

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Depto. Ciencias del Derecho

LAS ACCIONES EN EL DERECHO ROMANO

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

Memorista Sr. Werner Klaus Kandora Gutiérrez

Profesor guía Sr. Fidel Reyes C.
2005

INDICE . .	5
INTRODUCCION. . .	8
CAPITULO PRIMERO LAS ACCIONES DE LA LEY. . .	13
Bipartición del proceso. . .	14
1.- Legis actio per sacramentum in rem . .	16
2.- Legis actio per sacramentum in personam . .	17
3.- Legis actio per iudicis arbitrive postulationem . .	17
5.- Legis actio per manus iniectioem . .	19
6.- Legis actio per pignoris capionem . .	20
CAPITULO SEGUNDO LAS FORMULAS Y EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO. . .	24
Las fórmulas. . .	24
Origen del procedimiento formulario . .	24
La lex Aebutia y las leges Iuliae . .	25
Procedimiento formulario en las provincias . .	25
Las acciones formularias . .	26
Distinción entre acciones formularias . .	27
Acciones reales y personales . .	28
Acciones arbitrarias . .	29
Acciones populares . .	29
Praejudicia . .	30
Iurisdictio e Imperium . .	30
Embargos y estipulaciones pretorias . .	33
Restituciones in integrum . .	34
¿Cómo estaban organizados la jurisdicción y los jueces en el procedimiento formulario? . .	35
¿Dónde y cuándo son hábiles los actos jurisdiccionales? . .	35
“Album iudicum” y elección del juez . .	36
a) Fase “in iure” o ante el magistrado. . .	37
Desarrollo del proceso hasta la litis contestatio. . .	39
Contenido general de la fórmula. . .	42
1) Demonstratio . .	43
2) Intentio. . .	43
3) Condemnatio. . .	44
4) Adiudicatio. . .	44
5) Exceptio. . .	44
6) Praescriptio. . .	45
b) Fase “apud iudicem”. . .	45
Procedimiento ejecutivo para el cumplimiento de la sentencia. . .	49
La actio iudicati. . .	49
Ejecución patrimonial concursal. . .	50
Ejecución singular. . .	51
Breve reseña histórica de este período. . .	51

CAPITULO TERCERO EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO. . .	56
CAPITULO CUARTO CLASIFICACION DE LAS ACCIONES CON SU FORMULA CORRESPONDIENTE. . .	63
Clases de acciones en relación con las clases de fórmulas, con las partes de ésta y con el derecho sustantivo que protegen. . .	63
Acciones reales y personales. . .	63
Acciones mixtas. . .	66
Actio in rem scripta. . .	66
Las <i>vindicaciones</i> comprenden, en sentido amplio, toda clase de acciones reales. . . .	67
Acciones civiles y acciones honorarias. . .	68
Acciones reipersecutorias y acciones penales. . .	68
7) Acciones populares y acciones privadas. . .	70
8) Acciones perpetuas y acciones temporales. . .	71
9)) Acciones (iudicia) bonae fidei y stricti iuris. . .	72
10) Acciones (iudicia) in bonum et aequum conceptae. . .	74
11) Acciones (iudicia) arbitrariae. . .	75
12) Acciones ex contractu y acciones ex delicto. . .	76
13) Acciones directas y contrarias (“iudicia contraria”). . .	76
14) Acciones directas y acciones útiles. . .	77
15) Acciones simples y acciones dobles (“iudicia duplicia”). . .	77
Algunos ejemplos de acciones. . .	77
1.- La acción reivindicatoria. (Ejemplo de acción real civil). . .	78
2. La acción real publiciana. (Ejemplo de acción real honoraria). . .	83
3. La vindicación de servidumbre y la acción negatoria. (Ejemplo de acción real civil). . .	86
4. Si se denuncia que un cuadrúpedo ha causado menoscabo. (Ejemplo de acción ex delicto). . .	90
5. Acciones noxales. (Ejemplo de acción ex delicto). . .	91
6. La acción de deslinde. (Ejemplo de acción mixta). . .	95
7. Acción de partición de herencia. (Ejemplo de acción mixta). . .	97
8. Acción de división de cosa común. (Ejemplo de acción mixta). . .	101
9. La acción exhibitoria. (Ejemplo de acción in rem scripta). . .	107
10. Acción de comodato y la contraria. (Ejemplo de acción reipersecutoria y de contraria). . .	111
11. Acción pignoraticia y la contraria. (Ejemplo de acción reipersecutoria y de contraria). . .	116
12. Acciones de compra y venta. (Ejemplo de acción personal). . .	121
13. Acciones de palabras prescritas y por el hecho. (Ejemplo de acción honoraria). . . .	132
CONCLUSIONES. . .	137
BIBLIOGRAFIA . . .	140

INDICE

Página

INTRODUCCION

Explicación previa

Acciones de la ley. Concepto y características

Sistema formulario. Concepto y características

Sistema extraordinario. Concepto y características

CAPITULO ILAS ACCIONES DE LA LEY

Bipartición del proceso

Las *legis acciones* declarativas: desarrollo del proceso “*in iure*” y “*apud iudicem*”

1.- *Legis actio per sacramentum in rem*

2.- *Legis actio per sacramentum in personam*

3.- *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*

3.- *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*

5.- *Legis actio per manus iniectioem*

6.- *Legis actio per pignoris capionem*

RESEÑA HISTORICA DE ESTA EPOCA

CAPITULO II LAS FORMULAS Y EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Las fórmulas

Origen del procedimiento formulario

La *lex Aebutia* y las *leges Iuliae*

Procedimiento formulario en las provincias

Las acciones formularias

Distinción entre acciones formularias

Acciones reales y personales

Acciones arbitrarias

Acciones populares

Praeiudicia

Iurisdictio e Imperium

Embargos y estipulaciones pretorias

Restituciones in integrum

¿Cómo estaban organizados la jurisdicción y los jueces en el

procedimiento formulario?

¿Dónde y cuándo son hábiles los actos jurisdiccionales?

“Album iudicum” y elección del juez

Tramitación procesal de las acciones formularias.

a) Fase “in iure” o ante el magistrado

Desarrollo del proceso hasta la litis contestatio

Contenido general de la fórmula.

1) Demonstratio

2) Intentio

3) Condemnatio

4) Adiudicatio

5) Exceptio

6) Praescriptio

b) Fase “apud iudicem”

Procedimiento ejecutivo para el cumplimiento de la sentencia.

La actio iudicati

Ejecución patrimonial concursal

Ejecución singular

Breve reseña histórica de este período

CAPITULO III EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Breve reseña histórica de este período

CAPITULO IV CLASIFICACION DE LAS ACCIONES CON SU FORMULA CORRESPONDIENTE

Clases de acciones en relación con las clases de fórmulas, con las partes de ésta y con el derecho sustantivo que protegen

Acciones reales y personales

Acciones mixtas

Actio in rem scripta

Vindicationes y condictiones

Acciones civiles y acciones honorarias

Acciones reipersecutorias y acciones penales

Acciones populares y acciones privadas

Acciones perpetuas y acciones temporales

Actiones (iudicia) bonae fidei y stricti iuris

Actiones (iudicia) in bonum et aequum conceptae

Actiones (iudicia) arbitrariae

Acciones ex contractu y acciones ex delicto

Acciones directas y contrarias (“Iudicia contraria”)

Acciones directas y acciones útiles

Acciones simples y acciones dobles (“Iudicia duplicia”)

Algunos ejemplos de acciones

- 1.- La acción reivindicatoria. (Ejemplo de acción real civil)
2. La acción real publiciana. (Ejemplo de acción real honoraria)
3. La vindicación de servidumbre y la acción negatoria. (Ejemplo de acción real civil)
4. Si se denuncia que un cuadrúpedo ha causado menoscabo. (Ejemplo de acción ex delicto)
5. Acciones noxales. (Ejemplo de acción ex delicto)
6. La acción de deslinde. (Ejemplo de acción mixta)
7. Acción de partición de herencia. (Ejemplo de acción mixta)
8. Acción de división de cosa común. (Ejemplo de acción mixta)
9. La acción exhibitoria. (Ejemplo de acción in rem scripta)
10. Acción de comodato y la contraria. (Ejemplo de acción reipersecutoria y contraria)
11. Acción pignoratícia y la contraria. (Ejemplo de acción reipersecutoria y de contraria)
12. Acciones de compra y venta. (Ejemplo de acción personal)
13. Acciones de palabras prescritas y por el hecho. (Ejemplo de acción honoraria)

CONCLUSIONES

FUENTES

BIBLIOGRAFIA

INDICE

INTRODUCCION.

EXPLICACION PREVIA. El término acción o *actio* en latín, corresponde a un acto jurídico por el cual una persona afirma su derecho en forma solemne, de modo que sea reconocido o realizado en justicia. Esto indica que la acción supone dos aspectos: o que el derecho sea desconocido (para lo cual la acción “reconoce”), o que siendo reconocido sea perturbado en su goce (por eso decimos “a realizarle”).

Este estudio abarca a las acciones privadas, excluyendo a las acciones públicas. Sabemos que en la órbita jurídica hay reglas de derecho cuya aplicación interesa solamente al titular del derecho subjetivo respectivo, y, por otro lado, al contrario, hay reglas que para su aplicación interesan a toda la sociedad. Violada una regla de esta última categoría, el interés público para castigar al culpable se manifiesta por medio de una acción que es ejercitada por un representante de la comunidad. Actualmente ese representante corresponde al Ministerio Público, pero entre los antiguos lo usual era que cualquier ciudadano pudiera intentarlo, lo que se denomina acción popular. En ambos sistemas se dice que la acción es pública. Pero cuando el desconocimiento o impedimento opuesto a la realización del derecho simplemente viola una regla establecida en interés de los particulares, la acción no puede ser intentada más que por el propio particular. Por ejemplo, si alguien se apodera de mi fundo o mi deudor no paga su obligación. El proceso a que da origen la interposición de una acción pública es un proceso público o criminal; el proceso derivado de una acción privada es un proceso privado o civil.

En Roma, eso sí, el proceso derivado del ejercicio de una acción privada se denomina proceso privado desde otra perspectiva: la decisión no la realiza una autoridad pública sino un ciudadano elegido de común acuerdo por las partes para ese fin. Esto obedece a una causa: los orígenes del proceso. La justicia privada en los orígenes estaba en pleno vigor, y cada cual perseguía su cosa o su derecho por sus propios medios, recurriendo, si era necesario, a la ayuda de familiares y vecinos. Debido a que todo el mundo estaba interesado en que fueran respetados los derechos, el titular podía contar siempre con ayuda suficiente para recuperar la cosa que le pertenecía o lo que le era debido.

El medio para transitar desde la justicia privada a la justicia pública es el arbitraje. Con el avance de la civilización se considera como injusto o peligroso el que cada cual defienda su derecho por la fuerza humana, y se abre paso y se cimenta la idea de decidir las diferencias por medio de una persona que sea de la confianza de ambas partes, esto es, recurriendo a un árbitro. El Estado, en una etapa posterior de desarrollo histórico, impone a los particulares la necesidad de recurrir al arbitraje, controlando a su vez, la actividad tanto de las partes como de los árbitros. Se exige que los términos del litigio sean objeto de una declaración solemne que debía hacerse en presencia del magistrado y bajo su control y que la elección del árbitro fuera vigilada. Es por esta razón que, desde su origen y en el derecho romano clásico, el magistrado, sin perjuicio de poder decidir jurisdiccionalmente el proceso civil, no resuelve el litigio, sino que únicamente se limita a asegurar que las partes han recurrido al arbitraje y que se ha planteado con exactitud la cuestión a resolver por el juez privado. Al árbitro se le denomina juez (*iudex*) y es elegido de común acuerdo por las partes. Si no se lograba el acuerdo, la designación se realizaba por sorteo entre ciertas categorías de ciudadanos o era nombrado por el magistrado.

Como consecuencia de esto, el procedimiento para la declaración de derechos tiene siempre las siguientes dos etapas:

1. ^{a)} El procedimiento *in iure*, vale decir, ante el tribunal o sede del magistrado. En esta etapa las partes presentan sus pretensiones y se nombra el árbitro.

2. ^{a)} El procedimiento *apud iudicem*, vale decir, ante el juez particular elegido por las partes para resolver sus diferencias. Es éste quien pronuncia la sentencia.

Como los nombres magistrado y juez son actualmente sinónimos, es recomendable poner énfasis en esta división del trabajo para evitar confusiones en el análisis. En Roma ambos, magistrado y juez, eran personajes diferentes. Únicamente en la última época del procedimiento civil romano es uno mismo el funcionario ante quien se presenta la demanda y quien conoce y conduce el proceso hasta la sentencia definitiva (magistrado-juez).

El procedimiento romano presenta históricamente tres épocas:

I.- La época de las acciones de la ley o *legis actiones*, en vigor presumiblemente desde que se fundó Roma (754 a. de C., según la tradición) hasta la mitad del siglo II a. de C. (en que permanece como la forma ordinaria de procedimiento privado).

II.- La época de las fórmulas, o del procedimiento formulario, desde la mitad del siglo II a. de C. hasta el siglo III d. de C.

III.- La época del procedimiento extraordinario, que reemplaza al procedimiento formulario en el curso del siglo III, y que se consagra en la codificación del derecho romano dispuesta por el emperador Justiniano (529 a 534 d. de C.).

Los dos primeros procedimientos presentaron características muy especiales que los hacían totalmente diferentes uno del otro. Sin embargo, poseían una característica común a ambos: su tramitación dividida en dos instancias, la primera *in iure*, celebrada ante el magistrado; la segunda *in iudicio*, ventilada ante el juez.

Esta división en dos etapas se mantuvo en Roma hasta 294 d. de C., época en que se dictó la Constitución de Dioclesiano y Maximiano. En este cuerpo de leyes se facultaba a los magistrados para retener el conocimiento de las causas y fallar ellos mismos los juicios, atribución que primitivamente correspondía a los *iudex*.

Esta división tuvo enormes ventajas en la administración de justicia, debido a que los romanos no conocían el principio de separación de poderes. Los magistrados ejercían facultades de toda índole, mandaban ejércitos, gobernaban provincias, en suma, estaban revestidos de todas las atribuciones de las magistraturas del Imperio.

Como en el ejercicio de tan amplias actividades estos funcionarios podían ser arbitrarios, se subsanaron estos inconvenientes reservando al magistrado únicamente la facultad de incoar el proceso, quedando el verdadero procedimiento en el cual se resolvía la contienda mediante la prueba y la sentencia, sometido a la decisión del juez, personas nombradas normalmente por las partes, y que estaban investidas de caracteres especiales de idoneidad e imparcialidad. Esto ya era una garantía para los ciudadanos romanos. La doble instancia permitía, además, que los magistrados, generalmente los pretores, funcionarios de cultura a toda prueba, estudiaran personalmente las controversias suscitadas y determinaran si eran dignas o no de ser sometidas al juicio, o sea, a la resolución del juez; esta división de funciones hacía más liviana la función del magistrado, lo que le permitía tener un conocimiento más perfecto y acabado de los negocios en que debía intervenir.

Correspondía al magistrado examinar el derecho romano para dar o no lugar a la instrucción del proceso; al *iudex* estaba entregado el examen de los hechos, bajo la pauta señalada por el pretor, sin poder salirse de los límites señalados por éste.

El procedimiento *in iure* era realizado ante un tribunal unipersonal, el magistrado; el procedimiento *in iudicio* podía ser ante uno unipersonal – *unus iudex* – o bien, ante uno colegiado de *recuperatores*, nombrado por las partes, o de funcionamiento permanente de justicia, “los *centumviro*s”.

ACCIONES DE LA LEY. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS. Como su nombre lo indica, emanaban de la ley. Era un procedimiento esencialmente ritual y formulista, característica principal de un pueblo primitivo donde el número de derechos amparados por la ley era extremadamente reducido, dada la escasez de situaciones jurídicas existentes en esa época.

El procedimiento debía ajustarse a lo que la ley establecía, o sea, debía efectuarse mediante ritos solemnes de origen religioso, insustituibles en la tramitación del pleito y cuya omisión originaba su pérdida total. Este procedimiento fue exclusivo de los ciudadanos romanos.

La principal característica de este procedimiento fue la división en dos instancias. Todo pleito debía comprender dos períodos: uno ante el magistrado o *in iure* y otro ante el juez o *in iudicio*. Ante el magistrado se realizaba primeramente la *vocatio in ius*, que era un acto por el cual se notificaba al demandado para que concurriera al tribunal a defenderse de la demanda entablada en su contra. Si se negaba a hacerlo, el demandante gozaba del derecho de obligarlo por la fuerza a concurrir. El demandado podía eximirse de esta obligación presentando un *vindex* o fiador para que lo defendiera y ocupara su misma situación jurídica.

Presentadas las dos partes ante el pretor éste decidía la cuestión debatida, fijando los puntos litigados de los cuales dependería la condena o la absolución del demandado, señalándoles en ese mismo acto un juez para que dictara sentencia con arreglo a los términos por él estipulados. Los litigantes debían convocar testigos con el objeto de que depusieran ante el *iudex* lo que de viva voz les dijera el magistrado. Los testigos usaban la oración: *testes, estote*, vocablo que dio origen a la *litiscontestatio*. Esta *litiscontestatio* producía entre las partes una nueva obligación, de perseguir el demandante al demandado delante del juez, obligación que sustituía al primitivo derecho objeto de la demanda. Ante el juez las partes presentaban, junto con los testigos presenciales a la *litiscontestatio*, un resumen de la contienda, renovando sus pretensiones y rindiendo sus medios de prueba. El *iudex* dictaba sentencia en presencia de los interesados. El fallo judicial como su tramitación procesal se hacía en forma oral.

Se conocieron cinco procedimientos de *legis actiones*:

Actio sacramenti. Esta acción podía adaptarse a toda clase de asuntos, por lo que puede decirse que fue un procedimiento de carácter general. El *sacramentum* consistía en lo siguiente: demandante y demandado formulaban una apuesta, en el sentido de ser ganada por aquel de los litigantes que saliera victorioso en el pleito.

Iudicis postulatio. Hay controversias entre los autores de derecho romano sobre esta acción de la ley; esto se debe al hecho de encontrarse incompleto el texto de Gayo en la parte referente a esta materia. La opinión más generalizada sostiene que esta acción tenía por objeto solicitar del magistrado la designación de un juez que resolviera la contienda.

Actio per condi ctionem. El objeto de esta acción consistía en que la parte actora podía obligar al demandado en un plazo determinado a comparecer ante el juez.

Manus iniectio; y

Pignoris capio. Ambas acciones consistían en derechos que favorecían al demandante sobre la persona y bienes del demandado.

Para que tuvieran lugar estas acciones, se requería que las leyes lo autorizaran, o en su defecto lo hiciera la costumbre.

SISTEMA FORMULARIO. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS. El procedimiento formulario fue el que sustituyó lenta y gradualmente a las *legis actiones*.

Vimos que el sistema anterior era aplicable sólo a los ciudadanos romanos dejando al margen de él a los peregrinos. Con el correr de los años fue indispensable admitir a éstos en juicio, dadas sus frecuentes relaciones con los ciudadanos. Fue por eso que las leyes *Ebutiae* y *Juliae* reformaron el procedimiento de una manera sustancial, introduciendo un notable cambio en la administración de justicia.

Se conserva la división en dos instancias del sistema de acciones de la ley: una ante el magistrado y otra ante el *iudex*. El actor se presentaba ante el pretor, especificándole la acción que tenía contra el demandado. Este funcionario tenía la facultad de conceder o denegar la acción. Citado el demandado, debía concurrir a defenderse mediante excepciones. Terminado el debate contradictorio, el magistrado les redactaba la fórmula, fórmula que contenía la designación del juez llamado a resolver el asunto, y los puntos litigiosos sobre los cuales debía recaer su examen y fallo. La fórmula tenía partes principales y partes accesorias. Eran partes principales: la *demonstratio*; la *intentio*; la *condemnatio*; y la *adjudicatio*.

La *demonstratio* relatava el objeto del juicio sobre el cual recaía el litigio y los hechos que alegaba el demandante como fundamento de su demanda. La *intentio* fijaba la controversia misma, o sea, la acción del demandante. Esta parte era la principal de la fórmula, y por lo mismo infaltable, por ser esencial en ella. La *adjudicatio* era la parte en que el magistrado autorizaba al juez para que adjudicara a las partes la cosa que les pertenecía en común y que fuera objeto del litigio. La *condemnatio* era la que ordenaba al juez para condenar o absolver en la sentencia.

Fuera de estas partes principales, la fórmula comprendía las *adjectiones* o partes accesorias, que como su nombre lo indica no eran esenciales y podían faltar, y eran: las excepciones, las réplicas, las dúplicas y tríplicas y las prescripciones. Las excepciones favorecían al demandado y mediante ellas podía eludir la condena. Las prescripciones podían interponerse tanto para limitar el efecto novatorio de la *litiscontestatio*, como para limitar el efecto perjudicial del fallo.

SISTEMA EXTRAORDINARIO. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS. Tuvo su origen en la Constitución de los emperadores Dioclesiano y Maximiano. Este sistema concentró en el magistrado las funciones que antes compartía con el juez. En un principio se aplicó exclusivamente en las provincias, generalizándose más tarde en todo el imperio Romano. En este período ya no existen las dos etapas: *in iure* e *in iudicio*. El magistrado retiene el conocimiento del negocio hasta su total resolución. Esta facultad de los magistrados de fallar ellos mismos los litigios era sin perjuicio del derecho que tenían de efectuar delegación de funciones en jueces inferiores cuando la escasez de funcionarios o la multiplicidad de los pleitos así lo requerían.

