107 y 108.

Frag. 107: "In legitimo iudicio non omnis actio consumitur, sed ea sola que habet... sonalem in ius conceptam nam est et in factum concepta.

Frag. 108: "Si par... oportere tot milia vel illam rem vel quidquid te dare facere praestare oportet ista es personalis... concepta". Debemos, ante todo, proceder a la reconstrucción de esos textos mutilados.

Frag. 107: en la colección de textos de Girard, la reconstrucción está hecha de la siguiente manera: "Habet *intentionem* personalem", reconstrucción que se justifica plenamente cuando se compara el *Frag. 107* con el 113, aunque éste se halle también mutilado.

113: "Ergo necque in factum... consumuntur, neque in rem; sed solae actiones personales quae habent in... am *intentionem*."

Este fragmento 113 contrapone de manera evidente las acciones *in factum* e *in rem* a las acciones *personales*, que deben tener *intentionem*, *in ius concepta*. La reconstrucción no parece dudosa.

Por lo demás, el cotejo con el *Frag. 108* permite comprobar en el texto de la fórmula misma la presencia de la *intentio civilis in ius*, en los términos *vel quidquid te dare, facere praestare oportet*, y el cotejo de los párrafos 113 y 108 *in fine* la lectura: *Ista est personalis intentio in ius concepta*.

Mas, una vez hecho esto, al considerar el fragmento 107, cabe preguntarse si la parte final: "nam est et in factum concepta" no tiene como sujeto, más bien la palabra *actio* que la palabra *intentio*.

Si se considera aisladamente el frag. 107, hay que inclinarse, desde el punto de vista gramatical, a considerarlo como sujeto de la parte final la palabra *actio*. Mas al cotejarlo con el frag. 108, se echa de ver que las fórmulas reproducidas allí no representan la acción en su conjunto, puesto que la *condemnatio* falta en él, sino únicamente la parte de la fórmula correspondiente a la *intentio*. Sea de ello lo que fuera, no se podría decidir firmemente, a base de estos textos, que las fórmulas *in factum* tienen una *intentio*.

Por consiguiente, si no dispusiésemos más que de esos textos, la doctrina de Gayo, no obstante revelar una cierta perplejidad, la dejaría subsistir. Por fortuna, el hecho de que él mismo aduzca sus fuentes, permite llegar a una solución satisfactoria para el espíritu. Afortunadamente, otros textos corroborarán la solución, en sí misma formal, que será deducida de ellos.

4. Examinemos cuidadosamente la primera parte de una fórmula *in factum*, en el caso particular de que ella se otorgue al patrono, a quien uno de sus libertos persiga en justicia.

Gayo 4, 46, Cfr. Dig. II-7. L. § 2 y la ley 3: “Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris, in jus vocatum esse.” Si esa parte de la fórmula no fuese una mera exposición de hechos, tal como la da a entender Gayo, debería estar redactada en los siguientes términos: “Si paret illum patronum ab illo liberto in jus vocatum esse.”

Se trata, en efecto, del hecho consistente en que un liberto cite en justicia a su patrono. Por consiguiente, tal redacción agotaría las circunstancias de hecho, pero la fórmula añade: “contra editum illius praetoris”, expresión de una circunstancia extrínseca a los hechos propiamente dichos, y más aún: circunstancia de carácter jurídico.

Ciertamente, ella no se refiere al *jus civile*, pero se remite a un edicto, que, recogido por los pretores sucesivos, constituye una parte del conjunto del *jus honorarium*.

Por consiguiente, los hechos expuestos no se toman en consideración y no pueden determinar una condena sino cuando sean contrarios al Derecho: al exponer estos hechos alegando que infringen la disposición de un edicto, el patrono afirma su derecho —“ad jus suum concludit” (cfr. Gayo 4, 41)— de no ser citado en justicia por su liberto.

Un texto de Paulo (Dig. II, 7) (“Ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat. L. 2”) relativo a la misma solución jurídica, aporta una confirmación sorprendente de ese modo de ver. “Nam cum uterque contra

edictum faciat, et libertus qui patronum vocat, et is qui patronum vi eximat" . . . "fortuis dicendum est non videri vi eximi eum, cum sit jus ibi non conveniri." Estas últimas palabras son reveladoras: el patrono deriva del edicto del pretor un derecho a no ser citado en justicia por su libertus.