En esta época el demandante no podía obligar por la fuerza al demandado a comparecer al tribunal, al contrario de lo que sucedía en los procedimientos anteriores. El actor introducía en su demanda el *libellus conventionis*, que consistía en una narración resumida de su petición. Si el magistrado la consideraba procedente, la hacía llegar al demandado por intermedio del *executor* para que se defendiera en el plazo de diez días. Si el demandado no concurría se le consideraba contumaz y se le seguía el juicio en rebeldía.

Esta memoria explora las reglas del procedimiento en sus diferentes épocas, con especial énfasis en la época formularia, la de mayor desarrollo de la ciencia jurídica romana. A su vez, se examinan las distintas clasificaciones de las acciones, lo que permitirá una visión general de las ideas expuestas de manera sistemática.

CAPITULO PRIMERO LAS ACCIONES DE LA LEY.

El más antiguo tipo de proceso civil romano es el de las *legis actiones*, que en sus principales formas remonta su origen a la protohistoria de las *civitas* y se encuentra en pleno desarrollo en época de las XII Tablas; con distintas modificaciones se mantiene en vigor hasta el final de la República, aunque desde los últimos decenios del siglo II a. de C. entra ya en clara decadencia. El conocimiento de las acciones de la ley se cimenta en su mayor parte en la exposición que ofrecen las Instituciones de Gayo, donde se recogen sintéticamente sus formularios tal y como debieron quedar configurados a mediados del período republicano.

Las *legis actiones* terminan por sustituir a formas primigenias de autotutela, donde el lesionado y los integrantes de su grupo familiar acuden a la autodefensa privada, que está socialmente admitida, y constituye el modo de sanción más antiguo contra quien se aparta de los *mores* comunitarios. Sin embargo, no debe pensarse –salvo en un estadio muy primitivo- en la autotutela incontrolada, incompatible con una comunidad dotada de una mínima organización, pues ello podría fácilmente traducirse en actuaciones de venganza desproporcionada, propiciadoras a su vez de reacciones inmoderadas de la otra parte, lo que en último término podría incluso degenerar en quebrantamientos graves de la paz social y el orden público, sino que la comunidad establece algún tipo de control en el ejercicio de la autodefensa por quien se haya visto lesionado o perjudicado en su derecho por la actuación de otro; en un primer momento la intervención de la comunidad se limita al control de la actuación de autotutela del particular, pero pronto se entra también a examinar previamente la situación jurídica si ésta no resulta indiscutible.

Las dos *legis actiones* más antiguas, la *legis actio per sacramentum* y la *legis actio per manus iniectio*, manifiestan todavía en el rígido formulario de su tramitación que conocemos, residuos de la antigua autotutela.

Los escasos testimonios provenientes de los juristas clásicos sobre la locución *legis actiones* la ponen en relación con la legislación, al considerar que esas acciones se denominaban así bien por haber sido introducidas por leyes, o bien porque se amoldaban a los términos de las leyes, y de ahí que sus formularios debieran observarse con el mismo escrúpulo que los preceptos legislativos.

Esta explicación no es por completo satisfactoria, sobre todo si se considera que no todas las *legis actiones* fueron introducidas por leyes públicas, ya que al menos las dos más antiguas, la *legis actio sacramento* y la *manus iniectio*, existían desde mucho antes de las XII Tablas. Más congruente resulta, en cambio, una explicación que parte del significado originario del término “*lex*”, que no es otro que el de “fórmula verbal solemne”, de donde resulta que *legis actio* o *lege agere* no significaría actuar según la ley, sino actuar según determinadas palabras o ritos solemnes, lo que es una nota común de estas acciones, hasta el punto de que un mínimo error costaba la pérdida del litigio. Es posible, incluso, que la locución *lege agere* se refiriese en origen a cualquier declaración o actividad ritual jurídicamente relevante, aunque se tecnicizara y aludiera pronto exclusivamente a las actuaciones solemnes del sistema procesal más antiguo.

En todo caso, las dos explicaciones no son del todo antagónicas, pues al menos desde las XII Tablas las *legis actiones* tienen todas un fundamento legal, por estar previstas en la legislación decemviral o en leyes posteriores, con lo que se configura legalmente un sistema de protección jurisdiccional de los derechos patrimoniales.

Bipartición del proceso.

Nota característica del procedimiento de las *legis actiones*, al menos desde la época de las XII Tablas, es la división del proceso de cognición en dos fases, con una neta separación entre la fase de instrucción (llamada *in iure*), que tiene lugar ante el órgano jurisdiccional competente establecido por la comunidad y en la que se delimita el objeto de la controversia, y la fase propiamente judicial (llamada *apud iudicem* o *in iudicio*), desarrollada ante un juez privado que escucha y valora las alegaciones y pruebas presentadas por las partes y dicta la sentencia. Esta nota típica se conserva en el procedimiento formulario de la época clásica.

El origen de la bipartición procesal ha sido y es muy discutido. La explicación dominante partía de la base de que la raíz histórica del proceso civil estaba en el arbitraje privado, y que éste se desarrolló luego paulatinamente bajo un cierto control público hasta acabar convirtiéndose en un procedimiento oficial; pero esa línea evolutiva, aunque sea razonable, no suele ya aceptarse por estar en contradicción con las fuentes. Hoy se admite preferentemente, de acuerdo con las fuentes más antiguas, que en el período monárquico el rey, en quien se concentraba todo el poder, tenía facultades jurisdiccionales y judiciales, y podía decidir las controversias según su arbitrio; así, pues, en época monárquica no existiría la bipartición. Desaparecida la figura política del *rex*, los primeros procedimientos en la primitiva República serían decididos directamente por los magistrados con *imperium*, al igual que antes haría el rey, lo que no excluye que el magistrado pudiera remitir voluntariamente la resolución de las controversias a un tercero: ahí se encontraría el germen de la bipartición, que primero sería voluntaria para convertirse gradualmente con la praxis en obligatoria, como aparece ya a mediados del siglo V a. de C. en las XII Tablas.

Sea como fuere, en la tardía República se contempla la bipartición procesal y el hecho de que el encargado de juzgar las controversias privadas sea un particular como algo natural y admitido “desde siempre”; el papel propio de la jurisdicción se entiende que es la instrucción del proceso, mientras la facultad de juzgar se confiere a uno o varios particulares en cuya elección han de intervenir las partes, lo que garantiza la independencia del juzgador.

La titularidad de la jurisdicción corresponde en la primera época republicana a los magistrados máximos, mientras que a partir del año 367 a. de C. se confía al pretor urbano. El pretor peregrino, creado en el año 242 a. de C., no tiene interés aquí puesto que las *legis actiones* sólo son accesibles a los ciudadanos romanos.

Al tratar de las cinco *legis actiones* existentes –hoy se reconoce en forma casi general que no hubo más– se suele distinguir entre tres acciones declarativas o contenciosas, que miran al reconocimiento de una situación jurídica controvertida, y dos ejecutivas, que sirven para lograr la ejecución de una sentencia ya pronunciada y para otros casos equiparados.

Al primer grupo pertenecen: la ya mencionada *legis actio per sacramentum*, tanto en su variable real (*in rem*) como personal (*in personam*), de origen antiquísimo; la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (acción de la ley por petición de juez o árbitro), quizás introducida por las XII Tablas; y la *legis actio per condictioem* (acción de la ley

por emplazamiento), creada en la segunda mitad del siglo III a. de C. La principal acción ejecutiva es la *legis actio per manus iniectioem* (acción de la ley por imposición de la mano), de remoto origen; mucho menos importante es la *legis actio per pignoris capionem* (acción de la ley por toma de prenda) introducida por vía consuetudinaria antes de las XII Tablas para ciertos casos en el ámbito militar y extendida luego a otros por la propia ley decemviral.

Las *legis acciones* declarativas: desarrollo del proceso “ *in iure* ” y “ *apud iudicem* ”. Las noticias sobre el desarrollo del proceso de las *legis acciones* son escasas, aunque permiten una reconstrucción bastante aproximada del mismo en sus líneas esenciales. Las *legis acciones* declarativas comienzan con la *in ius vocatio* o citación oral que el demandante hace al demandado para que vaya con él al lugar donde el magistrado ejerce la jurisdicción (*in iure*); esta citación es siempre un acto de parte. Si el llamado a juicio (*vocatus*) se resiste a ir, el actor, tras recabar la presencia de testigos, puede echarle la mano y conducirlo por la fuerza (*manus iniectio* extrajudicial); la única posibilidad de que dispone el *vocatus* para no acudir inmediatamente *in iure* es la presentación de un tercero, llamado *vindex*, que garantice la comparecencia del demandado en una fecha prefijada, y, si éste no se presenta, responde el *vindex* directamente.

Realizada la *in ius vocatio* y ya delante del magistrado, tienen lugar las declaraciones solemnes de las partes, que son distintas en cada una de las acciones. La parte que ha iniciado el procedimiento afirma con solemnidad su derecho, a lo que el demandado puede oponer, según los casos, otra declaración idéntica de signo contrario o, simplemente, negar la afirmación del demandante; si, en cambio, reconoce o no se opone a la declaración del actor, resulta innecesario ya proseguir el litigio, produciéndose efectos diferentes según se trate de una acción real o personal. En el supuesto ordinario de oposición por parte del demandado, debe procederse al nombramiento de juez, en cuya elección, ya desde época temprana, intervienen las partes. Al designado para juzgar se le exige un juramento de proceder en el juicio con honestidad.

Una vez concluidas las alegaciones solemnes de los litigantes, se requiere a los presentes que testimonien sobre lo que han visto y oído: la presencia de testigos, que de ordinario son traídos por las partes, es necesaria para la eficacia del acto, y de ahí deriva el nombre de *litis contestatio* que designa el momento central del litigio en el que la relación procesal queda constituida.

Dos observaciones: la primera es que según una antigua *lex Pinaria*, considerada por algunos como predecemviral y por otros posterior a las XII Tablas, en el *agere per sacramentum* debían transcurrir treinta días entre las actuaciones solemnes ante el magistrado y el nombramiento del juez; no se sabe si es que antes de esa ley se nombraba al juez inmediatamente o si, según algunos, antes de la misma no se daba todavía juez privado en la *legis actio per sacramentum*. En todo caso, la ley Pinaria establece una neta separación entre la fase procesal *in iure* y la *apud iudicem*, y ese espacio de treinta días quizás se utilizara por las partes para llegar a un acuerdo o para tratar sobre la persona que podían proponer al magistrado como juez. El mismo sistema de elección de juez a los treinta días presenta la *legis actio per condictionem*, no así la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* donde la elección es inmediata tras las declaraciones solemnes de las partes ante el magistrado. La segunda observación se refiere a que algunas materias de importancia, como las relativas a la libertad de las personas o las reclamaciones hereditarias, tramitadas siempre por la *legis actio per sacramentum*, se confiaban no a jueces unipersonales sino a órganos judiciales colegiados: los decemviro y centumviro, en cuya elección nada tenían que ver las partes.

La segunda fase del procedimiento se inicia con la notificación que hace el demandante al demandado de comparecer ante el juez dos días después de la misma, lo que se conoce como *comperendinatio* o *intertium (diem)*, es decir, al tercer día pero contado el de hoy, según el cómputo romano. El lugar del juicio es el acordado por las partes o, si nada se establece, es el *comicio* o el foro. Ya ante el juez se realiza una exposición sucinta de la controversia (*causae coniectio*), y si sólo está presente una de las partes se espera a la otra hasta el mediodía, momento en el cual se falla en contra del ausente. A la *causae coniectio* sigue la *peroratio* o defensa que cada una de las partes realiza de su posición –este es el momento en el que, al menos en época histórica más reciente, intervienen los oradores o abogados - con presentación de las pruebas que se estimen pertinentes, entre las que tiene singular importancia la prueba testimonial; en todo caso, quien afirma algo debe probarlo, con lo que la posición de demandante suele ser menos favorable al correr con la carga de la prueba. El juez debe limitarse a las pruebas presentadas por las partes, sin poder inquirir otras nuevas, gozando, en cambio, de libertad al valorarlas.

La fase *apud iudicem* concluye con la sentencia que, según las XII Tablas, debe ser pronunciada antes de la caída del sol, con lo cual una sola jornada bastaba para la segunda fase del procedimiento. No obstante, si existía alguna causa importante, como la enfermedad repentina del juez o de una de las partes, era posible un aplazamiento o *diffissio*. La sentencia, que no requiere ninguna formalidad especial ni debe ser razonada, se considera intangible.

Veamos cada acción de la ley.

1.- **Legis actio per sacramentum in rem**

Se utiliza para hacer valer los poderes del *pater familias* sobre las cosas y las personas a él sometidas, y constituye el modelo de todas las acciones reales. El ritual de esta acción, aparte de manifestar su primitivo carácter sacral, da toda la impresión de ser la reminiscencia de un antiguo duelo.

Cuando se disputaba acerca de la soberanía sobre una cosa (o una persona), las partes debían presentarse ante el magistrado portando el poseedor la cosa objeto de litigio (*res* o *lis*) o, si se trataba de un inmueble u otra cosa difícil de transportar, un fragmento o símbolo de la misma. Cada litigante realiza en presencia del magistrado un acto idéntico de apoderamiento sobre la cosa tocándola con una varita (*festuca*, símbolo del poder *quiritario*), y ambos pronuncian las mismas palabras solemnes mediante las que afirman su señorío sobre la cosa litigiosa, con lo que los dos cumplen el papel de actores y ambos deberán probar su señorío civil. Si no se producen las dos vindicaciones, sino que tras la de una de las partes la otra calla o reconoce el derecho alegado (*confessio*), es necesario seguir con el procedimiento y, tras la *addictio* del magistrado, el que ha afirmado su derecho puede llevarse la cosa.

Ante las dos afirmaciones simétricas de dominio, el magistrado ordenaba a ambos soltar la cosa, y entonces las partes se desafiaban recíprocamente a un *sacramentum*, de donde deriva el nombre de esta *legis actio*; en origen el *sacramentum* era un juramento asertorio, antes de cuyo pronunciamiento los litigantes depositaban cinco animales de distinta especie, según la cuantía mayor o menor del litigio, en ofrenda a la divinidad que el vencedor recuperaba y el vencido perdía; pero en la República avanzada consiste simplemente en una suma fija de dinero (distinta en los juicios de mayor y menor cuantía)

que las partes se comprometían a entregar al Erario público en caso de perder el pleito y que cumple el papel de sanción contra el litigante temerario.

Tras la apuesta sacramental, el magistrado confiaba discrecionalmente la posesión interina de la cosa a una de las partes, sin estar obligado a atribuirla a quien la había poseído hasta entonces. El poseedor interino que era vencido en juicio debía restituirla al vencedor o, en caso contrario, éste podía arrebatársela por la fuerza; pero para evitar los riesgos de ulteriores contiendas o de perecimiento de la cosa, se impuso la práctica de que el poseedor interino presentase garantes para el supuesto de ser vencido y tener que restituir la cosa y los frutos que ésta eventualmente produjese en el tiempo que él la retuviera (*praedes litis et vindiciarum*). De todos modos, debe observarse que la posesión no ofrece aquí todavía ninguna ventaja, pues al poseedor interino no le basta con negar la pertenencia de la cosa a la otra parte, sino que él mismo debe demostrar su señorío sobre la cosa; el carácter discrecional de esa atribución interina, que de ordinario otorgaba el pretor a quien presentaba *praedes* más solventes, se racionalizó con la aplicación de los interdictos posesorios.

El juzgador en el procedimiento *per sacramentum*, tras recibir y apreciar las pruebas, se limitaba a declarar qué *sacramentum* era *iustum* y cuál *in iustum*, con lo que indirectamente resolvía el fondo de la cuestión.

2.- Legis actio per sacramentum in personam

Esta acción ofrece muchas dificultades por no resultar legibles las líneas que trataban de ella en el palimpsesto veronés de las Instituciones de Gayo.

Según la hipótesis que parece más razonable, surgiría como cauce declarativo previo en obligaciones delictuales cuando la forma ejecutiva de la *manus iniectio* no procediera directamente por no existir evidencia de la actuación delictiva, como sucede en el hurto no flagrante o en los daños causados subrepticamente en el patrimonio ajeno; luego, esta acción personal serviría para reclamar otros créditos.

El procedimiento *in iure* comenzaba con una solemne declaración del actor donde expresaba que el demandado le debía algo por una determinada causa reconocida por el derecho, conminándole a que lo reconociera o lo negara. Si el demandado lo reconocía (*confessio*), quedaba, como en todas las acciones personales, equiparado al juzgado y condenado (*iudicatus*): es la antigua regla *confessus pro iudicato habetur*, “el que confiesa es tenido por juzgado”, mientras que si lo negaba tenía lugar la apuesta sacramental como en la *actio in rem*; no se sabe con certeza si en este caso se exigía también *sacramentum* al demandado o sólo al demandante, aunque en principio resulta razonable suponer que se exigía a ambos.

3.- Legis actio per iudicis arbitrive postulationem

Es más moderna que la *legis actio per sacramentum* y quizás fuera introducida por las XII Tabas. A diferencia de la acción anterior, a la que Gayo califica como “general”, ésta solamente puede ejercitarse en los supuestos expresamente previstos en leyes; de forma

explícita sólo conocemos tres casos en los que pudiera ejercitarse: para reclamar deudas surgidas de una promesa solemne o *sponsio* (que antes no tenía más sanción que la religiosa), reconocido por las XII Tablas; para la división del patrimonio familiar, supuesto también previsto en las XII Tablas; y, como extensión del caso anterior, una *lex Licinnia*, quizás de finales del siglo III a. de C., permitió acudir a esta acción para solicitar la división de cualquier cosa común. Cabe suponer que, al menos, sirviera también para el supuesto similar a los dos últimos de la fijación de los confines entre fundos cuando éstos resultasen imprecisos.

Respecto a su tramitación *in iure*, sólo se conoce el formulario del primero de los supuestos, es decir, para reclamar deudas nacidas de *sponsio*; el demandante afirmaba solemnemente que el demandado le debía dar algo a causa de una *sponsio*, y le conminaba a reconocerlo o negarlo: si lo reconocía era innecesario seguir adelante con el procedimiento, y el demandado quedaba equiparado al *iudicatus*, mientras que si lo negaba, el demandante solicitaba del magistrado que se procediese a la elección de un juez. En los supuestos de división, tras afirmar el demandante la situación de condominio y su intención de poner fin a la misma, solicitaba el nombramiento de un árbitro.

El supuesto originario que debió servir de base a esta *legis actio* pudo ser el de la división de la herencia, caso para el que por la misma estructura de la *legis actio* sacramento se hacía imposible utilizarla para lograr la división judicial; y por las características de ese supuesto originario se explicaría también que en esta acción no esté prevista sanción para las reclamaciones temerarias.

El nombramiento de *arbiter* y no de *iudex*, en los supuestos de división parece hablar, como en los demás casos en que aparece la figura del *arbiter*, de que el juzgador gozaba de mayor discrecionalidad en su actuación, lo que es muy comprensible al tener que proceder a una efectiva división de la cosa común entre los litigantes, pero también, al igual que sucede en los otros supuestos en que aparece en el ámbito oficial la figura del *arbiter* en vez de la del *iudex*, que probablemente se trata de una recepción en el ámbito jurídico de algo que antes era extrajurídico.

4.- *Legis actio per condictionem*. Es la acción de la ley más moderna. Fue instituida por una *lex Silia*, probablemente a finales del siglo III a. de C., para la reclamación de ciertas deudas de dinero, extendida poco después por la *lex Calpurnia* para la reclamación de deudas ciertas de cosas. Esta *legis actio* es fruto de un momento histórico de gran auge económico, acompañado del natural incremento de las actividades crediticias y financieras, que el poder político procura favorecer.

Para las reclamaciones crediticias ya existía la *legis actio per sacramentum in personam* y, para las deudas nacidas de *sponsio*, la *legis actio per iudicis postulationem*, por lo que en principio podría parecer innecesaria la creación de esta nueva acción; no obstante, la *legis actio per condictionem* presenta algunas características que justifican su existencia. Ante todo, el carácter abstracto de la reclamación *in iure*, pues el demandante sólo indica ante el magistrado la cuantía del crédito, mas no la causa en la que se funda, aunque deberá probar *apud iudicem* por qué el demandado le debe dar lo reclamado; pero además tiene otras dos características que, como la anterior, también conservará la *condictio* formularia de ella derivada. Una, en cierto modo relacionada con la precedente, es el "juramento necesario", al que puede acudir el demandante para resolver el litigio cuando carece de pruebas de su crédito, cosa no infrecuente en los préstamos: el demandante pone al demandado en la alternativa de que jure que no debe, o, si lo prefiere, devuelva al demandante la invitación para que sea él quien jure la existencia de la deuda; en ambos casos el juramento pone fin al proceso. La otra característica es la fuerte sanción contra el

litigante temerario, de ordinario mucho mayor que en la *legis actio* sacramento; en efecto, al comenzar el litigio las partes se cruzan dos promesas de pagar al adversario una tercera parte de la cantidad reclamada en concepto de pena en caso de perderlo: *sponsio et repromissio tertiae partis*.

El formulario de esta acción es muy simple. En presencia del magistrado, el demandante afirma solemnemente dirigiéndose al demandado que éste le debe cierta cantidad de dinero o una cosa, conminándole a reconocerlo o a negarlo. Si lo reconoce queda equiparado al *iudicatus*, mientras que si lo niega le emplaza a volver *in iure* al cabo de treinta días para el nombramiento de un juez que decida la controversia.

5.- Legis actio per manus iniectioem

El demandado que ha sido condenado en un juicio declarativo debe cumplir la sentencia, y si no lo hace es lógico que el ordenamiento jurídico otorgue algún recurso al demandante para lograr la efectividad de la sentencia. A esa finalidad responden las acciones ejecutivas, de las que en el procedimiento de las acciones de la ley la principal es la *legis actio per manus iniectioem* o, más sencillamente, *manus iniectio*.

Ante todo es una acción que procede contra el condenado en un juicio declarativo (*iudicatus*) que no cumple la sentencia, situación a la que se equipara la del confeso (*confessus*) que no cumple: es la llamada *manus iniectio "iudicati"*, es decir, contra el condenado.

Esta *manus iniectio iudicati* sólo podía ejercitarse una vez transcurridos treinta días desde la sentencia declarativa (o desde la *confessio*), tiempo que se concedía al demandado para el cumplimiento. Transcurridos en vano los treinta días, el demandante debía realizar la tradicional *in ius vocatio* y, una vez en presencia del magistrado, declaraba solemnemente, a la par que sujetaba con su mano el cuerpo del demandado, que le ponía la mano encima por no haber pagado la sentencia condenatoria. El demandado no podía defenderse por sí mismo en esa situación, y la única posibilidad que tenía para liberarse era que un tercero (*vindex*) asumiese su defensa y discutiera con el demandante la improcedencia de la aprehensión; si el *vindex* no lograba salir victorioso, era condenado al doble que el deudor originario por la resistencia injustificada: ese *duplum*, típico de la *manus iniectio* y de las acciones formularias que de ella derivan, es en origen el precio de dos rescates que debe pagar el *vindex*: el del deudor y el suyo propio al haber asumido la responsabilidad.

Si no se presentaba *vindex*, único caso en que esta acción daba lugar al procedimiento de cognición, el magistrado pronunciaba la *addictio* que permitía al ejecutante retener legítimamente al demandado en situación de semiesclavitud (*addictus*) durante un plazo de sesenta días, tiempo durante el cual podía ser rescatado por un tercero que pagase la deuda; si tal cosa no sucedía, el acreedor podía llegar a ejercitar el *ius vendendi* del deudor fuera de Roma.

La *manus iniectio* no procedía sólo contra el *iudicatus* y el *confessus*; es más, históricamente, el acudir a la *manus iniectio* para la ejecución de una sentencia no es desde luego el caso más antiguo, pues debió nacer, como forma de autodefensa sometida a un control social. Algunas leyes posteriores a las XII Tablas concedieron la acción directamente contra ciertos deudores sin necesidad de juicio declarativo previo, por

considerarlo innecesario: se habla entonces de *manus iniectio* “*pro iudicato*”, es decir, como si el deudor hubiese sido juzgado. Así, por ejemplo, una *lex Publilia* del siglo IV a. de C., concedió la *manus iniectio* al fiador (*sponsor*) que había pagado contra el deudor principal que no le reembolsaba en el plazo de seis meses.

Otras leyes concedieron la *manus iniectio* sin necesidad de ficción de haberse dictado sentencia, hablándose entonces de *manus iniectio* “pura”. Así ocurre con la *lex Marcia*, quizás del siglo II a. de C., que otorgaba la *manus iniectio* contra los prestamistas que hubieran cobrado más intereses de los legalmente fijados.

A partir de una *lex Vallia*, de comienzos del siglo II a. de C., salvo en los casos del *iudicatus* y el *confessus*, y del *sponsor* no reintegrado por el deudor principal en lo que pagó, se permite que el demandado se defienda por sí mismo en la *manus iniectio*, cumpliendo él el papel de *vindex*.

En el procedimiento formulario las acciones que derivan de la *manus iniectio* presentan el efecto de *litiscrescencia*, es decir, que el demandado en caso de resistencia injustificada, debe ser condenado al doble por su temeridad. Es posible, no obstante, que para algún caso particular antiguamente sancionado a través de la *manus iniectio*, el derecho honorario introdujera una acción *in factum* por el simple, por considerar excesivo el doble: así pudo ocurrir con el juez que no daba sentencia y frustraba el litigio, que en origen debió estar sancionado con la *manus iniectio pro iudicato*, con ficción de que había habido sentencia pero en contra del juez que no la dio, supuesto que el derecho pretorio sanciona con una acción *in factum* por el *simplum*.

6.- Legis actio per pignoris capionem

Llamada también *pignoris capio*, esta acción consistía en el apoderamiento directo por parte del acreedor de cosas muebles del deudor, pronunciando al hacerlo una fórmula solemne que no se conoce. Precisamente esa actuación ritual (*lege agere*) es lo que inducía a la mayoría de los juristas a considerarla como una *legis actio*, pues, por lo demás, no era preciso acudir ante el magistrado, tampoco se exigía en la mayoría de los casos la presencia del adversario y podía practicarse incluso en los días en que no había actividad judicial (*dies nefasti*).

Los casos de aplicación conocidos de este expedito procedimiento, tanto los surgidos por vía consuetudinaria en el ámbito militar, como los reconocidos por las XII Tablas que hacen indirecta referencia al ámbito sacral, tienen escasa importancia y por eso no se reseñan. El supuesto más relevante es, sin duda, la concesión por las leyes censorias de la *pignoris capio* a los publicanos, que podían ejercitarla contra los contribuyentes que no pagaran, precisamente porque los publicanos respondían frente al Erario público incluso de los impuestos no cobrados.

No se sabe cómo podía defenderse quien se viera agredido por una *pignoris capio* ilegítima o injustificada; en último caso siempre podría acudir a las otras *legis actiones* para reivindicar la cosa o acusar por hurto al presunto acreedor.

En realidad, la *pignoris capio* es un primitivo sistema que sirve para coaccionar al deudor al pago de lo debido, pues en otro caso no podrá recuperar la cosa, por lo general de valor muy superior al de la deuda, que el actor retiene. Probablemente, el plazo que el

deudor disponía para pagar desde la toma de prenda era de un año, momento en el cual el acreedor se convertiría en propietario por usucapión.

RESEÑA HISTORICA DE ESTA EPOCA.

En los oscuros primeros siglos de la historia romana, el territorio estatal y la población romana habían crecido considerablemente: en los comienzos del siglo IV a. de C., cuando la ciudad desempeñaba ya un papel importante en la vida política de Italia central y la noticia de su asedio por los celtas llega incluso hasta Grecia, Roma poseía 1.500 km², esto es, algo así como diez veces su antiguo territorio, pero, con todo, no más de la mitad de Luxemburgo. Pero es en los siglos IV y III a. de C. cuando Roma crece paulatinamente, hasta convertirse en un estado al que, también hoy con nuestros parámetros, llamaríamos grande; finalmente, Roma termina por dominar toda Italia. La evolución hacia el gran estado significa al propio tiempo una censura decisiva en la historia del Derecho romano, pues lleva consigo cambios fundamentales en la situación económica y social, que plantean nuevos problemas al ordenamiento jurídico.

La Roma de la época primitiva era una comunidad rural. Durante toda esta época e incluso después, el peso de la vida política y económica gravitó sobre la propiedad fundiaria y precisamente sobre un número relativamente pequeño de familias nobles (*patricii*), los cuales poseían la mayor parte del suelo romano y formaban en calidad de jinetes (*equites*) el núcleo del ejército romano. Les separaba de la masa de pueblo una imponente distancia social: la ley de las XII Tablas no permitía matrimonios entre patricios y plebeyos (*plebs*); los plebeyos estuvieron excluidos de los cargos públicos hasta las luchas sociales de los siglos V y IV a. de C. y no llegaron nunca a tener acceso a algunos cargos sacerdotales. Los patricios administraban la hacienda con sus hijos y con unos pocos esclavos y, por ello, sólo podían aprovechar una porción de lo que poseían. El resto lo daban en precario (*precarium*) a plebeyos que carecían de tierra o que tenían poca, entrando éstos así en el círculo de los vasallos protegidos (clientes), que debían, por tanto, seguir al señor en la guerra y en la política. A cambio, el señor protegía y ayudaba al cliente. Con el auge económico y político de la plebe (siglo V a. de C.) desaparece esta vieja forma de clientela.

La esclavitud desempeñó un modesto papel en la época primitiva romana: el siervo comía con su dueño en la misma mesa y del mismo pan, y estaba protegido, en caso de lesiones corporales, con la mitad de la composición de un hombre libre. Una vez manumitido, tenía la obligación de permanecer fiel a su antiguo amo, como si fuera un cliente, y, a diferencia de épocas posteriores, primitivamente no adquiría la ciudadanía. El extranjero, lo mismo que el liberto, en Roma carecía esencialmente de derechos y necesitaba la protección de un ciudadano influyente, a no ser que perteneciera a la estirpe común de los latinos o a otra comunidad a la que se hubiera concedido el *commercium*, esto es, la equiparación con los ciudadanos en el tráfico jurídico privado.

Desde el punto de vista del Estado, en el vértice del estado romano había un rey (*rex*), a quien correspondía no sólo la jefatura militar y política, sino también la representación de la comunidad ante los dioses. El poder absoluto de la monarquía poco antes de su caída (que la tradición sitúa en el año 510 a. de C.) se refleja claramente en las atribuciones de los jefes republicanos, que ocuparon su lugar. El rey no era ni elegido ni designado por su predecesor, sino revelado por los dioses por medio de presagios. Por eso, en la época republicana e imperial existía aún la costumbre de presentar al *rex sacrorum* a los dioses para que lo confirmaran mediante presagios en presencia de los comicios curiados. El poder real se asentaba, por tanto, sobre un especial carisma de índole mágica y religiosa, lo mismo que el antiguo carisma real (*Königsheil*) germánico.

Las magistraturas de la república estaban conformadas por los magistrados anuales que tenían únicamente mando militar y poder político, y la competencia religiosa quedó reservada a los sacerdotes, entre los cuales el colegio de los pontífices ocupó progresivamente el primer plano como instancia suprema en la materia.

A pesar de la discusión, lo más probable es que la magistratura suprema romana fuera dual al comienzo de la república. Sin embargo, parece que el nombre más antiguo para los magistrados que ocupaban este cargo no fue el de *consules*, sino el de *praetores*. La ley de las XII Tablas habla del pretor y no del cónsul, y un viejo texto legal reproducido por Livio llama a cada uno de los supremos magistrados *praetor maximus*. No cabe duda que el poder del pretor tuvo desde el principio una faceta civil.

El tercer elemento de la vida constitucional romana, al lado de las asambleas del pueblo y de las magistraturas, era el “consejo de los ancianos” (*senatus*). Existió ya en la época monárquica, luego en la época de la república se fue transformando progresivamente en un consejo de ex magistrados. En el senado se acumuló toda la actividad y experiencia de la clase rectora de la vida política. Era el factor de estabilidad de la vida constitucional romana. Sin tener propiamente poder legislativo o ejecutivo, conservó durante siglos la dirección efectiva del estado como órgano consultivo permanente (*consilium*) del magistrado. El período de la soberanía del senado fue la época más brillante de la historia romana; su decadencia significó al propio tiempo la caída y hundimiento del orden republicano.

En cuanto al derecho civil de la época arcaica, el primer hito relativamente fijo de la historia del Derecho romano es la célebre ley de las XII Tablas. La ley fue obra de una comisión de diez personas (*decemviri legibus scribundis*), a quienes se encomendó el poder político durante el tiempo de su actuación, suprimiéndose las magistraturas ordinarias.

Las XII Tablas eran un esquema del derecho vigente en su época. Contenían prescripciones sobre el curso del procedimiento judicial, inclusive la ejecución, y sobre materias jurídicas, que hoy día separamos tajantemente en derecho privado y derecho penal, respectivamente, mientras que el legislador antiguo las veía aún como una unidad. En cambio, no estaba regulada la organización política del estado ni la constitución judicial. Por tanto, lo único que quería el legislador era recoger el *ius civile*, es decir, las normas que se referían al ciudadano particular. Sus normas son de una concisión extrema, muy uniformes y sencillas en su estructura. A una oración condicional, que suele describir el supuesto de cada norma legal, sigue luego esta misma norma en forma imperativa.

Una gran parte de la ley se refiere al proceso, el cual presenta, al lado de un procedimiento con ceremonias arcaicas y rígidamente formalistas (*legis actio* *sacramento*), otro tipo de procedimiento más reciente y sencillo, que sólo era adecuado para ciertas pretensiones (*legis actio per iudicis postulationem*). En el Derecho privado predominan el Derecho de familia, el Derecho de herencia y el Derecho de vecindad, que era para la vida cotidiana del labrador la parte más importante del Derecho de cosas.

La evolución del derecho después de las XII Tablas estuvo determinada durante dos siglos aproximadamente por dos factores: la interpretación de las XII Tablas y la legislación popular. La interpretación fue, hasta comienzos del siglo III, un monopolio celosamente custodiado por el colegio de los pontífices (“*pontiferos*”). Su actividad se desarrolló esencialmente siguiendo los cánones de una interpretación literal, de acuerdo con el espíritu formalista de la época primitiva. Utilizando hábilmente el tenor de la ley crearon los medios para satisfacer las nuevas necesidades de la vida jurídica. Ejemplo de esto es el formulario para emancipar a un *filiusfamilias* (*emancipatio*) de la potestad de su padre. Este formulario se utilizó durante más de medio milenio. Por su parte, las leyes populares a partir de 286

a. de C. con la *lex Hortensia*, en su mayoría se votaron en el *concilium plebis* a propuesta del tribuno de la plebe. Las leyes decisivas para el desarrollo del Derecho romano privado y procesal fueron casi siempre plebiscitos. La mayoría de las leyes de Derecho privado obedecían a tendencias político-sociales. Para precaverse contra el arte de interpretar el Derecho, la técnica y el lenguaje de las leyes pasaron de la monumental sencillez y parquedad de las XII Tablas a una minuciosidad pedante, ejemplo de lo cual es la *lex Acilia repetundarum* de 122 a. de C., destinada a proteger a la población de las provincias de la concusión de los magistrados romanos.

CAPITULO SEGUNDO LAS FORMULAS Y EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.

Las fórmulas.

El procedimiento típico tanto de la última época republicana como del Principado, y al que se refieren casi siempre los escritos de los juristas clásicos, es el procedimiento formulario, en el que los litigantes ya no pronuncian ante el magistrado para fijar la controversia determinadas palabras solemnes (*certa verba*), como sucedía en las distintas *legis actiones*, sino que se redacta un escrito o fórmula en función de las particularidades del caso (*concepta verba*) que fija la relación procesal y suministra al juez la información precisa sobre el objeto y límites del litigio; frente a la rigidez de las acciones de la ley, las fórmulas ofrecen gran elasticidad y pueden adaptarse sin excesivas dificultades a las necesidades prácticas de un ordenamiento jurídico complejo.

El pretor, al comienzo del año de su magistratura, establece en el Edicto los modelos de fórmulas a los que las partes se han de acoger para encauzar sus reclamaciones procesales, tanto las basadas en el derecho civil como en los preceptos pretorios; los litigantes suelen consultar con los juristas para elegir la más adecuada a la ocasión y adaptarla convenientemente a las circunstancias del caso concreto.

Por lo común, las fórmulas se presentan externamente como un imperativo dirigido al juez en el sentido de que condene al demandado si resulta fundada la pretensión del actor, y de que lo absuelva en caso contrario; dentro de las mismas se distinguen diferentes cláusulas, a tratar más adelante.

Origen del procedimiento formulario

Es ésta una cuestión compleja y sin solución segura. De lo que hay certeza es de que se trata de un modo de litigar que existe con anterioridad a que llegue a sustituir, primero parcial y luego totalmente, a las acciones de la ley.

Según la hipótesis de mayor adhesión, las fórmulas procesales tienen su origen en la práctica del tribunal del pretor peregrino, pues al no resultar accesible a los extranjeros la actuación a través de las *legis actiones* se haría imprescindible que el magistrado, apoyándose en su *imperium*, fijara de alguna forma los criterios con arreglo a los cuales el juez o los *recuperatores* elegidos por las partes debían fundar en cada caso su decisión; parece incluso probable que ese programa procesal fuera en principio oral, introduciéndose luego la práctica de redactarlo por escrito. Paulatinamente se irían fijando en ese ámbito jurisdiccional del pretor peregrino una serie de esquemas típicos o fórmulas para la resolución de las controversias, que se transmitirían de un pretor a otro, y ese sería el modelo del que se sirvió pronto el pretor urbano en el ámbito de su jurisdicción para tutelar situaciones no protegidas por el *ius civile*. Aunque la reconstrucción sea coherente y

persuasiva, quizás no deba verse ahí el único origen de las fórmulas, pues también es más que posible que se utilizaran desde antiguo modelos de ese tipo en los arbitrajes privados entre ciudadanos para aquellas relaciones aún no tuteladas por medio de las *legis actiones*.

La *lex Aebutia* y las *leges Iuliae*

Las indudables ventajas que este procedimiento ofrecía frente a la rigidez y formalismo de las acciones de la ley, que por sus características cada vez se hacían más inconvenientes, provocaron la intervención legislativa encaminada a posibilitar el ejercicio procesal de los derechos reconocidos por el *ius civile* por medio del nuevo procedimiento formulario. Según la información que suministran las fuentes, el paso de las acciones de la ley al procedimiento formulario sería debido a una *lex Aebutia* y a dos *leges Iuliae*, pluralidad legislativa que a primera vista puede causar extrañeza y que ha dado lugar a múltiples discusiones tratando de delimitar el papel jugado por cada una de esas leyes.

Según la reconstrucción que hoy goza de mayor solvencia, y que parece preferible, la *lex Aebutia*, de hacia el año 130 a. de C., no deroga las acciones de la ley en general sino tan sólo una de ellas, la más moderna de todas, la *legis actio per condictioem*, sustituyéndola por la *condictio* formularia y otorgándole efectos civiles. A partir de ese momento, sin embargo, comienzan a utilizarse fórmulas para los demás casos tutelados procesalmente por medio de las acciones de la ley, con ficción de que ha tenido lugar la *legis actio* correspondiente, con lo que en la práctica las fórmulas van desplazando también a las otras acciones de la ley. En el año 17 a. de C., una ley de Augusto, la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, deroga definitivamente las *legis actiones* y generaliza el procedimiento por fórmulas para todas las controversias privadas; otra ley del mismo Augusto, la *lex Iulia municipalis*, extiende las fórmulas a los municipios itálicos. Las acciones de la ley sólo perviven después de la legislación augustea en dos casos: en el daño temido (*damnum infectum*), donde por lo demás nunca se acude ya al régimen civil sino a la *cautio damni infecti* pretoria, y en los juicios ante el tribunal de los centumviro.

Por otra parte, para que cualquier litigio formulario alcance eficacia en el plano civil, equivalente al de las antiguas formas procesales, se requiere por la ley Julia de juicios privados que el litigio tenga lugar en Roma o en el radio de una milla, que sólo intervengan en él ciudadanos romanos tanto en calidad de partes como de juez, y que la decisión de la causa se confíe a un juez único (*iudex unus*); en el momento que alguno de esos requisitos falla, los juicios ya no son "legítimos" (*iudicia legitima*) sino fundados en el *imperium* del magistrado (*iudicia imperio continentia*). Aparte de ser relevante para los efectos preclusivos de la *litis contestatio*, la anterior distinción tiene importancia respecto a la caducidad del litigio (*mors litis*); en efecto, según la ley Julia, los juicios legítimos se extinguen al año y medio de ser instituidos, mientras que los fundados en el imperio del magistrado deben terminar dentro del tiempo que permanece en su cargo el magistrado que los ha instituido.

Procedimiento formulario en las provincias

Este procedimiento no se utiliza sólo en Roma e Italia, sino también en las provincias, lo cual no significa que se aplique en todas ellas, ni en todas por igual, ni tampoco excluye que el

procedimiento por fórmulas utilizado en provincias presente peculiaridades o desviaciones respecto del régimen seguido en la Urbe. Parece improbable, en cambio, la tesis que supone el origen del procedimiento formulario en la praxis litigiosa provincial, aunque la utilización de módulos formularios en provincias fuera temprana; si bien no se refiere a un juicio privado, una inscripción en bronce del año 87 a. de C. descubierta en las proximidades de Zaragoza, muestra por ejemplo que ya entonces se conocían y se utilizaban en *Hispania* las fórmulas: se trata del acta de un juicio autorizado por el gobernador romano relativo a una controversia entre dos poblaciones próximas sobre la conducción de una acequia, del que entendió un tribunal de senadores de una localidad vecina a ambas.

En provincias, donde la jurisdicción corresponde al gobernador provincial, es éste quien publica su propio Edicto (*edictum provinciale*) que, junto a las prescripciones particulares relativas a las necesidades de la provincia, reproduce, adaptándolo a las circunstancias provinciales, el modelo edictal pretorio de Roma, para que pueda ser utilizado en sus controversias por los ciudadanos residentes en la provincia, y también por los no ciudadanos; es posible que en este segundo caso se actuara con mayor libertad de formas. En todo caso, un juicio formulario en provincias nunca podía ser “legítimo” en el sentido de la ley Julia, por lo que debía concluir dentro del tiempo que permanecía en su cargo el órgano jurisdiccional ante el que se había instaurado. Además, era frecuente, sobre todo en las provincias orientales, que Roma concediera autonomía jurisdiccional a ciudades concretas, lo que permitía que las controversias entre los habitantes de las mismas siguieran una vía independiente.