Al usar de la fórmula, mencionada por Gayo (4, 46), el patrono "ad jus suum concludit".

Por lo demás, existía toda una serie de fórmulas pretorianas del mismo carácter jurídico. Dig. II-7, L § 2: "Si persona, quae in jus vocari non potuit, . . . veluti parens et patronus ceteraque personae". Cfr. Gayo IV 187.

5. Se puede hacer la misma comprobación respecto de otro ejemplo de las fórmulas *in factum*. Gayo 4, 47: ". . . illa formula quae ita concepta est: Judex esto si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato si non paret absolvito in factum concepta est. Similis etiam commodati formulae sunt."

Si no hubiera más que una simple exposición de hechos, la fórmula hubiese rezado: "Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque Aulo Agerio, redditam non esse, quanto ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito." Pero, la fórmula, tal como está redactada, comprende las palabras "dolo malo". Por tanto los hechos se caracterizan en Derecho como dolosos, y a consecuencia de esta calificación jurídica, se plantea el problema de Derecho.

"Dolus malus" es un delito pretorio, que sirve de calificación en Derecho a los hechos expuestos en la fórmula *in factum*: él lo deriva del "jus honorarium".

La misma conclusión queda comprobada.

La fórmula *in factum concepta* tiene una *intentio*, pero diferente de la *intentio in jus*; se podría añadir: *civile concepta*, y es concebida en Derecho honorario, *in jus honorarium*.

Si cupiese aplicar un criterio de Derecho contemporáneo se podría decir: Si en efecto, la fórmula *in factum concepta* no comprendiese sino una exposición de hechos, no habría sido posible el recurso de casación, pero como comprende un elemento de Derecho, el recurso sería procedente.

En último análisis, la diferencia entre las fórmulas *in jus* e *in factum* es la siguiente: una se apoya en el *jus civile* y otra en el *jus honorarium*, y la *intentio* de cada una de ellas refleja respectivamente esta distinción.

6. He demostrado así, mediante un análisis preciso de los textos de las fórmulas *in factum* reproducidas por Gayo, que los hechos que se toman en consideración en las fórmulas compuestas por el pretor reciben siempre una calificación en Derecho, a saber, en Derecho pretorio. Pero por indiscutible que nos parezca ese análisis, no ha podido mostrar la formación misma de las fórmulas examinadas.

Que yo sepa, las fuentes no nos enseñan las circunstancias en que han sido creadas las fórmulas *in factum* a propósito de un liberto que lleva ante los Tribunales a su patrono, y tampoco las *in factum conceptae* concernientes al depósito y al comodato. Afortunadamente, llegó a nosotros, aunque en fragmentos, el discurso de Cicerón *pro Tullio*. El célebre abogado romano se hallaba en trance de discutir el origen y los elementos de una fórmula *in factum*, en torno a la cual surgían enconados debates.

“*Pro Tullio II.*—Judicium vestrum est, recuperatores quanta pecuniae paret, dolo malo familiae P. Fabii, vi hominibus armatis coactisve, damnum factum esse M. Tullio.”

¿Cuál es el origen de esta fórmula? “M. Lucullus qui summa aequitate atque sapientia jus dixit, primus hoc judicium composuit, et id spectavit ut omnes ita familias suas continerent, ut non modo armati damnum nemini darent, verum etiam laccessiti, jure se potius quam armis defenderent.”

Se advierte bien que el pretor Marcus Lucullus se encontró ante una nueva situación, que fué consecuencia indudable de las guerras civiles y del relajamiento de costumbres (*ibidem*), contra las que se creyó en el deber de reaccionar. Sin duda, la reparación de un perjuicio inferido a un particular, podía ser perseguida a base de la ley Aquilia. Pero el pretor consideró que conviene *illam latebram tollere damnum injuria* (*ibidem*).

Y en el capítulo x: “In hoc judicio videtis agi de vi; videtis agi de hominibus armatis; videtis aedificiorum expugnationes, agri vastationes, hominum trucidationes, incendia, rapina, sanguinem in judicium venire; et miramini satis habuisse eos, qui hoc judicium dederunt, id quaeri, utrum haec tam acerba, tam indigna, tam atrocia facta essent, necne; non, utrum jure facta, an iniuria? Non ergo praetores a lege Aquilia recesserunt quae de damno est sed de vi et armatis severum judicium constituerent; nec jus et iniuriam quaeri nusquam putarunt oportere, sed eos, qui armis, quam

jure, agere maluissent, de jure et iniuria disputare noluerent. Neque ideo de iniuria non addiderunt, quod in aliis rebus non adderent, sed ne ipsi judicarent, posse homines servos jure arma capere, et manum cogere; neque quod putarent, si additum esset, posse hoc talibus viris persuadere, non iniuria factum, sed ne quod tamen scutum dare in iudicio viderentur iis, quos propter haec arma in iudicium vocavissent.”