En el siglo I d. de C. se operan distintas adaptaciones de la *lex Iulia municipalis*, que había sido dada por Augusto para los municipios de Italia, a distintos municipios provinciales a los que se había concedido la latinidad: se conocen amplios fragmentos de las leyes dadas para municipios españoles como Salpensa, Malaca o, sobre todo, Irni. Los magistrados de esos municipios, a los que se concedía jurisdicción en los juicios de menor cuantía (en los demás la jurisdicción correspondía al gobernador), estaban legalmente obligados a reproducir en el municipio el Edicto del gobernador provincial, con sus fórmulas procesales, excepciones, estipulaciones, etc.; el sistema de elección de jueces y *recuperatores* para dirimir las controversias seguía también el régimen privatístico de Roma. No se sabe, en cambio, en qué medida la realidad procesal de esos municipios permite efectivamente equiparar esos procedimientos municipales a los juicios ordinarios romanos.

En la provincia de Egipto no se aplicó nunca el procedimiento formulario y la actividad jurisdiccional del gobernador de esa provincia (*praefectus Aegypti*) parece haber sido siempre de carácter cognitorio; es posible que la situación fuera similar en algunas otras provincias imperiales de las que no se tiene información al respecto.

La decadencia del procedimiento formulario fue particularmente temprana en provincias, y a mediados del siglo II d. de C. puede considerarse ya como fuera de aplicación práctica; el procedimiento de cognición oficial pasa a ser el ordinario en provincias y este fenómeno allanó el camino para la progresiva generalización de la *cognitio* en Roma.

Las acciones formularias

El término *actio*, que en las acciones de la ley designaba el rito oral y gestual por medio del cual el demandante hacía valer su pretensión, se utiliza también en el nuevo procedimiento para designar la actividad del actor y la proposición de la fórmula para la decisión del

litigio que él realiza. Así, el término “acción” o *actio* alcanza un sentido procesal específico y estable en el lenguaje jurídico entendido como facultad de actuar en juicio para hacer valer una situación jurídica subjetiva. La gran diferencia entre las acciones de la ley y el procedimiento por fórmulas escritas radica en que la acción formularia se caracteriza por su tipicidad, dado que cada derecho tiene su propia fórmula que lo determina. El modelo abstracto previsto en el Edicto deberá ser adaptado a las circunstancias del caso concreto. En las acciones de la ley, recordemos, cada acción constituía en la práctica un procedimiento diferente y cada una tutelaba distintos derechos. Además, cada fórmula que se propone en el Edicto presupone que el ordenamiento jurídico reconoce la facultad para actuar en juicio, siempre que esté fundada en la existencia de la situación jurídica oportuna.

Esta tipicidad de las fórmulas no es absoluta. Si las circunstancias del caso lo requieren, el magistrado puede conceder una acción improvisada por decreto, con el fin de tutelar un supuesto no previsto en el Edicto. Se habla en este caso de “acción decretal” en contraposición a “acción edictal”.

Distinción entre acciones formularias

Suele distinguirse entre acciones fundadas en el derecho civil o *actiones civiles*, y las introducidas por los magistrados jurisdiccionales, especialmente los pretores, las *actiones honorariae o pretoriae*.

Se habla de acciones civiles para referirse a aquellas basadas en el antiguo *ius civile* y que derivan de las *legis actiones*. Las fórmulas de estas acciones, denominadas *in ius conceptae*, presentan en su *intentio* términos precisos que indican que el derecho pretendido por el actor está reconocido por el derecho civil; todas ellas tienen fundamento legal. También se consideran acciones civiles las acciones de buena fe (*arbitria* o *iudicia bonae fidei*), aún cuando no tienen fundamento legal. En estas acciones, el deber civil del demandado (*oportere*) se funda en la *fides bona*. Su origen histórico es poco claro. La hipótesis más aceptada señala como el más posible el arbitraje privado que existió desde antiguo. Estos arbitrajes no estaban protegidos oficialmente por las *legis actiones*, siendo posteriormente recibidos por los magistrados. Esta tesis explica convincentemente el origen civil de los *arbitria bonae fidei* ya que estaban en el seno de la comunidad por medio de los arbitrajes privados, aunque sin apoyo legal. De esto se desprende que el pretor nada creaba, pues simplemente recibió y dio forma, con ayuda de los juristas, a algo que ya existía. Por eso, aunque su introducción se debió al *imperium* del magistrado, estas acciones son sustancialmente civiles. En esos arbitrajes privados el árbitro era elegido voluntariamente por las partes y resolvía la controversia según lo que considerase justo y adecuado en el caso concreto. Lo hacía por medio de distintas soluciones más o menos concordes para casos similares, las que se van consolidando en la práctica por unas exigencias de comportamiento que llegan a estabilizarse y se consideran como típicas y exigibles en las relaciones concretas. Así, lo que era un simple criterio de valoración pasa a ser también fundamento del vínculo. Las primeras fórmulas de este tipo recibidas oficialmente, y cuya formulación subsiste en la época clásica, son la acción de fiducia y la de dote. Sin embargo ninguna de ellas hace referencia expresa a la buena fe, sino que presentan cláusulas equivalentes con una terminología más antigua: “lo que se considere más justo y mejor”, “como se debe actuar entre hombres buenos y sin fraude”. Las restantes son las acciones de mandato, gestión de negocios ajenos, tutela, sociedad, compraventa

y arrendamiento, a las que se agrega en el Principado la acción de depósito. En estos juicios de buena fe las facultades conferidas al juzgador son amplísimas, pudiendo tomar en cuenta todo aquello que pueda influir en la justicia de la relación. En contraposición a los juicios de buena fe aparece la categoría residual de los juicios de derecho escrito (*iudicia stricti iuris*) integrada por todos los que no son de buena fe.

El resto de las acciones que pueden hacerse valer en el procedimiento formulario son acciones pretorias u honorarias. Entre ellas se distinguen diferentes tipos: a) las acciones ficticias o *actiones ficticiae*, cuya fórmula introduce una cláusula especial que incluye una ficción por medio de la cual el pretor ordena al juez que considere como existente un hecho inexistente, o por inexistente un hecho producido. Ejemplo de ello sería considerar que un extranjero es ciudadano, o que un no dueño es dueño. Son casos en que siempre se acude a la ficción para extender una acción civil a supuestos análogos para los que no estaba prevista esa acción; b) las acciones con transposición de personas, por las cuales se consigue que la sentencia recaiga sobre una persona distinta del titular de la relación jurídica que da lugar al juicio. La primera parte de la fórmula contiene el nombre de la persona a la que se refiere la relación, y la *condemnatio* señala otra persona distinta que la sustituye y sobre la cual recaerá la sentencia del juez. Esto se produce también en la representación procesal y en las llamadas acciones adyeticias, con las cuales se logra que el padre responda en ciertos casos de las deudas contraídas por sus hijos o esclavos; c) las *actiones in factum*, genuinamente pretorias, por las cuales el pretor sanciona distintas actuaciones consideradas inconvenientes que, por regla general, no tienen nada que ver con el derecho civil. Las fórmulas de estas acciones no contienen referencia alguna al *ius civile*, sino una descripción simple del hecho (*factum*) de cuya comprobación depende la condena del demandado. El pretor puede improvisarlas, como se ha dicho, cuando entienda que las circunstancias de un nuevo caso lo exigen (acciones decretales), y es muy posible que ese fuera el origen de estas acciones.

En lo que dice relación con el plazo para ejercer las acciones, las acciones civiles son casi siempre perpetuas (*actiones perpetuae*) ya que no tienen plazo perentorio para ser ejercidas, mientras que las acciones honorarias suelen ser anuales o, incluso, tienen un plazo menor para ser entabladas (*actiones temporales*). En cambio, cuando una acción pretoria reemplaza o completa a una acción civil normalmente es perpetua.

Acciones reales y personales

Esta distinción es absolutamente central para el sistema jurídico romano. Se remonta a la época de las *legis actiones* y reproduce la contraposición existente entre derechos reales y derechos de obligaciones pero enfocada desde el punto de vista de las acciones.

La acción real se ejercita por quien se presenta como dueño de una cosa o como titular de un derecho sobre una cosa (de usufructo o de servidumbre, por ejemplo) y tiene por objeto la cosa misma. La persona del demandado queda en un segundo plano. El legitimado pasivo de la acción es todo aquel que perturbe el derecho del demandante. En la *intentio* de la fórmula aparece solamente el nombre del demandante y el del objeto del litigio; el nombre del demandado no aparece, aunque sí en la *condemnatio*. Así queda en evidencia que la acción se dirige contra la cosa (*in rem*).

La acción personal se dirige, en cambio, contra la persona del deudor, el único legitimado pasivo, ya que la relación obligacional se da entre el acreedor que tiene la

facultad de reclamar y el deudor que debe cumplir. La *actio in personam* hace valer un derecho sobre la persona misma, fundada en la responsabilidad de ésta por el incumplimiento, lo que permite distinguir desde antiguo entre débito (“Schuld” en alemán) y responsabilidad (“Haftung” en alemán). Manifestación de que la acción *in personam* se dirige contra la persona se encuentra en que la *intentio* de la fórmula presenta el nombre del demandante y del demandado.

Terminológicamente, el lenguaje legal y jurisprudencial reserva el término *actio* para designar la acción personal, mientras *petitio* designa la acción real; a ellas se contraponen el vocablo *persecutio* que se refiere a las reclamaciones de la *cognitio extra ordinem*.

Acciones arbitrarias

En la época clásica rige un principio: la condena del juez siempre debe consistir en una cantidad pecuniaria. Por esto, si el objeto litigioso no consiste en dinero se requiere una estimación del litigio (*litis aestimatio*). Esto plantea el problema de las reclamaciones que buscan la restitución o exhibición de una cosa y no las que miran a pagar una cantidad pecuniaria. Es el caso de la acción reivindicatoria, de la acción exhibitoria, de la acción de depósito, de la acción de comodato, y otras tantas. Esta dificultad se resolvió por medio de una cláusula especial de la fórmula de esas acciones que permiten al juzgador subordinar la condena pecuniaria a que el demandado no restituya antes según el arbitrio del juez: es la “cláusula arbitraria”, de donde deriva el nombre de acciones arbitrarias. Dichas cláusulas le permiten al juez, una vez convencido que el derecho asiste al demandante, anticipar su decisión a las partes mediante una *pronuntiatio*, con el fin que el demandado restituya o exhiba la cosa en los términos indicados por el juez. Si el demandado restituye la cosa, será absuelto. Si no lo hace, debe pagar la cantidad pecuniaria que se fije en la sentencia, generalmente muy superior al valor de la cosa pues en ese caso el juez suele ofrecer la estimación pecuniaria a la declaración jurada del actor (*iusiurandum in lite*), quien no tiene obligación de limitarse al valor efectivo de la cosa sino que puede agregar el valor afectivo. Por eso es muy frecuente la restitución.

Acciones populares

Estas acciones están destinadas preferentemente a proteger intereses colectivos o públicos y constituyen una garantía del bienestar social y la convivencia pacífica. Su característica es que pueden ser promovidas por cualquier ciudadano que lo solicite (*quivis ex populo*) y, en caso de presentarse varios, el pretor debe elegir al más idóneo. Lo normal es que elija al primero que lo solicite. El ciudadano o el munícipe demandante defienden su interés propio, aparte del interés común, al ser miembro de la comunidad. Esto justifica que si es ganancioso, la multa derivada de la acción pase a engrosar el patrimonio del actor.

Este principio, eso sí, debe matizarse, ya que algunas de estas acciones son populares siempre y otras sólo subsidiariamente. Así, por ejemplo, la *actio de albo corrupto*, procedente contra quien altera el texto público del Edicto, es siempre popular. Pero la *actio de sepulchro violato* o la *actio de feris* sólo son populares cuando no reclama el titular del *ius sepulchri* o el dañado por la fiera. Aquí la acción no sería siempre popular y el magistrado

no elegiría como más idóneo al directamente perjudicado si hubiera varios demandantes, sino que se configurarían como populares cuando no reclamen los afectados directamente. Esto se confirma por una regla general que opera en estas acciones: la exclusión de representación procesal desde el punto de vista activo. Esto llevaría al absurdo, si la *actio de feris* fuera siempre popular, de que el herido por un animal peligroso no pudiera nombrar *procurator*. El que los demandantes no puedan nombrar representantes se debe a que el propio representante reúne en su persona igualmente la condición de legitimado activo.

Praejudicia

Los juristas romanos asimilan los *praejudicia* a las acciones. En éstos, el actor solamente pretende que el juez declare sobre una situación jurídica determinada, como por ejemplo, la cuantía de una dote o el estado de una persona. Se trata de acciones meramente declarativas que no dan lugar a condena judicial, por lo cual su fórmula no presenta *condemnatio*, único caso en que se produce esa ausencia en las fórmulas procesales. Los *praejudicia* sirven para que se diluciden cuestiones previas en relación a otro juicio principal, respecto del cual resulta vinculante la sentencia pronunciada en el *praeiudicium*.

Iurisdictio e Imperium

Corresponde a esta altura analizar la relación existente entre ambas instituciones. Sabemos que el término *actio* se refiere a la actividad procesal del demandante dirigida a hacer valer un derecho reconocido por el *ius civile*. *Iurisdictio*, en cambio, alude a los actos del magistrado ordenados directamente a establecer las premisas necesarias para que el juez adopte una decisión sobre la controversia. La *iurisdictio* le atribuye al magistrado la facultad de examinar (*causae cognitio*) los presupuestos de admisibilidad de la tutela procesal solicitada, pero corresponde al juez declarar si el fundamento de la pretensión del demandante es acogido y, por ende, decidir sobre la concesión efectiva de aquella tutela. El significado de *iurisdictio* se encuentra relacionado con el poder general o *imperium* del magistrado en el ámbito de la administración de justicia, cuando este poder tiene que desarrollarse conforme a una legalidad procesal que vincula al magistrado y a los propios litigantes, pero que no agota la potestad del magistrado para adoptar otras medidas en que se manifiestan con preferencia las facultades discrecionales que le otorga el *imperium*. A este ámbito pertenece la actividad del magistrado en materia administrativa y penal, la introducción de medidas coercitivas para garantizar el ejercicio de la *iurisdictio* y la tutela de los derechos de los particulares, así como el otorgamiento de tutela jurisdiccional a nuevas situaciones no contempladas por el *ius civile*. El ejercicio de esta última facultad, en virtud de su *imperium*, da lugar a la ampliación de la *iurisdictio* del pretor urbano a partir de su creación en el año 367 a. de C. y de la del pretor peregrino creado en el año 242 a. de C., al conjunto de situaciones amparadas por normas de derecho sustantivo que se reflejan en las acciones anunciadas en el Edicto pretorio; ello da lugar a una forma nueva de legalidad procesal a la que el magistrado acomoda su actuación, confiando también a un juez privado la decisión de la controversia.

Si enfocamos la *iurisdictio* como una actividad a desarrollarse dentro de una legalidad procesal establecida, su ejercicio puede delegarse por el pretor en otros magistrados sin *imperium*, como los magistrados municipales, o ser conferida por una ley a los mismos, otorgándoles una potestad jurisdiccional que no los habilita, sin embargo, para adoptar medidas que entran en el ámbito del poder discrecional que supone el *imperium*. Entre estas medidas se encuentran los embargos o *missiones*, la exigencia coactiva de la constitución de un vínculo obligatorio por medio de estipulación (estipulaciones pretorias) y la privación de efectos de un negocio jurídico formalmente válido o *restitutiones in integrum*. Con estos expedientes se trata de tutelar el interés o el derecho de una de las partes en el proceso respecto a la otra, en virtud de una decisión imperativa del magistrado, al margen de la intervención del juez; estos actos de *imperium* exceden de la competencia de los magistrados dotados simplemente de poder jurisdiccional, salvo que se les dé una delegación expresa y concreta del pretor o que una ley les atribuya competencia determinada en esas materias.

Hay algunos actos originados en el *imperium* del pretor y en los que interviene éste tomando una decisión, y que tienden a aproximarse al ejercicio ordinario de la *iurisdictio*. Ejemplo de esto son los interdictos, la concesión de la *bonorum possessio* y las medidas dictadas por el magistrado en el procedimiento ordinario que tiene lugar ante él o *in iure*, cuando la controversia se decide o paraliza sin que haya lugar a un proceso ante el juez. Tales actos eran parte de la práctica procesal en el período de las acciones de la ley, y el derecho pretorio procedió posteriormente por medio del Edicto a introducir los edictos como recursos que integraban la legalidad procesal para tutelar situaciones jurídicas distintas o paralelas a las protegidas por las acciones ordinarias civiles o pretorias.

Los magistrados con *iurisdictio* pueden realizar otros actos de naturaleza no contenciosa, derivados ya sea de una actuación convencional de las partes o de una función atribuida legalmente; por ejemplo cuando los magistrados intervienen en la adopción, en el nombramiento de tutores y curadores, etc.

El vocablo *iurisdictio* se reserva técnicamente a inicios del Principado para referirse a la actividad procesal del magistrado en el marco de las funciones desarrolladas de acuerdo al procedimiento formulario, no aplicándose a las que desarrollan los magistrados que entienden en asuntos tramitados por el nuevo procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, en el que el propio magistrado instruye y también decide la controversia. Sin perjuicio de esto, el vocablo *iurisdictio* se extiende desde el siglo II d. de C. a la *cognitio extra ordinem* y a cualquier clase de controversia, vale decir, también a los de naturaleza penal y administrativa, comprendiendo todos los actos relacionados con el proceso, desde su inicio hasta la sentencia y su ejecución. En el derecho procesal postclásico el vocablo *iurisdictio* se extiende, finalmente, a los actos de naturaleza no contenciosa, respecto de los cuales se acuña la voz "jurisdicción voluntaria". La idea de la jurisdicción como una actividad que desarrolla el órgano judicial en el marco de una legalidad procesal termina cuando se produce la consideración unitaria del derecho procesal y desaparece la figura del pretor como protagonista del desarrollo del derecho por el cauce procesal.

Como consecuencia de la diferenciación de los ámbitos de la *iurisdictio* y del *imperium* se produce en el derecho romano antiguo y clásico la contraposición entre acciones e interdictos. Frente al sistema de acciones que tutelan los derechos reconocidos por el *ius civile* o por el derecho pretorio a las que se refiere la *iurisdictio* del magistrado, los interdictos constituyen en su origen medidas de amparo en situaciones no tuteladas por una acción procesal, aunque después se extiende también a situaciones de apariencia jurídica cubiertas por acciones ordinarias.

El interdicto es una orden emanada del magistrado en virtud de su *imperium*, cuyo contenido puede referirse a una prohibición, una exhibición o una restitución. Los interdictos prohibitorios se usan con el fin de impedir el uso de la violencia para obtener la alteración de una situación de hecho determinada; los exhibitorios persiguen la presentación *in iure* de una persona, una cosa o un documento que alguien retiene oculto indebidamente; y los restitutorios pretenden lograr que una cosa sea restituida a una persona determinada o que sea repuesta la situación anterior de la misma antes que se hubiera modificado sin autorización oportuna. Es probable que el interdicto haya tenido en su origen una naturaleza meramente administrativa y una eficacia coactiva directa como acto de *imperium* del magistrado, dictada por éste a petición del interesado y previa convocación del interesado dispuesta por el propio magistrado. Pero, tal como en las fórmulas de las acciones, el derecho pretorio incorpora al Edicto esquemas procesales abstractos de interdictos para diferentes tipos de situaciones, y la tutela interdictal dada por el pretor tiende a quedar sometida a un control posterior por vía judicial ordinaria. Por otro lado, se acomoda el procedimiento de concesión del interdicto al régimen de tramitación de las acciones en la medida que le resulta aplicable. Desde que se produce esta transformación el interesado debe formular una solicitud al magistrado o *postulatio interdicti*, similar a la que debe realizar cuando pide la concesión de una acción o *postulatio actionis*. Por su parte, el magistrado se limita a comprobar si el interdicto solicitado corresponde a la situación planteada, sin entrar a examinar la exactitud de los hechos alegados, por lo que la tutela otorgada es provisional y permite al destinatario discutir el fundamento de la orden interdictal en un proceso ordinario o *actio ex interdicto*.

Los interdictos funcionalmente se aproximan a la tutela que otorgan las acciones, aunque las situaciones jurídicas que contemplan son distintas. También es diferente el fundamento del procedimiento a que dan lugar. Tal como las acciones, los interdictos pueden extenderse a situaciones análogas al caso previsto en el modelo originario (interdictos "útiles"), y en cuanto a la legitimación activa algunos admiten también la popular. En cuanto al plazo para ejercerlos, son temporales los que otorgan tutela durante un año desde que sucedió el hecho que motiva el conflicto, y perpetuos los que no tienen plazo para su ejercicio. En relación a la transmisibilidad activa y pasiva, dependerá de cada tipo de interdicto.

El origen más probable de la tutela interdictal es la protección y mantenimiento de las cosas destinadas al uso público: interdictos de *loco publico fruendo*, *de via publica et itinere publico reficiendo*, etc. En el ámbito de los intereses privados, la primera aplicación de esta tutela puede que se relacione con la que se daba al concesionario de tierras cultivables de titularidad pública o *ager publicus*, que carecía de defensa como dueño por medio de la *legis actio sacramento in rem*. A partir de esta situación, la defensa interdictal se extiende a otras situaciones posesorias no tuteladas por acciones hasta otorgarse también al dueño aparente. La Jurisprudencia formula, con relación a los interdictos posesorios, la distinción entre interdictos de retener (interdictos *uti possidetis* y *utrubi*), de recuperar (interdictos *de vi*, *de vi armata*, *de precario* y *de clandestina possessione*) y de adquirir la posesión (interdicto *quorum bonorum*). La tutela interdictal también cubre los derechos reales sobre cosa ajena por medio de interdictos específicos similares a los posesorios, y constituye el fundamento de la protección procesal del heredero por derecho pretorio o *bonorum posesor*, y del adquirente de los bienes en un procedimiento de embargo o *bonorum emptor*, o del demandante en una acción real en caso de indefensión del demandado. Estas aplicaciones de los interdictos muestran que constituyen un sistema de recursos procesales complementarios del de las acciones, y ambos se presentan en derecho clásico como dos modos distintos de tutela jurídico-procesal, proporcionando el interdicto protección rápida

de una serie de intereses, públicos y privados, debido al carácter sumario del procedimiento ante el magistrado y la decisión de éste como suficiente para otorgar la tutela solicitada, sin perjuicio del control judicial posterior de la medida adoptada.

Embargos y estipulaciones pretorias

El embargo constituye también una medida coercitiva basada en el *imperium* del magistrado y se desarrolla en ese ámbito completamente. La medida puede tener carácter meramente preventivo o eficacia inmediata o mediatamente ejecutiva; en virtud del embargo quedan bajo el control de una persona total o parcialmente bienes que pertenecen a otra. El decreto pretorio se adopta tras un examen, o *causae cognitio*, de la solicitud, o *postulatio*, del interesado y de su adecuación a alguno de los supuestos previstos en el Edicto para su concesión. Puede referirse al conjunto de un patrimonio o *missio in bona*, a una masa de bienes determinada (dote, herencia) o a un bien singular o *missio in possessionem*.

El carácter del embargo es simplemente coactivo cuando persigue forzar a una persona a adoptar un comportamiento determinado, pero puede transformarse en ejecutivo si no se consigue el resultado previsto inicialmente con esa medida. Es lo que sucede con el embargo decretado en caso de indefensión del demandado, decretado primero como medida provisional o cautelar (*missio rei servandae causa*), pero puede conducir posteriormente a la venta del patrimonio embargado o *venditio bonorum* si persiste la no comparecencia del demandado. Similar es el régimen del embargo previsto contra el dueño de una casa que amenaza ruina si se niega a garantizar al propietario del inmueble vecino la indemnización que pueda proceder en caso que se produzca el derrumbe del edificio y se causen daños (*cautio damni infecti*): el embargo permite al vecino facultades de intromisión en el edificio ruinoso y realizar obras de aseguramiento del mismo. Si el dueño obstruye el acceso y sigue sin prestar garantía, puede ser emanado un segundo decreto de embargo que otorga al beneficiario la posesión y la eventual adquisición del inmueble ajeno por usucapión. En otros casos, el embargo agota su finalidad en un objetivo meramente cautelar, otorgándose con carácter provisional en tanto se mantenga una situación determinada. Es el caso del que se concede a solicitud de la mujer embarazada sobre los bienes hereditarios a que pudiera tener derecho el hijo que nazca o *missio in possessionem ventris nomine*, con el consiguiente nombramiento de un administrador de esos bienes o *curator ventris*; en este supuesto, el embargo queda sin efecto tanto si se frustra el nacimiento como si se produce y el nacido adquiere la titularidad de los bienes hereditarios.

El beneficiario del embargo queda defendido por medio de interdictos y a veces con una *actio in factum* contra el que impide la entrada en los bienes embargados. Normalmente el beneficiario del embargo es un detentador, aunque puede llegar a ser poseedor por un acto posterior del magistrado (*ex secundo decreto*) cuando se decreta con carácter definitivo.

El embargo es una de las medidas coactivas que puede utilizar el magistrado con *imperium* para forzar a una persona a constituir una obligación a favor de otra. De esta manera tutela el derecho pretorio indirectamente, ya que no necesita conceder una acción *in factum* o un interdicto a una situación determinada que se considera merecedora de protección. Es lo que ocurre en la ya señalada *cautio damni infecti*, que debe prestar el dueño del edificio ruinoso, bajo amenaza de embargo del mismo, a favor del dueño del inmueble vecino. La promesa estipulatoria genera la acción civil propia de ese negocio

o *actio ex stipulatu*, por la cual puede reclamar daños si éstos llegan a producirse; el pretor verifica los hechos y ordena dar esa promesa con eficacia obligatoria, eventualmente garantizada con fiadores (*satisdatio*) y documentada (*cautio*) a efectos de prueba. También amenaza el magistrado con el embargo al demandado que se niega a prometer con fiadores el pago de la condena eventual (*cautio iudicatum solvi*), e igualmente cuando se niega a dar garantes de su comparecencia en el proceso (*vadimonium*). En otros casos, el medio coactivo puede consistir en la denegación de un medio de tutela a la persona a la que se requiere para que preste una promesa estipulatoria; así, el *procurator* o representante procesal no solemne que actúa como demandante, no es admitido como tal si no se compromete a indemnizar al demandado en caso que el representado no ratifique su gestión y se niegue a asumir el resultado del proceso, o el usufructuario no puede obtener tutela por medio de la *vindicatio ususfructus* si no presta al dueño la *cautio usufructuaria*.

El que una promesa estipulatoria sea exigible puede estar relacionado entonces con el desarrollo de un proceso (estipulaciones procesales) o con la tutela de un interés al margen de un proceso actual, aunque en previsión de alguna posible reclamación procesal (estipulaciones meramente caucionales o extraprocesales); al primer grupo pertenecen también las que puede exigir el juez, como resultado de un proceso, para asegurar determinados efectos derivados de la sentencia: por ejemplo, la *cautio de non amplius turbando*, que se exige del condenado en una acción de servidumbre a fin de que se comprometa a no perturbar en el futuro su ejercicio por parte del demandante vencedor.

Restituciones in integrum

La *restitutio in integrum* constituye una medida de carácter extraordinario en que se manifiesta de manera especial el *imperium* del magistrado; supone la privación de efectos a un acto o negocio jurídico formalmente válido, en consideración a la concurrencia de alguna de las causas expresamente previstas en el Edicto o cualquier otra que el magistrado considerara justa.

La rescisión puede concederse, preferentemente, para reintegrar al estado jurídico anterior un derecho o una acción extinguidas a consecuencia de una ausencia justificada (*rei publicae causa*). También procede la *restitutio in integrum* para dejar sin efecto los actos realizados por un menor de veinticinco años de los que se hubiera derivado para el menor un perjuicio patrimonial. Asimismo se concede en interés de los acreedores para que puedan reclamar los créditos extinguidos a causa de la arrogación de un *sui iuris*. Igualmente procede para privar de efectos a los negocios jurídicos realizados por un deudor para disminuir fraudulentamente su patrimonio en perjuicio de terceros. La *restitutio in integrum* permite, a su vez, dejar sin efecto un negocio jurídico cuando fue realizado por intimidación, y el pretor considera por excepción el error como causa posible para rescindir, por ejemplo, la *litis contestatio* en favor del demandado cuando dejó de alegar una excepción procesal oportunamente.

Esta medida es subsidiaria, concediéndose sólo en caso que no exista otro recurso procesal para conseguir la reparación del perjuicio causado. No procede en caso de engaño en la realización de un negocio jurídico, ya que el resarcimiento puede conseguirse por una acción de dolo.

En el procedimiento formulario la *restitutio in integrum* es una medida que se inscribe dentro del ejercicio ordinario de la *iurisdictio* del magistrado, y que se materializa en

la concesión del oportuno recurso procesal. Normalmente se trata de la acción que corresponde a la situación concreta invocada por el interesado con fórmula ficticia, en la que se ordena al juez que decida la controversia como si el hecho rescindido no hubiera tenido lugar; los efectos de la rescisión pueden obtenerse de la misma manera por medio de la denegación de la acción derivada del acto rescindido.

¿Cómo estaban organizados la jurisdicción y los jueces en el procedimiento formulario?

Los principales magistrados jurisdiccionales en Roma son el pretor urbano, competente en las controversias entre ciudadanos romanos, y el pretor peregrino, creado el año 242 a. de C., para los litigios en que al menos una de las partes contendientes era extranjera. En cuanto a la cuantía de los litigios, la competencia de los pretores no tiene límite alguno.

A pesar de tratarse de magistrados sin *imperium*, los ediles curules tienen jurisdicción especial en algunos asuntos relativos al cuidado y vigilancia de la ciudad y los mercados (*cura urbis* y *cura annonae*), actividades que estaban confiadas a ellos. Igual que los pretores, publican un Edicto (*edictum aedilio curulium*) al inicio de su magistratura en el cual se prometen distintas acciones, sobre todo en materia de compraventa de esclavos y animales por vicios ocultos de la cosa vendida y de daños causados por animales peligrosos en lugares públicos. Dentro de su ámbito, los ediles también son competentes sin límite en relación a la cuantía de los litigios.

En los municipios y colonias la jurisdicción corresponde a los magistrados locales (*duoviri* o *quattuorviri iure difundo*), aunque limitada a los asuntos de menor cuantía. Este límite está establecido en la ley municipal o colonial correspondiente. Pero además, tampoco tienen competencia en las acciones infamantes. En ambos casos, la jurisdicción competente es, en Italia, la del pretor de Roma, y en provincias, la del gobernador provincial, que tiene la máxima jurisdicción en el ámbito de la provincia. Sin embargo, se permite que se someta una controversia, si ambos litigantes están de acuerdo, a la jurisdicción municipal. Esta posibilidad derogatoria de la competencia jurisdiccional por acuerdo de las partes tiene un amplio alcance en Roma. Al estar desprovistos de *imperium* estos magistrados no deberían tener competencia para conocer de interdictos o embargos. Pese a esto, las leyes municipales hablan a veces de esos expedientes como propios de los magistrados municipales, lo que parece indicar que esas facultades pueden ser atribuidas por ley a estos magistrados.

¿Dónde y cuándo son hábiles los actos jurisdiccionales?

Las actuaciones ante el pretor tienen lugar en el foro: el magistrado, vestido con la toga pretexta, se sienta para desarrollar su actividad en la silla curul (*sella curulis*), colocada en un pequeño estrado o *tribunal*. Por su parte, los ediles curules cumplen su actividad jurisdiccional en la sede del mercado.

Cuando se trata de actos en que no existe una contienda pero que requieren la presencia del pretor para que se produzcan los efectos pretendidos, no es preciso que el magistrado actúe en el tribunal, sino que puede hacerlo en cualquier lugar: es la denominada posteriormente “jurisdicción voluntaria”. Ejemplos de esto son manumisiones *vindicta*, adopciones o nombramientos de tutores.

Tal como en Roma, los magistrados municipales o coloniales desarrollan su actividad en el foro municipal o de la colonia. Los gobernadores provinciales ejercían la jurisdicción en la capital de la provincia, y además recorrían periódicamente las ciudades judiciales de la provincia para cumplir también en ellas su función. Esta última actividad a veces era realizada por medio de delegados.

El calendario jurisdiccional distingue desde antiguo entre los días hábiles (*dies fasti*), en los que son posibles las actuaciones, y los días inhábiles (*dies nefasti*), en los que no resultan posibles. Aún más, cabe distinguir los días comiciales (*dies comitiales*), es decir, los reservados para las reuniones de los comicios, en los que se permiten las actuaciones siempre que no esté convocada efectivamente una reunión comicial. Dentro de los días inhábiles se incluyen las fiestas de todo el Imperio, los días festivos propios de cada localidad o región, y los días en que haya vendimia u otras labores agrícolas; en estos últimos, sin embargo, se permite la actividad judicial si así lo acuerdan tanto las partes como el juez.

“Album iudicum” y elección del juez

El pretor está obligado en los primeros días de su magistratura a confeccionar y exponer públicamente, junto al Edicto para ese año, una lista oficial de posibles jueces integrada por ciudadanos honestos y de una cierta edad. Durante la época republicana se exigían treinta años, límite que Augusto rebajó a veinticinco y Claudio a veinticuatro. Esa lista, el *album iudicum*, era a la que podían acudir los litigantes para elegir al juez, aunque nada impedía que escogieran de común acuerdo una persona ajena a la misma. En la práctica, el recurso a la lista oficial sólo se produce cuando no hay acuerdo entre las partes en la persona del juzgador. En ese caso se seguía un sistema de recusación de los integrantes del álbum.

El *album iudicum* se componía de diferentes decurias, de unos trescientos integrantes cada una de ellas. La *lex Aurelia iudiciaria* del año 70 a. de C. había establecido que el listado oficial debía estar formado por tres decurias: una de senadores, otra de caballeros y otra de *tribuni aerarii*, de cuya composición se encargaría el pretor urbano. Antes de Cayo Graco el monopolio de la lista oficial correspondía a los senadores, y es muy explicable el rechazo que provocaba ese monopolio en amplios sectores de la burguesía ajenos a la nobleza senatorial, ya que tan importante como la norma jurídica a aplicar es quién será el encargado de aplicarla. Si no había acuerdo entre las partes, el juez finalmente siempre sería un senador. El número de decurias y la procedencia social de sus componentes cambió con el tiempo, hasta que en la época imperial la lista terminó por confeccionarla el Príncipe, llegándose a configurar el cargo de juez como una carga vitalicia. En todo caso, las partes pueden elegir como juez a cualquier persona con las mínimas condiciones de capacidad, sea o no integrante del *album iudicum*, y sólo a falta de acuerdo se acude al listado oficial. En ese caso se sigue un sistema de recusaciones equivalente en el fondo a la elección convencional. Así, cada litigante recusa a una decuria completa, empezando por el actor, y luego van recusando alternativamente a los integrantes de la decuria no recusada

hasta que queda sólo uno: ése será el juez o árbitro encargado de resolver la controversia. De este modo, a la elección de juez o árbitro no se acude nunca al sorteo. En cambio, sí hay *sortitio* en aquellos litigios en que en lugar de un juez único deben nombrarse *recuperatores* en número de tres o cinco, en cuyo caso se sortean de entre siete elegidos o no recusados por las partes de la lista oficial.

De ordinario, el papel de juez lo desempeña una persona única: *iudex unus* o *arbiter*, sin que exista diferencia entre ellos en cuanto a su designación, según el sistema antes indicado. En todo caso, el cargo lo desempeña un varón, pues el oficio judicial se configura como esencialmente viril. La diferencia entre el *iudex* y el *arbiter* estriba en la mayor discrecionalidad que se otorga en su actuación al árbitro respecto al juez; y mientras éste tiene siempre un origen en el ámbito jurídico, el *arbiter* suele ser fruto de recepción en el ámbito oficial de algo que en origen era externo a él, como sucede en los arbitrajes de división, que penetran en el ámbito jurídico con las XII Tablas, o con los arbitrajes de buena fe, que son recibidos en el ámbito oficial por el pretor.

De todos modos, la diferencia entre uno y otro se desvanece con el tiempo, y aunque en determinados juicios se habla siempre de *arbiter* a propósito del que está encargado de decidir la controversia, también se habla indistintamente en ellos de *iudex* para designar al juzgador. En la práctica, por la análoga función de uno y otro, el término *iudex* tiende a generalizarse y a desplazar al de *arbiter*, aunque sin suplantarlo por completo, reservándose éste más específicamente para indicar al que decide en los arbitrajes privados.

En algunas acciones heterogéneas, pero que por lo general presentan interés público, en lugar de nombrarse un juez único está previsto en el Edicto el nombramiento de un tribunal de tres o cinco *recuperatores*; así sucede en la acción de injurias en caso de lesiones físicas y en otras acciones que reprimen el uso de la violencia, en las acciones relativas a la citación procesal, en la acción de violación de sepulturas o, al menos desde la época de Augusto, en los procesos de libertad de las personas. El nombramiento de *recuperatores* sigue el mismo sistema que el de los jueces unipersonales, pero tras el acuerdo de los litigantes en siete nombres o tras la recusación alternativa de los integrantes de la lista oficial hasta que queden siete, tiene lugar un sorteo que proporciona los tres o cinco necesarios.

El origen de los *recuperatores* parece encontrarse en la solución de litigios de carácter internacional, en concreto en los casos en que un tratado entre Roma y otro pueblo se establecía el nombramiento de tribunales mixtos de *recuperatores* para la recuperación de cosas entre particulares de ambas partes. De ahí pasan estos tribunales al ámbito del derecho público y también al del derecho privado para determinados juicios que presentan interés público; es posible que en el ámbito privado se introdujeran primero por el pretor peregrino y luego ya por el pretor urbano. En todo caso, los juicios en que se nombran recuperadores son pretorios, y nunca un tribunal de este tipo entiende en acciones civiles. Las decisiones que se hayan de tomar en el litigio, incluida la más importante de todas, la sentencia, se toman por mayoría de votos, sin que sea exigida en ningún caso la unanimidad.

Tramitación procesal de las acciones formularias.

a) Fase “in iure” o ante el magistrado.

Al igual que en el procedimiento de las acciones de la ley, la citación hecha por el demandante constituye el acto con el que se inicia la tramitación de la *actio* en el procedimiento formulario. Pero el derecho pretorio le imprime un carácter publicístico al someter a regulación tanto el modo en que el demandante debe hacerla como el comportamiento procesal del demandado que se niega a comparecer ante el magistrado.

El acto de la citación y el deber de comparecencia del demandado constituyen una manifestación del principio de iniciativa de parte o de justicia rogada, por el cual es el interesado el que inicia y promueve el desarrollo del proceso, como también del principio de controversia o contradictorio, del que se desprende la fundamentación del proceso privado en la oposición de intereses de las partes, a las que corresponde aportar los hechos para fijar el objeto de la controversia y los medios de prueba a efecto de que el juez pueda tomar una decisión en relación con las respectivas alegaciones de las partes.

La citación requiere la efectiva notificación al demandado de la intención de litigar por parte del actor; el derecho pretorio impone al demandante el deber de comunicar en ese acto al adversario el fundamento jurídico y probatorio de su pretensión, sancionando con una multa exigible mediante una *actio in factum* la infracción de ese deber procesal. El cumplimiento del deber de comparecencia del demandado puede asegurarse mediante la asunción de responsabilidad para el caso de incomparecencia por parte de un tercero solvente, pero desde el siglo I a. de C. alcanza amplia difusión la práctica de la promesa estipulatoria del propio demandado, normalmente asegurada mediante fiadores, de la que se deriva el riesgo patrimonial de tener que satisfacer la cantidad prometida a título de pena por el hecho de la incomparecencia el día convenido, salvo que pueda alegar una causa justificativa. Si no medió esta promesa ni la intervención de un tercero como garante y el citado elude la comparecencia, dispone el demandante de una *actio in factum* cuyo resultado es la imposición de una sanción económica al demandado, siempre y cuando no resulte imputable al demandante un comportamiento procesal incorrecto en la citación.

La regulación pretoria de la citación responde a una política procesal encaminada a favorecer la realización pacífica del derecho y el compromiso transaccional entre las partes, a fin de evitar los litigios innecesarios y a dotar de tutela al demandado en cuanto a su interés en disponer de información previa acerca de la pretensión del demandante y el fundamento de la misma, todo con el fin de que pueda comparecer suficientemente provisto de los medios de defensa necesarios. Con todo ello se modifica también el régimen de la citación en el antiguo procedimiento de las acciones de la ley y el carácter inmediato del deber de comparecencia y la ausencia de contenido justificativo del ejercicio de la acción procesal.

Las partes litigantes son el actor o demandante y el demandado. El primero asume la iniciativa e impulso del proceso, mientras el segundo es la persona contra la cual se litiga. La locución “partes procesales” indica conjuntamente al titular activo y pasivo de la relación jurídica procesal, que en el procedimiento formulario se constituye con la *litis contestatio*. Hasta el término de las actuaciones ante el magistrado la presencia del demandado es tan necesaria como la del demandante, y a asegurar esa presencia se orientan las medidas coactivas contra la desobediencia a la citación y la incomparecencia del demandado. Una nueva promesa de comparecencia puede exigirse al demandado en caso que las actuaciones ante el magistrado se prolonguen en sesiones desarrolladas en días sucesivos, lo que ocurre necesariamente cuando se plantean cuestiones incidentales o cualquiera de las partes solicita un aplazamiento.

Desarrollo del proceso hasta la *litis contestatio*.

Tras la comparecencia de las partes ante el magistrado, el primer acto procesal es la *editio actionis*, que consiste en la indicación efectuada por el demandante de la acción procesal a través de la cual pretende tramitar el litigio; en ese mismo acto el demandante debe exponer el objeto de su pretensión y poner en conocimiento del magistrado por vía de enunciación descriptiva los medios de prueba en que la misma se apoya. A este acto sigue la *postulatio actionis*, en virtud del cual el demandante solicita al magistrado la correspondiente tutela jurisdiccional; de igual modo, el demandado puede manifestar su posición y alegar los hechos contradictorios respecto a la pretensión del demandante, solicitando en este momento o posteriormente la concesión de tutela jurisdiccional mediante una *postulatio exceptionis*. Se trata de fijar los términos de la controversia, precisando los hechos de cuya prueba dependerá el contenido de la futura decisión judicial.