El pretor, al componer la nueva fórmula, en que se trata asimismo de la condena pecuniaria, a causa de un *damnum*, y que, así, parecía semejarse a la fórmula otorgada en virtud de la Ley Aquilia, suprime la palabra *injuria*, por razones que indica Cicerón, a saber: a fin de restar al demandante el medio de epilogar, si no de ergotizar, acerca del problema de si los hechos de que resulta el daño, pueden ser considerados como efectuados *jure* o *iniuria*.

Por efecto de esa supresión, la fórmula podía, pues, presentarse de la siguiente manera: “Quantas pecuniae paret familia P. Fabii, vi hominibus armatis, coactisve damnum factum esse M. Tullio”, redacción que expresaría todos los elementos de hecho: “Familia P. Fabii vi hominibus armatis coactisve damnum factum esse.”

Sin embargo, el pretor no se contenta con ello, sino que cree deber agregar una calificación jurídica del hecho, según la siguiente redacción: “Quantae pecuniae paret, *dolo malo* familiae P. Fabii vi, etc.” Como se ve, la calificación jurídica puede cambiarse pero no suprimirse.

De este modo, la discusión se simplifica sin duda: el *dolus malus* puede ser más fácilmente demostrado que probada la *iniuria*. Cicerón trató inclusive de demostrar —mas ello es argumentación de abogado y no análisis objetivo de jurisconsulto— que la prueba del dolo puede resultar *ipso facto* de los hechos incriminados.

Cap. VII-VIII: “Ego non in una re sola, quod mihi satis est, neque in universa re solum, quod mihi satis est, sed singillatim in omnibus dolum malum exstare dico. Consilium capiunt, ut ad servos M. Tullii veniant, dolo malo faciunt; arma capiunt, dolo malo faciunt; tempus ad insidiandum atque celandum idoneum eligunt, dolo malo faciunt; vi in tectum irruunt, in ipsa vi dolus est; occidunt homines, tectum diruunt: nec homo occidi, nece consulto alteri damnum dari sine dolo malo potest. Ergo si omnes partes sunt ejusmodi, ut in singulis dolus malus haereat, universam rem et totum facinus sine dolo malo factum judicabitis?”

Y en el capítulo VII, Cicerón afirma del mismo modo: “. . . in vi enim dolus malus inest.”

Una vez lanzado por el camino de las argucias de abogado, Cicerón tratará de demostrar que los términos *dolus malus* se insertan en la fórmula, en interés del demandante: no me propongo proseguir el estudio del *Pro Tullio* a través de todos los meandros de su discurso, en el que no se detiene ante ninguna clase de piruetas; lo que importa es poder comprobar que una vez suprimida la palabra *iniuria* en la fórmula compuesta por el pretor Lucullus, la reparación del daño que resulta de los hechos contemplados en la fórmula se supedita a la prueba de su carácter doloso, al ser sustituidos los términos *dolo malo* por la palabra *iniuria*.

Lo que cambia es la calificación jurídica, pero la necesidad de la misma respecto de los hechos contemplados, sigue siendo imprescindible. Acerca de este extremo, cabe advertir que la fórmula propuesta por el pretor Marcus Lucullus, era *juris civilis suppleendi gracia* y que tiene por premisa la existencia del concepto pretorio de *dolus malus*.

Otros textos, del Digesto principalmente, que a la luz de las explicaciones anteriores, pueden interpretarse con certeza absoluta, permitirán deducir una conclusión de carácter bastante general por lo que toca a la formación de un grupo importante de fórmulas *in factum*.

(*Dig. XI; 6, I Pr.*) “Adversus mensorum agrorum praetor in factum actionem proposuit a quo falli nos non oportet: nam interet nostra, ne fallamur in modo renuntiatone si forte vel de finibus contentio sit vel emptor scire velit vel venditor cuius modi ager veneat.”