La concreción del contenido de la pretensión del demandante presenta especiales riesgos procesales cuando se trata de acciones técnicamente referidas a reclamaciones de objeto determinado: en tal caso el actor puede perder el litigio si el derecho por él afirmado o la obligación del demandado no se corresponden exactamente con la realidad por petición excesiva del demandante. Así ocurre cuando el demandante reclama más de lo que el deudor le debe, lo que sucede también cuando éste sólo puede ser demandado *pro parte* y, o es por entero, o en caso de que un copropietario demande por una cuantía superior a su cuota; la pérdida del proceso por petición excesiva puede resultar también de una reclamación planteada antes del plazo de vencimiento de una deuda o con anterioridad al cumplimiento de una condición, o en lugar distinto del que podía ser exigida la prestación; finalmente, en las obligaciones alternativas con elección a cargo del deudor, o relativas a un género dentro del cual corresponde al deudor elegir, se produce petición por exceso cuando la pretensión del demandante se refiere a una prestación determinada elegida por él.

Corresponde al magistrado examinar, en primer lugar, los presupuestos de capacidad, legitimación y competencia, que deben concurrir para que la tramitación de la acción pueda conducir a un resultado procesalmente válido; a tal efecto, el magistrado puede utilizar las *interrogationes in iure* para el esclarecimiento y determinación de las condiciones relativas a tales presupuestos procesales. Constituye también una atribución propia del magistrado en este momento inicial del proceso la exigencia de la prestación de las cauciones que procedan a los representantes procesales y al demandado. Finalmente, el magistrado debe examinar la adecuación de la fórmula a la acción solicitada por el demandante con el contenido de su petición, pudiendo referirse aquélla a un recurso procesal existente, o adaptado a una situación distinta pero próxima a la prevista en el mismo, e incluso una acción nueva que se solicita para un supuesto todavía no tutelado procesalmente, pero que el magistrado puede conceder (acción decretal).

Como resultado de la *causae cognitio*, el magistrado puede decidir por decreto la desestimación de la acción en caso de que compruebe la falta de alguno de los presupuestos necesarios para que la relación jurídica procesal pueda constituirse válidamente, o por resultar técnicamente inadecuada para hacer valer la pretensión expuesta por el demandante, pero también cuando la acción solicitada no resulta procedente por referirse a una pretensión contraria al orden jurídico o a situaciones en que el propio derecho pretorio disponía que no se concedería tutela jurisdiccional. En todos estos casos la *denegatio actionis* se fundamenta en motivaciones de naturaleza procesal o de orden jurídico general; pero la decisión pretoria puede resultar igualmente de la constatación del carácter manifiestamente injusto de la pretensión del demandante,

aunque pueda tener un fundamento jurídico formal, o de la evidente falta de consistencia de la misma en cuanto a los hechos y pruebas enunciadas ante el magistrado; la *denegatio actionis* constituye entonces un acto de *imperium* del magistrado, y trata de evitar un proceso considerado improcedente o inútil. Aunque la generalización de las excepciones procesales a efectos de la inclusión de los hechos contradictorios alegados por el demandado tendió a atenuar en la práctica esa facultad del magistrado, no llega a eliminarse de su ámbito de competencia una cierta discrecionalidad tanto en la concesión de la acción como de la excepción al demandado, pues la facultad de desestimación se presenta como un medio razonable al servicio de la economía procesal y en contra de la litigiosidad temeraria o procesalmente inútil; por lo demás, al no quedar consumida la acción, la *denegatio actionis* no impide la reiteración en un momento posterior de la pretensión del demandante habiendo subsanado los defectos de su planteamiento anterior.

La vigencia del principio dispositivo en el proceso privado se manifiesta materialmente en que corresponde a las partes la determinación del objeto y los términos de la controversia; pero ese principio tiene también como consecuencia la atribución a las partes de una serie de facultades en orden a la posible decisión de las mismas de interrumpir el proceso, resolviendo la controversia a través de mecanismos que hacen innecesaria la intervención judicial. Así ocurre, en efecto, cuando el demandado reconoce el fundamento de la acción del demandante y se allana ante el magistrado; en tal caso, si se trata de una acción real, el magistrado atribuye al demandante el derecho correspondiente tras el allanamiento del demandado; si lo confesado es una deuda consistente en una determinada cantidad de dinero, la *confessio* atribuye desde antiguo al demandante un título ejecutivo equivalente a una sentencia, pero si la deuda se refiere a una prestación no dineraria o de objeto indeterminado, es preciso llevar a cabo previamente una estimación en dinero del contenido de la prestación.

La *confessio* da lugar a una acción ejecutiva similar a la *actio iudicati*, denominada *actio ex confessione* o *confessoria*, en la que se parte de la declaración del *confessus*, dando por probado el derecho real o personal reconocido, de modo que la controversia se centra tan sólo en la estimación a efectos de determinar el importe de la condena, salvo cuando lo confesado es una deuda de dinero, en cuyo caso ese trámite no es necesario; la acción conserva de su originaria derivación de la *manus iniectio* el efecto de la litiscrescencia, es decir, el riesgo de la condena al doble para el demandado que niega el hecho reconocido en la *confessio*, aunque el demandado puede discutir sin el riesgo de aumento de la condena el importe de la estimación, cuando ésta proceda; por lo demás, el demandado puede evitar la condena restituyendo lo reclamado al demandante cuando la *confessio* se refiere a una acción real o a una acción personal con cláusula de restitución.

Tanto por iniciativa de las partes o de sus asesores procesales como a instancias del propio magistrado, la tramitación de la acción procesal puede quedar interrumpida en virtud de un acuerdo transaccional; se trata de un convenio en virtud del cual las partes ponen término al proceso mediante el intercambio de prestaciones recíprocas o promesas formales relativas al objeto de la controversia. La transacción puede tener lugar antes del inicio del proceso, a fin de evitar su provocación, o una vez iniciado, en cuyo caso produce el efecto de paralizar la tramitación de la acción ya ejercitada. Los problemas que plantea la transacción se refieren, fundamentalmente, a las condiciones de validez de la misma y al modo de dar eficacia al convenio. Por lo que se refiere a la primera cuestión, es preciso que los que transigen tengan facultad de disposición sobre el objeto de la transacción y que ésta no se refiera a derechos irrenunciables, como los que afectan al estado de las personas o

al ámbito normativo propio del *ius publicum*; carece de eficacia la transacción cuando está viciada por error o dolo, pero éste no puede ser invocado por quien lo ha cometido.

La controversia puede resolverse también por acuerdo de las partes mediante el convenio de atenerse a la declaración jurada prestada ante el magistrado por la parte invitada a formular esa declaración, que puede también remitir la misma a quien toma la iniciativa, con el compromiso igualmente de atenerse al contenido de lo declarado. La eficacia de este acto, desde el punto de vista procesal, queda asegurada a través de una *exceptio* a favor del demandado, si el juramento le favorece, contra una posible ulterior reclamación del demandante, y, en caso contrario, con una *actio in factum ex iureiurando* a favor de éste, con eficacia ejecutiva cuando el objeto de la reclamación jurada es una deuda de dinero; en las demás reclamaciones, el demandante puede entablar la acción pertinente, en la que se incluye como hecho probado el contenido de la declaración jurada. Este medio de resolución convencional de la controversia puede resultar, en ocasiones, el único medio coactivo posible para el demandante cuando carece de pruebas en las que fundar ante el juez la existencia de un derecho de crédito a su favor; de ahí que en la *actio certi* el juramento se presente como necesario, en el sentido de que el demandado no puede rechazar la iniciativa del demandante de resolver de este modo la controversia.

El principio dispositivo confiere también al demandante la facultad de desistirse de la acción procesal, sin perjuicio de su posible replanteamiento posterior, lo que resulta aconsejable si carece de pruebas suficientes y no ha podido resolverse la controversia por medio de alguno de los expedientes anteriormente indicados, e igualmente cuando encuentra fundados los hechos alegados por el demandado y los apoyos probatorios de los mismos en medida suficiente para desvirtuar su pretensión y, en consecuencia, resultar previsible la pérdida del proceso.

Si no concurre ninguna causa de paralización del proceso, las actuaciones ante el magistrado concluyen con la decisión de éste de concesión de la tutela jurisdiccional solicitada por el demandante expresada por medio del correspondiente decreto, con la consiguiente autorización para la prosecución del proceso ante el juez.

Si el decreto del magistrado da vía libre al *iudicium*, debe procederse ahora por las partes a la *litis contestatio*, que es el momento central del proceso en cuanto acto constitutivo de la relación procesal. El nombre de *litis contestatio*, aunque proviene del procedimiento de las acciones de la ley, designa en el procedimiento formulario clásico un acto esencialmente nuevo, en el que la presencia de testigos no resulta ya necesaria para la validez del acto, si bien suelen ser llamados por los litigantes con finalidad probatoria.

La *litis contestatio* es un negocio procesal especial, mediante el cual el demandante propone al demandado la fórmula admitida por el pretor y el demandado la acepta, sometiéndose así ambos a la futura sentencia del juez; la proposición del actor puede realizarse de cualquier forma, por lo general dictando la fórmula al demandado o poniendo a su disposición el texto de la misma, mientras que la aprobación por parte del demandado no requiere tampoco ninguna formalidad especial, considerándose suficiente cualquier acto que manifieste con claridad su aceptación. Este acuerdo de las partes se configura jurídicamente como necesario, hasta el punto de que sin él no puede proseguir el litigio.

Se habla, a veces, de que la *litis contestatio* es un negocio procesal bilateral privado; esa concepción, aunque sea básicamente correcta, precisa de matizaciones. En efecto, el demandante debe proponer al demandado para su aceptación la fórmula aprobada por el pretor; que puede ofrecer diferencias respecto a la inicialmente presentada por él, y sólo puede optar entre proponer esa fórmula o renunciar al juicio; a su vez, el demandado puede

aceptar o no la fórmula, pero si decide no aceptarla incurre en flagrante indefensión, con las graves consecuencias que ello comporta. Por otra parte, según la suposición que se ajusta mejor a la realidad más probable, la elección del juez tenía lugar, antes de la *litis contestatio*, con lo que el nombre del juez o de los *recuperatores* encargados de juzgar figuraría ya en la fórmula autorizada por el magistrado; por tanto, la orden de juzgar dada por el magistrado al juez privado no parece que fuera objeto de un decreto aparte del pretor, sino que se integra dentro de la *datio actionis* o *iudicii* que tiene por objeto la *litis contestatio*. Así pues, aunque la *litis contestatio* tiene un acentuado carácter privado, también está presente en ella el elemento público.

La *litis contestatio* produce en primer lugar los efectos fijatorios, en el sentido que fija los términos de la controversia de forma irrevocable. Determina de cara al futuro tanto a la persona del demandante, como a la del demandado o, en su caso, a sus representantes, mientras la controversia entre las partes pasa a ser cosa deducida en juicio en espera de la sentencia judicial; si el objeto del litigio es un bien patrimonial específico, se prohíbe su enajenación mientras no exista sentencia.

Desde el punto de vista del tiempo para el ejercicio de la acción, las acciones que tienen un plazo para ser ejercitadas, por lo común de un año, vienen en la práctica a perder ese carácter de temporalidad una vez celebrada la *litis contestatio*, con lo que desaparece para el demandante el riesgo de la caducidad de la acción.

De los efectos de la *litis contestatio* quizá el más importante sea el llamado efecto extintivo o de consumición de la acción, lo que se refiere a que la acción, una vez entablada, no podrá volver a ejercitarse en el futuro, pues no está permitido volver dos veces sobre lo mismo: esto se expresa con la antigua regla “*non bis in idem*” o “*bis de eadem re agüere non licet*”. De todas formas, este efecto consuntivo opera de distintas maneras según la acción ejercitada: en las acciones personales civiles, y siempre que se trate de un *iudicium legitimum*, opera ipso iure, de modo que la obligación del deudor queda civilmente extinguida; mientras que en todas las demás acciones, tanto reales, como personales pretorias, como en los *iudicia imperio continentia*, la consumición de la acción opera a través de excepción, en concreto mediante la excepción de cosa deducida en juicio. A través de esta excepción el magistrado evita que el demandante logre salir vencedor en un proceso repetido, hablándose a este respecto de efectos “preclusivos” de la *litis contestatio*.

Es claro que junto al efecto extintivo, la *litis contestatio* opera un efecto creador, en el sentido que hace surgir un vínculo nuevo entre las partes, pues éstas quedan sometidas a la suerte del litigio; desde el punto de vista del demandado se dice que está sujeto a la litiscontestación, y, en efecto, de ella surge para el demandado la obligación de pagar la sentencia siempre y cuando llegue a producirse efectivamente la sentencia judicial condenatoria: se trata, pues, de una obligación condicionada, que sólo se perfeccionará si se produce la condena.

Contenido general de la fórmula.

La fórmula procesal es un breve escrito que constituye la base del procedimiento formulario. Este escrito se inicia con el nombre del juez (o, en su caso, los *recuperatores*) elegido por las partes y ratificado por el magistrado, a lo que sigue un esquema o resumen conciso y exacto de la cuestión litigiosa tal y como ha quedado planteada ante el pretor y han aceptado luego las partes en la *litis contestatio*. En su apariencia externa, toda la

fórmula se presenta como una instrucción dirigida al juez para que condene al demandado si se comprueba como cierta la alegación del demandante, y que lo absuelva en caso contrario. Por ejemplo, una fórmula muy sencilla, la de la *condictio* para reclamar una deuda pecuniaria de mil sestercios, se expresa así: “Cayo sé juez. Si resulta que el demandado debe dar mil sestercios al demandante, tú juez condena al demandado a pagar mil sestercios al demandante, y si no resulta absuévelo”.

Las partes y el pretor, a la hora de redactar la fórmula, se someten a unos esquemas prefijados, partiendo normalmente de los modelos abstractos previstos en el Edicto. En teoría podrían confeccionar la fórmula como quisieran, y no cabe descartar que antiguamente se redactasen las fórmulas con una cierta libertad de formas, pero muy pronto se establecen en la práctica cláusulas estables, cada una de ellas con su función concreta, cuya observancia se sigue sin excepciones: son las llamadas partes de las fórmulas. Detrás de esa experiencia práctica de configuración de las fórmulas se encuentra la mano de los juristas, sin cuya intervención resultaría inexplicable la precisión, sencillez y rigor jurídico que presentan las fórmulas procesales.

Estas partes son:

1) Demonstratio

Es la parte que va al principio de algunas fórmulas para mostrar o indicar el hecho por el cual se reclama.

Sin ninguna duda, esta cláusula figura en las reclamaciones de deudas de objeto indeterminado, por ejemplo en las de buena fe, en cuyo caso como la *intentio* de la fórmula es siempre genérica (*quidquid ob eam Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*: “todo lo que por esa causa el demandado al demandante deba dar o hacer según la buena fe”) se hace necesaria una indicación previa en la que se señala cuál es la causa concreta de la reclamación: haber comprado un fundo, haber depositado un cuadro, etc.

Da Gayo en sus Instituciones una descripción de esta parte de la fórmula: “*Por ejemplo, dice así: PUESTO QUE AULO AGERIO VENDIÓ UN ESCLAVO A NUMERIO NEGIDIO. O bien: PUESTO QUE AULO AGERIO ENTREGÓ EN DEPÓSITO UN ESCLAVO A NUMERIO NEGIDIO.*”¹

2) Intentio.

Es la parte de la fórmula en que se indica el derecho pretendido por el demandante.

La *intentio* puede ser real o personal, según el tipo de la acción ejercitada. En la *intentio* real aparecen el nombre del demandante y el de la cosa sobre la que afirma tener derecho, mientras en la *intentio* personal figuran tanto el nombre del demandante como el del demandado.

Cuando lo pretendido es una cosa determinada o una suma concreta de dinero se habla de que la *intentio* es cierta, y en ese caso el demandante debe concretar con exactitud su petición, evitando incurrir en petición excesiva, pues si cayera en ella perdería el litigio. Ese riesgo de petición excesiva no existe, en cambio, cuando la *intentio* es indeterminada, en cuyo caso se hace necesaria una *demonstratio* previa donde se indique el hecho que da origen a la reclamación.

¹ Gayo, 4, 40

Gayo en sus Instituciones precisa la manera de redactarla: “*SI RESULTA QUE NUMERIO NEGIDIO DEBE DAR DIEZ MIL SESTERCIOS A AULO AGERIO, o también: TODO LO QUE RESULTE QUE NUMERIO NEGIDIO DEBE DAR O HACER A AULO AGERIO. O de esta manera: SI RESULTA QUE EL ESCLAVO PERTENECE A AULO AGERIO EN PROPIEDAD CIVIL*”.²

3) Condemnatio.

Es la parte de la fórmula que figura al final de la misma y en la que se otorga al juez la facultad de condenar o absolver al demandado; como es natural, está en función de que se pruebe o no la pretensión del demandante que la precede. Se trata de la cláusula más general de las fórmulas, y las llevan todas con excepción de los *praeiudicia*.

Según un antiguo principio, la *condemnatio* tiene siempre por objeto una cantidad pecuniaria. Esto implica que cuando el objeto del litigio no consiste en dinero, el demandado no puede ser condenado a entregar la cosa litigiosa, sino a pagar el valor de la misma, lo que hace necesario en esos casos una estimación del litigio. Para sortear este inconveniente, en las fórmulas de las acciones que por su propia finalidad miran más a la restitución de un objeto que al pago de una cantidad pecuniaria, se incluye la llamada “cláusula arbitraria”, gracias a la cual, llegado el momento, sólo se procederá a la condena pecuniaria si el demandado no entrega al demandante vencedor la cosa litigiosa en los términos indicados por el juez.

Dice Gayo en sus Instituciones cómo se redacta: “*CONDENA, JUEZ, A NUMERIO NEGIDIO A DAR A AULO AGERIO DIEZ MIL SESTERCIOS. SI NO RESULTA ASÍ, ABSUÉLVELO. O bien: CONDENA, JUEZ, A NUMERIO NEGIDIO A PAGAR A AULO AGERIO HASTA DIEZ MIL SESTERCIOS COMO MÁXIMO. SI NO RESULTA ASÍ, ABSUÉLVELO. O también en estos términos: CONDENA, JUEZ, A NUMERIO NEGIDIO A FAVOR DE AULO AGERIO, etc., no añadiéndose, por tanto: HASTA EL LÍMITE DE DIEZ MIL (SESTERCIOS)*”.³

4) Adiudicatio.

Las fórmulas de las acciones enderezadas a dividir el patrimonio familiar entre coherederos o cualquier otra cosa en copropiedad, presentan una cláusula típica, la *adiudicatio*, que faculta al árbitro a adjudicar a cada una de las partes cosas y derechos en proporción a su cuota en la herencia o en la cosa común; la *adiudicatio* no sólo le permite atribuir la propiedad, sino también constituir derechos en cosa ajena, como servidumbres o usufructos. Divisoria se considera también la acción de fijación de lindes, en la que la *adiudicatio* de la fórmula faculta al árbitro a constituir una línea divisoria entre fincas cuando los límites entre ellas resulten discutidos.

Gayo dice en sus Instituciones que se redacata así: “*CUANTO PROCEDA SER ADJUDICADO, JUEZ, ADJUDÍCALO A TICIO*”.⁴

5) Exceptio.

² Gayo, 4, 41

³ Gayo, 4, 43

⁴ Gayo, 4, 42

De las partes no ordinarias de las fórmulas, la más importante es la *exceptio*, cuya inserción en el caso concreto depende siempre de que lo solicite el demandado. La excepción se introduce en la fórmula inmediatamente detrás de la pretensión del demandante y antes de la *condemnatio*, y su finalidad es alegar una circunstancia cuya comprobación neutralice dicha pretensión y logre la absolución del demandado.

El pretor promete en el Edicto conceder excepciones en determinados casos. Aparte, el magistrado, si lo estima justo, puede conceder otras adaptadas a la necesidad concreta del demandado, y se habla entonces de excepciones "*in factum*".

Para que la excepción pueda ser tenida en cuenta por el juez, tiene que aparecer expresamente insertada en la fórmula, pues en otro caso no podrá atenderla ya que debe limitarse a los términos de la fórmula.

La *exceptio* del demandado puede ser neutralizada por otra cláusula similar introducida a instancia del actor, que recibe el nombre de réplica, y que de resultar probada paraliza la excepción; a su vez el demandado puede neutralizar la réplica del actor con una dúplica, y éste la dúplica con una tríplica, último eslabón de la cadena contemplado en las fuentes que teóricamente podría proseguir.

6) Praescriptio.

De forma excepcional las fórmulas pueden presentar una *praescriptio*; se trata de una cláusula que, a modo de advertencia, se introduce a iniciativa del actor al principio de la fórmula (y de ahí su nombre) para especificar el preciso objeto de la acción. Su finalidad es la de evitar posibles consecuencias perjudiciales que podrían derivarse del efecto extintivo de la *litis contestatio* si tal precisión no se hiciera. Así, por ejemplo, si se ha prometido por estipulación pagar anual o mensualmente una cantidad determinada, al reclamar las anualidades o mensualidades ya vencidas el acreedor debe introducir al principio de la fórmula de la *actio certi* la *praescriptio* "*ea res agatur cuius rei dies fuit*", es decir, que la acción se ejercita sólo para reclamar las cantidades cuyo plazo ha vencido; de esta forma el efecto de la *litis contestatio* se limita a las deudas ya vencidas, sin afectar a las restantes que, en su caso, podrán ser objeto de reclamación ulterior.

b) Fase "apud iudicem".

El desarrollo de las actuaciones ante el juez se caracteriza por la oralidad y el contacto directo del órgano judicial con las partes y con los medios de prueba aportados por las mismas. La vigencia del llamado principio dispositivo no se interfiere con el poder de dirección general que corresponde al juez en la ordenación y conducción del proceso, de modo que éste pueda cumplir su finalidad de tutela jurídica, pero aquel principio se manifiesta en la limitación de las facultades del juez en materia de prueba a las facilitadas por las partes, sin posibilidad de solicitar de ellas otras distintas, y en la necesidad de que la sentencia se acomode a los términos de la controversia, tal como se desprende del planteamiento de la misma en la fórmula correspondiente. La asunción de la función judicial en un proceso privado forma parte del conjunto de deberes propios de un ciudadano, que se concreta en virtud de la elección de las partes y la designación por el magistrado, la cual implica al mismo tiempo la obligación de juzgar conforme a las reglas propias de ese oficio, a lo que debe expresamente comprometerse prestando juramento de actuar con honestidad y conforme a derecho.

El cumplimiento de la obligación de juzgar implica la presencia del juez en el curso de los debates y la ordenación de los mismos de forma que quede asegurado el derecho de audiencia de ambas partes, pero, sobre todo, se refiere a la necesidad de dictar sentencia dentro de los plazos procesales al efecto establecidos. La *lex Iulia iudiciorum privatorum*, de Augusto, estableció un término máximo de dieciocho meses a partir de la *litis contestatio* para la conclusión mediante sentencia de los procesos tramitados por acciones civiles en Roma, entre ciudadanos y ante un juez único, en tanto que los restantes debían concluirse antes de finalizar el año de duración del cargo del magistrado que autorizó la fórmula. El transcurso de estos plazos produce la extinción del proceso y en ello se fundamenta la responsabilidad patrimonial que el demandante podía exigir al juez por el daño procesal causado al haber quedado extinguida la acción después de la *litis contestatio*; una acción *in factum* permite trasladar sobre el juez la satisfacción del interés del demandante frustrado por el incumplimiento del deber de juzgar por parte del juez. La legislación procesal estableció limitaciones en cuanto a la duración de los debates y los aplazamientos de las sesiones por motivos probatorios, con el fin de reforzar las facultades del juez en orden a impedir la dilación de la causa y agilizar la tramitación y término de los procesos.

En principio, el propio interés de los litigantes respecto al sentido de la sentencia conduce a asegurar su presencia en esta fase del juicio. En el antiguo procedimiento de las acciones de la ley la incomparecencia de alguna de las partes obligaba al juez a dictar sentencia a favor de la parte presente; aunque en el procedimiento formulario ese resultado no se corresponde ya con el desarrollo de las actuaciones ante el juez y la función de éste, en la práctica parece haber prevalecido la tendencia al pronunciamiento de la sentencia a favor de la parte presente. La sentencia, sin embargo, no tenía que ser necesariamente siempre contraria al ausente, si el juez estimaba como no probada la pretensión del demandante.

El desarrollo de las actuaciones ante el juez puede verse interrumpido por muerte o incapacidad sobrevinida del propio juez, e igualmente por muerte de alguna de las partes o de sus representantes; en el primer caso es preciso proceder a una nueva designación de juez, y en el segundo se debe introducir en la fórmula el nombre del nuevo titular de la relación jurídica procesal, al que se transfieren los efectos de la *litis contestatio*.

En materia probatoria, se llama práctica de la prueba a la actividad que las partes, a través de sus abogados, desarrollan ante el órgano judicial para llevar a éste la convicción de la veracidad de un determinado hecho; el procedimiento probatorio se orienta al establecimiento de los hechos, en los que se apoya el carácter lógico de la sentencia, y que constituyen los supuestos del derecho aplicable en el caso sometido a la decisión del juez. Esta concepción se corresponde con una ordenación de las actuaciones ante el juez como encaminadas a dictar una sentencia motivada en un razonamiento deductivo. La tecnificación de la administración de justicia a partir del Principado determina una orientación en ese sentido de la materia probatoria, por la que comienzan a interesarse los juristas desde fines del siglo I d. de C.

La función de la prueba y su relación con la sentencia, responden a un modelo distinto en el período tardo-republicano, tanto en el proceso penal como en el privado, como consecuencia del carácter prevalente de la argumentación retórica en la práctica forense, y de su orientación y la de los medios de prueba a tratar de provocar en el juez o en el jurado una convicción intuitiva global acerca de la veracidad de la posición sostenida en el proceso por la parte respectivamente patrocinada por el abogado. En ese modelo judicial, prueba y argumentación aparecen desarrolladas conjuntamente, y el procedimiento probatorio no consiste en el contraste de pruebas, sino en la refutación global dialéctica

de las argumentaciones del contrario. Corresponde a este período el desinterés de los juristas por la materia probatoria, entendida como propia del arte retórico y no del oficio jurisprudencial. Por lo demás, rige el principio de libre valoración de la prueba por parte del juez, es decir, la facultad de apreciar por sí mismo y sin limitaciones legales al respecto el resultado de las actuaciones probatorias, pudiendo aceptar como medios de prueba cuantos le presenten los litigantes.

Durante la época clásica, el medio de prueba reconocido como preferible por el derecho procesal son las declaraciones de los testigos en el propio juicio, mediante interrogatorio de los abogados de las partes. La intervención como testigo tiene carácter voluntario, salvo que se trate de prestar testimonio en relación con un acto solemne en el que alguien intervino como testigo, en cuyo caso su negativa a prestar declaración es sancionada con la inhabilitación para tomar parte o celebrar en el futuro actos negociales de esa naturaleza. La declaración del testigo va precedida de la prestación de un juramento de veracidad en la misma; aunque el falso testimonio era sancionado como crimen público desde el derecho de las XII Tablas, a partir del Principado se castiga también el perjurio cometido en la falsa declaración testifical.

Desde el siglo I a. de C. se difunde la práctica de recoger extrajudicialmente las declaraciones de los testigos, también bajo juramento, en documentos que podían servir como modo de aseguramiento de la prueba frente al riesgo de muerte o ausencia probable de un testigo.

Sirven también como medios de prueba las declaraciones de las partes hechas extrajudicialmente por escrito o en el juicio oral; tales declaraciones carecen del valor decisorio de la *confessio* realizada ante el magistrado, pero progresivamente tiende a otorgárseles un valor probatorio de efectos concluyentes. Mayor eficacia tiene la declaración prestada voluntariamente mediante juramento convencional; en algunos casos, este medio de prueba puede ser determinante para la absolución del demandado.

La prueba documental se introduce progresivamente en los usos forenses a medida que se difunde su utilización en la práctica negocial, lo que comienza a suceder al menos desde el siglo I a. de C. y se acrecienta durante el Principado. A pesar del mantenimiento de la forma oral en los negocios jurídicos del *ius civile*, tanto el testamento como la estipulación se recogen en documentos a efectos de aseguramiento de la prueba, y la documentación tiende también, por influencia helenística, a introducirse en las relaciones contractuales y en las transmisiones patrimoniales; por otro lado, en la práctica negocial bancaria se dota de eficacia probatoria desde el siglo I a. de C. a los libros de contabilidad, y el documento dispositivo de eficacia obligacional se incorpora al sistema jurídico romano a lo largo del Principado.

En algunos casos, el juez puede estimar la conveniencia de obtener directamente información sobre determinadas cuestiones objeto de discusión en el juicio, mediante el desplazamiento al lugar de situación de la finca objeto del litigio o a efectos de verificación de los daños causados. Finalmente, los propios discursos forenses tienden a proporcionar al juez elementos de convicción; en ellos pueden emplearse también referencias al derecho aplicable al caso, menciones a criterios sociales de comportamiento a efectos de valoración de la responsabilidad, citas de casos similares decididos en un determinado sentido por otras sentencias judiciales, opiniones y dictámenes de juristas, etc.

La doctrina de la carga de la prueba trata de establecer criterios en cuanto a la distribución de los hechos que corresponde probar a cada parte y las consecuencias de la falta de prueba de los mismos. La Jurisprudencia se ocupa de esta cuestión desde fines

del siglo I d. de C., es decir, en un momento en que el proceso se encuentra ya en curso de tecnificación por lo que se refiere a la práctica de la prueba. Con carácter general, se establece el criterio de que incumbe a cada una de las partes probar los hechos que integran la situación jurídica que invocan como fundamento de su respectiva posición en el proceso; en consecuencia, en principio, corresponde al demandante probar la *demonstratio* o la *intentio* y al demandado la *exceptio*, pero en ocasiones la invocación por éste de un hecho negativo frente a la *intentio* puede obligar al demandante a tener que probar como positivo el hecho negado por el demandado (inversión de la carga de la prueba).

En relación a la sentencia, podemos señalar que es la declaración del juez en virtud de la cual resuelve la controversia que fue sometida a su decisión por las partes y por el magistrado. A tal decisión debe llegar el juez unipersonal después de valorar el conjunto de la prueba practicada y dentro de los términos contenidos en la fórmula. Si se trata de un órgano colegiado, la sentencia es el resultado de las deliberaciones de los jueces, siendo tomada la decisión por mayoría.

El término *sententia* alude al valor de la decisión del juez como probablemente conforme con la verdad material acerca del asunto discutido en el proceso, y muestra, al mismo tiempo, su carácter no imperativo, en virtud de la condición particular del juez privado.

La sentencia no requiere en el procedimiento formulario una forma determinada y las leyes procesales no exigen que la decisión del juez esté expresamente motivada, lo que no deja de guardar relación con su carácter inapelable. La congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes se asegura mediante la necesaria fidelidad del juez a la fórmula, lo que le obliga a absolver al demandado si el demandante no logra probar la *intentio* o la *demonstratio*, o en las acciones con *intentio certa* si el demandante ha incurrido en *pluris petitio*, o cuando el demandado prueba la excepción procesal alegada. Este efecto de absolución del demandado se produce también si éste se aviene antes de la sentencia a satisfacer la pretensión del demandante; tal posibilidad se admite originariamente con carácter general en las acciones de buena fe y en las acciones de derecho estricto cuando estaban provistas de cláusula arbitraria. En consecuencia, antes del pronunciamiento de la sentencia de condena, el juez debe realizar un previo pronunciamiento acerca de su decisión favorable a la pretensión del demandante; cuando la reclamación de éste se refiere a una cosa, la negativa del demandado a acatar la invitación del juez a su restitución al demandante tiene para éste la contrapartida de poder fijar mediante declaración jurada el valor de la cosa, a efectos de determinar así el importe de la condena. En los demás casos, la estimación es fijada por el juez, dentro del límite que puede eventualmente imponerle el magistrado.

El carácter pecuniario de la sentencia en el procedimiento formulario permite tan sólo indirectamente lograr el restablecimiento del interés del demandante a la restitución en las acciones reales y en las personales que contienen ese mismo interés. La sentencia de condena supone la declaración del derecho del demandante, pero al mismo tiempo consolida jurídicamente por el pago de la *litis aestimatio* la posición posesoria del demandado. La traslación al demandante de la fijación del importe de la condena supone un medio coactivo para forzar al demandado a restituir, satisfaciendo así el interés de aquél a la recuperación de la cosa o al restablecimiento del derecho real. La condena en una acción personal presupone siempre el reconocimiento del derecho de crédito invocado por el demandante. La absolución del demandado significa, en cambio, el no reconocimiento del derecho afirmado por el demandante; pero en las acciones reales ello no impide la

reclamación de un tercero, pues la sentencia no tiene valor declarativo para el demandado absuelto.

El contenido de la sentencia adquiere la cualidad de cosa juzgada cuando es firme, es decir, cuando no puede ser objeto de revisión, de modo que queda definitivamente excluida la posibilidad de actuar por el mismo asunto, y puede ser invocada para exigir el cumplimiento de la *obligatio iudicati*. La inexistencia de apelación en el procedimiento formulario daba a la sentencia firmeza desde el momento de su pronunciamiento, salvo que pudiera ser invocada alguna causal de nulidad de la misma por vicios de tipo procesal, corrupción del juez, falsedad en las pruebas y otras de naturaleza similar. La impugnación de la validez de la sentencia puede hacerse entonces por el demandado mediante *exceptio* a la *actio iudicati* entablada por el demandante para la ejecución, pero con el riesgo para el demandado de ser condenado al doble en caso de pérdida del proceso. El demandante vencido, por su parte, puede plantear de nuevo la acción y suscitar la cuestión de nulidad a través de *replicatio* contra la excepción de cosa juzgada invocada por el demandado.

De la sentencia se deriva, en primer lugar, un efecto extintivo, similar al de la *litis contestatio*, que impide la reiteración de un nuevo proceso sobre el mismo asunto ya resuelto y entre los mismos litigantes; la excepción de cosa juzgada, que aparece unida a la de cosa deducida en juicio, impide un nuevo pronunciamiento cuando por la naturaleza de la acción la extinción no se produjo ipso iure.

De la sentencia pueden derivarse también efectos secundarios de tipo patrimonial como sanción de la temeridad procesal o que implican una cierta inhabilitación en el plano negocial.

Una consecuencia accesoria de carácter no patrimonial se produce en algunas acciones cuya condena lleva aparejada la infamia; así ocurre en las acciones penales del *ius civile* que suponen un dolo en el demandado y en las pretorias que requieren una conducta de la misma naturaleza; también produce ese efecto la condena por dolo en las acciones que implican una violación de la *fides*, como la acción de la fiducia, la de sociedad, la de mandato, la de tutela y la de depósito.

Procedimiento ejecutivo para el cumplimiento de la sentencia.

La actio iudicati.

El derecho pretorio introduce el régimen de ejecución patrimonial para el cumplimiento de la *obligatio iudicati*; esta innovación se encuentra relacionada históricamente con el fenómeno de la patrimonialización de las obligaciones.

El procedimiento ejecutivo debe ir precedido por el ejercicio de la *actio iudicati* (acción formularia que reemplaza a la *manus iniectio*), transcurridos treinta días desde que se pronunció la sentencia. Las posibilidades de defensa del demandado se limitan al hecho del cumplimiento y a la posible concurrencia de alguna causa que anule la sentencia, pero

desde el Principado puede alegarse también la compensación de un crédito del *iudicatus* contra el demandante.

El hecho de plantear esta controversia retrasa la ejecución hasta que recaiga una nueva sentencia en la *actio iudicati*; si el demandado no comparece o no alega ninguna excepción, el magistrado decreta directamente la apertura del procedimiento ejecutivo.

Con la introducción de la *cessio bonorum*, la *lex Iulia iudiciorum privatorum* impide la ejecución personal cuando el deudor manifiesta su insolvencia sin dolo, y pone sus bienes a disposición de los acreedores para su liquidación. Esta limitación legal reduce más aún el ámbito de aplicación de la ejecución personal a los supuestos de carencia absoluta de bienes en el deudor y a los de insolvencia fraudulenta.

La propia ejecución patrimonial por medio de la venta en pública subasta de los bienes del deudor se presenta como una medida excepcional y última. Su origen más probable se encuentra en su aplicación a supuestos de imposibilidad de ejercicio de la acción procesal, y aún en estos casos el embargo tiene carácter provisional y coactivo, para forzar al demandado a comparecer o dar oportunidad a un tercero para que asuma la defensa del que no puede ser citado a juicio. Después, el procedimiento se extiende como medida coactiva para forzar al deudor al cumplimiento voluntario, ya sea personal o por medio de cualquier tercero. Sólo si ello no se produce continúa el procedimiento de ejecución patrimonial con la venta de los bienes del deudor en forma concursal.

El procedimiento ejecutivo en la época clásica parte de la distinción entre la insolvencia ordinaria, sin mala fe del deudor, y la dolosa, que se caracteriza por el comportamiento negativo del deudor en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones patrimoniales, especialmente, el de la *obligatio iudicati*, y también se manifiesta en la ocultación de la propia insolvencia o en la provocación de esa situación como consecuencia de enajenaciones realizadas para causar un empobrecimiento de su patrimonio e impedir la ejecución sobre el mismo de los créditos de los acreedores.

Ejecución patrimonial concursal.

La *lex Iulia iudiciorum privatorum* sanciona una práctica anterior del derecho pretorio que permitía al deudor prestar ante el magistrado una declaración bajo juramento reconociendo su insolvencia no causada dolosamente, después de lo cual solicitaba del pretor que le permitiera poner sus bienes a disposición de los acreedores para satisfacer con su liquidación los créditos que tenían contra él. Impone el magistrado esta solución a los acreedores y la ejecución se efectúa sin el riesgo de la infamia para el deudor. Con la colaboración de éste se procede a convocar a los acreedores y a liquidar los bienes. Esta forma de ejecución voluntaria excluye cualquier reclamación posterior de los acreedores sobre los créditos residuales (beneficio de competencia).

Esta forma de ejecución limitada puede resultar también de la propia fórmula de la acción procesal en aquellos casos en que la condena debe reducirse a la solvencia actual del demandado, lo que alcanza a los bienes actuales del deudor y a los que hubiese podido perder dolosamente.

El derecho justinianeo introducirá en este régimen la preservación de algunos bienes como inembargables por constituir un mínimo necesario para la subsistencia del deudor o por serle necesarios para el desempeño de su actividad profesional.

Si el deudor oculta su insolvencia o ha sido causada dolosamente por él, el procedimiento ejecutivo se inicia a solicitud del interesado y con publicidad infamante (*proscriptio*), para que los demás acreedores tomen conocimiento de la situación de insolvencia del deudor y se haga posible la concurrencia de todos ellos a la liquidación del patrimonio. La información pública se hace por un plazo de treinta días o de quince si se trata de un deudor difunto. El embargo es preventivo durante este plazo y puede alzarse si son pagados los créditos por el deudor o un tercero. Mientras dura el embargo provisional, el magistrado puede nombrar un administrador de los bienes (*curator bonorum*) para que establezca el activo patrimonial y la relación de acreedores, expresando los que tengan carácter privilegiado.

Concluido el plazo de la *proscriptio*, los acreedores deben designar un *magister bonorum*, con la aprobación del magistrado. La función de él será elaborar las condiciones económicas de la venta del patrimonio del deudor (*lex venditiones*) en pública subasta. La ordenación de los pagos comienza con los créditos privilegiados, como los asegurados con garantías reales, el Fisco en relación con los impuestos, el acreedor que prestó dinero para la reparación de un edificio, etc. Si la oferta del comprador (*emptor bonorum*) excede la cuantía de los créditos privilegiados, los demás acreedores tienen derecho a pagarse en igualdad de condiciones y en la cuantía proporcional a la que se comprometió el adquirente de los bienes en la subasta. Los remanentes no cobrados pueden exigirse al deudor concursado luego de un año, si vuelve a encontrarse en condiciones económicas para hacer frente a estas obligaciones residuales.

Además, los acreedores pueden recuperar los bienes que hayan sido enajenados por el deudor antes del embargo por medio de un *interdictum fraudatorium* a través del *curator bonorum*. Para ello deben haber conocido los adquirentes la insolvencia del deudor y la previsible intención fraudulenta del mismo y el daño patrimonial para los acreedores. En el derecho justiniano se crea una acción rescisoria única y anual, llamada acción Pauliana, a favor de cualquier acreedor interesado, y que procede en la medida del enriquecimiento actual contra el adquirente de buena fe a título lucrativo.

Ejecución singular.

El derecho pretorio introduce un régimen especial de ejecución cuando se procede contra un impúber sin tutor como heredero de un deudor concursado. La Jurisprudencia extendió esta situación al demente y al pródigo.

En estos casos, el magistrado designa un *curator bonorum* con el encargo de proceder a la liquidación individualizada de los bienes del deudor hasta cubrir el importe de la deuda. Este sistema de ejecución, llamado *distractio bonorum*, se concede con carácter privilegiado por un senadoconsulto de comienzos del Principado a deudores que pertenecían a familias senatoriales. En el derecho justiniano se toma como modelo para el régimen ordinario de ejecución patrimonial. En el derecho clásico este sistema se dio en la práctica cuando los acreedores llegaban a un acuerdo en tal sentido con el deudor.

Breve reseña histórica de este período.

El sometimiento de Italia hacia 265 a. de C. convierte a Roma en una de las potencias más fuertes entre los estados de la Antigüedad; la pugna victoriosa con Cartago, que culmina en las guerras contra Aníbal (219 a 201 a. de C.), hace a los romanos dueños de la mitad occidental del mar Mediterráneo. Sólo tímidamente, y forzados por las circunstancias, los romanos incorporan a sus dominios Oriente, donde, desde Alejandro Magno, florecía la cultura griega sobre un suelo extraño, formado por grandes estados, en tanto que la madre patria griega se hundía cada vez más en el aspecto económico y cultural. El límite de la dominación romana avanzó, en un período de apenas ciento cincuenta años, hasta el Éufrates y el Mar Negro, sin necesidad de grandes esfuerzos, y, a pesar de las grandes crisis internas del estado romano, Roma era ahora dueña y señora de toda la cuenca mediterránea, sede de culturas, lo cual significaba para la Antigüedad el mundo entero. Imperio romano y orbe de la tierra era ya lo mismo.