¿Cuál fué la razón de la creación de esa fórmula? “Quia non crediderunt veteres inter talem personalem locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficio loco praeberi et id quod datus ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari; si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem.”

En vista de que el Derecho Civil no establecía lazos jurídicos, que permitieran proceder en contra del *agrimensor* —tal fué el parecer de los *veteres*—, el pretor llenó la laguna existente, creando una acción *in factum*.

¿Basta en esa fórmula *in factum* con exponer sólo los hechos? Aunque el texto de la misma fórmula no se reproduce, la respuesta ha de ser resueltamente: No.

Ley 1, § 1.: “Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis.”

Para que los hechos expuestos por el demandante, entrañen la condena, deben ser reconocidos como dolosos.

La misma conclusión se extrae de la Ley 2, § 1: “Sed si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim ut mensuram agri ageres et tu id Titio delegaveris et ille dolo malo quid in ea re fecerit, tu teneberis, quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti.”

Veamos ahora *Dig. XI. 3, De servo corrupto* 1 pr.: “Ait praetor: Qui servum servam alienum recepisse persuasisseve quid ei dicitur dolo malo, quo eum eam deteriore faceret, in eum quanti ea res erit in duplim iudicium dabo.”

Los hechos que desembocaban en *servum deteriore facere*, afectados por el *iudicium* que el pretor promete de ahora en adelante, y que, desde el punto de vista del procedimiento, se expresaban mediante una fórmula *in factum*, se tomaban en consideración tan sólo en el caso de efectuarse *dolo malo*.

Del mismo modo se lee en la ley 3 Pr.: “Dolo malo adiectio calliditatem notat praetor eius qui persuadet; ceterum si qui sine dolo deteriore fecerit, non notatur, et si lusus gratia fecit, non tenetur.”

Conclusión: Hay un gran número de fórmulas *in factum* basadas en el concepto pretorio del *dolus malus*, lo que supone que dichas fórmulas, al estar redactadas de ese modo, debían apoyarse en este concepto pretorio, fuertemente arraigado, y que debía hallarse ya generalmente admitido en 688 a. U. c., cuando Aquilius Gallus (Ciceron, *De Off.* III-14) lo ha consagrado, al proponer las fórmulas que hacían del dolo como tal, el fundamento de una acción pretoria. (Cfr. *Dig. IV-3, De dolo malo.*)

Pero Gayo (4, 46) nos ha revelado el ejemplo de otra categoría de fórmulas *in factum*: aquélla en que se trata de un liberto, que en contra del edicto del pretor, lleva ante los tribunales a su patrono.

Se imponen dos observaciones previas. La fórmula se refiere a un edicto preexistente y, de otro lado, la mención *dolo malo* no figura en ella. Para que se permita cierta generalización, sería necesario encontrar otros ejemplos de fórmulas redactadas de la misma manera. Ya las destacamos al llamar la atención sobre la ley 1 § 2. *Dig. II, 7.*

Pero en otro campo, Otto Leonel, al disertar sobre las acciones *in factum*, que enlazan con la Ley Aquilia (Ed. Perp. fr. t. I, p. 234) escribía: “Las partes esenciales de la fórmula pueden reconocerse en las fuentes: agrupo aquí esas diferentes partes, bajo la forma de reconstitución: S. P. in nave (caupona, stabulo), quam (quod) Ns Ns tum exercebat (6) Nm Nm eumue (7), quem Ns Ns eius navis navigandae (8) (eius cauponae exercendae (9), ejus stabuli exercendi) causa ibi tum habuit (10) (qui

habitandi causa ibi tum fuit (11), Ao Ao damnum iniuri dedisse q.d.r.a., quanti ea res in eo anno plurimi (in diebus triginta proximis) fuit (12), tantam pecuniam duplan (13) jude Nm Nm Ao Ao c.s.n.p.a..”

Las referencias indicadas mediante los números de remisión, se encuentran al pie de la página 234, a la que me remito, sin reproducirlas. Pero hago observar que el ilustre romanista no justifica, pese a que semejante justificación sería capital, los términos de la redacción propuesta: “Ao Ao damnum iniuria dedisse”, que caracterizarían la *intentio* de la fórmula contemplada, mediante la calificación jurídica expresada por el término iniuria. Ahora bien, la reconstrucción intuitiva de Lenel no parece, sin embargo, ser exacta más que en la medida de la hipótesis contemplada por la ley 6. pr. en el mismo título del Digesto IV-9: “Licet gratis na vigaveris, vel in caupona gratis deverteris, non tamen in factum actiones tibi denegabuntur; si damnum iniuria passus es.” Este fragmento permite afirmar que en las fórmulas de las acciones *in factum* concedidas con motivo de los hechos indicados en el mismo, éstos serán calificados como *damnum iniuria datum*.

La necesidad de otorgar una acción *in factum* obedecía, sin duda, a esa razón particular de que entre el que sufre un perjuicio y el “nauta” y el “caupo”, respectivamente, no media contrato alguno de transporte o de alojamiento, fundamento de la responsabilidad de los “nautae, caupones et stabularii”, previsto en el Edicto del pretor, de que se trata en el libro iv, tit. 9.

Pero la reconstrucción de esta fórmula, a la que Leonel atribuye alcance general, parece ser enteramente errónea, por la razón decisiva que se desprende de la lectura atenta del texto de Ulpiano iv. 9. L. 3, § i. “Ait praetor: nisi restituent, in eos iudicium dabo.” “Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto; sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint ait Pomponius depositi agi potuisse miratur igitur cum honoraria actio sit inducta cum sint civiles; nisi forte inquit ideo ut innotesceret praetor curam agere reprehendendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur at hoc edicto omnimodo qui recipit tenetur, *etiamsi sine culpa eius res perit*, vel damnum datus est, nisi si quid damno fatali contingit. Ideo Labeo scribit si quid naufragio aut

per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.”

En efecto, la acción *in factum* otorgada en virtud de ese edicto, no podía, en modo alguno, hacer mención de *damnum iniuria factum*, en tanto que *at hoc edito “omnimodo” qui recepit, tenetur. Etiamsi sine culpa cuius res perit.*

El “nauta” o el “caupo” se encuentran obligados, no en virtud de la idea de dolo o de culpa, sino de la de riesgo: *periculum*. *Ley I in fine*: “Factum non solum nautarum praestare debere sed et vectorum.” *Ley 2 pr.*: “Sicut et caupo viatorum.” *Ley 3 pr.*: “Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro tringensimo scripsit. Idem ait: etiam si nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierant, quas semel recepit, *periculum*, ad eum pertinere.” *Ley 4 pr.*: “Sed et ipsi nautae furti actio competit cuius sit *periculo*.” *Ley 7 pr.*: “Debet exercitor omnium nautarum suorum sive liberi sint, sive servi, factum praestare nec immerito factum eorum praestat, sum ipse eos suo periculo adhibuerit.”¹

De ello se desprende que la fórmula de que se ocupaba Lenel, debía contener o la cláusula *contra edictum illius praetoris* (cfr. *supra* Gayo IV, 46), o la cláusula “quos” o *quas periculo suo acciperit*.

Contemplo, primeramente, la primera hipótesis, que para ser sometida a análisis, debe ser dividida en dos ramas:

1) La fórmula podía comprender, respectivamente, las meras menciones de “nauta”, “caupo” o “stabularius” y de los hechos que se les imputan. La mención de esta cualidad implicaría, desde el punto de vista jurídico, su responsabilidad.

¿No trataría el comentario de los jurisconsultos de establecer con toda precisión estas cualidades?

2) Sin embargo, es preciso pensar que tal redacción de la fórmula sería improbable.

1 Es muy instructiva, dicho sea de paso, la interpolación en la primera frase de la ley VII-Fr. IV - “Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur Culpae scilicet suae qui tales adhibuit”. Interpolación que introduce la idea de la “culpa in eligendo”, una especie de ficción necesaria para dar satisfacción al sentimiento cristiano de los compiladores, que no concebían la responsabilidad sin culpa o, más ampliamente, sin pecado.

Cfr. Philonenko, *Essai sur la Responsabilité Civile*, “Semaine Juridique”, 1937, disertación.

En efecto, en el texto de la fórmula reproducida por Gayo (4, 46) se trata, igualmente, de cualidad de *patronus* y de *libertus*, conceptos jurídicos bien definidos y, sin embargo, la fórmula *in factum* reproducida por Gayo (4, 46), de la acción que se otorga al patrono en contra del liberto que le hubiese citado en justicia, no se limita a invocar las cualidades respectivas de patrono y de liberto, sino que contiene la cláusula *contra edictum illius praetoris*.

Así, la primera parte de la primera hipótesis parece que debe ser eliminada y retenida, en cambio, la segunda parte: se podría admitir que la fórmula contendría la mención *contra edictum illius praetoris*.

Segunda hipótesis: La fórmula podría comprender la cláusula “quos” o “quas periculo suo acciperit”, calificación jurídica inherente al fundamento mismo del edicto: “Nautae, caupones, stabularii”, tal como fué interpretado por jurisconsultos tan autorizados como Labeón y Pomponio, doctrina, acogida sin objeción por Ulpiano y Paulo.

No conozco argumentos basados en textos, que obliguen a adoptar firmemente una u otra hipótesis.

Pero sea lo que fuere de las particularidades de redacción de la fórmula *in factum* propuestas para sancionar el edicto “Nautae, caupones, stabularii”, una cosa parece cierta: la de que la exposición de los hechos está provista de calificación jurídica. La ley 7, § 3, proporciona una prueba indiscutible de ello: “Si servus nautae damnum dederit, licet servus nauta non sit, aequissimum erit in exercitorem actionem utilem dare.” ¿Qué cabe entender por esta acción *utilis*? Como cualquier otra acción *utilis*, debe ser una acción relativa a una situación jurídica, y que se aproxima esencialmente a una situación prevista por el Derecho y contiene un medio de asimilación a ésta, permitiendo “intentarla”, en vez de la *actio directa*. En otros términos, la acción *utilis* debe permitir eliminar un obstáculo de Derecho, que se opone al ejercicio de la acción directa (véase, por ej., Gayo iv, 34, 35, 36, 37).

Ahora bien, en relación con la acción *utilis* de la ley 7, § 3 hay que hacer constar que la situación jurídica contemplada en ella no cae, de manera directa, bajo la disposición del edicto: “Nautae, caupones, stabularii”, puesto que se trata de un perjuicio causado por el esclavo de “nauta”, que no es “nauta”, y no por el propio “nauta” a que se refiere el edicto. Por consiguiente, es preciso usar una acción *utilis* mediante una fórmula que permita, por vía de ficción sin duda, apoyarse en el *edictum illius praetoris*.

Si la acción *in factum directa*, destinada a sancionar el edicto “Nautae, Caupones, Stabularii”, no invocase ni el “*edictum illius praetoris in globo* (primera hipótesis, segunda parte), ni las calificaciones jurídicas inherentes al propio edicto, las cualidades de “nauta”, o de “caupo”, o de “stabularius”, asociadas al concepto de *periculum*, la situación que ella habría sancionado no estaría caracterizada en Derecho y, por tanto, la acción *utilis*, destinada a eliminar un obstáculo de Derecho, hubiera carecido de objeto

7. Creo que los resultados de esta investigación pueden resumirse en dos proposiciones muy breves.

Las fórmulas de las acciones civiles llevan una *intentio in jus concepta*, que versa sobre el derecho a que aspira el demandante al acudir al *jus civile* e invocar sus categorías de contornos jurídicos precisos.

Las fórmulas *in factum* encuentran su fundamento en el poder “jurisdiccional” del pretor o “parte i qua” de ediles curules, y contienen un elemento que califica según el Derecho honorario, en general, los hechos expuestos, recurriendo para este fin, como regla, al concepto del *dolus malus* o refiriéndose al *edictum illius praetoris*. Quizá el concepto de *periculum* podía ser invocado asimismo, y, por lo demás, se practicaba igualmente una calificación tomada del *jus civile* (cfr. *supra*, Dig. iv, 9 L. 6 pr.).

Ello es así, mientras que si nos atuviésemos a Gayo en cuanto a la definición de las fórmulas *in factum*, nos formaríamos una falsa idea de la obra del pretor. El *jus honorarium* no es una serie de simples expedientes, sino que constituye un conjunto majestuoso y profundamente jurídico.

Nada se halla plasmado. Del mismo modo que el *jus civile*, el *jus honorarium* contiene en sí el principio activo de la extensión y de la adaptación a nuevas situaciones por la vía de la acción *utilis*.

Al parecer, el resultado de esta investigación, que tiende a esclarecer el modo cómo se ha manifestado en las fórmulas *in factum* el medio principal de su acción, debería satisfacer al espíritu e incorporarse, de manera armónica, a lo que se sabe acerca de la economía general del Derecho Romano.