Jurídicamente, este imperio gigantesco constituía un sistema extraordinariamente complicado, un complejo de alianzas y situaciones de dependencia de carácter muy diverso, cuyo centro era el estado ciudad Roma. Este sistema fue el resultado de un método político genial, fruto de una práctica secular, la cual obedecía a unos principios determinados. El principal de ellos es: *divide et impera*, aunque los romanos no lo formularan con este tenor, lo utilizaron de modo insistente en las relaciones más diversas. Se destruyeron las unidades políticas, no se toleraron alianzas de los aliados y súbditos de Roma entre sí. Partiendo de esta idea, Roma supo separar entre sí a los pueblos y comunidades del Imperio e incluso a las distintas clases de la población dentro del estado sometido, manteniendo o creando cuidadosamente grados políticos y sociales. Otra directriz de la política imperialista de Roma consistía en dejar que los súbditos, en la medida de lo posible, llevaran por sí mismos sus asuntos internos: que conservaran la administración autónoma y el derecho propio, y en materia religiosa Roma ejerció la tolerancia más amplia. Como tercer principio del imperialismo romano puede citarse la tendencia a consolidar firmemente los territorios sometidos. Esto repercutió en un redondeamiento de las fronteras del imperio, realizado a menudo de modo sistemático, y en la red de carreteras estratégicas y de puestos fortificados con que se circundó a Italia en la primera época republicana y a las provincias fronterizas del imperio en la época del principado.

Para una visión de conjunto de la organización del imperio romano conviene distinguir entre Italia y el territorio del imperio fuera de Italia.

Hasta comienzos del último siglo antes de Cristo, Italia estuvo formada por dos masas territoriales: el territorio estatal directamente romano y los territorios de los aliados. El primero de ellos había crecido muy por encima de las proporciones del territorio de un estado ciudad; hacia la mitad del siglo III a. de C. comprendía un territorio ya algo menor que Bélgica, que se extendía como una masa cerrada desde la Campania hasta el sur de Etruria, y por el norte hasta el Adriático, atravesando la Italia central. Después de la guerra con Aníbal se anexionaron numerosos territorios al sur de Italia que hasta entonces habían sido aliados y ahora fueron confiscados para fortalecer la dominación romana; y, finalmente se anexionó la parte sur de la llanura del Po, de modo tal que más de la mitad de Italia pertenecía directamente a Roma. Estos nuevos ciudadanos no adquirirían el pleno derecho de ciudadanía: sólo fueron equiparados a los ciudadanos antiguos en el campo del Derecho privado y en lo referente a las cargas civiles, careciendo en un principio de derechos políticos y, en especial, del derecho de voto. En sentido jurídico, Roma era la única ciudad de todo el territorio.

Las comunidades aliadas constituían, por el contrario, sistemas políticos con plena autonomía: poseían su territorio particular, derecho propio y administración propia, en la

que Roma sólo se injería excepcionalmente. Su relación con Roma se basaba en tratados de alianza que obligaban a reclutar un ejército, pero no a contribuir directamente con prestaciones económicas. Los romanos distinguían entre tratados de alianza “iguales” y “desiguales”.

Las comunidades latinas ocupaban una posición especial entre los aliados de Roma. Esta categoría sólo comprendía originariamente las ciudades vecinas de Roma y de su mismo tronco étnico. Sus ciudadanos estaban equiparados a los romanos no sólo en el Derecho privado, sino que también podían votar en las asambleas cívicas romanas y adquirieron la ciudadanía romana por traslado a Roma.

En cuanto a las provincias, se consideró necesaria la presencia constante de un gobernador romano en las más antiguas posesiones transmarinas (Sicilia, Córcega y Cerdeña, España). Cuando creció el número de provincias y aumentó el peso de los asuntos de los magistrados que estaban en Roma, se añadió al año de funciones de los cónsules y pretores de la ciudad Roma, otro más, durante el cual éstos tenían que administrar una provincia “haciendo las veces de cónsul o pretor”. El gobernador debía limitarse fundamentalmente a salvaguardar la soberanía romana y la seguridad militar, a proteger a los ciudadanos romanos y a sus aliados itálicos y a administrar justicia entre ellos. Cada provincia recibía una ley fundamental (*lex provinciae*), dictada para ella por el general que la había conquistado y por una comisión senatorial.

Al final de la República la expansión de la dominación romana sobre Italia había tenido como consecuencia un fortalecimiento progresivo del campesinado romano. Roma recibía una y otra vez de los itálicos vencidos grandes extensiones territoriales, empleándolas para emplazar colonias agrícolas. Es probable que fuera sobre estos terrenos donde fundamentalmente surgieron por vez primera los grandes latifundios donde se empleaban esclavos, siendo su forma de explotación la mayoría de las veces el pasto, y, a su lado, si el suelo lo permitía, el cultivo de olivares y de vides, en tanto que el cultivo de cereales, no habiendo máquinas agrícolas, era más ventajoso en minifundios y, por ello, quedaba reservado a labradores y pequeños arrendatarios.

Las luchas, que habían de llevar a la quiebra de la soberanía del senado y a la instauración de la monarquía, comenzaron con la amplia legislación de reformas sociales con que los tribunos de la plebe Tiberio y Cayo Graco trataron de restaurar en los años 133-121 a. de C. la base rural del estado romano; la mayor parte del *ager publicus*, que se encontraba en manos de grandes terratenientes sin título jurídico, debería dividirse en parcelas inalienables para ser entregado a los ciudadanos que no tuvieran nada. Las reformas de los Graco provocaron una reacción de las clases dirigentes que condujo a la suspensión de las asignaciones ya comenzadas. Las luchas políticas de aquella época tienen en común ciertos métodos demagógicos con las disputas de los modernos partidos de masas, pero, en lo demás, se parecen poco. Sobre todo, no eran luchas de clases, sino fundamentalmente luchas por el poder dentro de la aristocracia romana: no es casualidad que ninguno de los grandes políticos populares proceda del bajo pueblo y que los más significativos descendieran precisamente de las primeras familias de la nobleza senatorial. El camino condujo a que la soberanía se concentrara en manos del más fuerte.

El nieto e hijo adoptivo de César, C. Octavio, fue el creador de la monarquía romana; se le llama con el nombre honorífico que le otorgó el senado en el año fundacional del nuevo orden (27 a. de C.), Augusto, y principado a la forma constitucional creada por él, monárquica en su esencia.

Augusto restauró el orden republicano, reservándose eso sí una porción de facultades que tuvieron como consecuencia que él y sus sucesores tuvieran prácticamente en sus manos los resortes del estado y del imperio. Por tanto, la restauración de la república significó la creación de un poder monárquico, sólo que este poder no estaba establecido dentro de la constitución, sino colocado al lado de ella. Augusto no quería ser considerado como un soberano designado constitucionalmente, él no quiso ser otra cosa que el primer ciudadano de una ciudad libre, encontrándose al lado del gobierno republicano para ayudarle a mantener el orden público y a administrar el imperio universal.

Continuaron existiendo los órganos estatales de la república: las magistraturas, las asambleas del pueblo y el senado. Sin embargo, el poder supremo del *princeps* fue poco a poco ganando terreno a la constitución republicana.

Mientras que las magistraturas siguieron subsistiendo hasta la época tardía de Roma como pálido reflejo, cada vez más tenue, de su antiguo esplendor, las asambleas cívicas desaparecieron insensiblemente del campo de las realidades políticas poco después de Augusto. Durante la época de Tiberio, el pueblo perdió, a favor del senado, la facultad de elegir los magistrados cuando se trataba verdaderamente de seleccionar entre varios candidatos.

En contraposición con las magistraturas y el pueblo, el senado experimentó una importante ampliación de su competencia gracias a las atribuciones legislativas y electivas que pasaron a él.

De este modo, mientras la constitución republicana arrastraba una existencia artificial y se desintegraba progresivamente, alrededor del *princeps* se iba agrupando una nueva organización estatal, que en el curso del tiempo se perfeccionó cada vez más.

Augusto tomó bajo su administración una parte de las provincias, precisamente las más importantes militarmente, es decir, aquellas en que se encontraban ejércitos. Las demás se las dejó a los órganos republicanos, siendo éstas gobernadas por procónsules bajo el control del senado, como en la época de la república; sin embargo, el *princeps* también podía intervenir en todo momento en la administración e incluso sin consultarlo antes al senado.

El principado hizo posible al imperio un desarrollo pacífico durante más de dos siglos; y es que las revueltas sucesorias después de la muerte de Nerón y de Cómodo, en una consideración panorámica, constituyen únicamente cortos e insignificantes episodios en este largo período de paz, y las guerras exteriores tienen lugar en las fronteras del imperio. El magnánimo gobierno personal del *princeps* les vino bien a las provincias, que habían sufrido mucho por las circunstancias de la época republicana tardía, y ahora, en el siglo I d. de C., atravesaban un período de florecimiento material. La propia Italia sólo pudo participar de esta prosperidad económica durante un lapso de tiempo, pues, pese a todas las medidas reformadoras, fue imposible detener eficazmente las consecuencias de los graves daños sociales de la república tardía. Augusto había querido restablecer la hundida moral, en la sociedad y en el matrimonio, mediante una porción de importantes leyes y, al mismo tiempo, eliminar los riesgos derivados de la deficiente natalidad y de la infiltración de elementos extraños en la ciudadanía romana, ocasionada por la manumisión en masa de esclavos de procedencia exótica. Los emperadores del principado no llevaron una política económica con una meta fija, tal como conoce la Edad Moderna e incluso el Egipto helénico. Es cierto que se preocuparon por lo inmediato, sobre todo por el aprovisionamiento de cereales de Italia, que ya Augusto tomó bajo su dirección y luego se organizó cada vez más; pero no cultivaron las diversas ramas de la economía en sí mismas, según un principio unitario, y,

por eso, el cuadro unitario de la vida económica de aquel entonces da la impresión de un liberalístico *laissez faire, laissez aller*. Así se preparó la evolución que, a la larga, había de conducir a que el centro de gravedad económico, e incluso espiritual y político, se trasladara de Italia a otras partes del imperio.

Toda la parte occidental del imperio fue romanizada, más o menos a fondo, en un período de tiempo sorprendentemente corto. En algunas partes de España, en el norte de África y al sur de Francia, esta romanización se instauró ya en el último siglo de la república, favorecida por la penetración del comerciante romano, la fundación de colonias de ciudadanos romanos y la concesión del derecho de latinidad a comunidades sueltas. La romanización progresó rápidamente bajo el principado, entre otras causas por el asentamiento de veteranos en los lugares fronterizos del imperio. Relacionada con la romanización de las provincias, ocurrió con frecuencia que se admitiera a la ciudadanía romana o a la latinidad a numerosas personas, a comunidades enteras o, incluso a veces, a toda una provincia.

En cambio, en las provincias orientales del imperio, Roma no fue capaz de hacer conquistas considerables, pues aquí dominaba la cultura griega, del mismo rango que la romana y en muchos aspectos incluso superior, la cual, por lo demás, había sido admirada y cuidada por los romanos largo tiempo y ahora era cultivada incluso por algunos emperadores, principalmente a partir de Adriano. Sin embargo, las civilizaciones griega y romana fueron consideradas cada vez más como una unidad y Oriente y Occidente crecieron, en cierto modo, juntos, hasta convertirse en un bloque culturalmente compacto. La base cultural y económica de este imperio universal romano-helénico la constituían las innumerables comunidades estatales, grandes y pequeñas, que disfrutaban de autonomía administrativa y participaron en la misma vida económica y en el mismo grado de educación y civilización. Hombres procedentes del estrato superior de las comunidades burguesas empezaron ya, en el siglo I d. de C., a ascender al senado. Hacia fines del siglo II d. de C., casi la mitad de los senadores procedía de las provincias, y una considerable parte eran de origen heleno-oriental. El mismo principado llegó, con Trajano y Adriano, a ser regido por romanos de origen hispánico; sólo algunos de sus sucesores eran oriundos de Italia. De este modo, la evolución fue superando la organización republicana, procedente del derecho del vencedor de la ciudad estado Roma y fue una simple consecuencia de esta evolución que Antonino Caracalla extendiera de golpe la ciudadanía romana a todo el imperio por una célebre constitución del año 212 d. de C. Esta constitución es al propio tiempo un hito en la historia del imperio romano y se nos ha conservado en un papiro de la colección de Giessen.

Con la *constitutio Antoniniana* había triunfado definitivamente la idea de un imperio universal supranacional sobre la concepción de la soberanía del estado ciudad Roma. El orden constitucional republicano, mantenido artificialmente por el principado, estaba ya maduro para su total destrucción. El primer ciudadano de Roma pasaría ahora a ser un soberano universal supranacional y su sede no iba a estar ligada ya a la antigua capital, sino que estaría determinada únicamente por la situación de las fuerzas económicas y culturales y por las necesidades políticas del imperio. Las dificultades económicas, que habían comenzado ya en el siglo II d. de C., y las catástrofes políticas internas y externas del siglo III realizaron este cambio de las estructuras políticas del imperio de modo relativamente rápido y profundo y dejaron de lo antiguo únicamente unas pocas ruinas venerables y una porción de fórmulas fosilizadas.

CAPITULO TERCERO EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

El procedimiento formulario es el sistema procesal de la época clásica, es decir, que habiendo sido instituido a partir del siglo III a. de C., generalizado a lo largo del siglo II y convertido en obligatorio en los últimos años de la era antigua, permanece en vigor durante los tres primeros siglos de la era vulgar. Los jurisconsultos clásicos han tomado como punto de partida para sus construcciones doctrinales la fórmula y el tipo de proceso del cual era ella el documento principal.

En el curso del siglo IV el procedimiento formulario es también abatido a favor de otro sistema procesal que ha sido conocido con la denominación de procedimiento extraordinario o *cognitio extra ordinem*, que queda en vigor hasta la codificación de Justiniano (528-534 d. de C.).

Curioso es que el nuevo procedimiento se denomine extraordinario si se toma en cuenta que fue el único sistema procesal en uso durante siglos. La explicación de este absurdo encuentra su base en la evolución histórica. En efecto, el procedimiento extraordinario ha estado en vigor desde los tiempos más remotos de la historia romana como un tipo de procedimiento excepcional, subsistiendo durante casi mil años.

Este procedimiento se aplicó antiguamente con ocasión de las diferencias surgidas entre el Estado y los ciudadanos. En Roma el estado, representado por sus magistrados, no sólo dictaba leyes y llevaba a efecto actos propios de gobierno, sino que también celebraba contratos con particulares arrendando la recaudación de impuestos, vendiendo en subasta el botín de guerra, dando en arrendamiento o en enfiteusis las tierras públicas, etc. En Roma el acto realizado por el Estado es considerado siempre como expresión de su soberanía y contra él no cabía otro remedio que un recurso administrativo. De aquí que se diga que este procedimiento es *extra ordinem*, es decir, extraño a las reglas normales de los procesos civiles. En semejante tipo de proceso no se da fórmula alguna, ni *litis contestatio*, ni se nombra juez privado, ni mucho menos se distingue una fase *in iure* y otra *apud iudicem*.

Desde el advenimiento del Principado, en la misma época en que la ley Iulia sancionaba la victoria definitiva del sistema formulario sobre el de las acciones de la ley, el procedimiento extraordinario comenzó a ser aplicado con ocasión de ciertas relaciones entre particulares. Por ejemplo, el emperador Augusto quiso dotar de sanción a los fideicomisos cuya ejecución había sido hasta entonces abandonada a la buena voluntad de los herederos. Para ello crea un nuevo magistrado, el pretor fideicomisario, cuya función va más allá de fijar los términos del litigio y ayudar a las partes al nombramiento de un juez: se extiende hasta el examen de la disposición testamentaria, tanto formalmente como desde el punto de vista de la oportunidad, concluyendo con la orden de ejecutar la disposición o de su anulación. Del mismo modo, las exigencias han hecho reconocer a los esclavos un legítimo interés en la manumisión, y se les ha permitido recurrir sin intermediario ante un pretor especial llamado pretor de las causas de libertad. Si, por ejemplo, en el testamento del dueño de un esclavo se ordena que el esclavo que había sido su contable sea manumitido bajo la condición de presentar las cuentas de su gestión al heredero y éste retrasa indefinidamente la rendición de cuentas, el Pretor estaba facultado para señalarle un término, a cuya expiración el

esclavo contable será libre de pleno derecho si el heredero no ha formulado falta alguna a su cargo.

Por otro lado, los emperadores se habían reservado el derecho de reparar las sentencias injustas pronunciadas por cualquier autoridad. Este procedimiento de apelación, del cual el emperador delegaba en la mayoría de las ocasiones en funcionarios dependientes de él, se desarrollaba también fuera del marco del procedimiento ordinario.

Por último, es en las provincias donde el procedimiento extraordinario se hizo cada vez más procedimiento ordinario. Los gobernadores de provincia estaban obligados a aplicar el procedimiento formulario en los litigios entre residentes romanos; pero los asuntos más numerosos eran decididos conforme a la costumbre en vigor en cada país y era el gobernador, o uno de los funcionarios dependientes de él, quien dirigía el procedimiento hasta su finalización y pronunciaba la sentencia. Desde el siglo III d. de C. el derecho material se unificó en todo el imperio, pero éste se ha hecho cada más parecido a la provincia, de tal suerte que Italia acaba por ser una provincia como las demás. Así es como, el procedimiento formulario perdió rápidamente su popularidad frente a los sistemas administrativos practicados en los demás países. Los emperadores del siglo IV ven en las fórmulas obstáculos que impiden la libre apreciación por el juez. Con este espíritu, en el año 342, fueron abolidas por los emperadores Constancio y Constante.

Resulta que el procedimiento extraordinario está desde todos los puntos de vista en directa y franca oposición con el procedimiento clásico por fórmulas. En efecto, la abolición de la fórmula misma, así como la desaparición de la distinción entre las dos fases del procedimiento clásico, supone el abandono definitivo de la idea del arbitraje voluntario sobre la cual había sido construido el antiguo régimen. Por otra parte, todas las particularidades que se inspiraban en la dualidad de los sistemas de derecho civil y de derecho honorario, no tienen lugar en el derecho del Bajo imperio, que pretende poner todas las reglas jurídicas en vigor sobre el mismo plano.

Si algo queda del régimen clásico, no es más que con el fin de sacar partido de las obras de los jurisconsultos romanos, donde el procedimiento y el derecho material se confundían indisolublemente. Los juristas contemporáneos de Teodosio y Justiniano han hecho lo posible para adaptar al nuevo procedimiento algunas expresiones técnicas, pero despojándolas de su sentido originario.

La introducción de la instancia no se hace ahora por la actividad exclusiva del demandante; las dos instituciones que se inspiran en este principio, la *in ius vocatio* y el *vadimonium* han desaparecido. En los dos sistemas que se suceden durante el Bajo imperio, la acción del demandante se combina con la intervención de la autoridad judicial. El sistema más antiguo, que lleva el nombre de notificación del litigio (*litis denuntiatio*), implica una demanda del actor depositada en la escribanía del juzgado, a fin de que los dependientes del funcionario-juez inviten al demandado a comparecer en un cierto plazo. El sistema más reciente, que es el único vigente en la época de Justiniano, implica un "libelo de emplazamiento" (*libellus conventionis*) que el demandante no puede transmitir al demandado hasta tanto no haya obtenido la autorización del juez.

Son los alguaciles del tribunal los encargados de llevar el libelo a su destino y es a ellos también a quien el demandado entregará su libelo de contradicción (*libellus contradictionis*). Lo mismo la notificación del litigio que el libelo del demandante expresan la pretensión de éste en la forma más libre, de donde la inexactitud eventual de sus expresiones no impide que el juez examine obligatoriamente la situación según su conocimiento del derecho.

A pesar de todo, se ha continuado afirmando que el demandante estaba obligado a definir previamente la acción que se proponía intentar. Hacía falta que su nombre fuese mencionado en alguna parte, lo que se discute por autores modernos en cuanto a si hacía falta que fuera insertado en el libelo mismo o en la fórmula de presentación de éste a la autoridad judicial. En todo caso, esta mención de la acción no tenía otro valor que el de una mera indicación provisional que el juez podía corregir a su voluntad.

Por cierto, el procedimiento extraordinario no implica ni la elección de un árbitro ni el acuerdo de las partes sobre un programa al que someterse. Por el contrario, el proceso comienza ante el tribunal por dos exposiciones: la *narratio*, donde el demandante o su abogado establece el objeto de la pretensión, y la *contradictio*, en la que el demandado se afana por rechazarla. Sin embargo, no se ha querido renunciar tampoco a la idea de una *litis contestatio*. Ella tiene lugar, según una constitución de Justiniano, desde que el juez comienza a escuchar la *narratio*. En estas condiciones la *litis contestatio* no habrá producido los efectos que resultaban en la época clásica; principalmente el efecto consuntivo, que era el más característico, no se opera. El propio Justiniano lo abolió con meridiana claridad en materia de obligaciones solidarias: si el acreedor ha citado a uno de los codeudores y a causa de la insolvencia de éste no puede recobrar por completo el importe del crédito, puede perseguir a los otros hasta ser completamente pagado. De la misma manera, las partes no están rigurosamente obligadas a no poder cambiar durante el curso del procedimiento las pretensiones formuladas en la primera comparecencia; por ende, el efecto fijador de la *litis contestatio* está abolido también. Las únicas consecuencias que ésta implica, en el procedimiento extraordinario, son las siguientes:

i) Es el momento de la llamada *litis contestatio* aquel en que debe colocarse el juez para apreciar los diferentes elementos del proceso.

ii) A partir de este momento comienza a correr el plazo de prescripción de la instancia, término que ha sido prolongado hasta tres años.

Se pueden citar otros principios del procedimiento clásico que no existen en el Bajo imperio; especial importancia reviste la desaparición casi completa de la distinción entre la negación que el demandado oponía a la pretensión del demandante y la excepción mediante la cual la paralizaba. En el nuevo procedimiento el nombre de excepción se reitera frecuentemente para designar toda objeción del demandado sin distinción. Sin embargo, su sentido técnico se encuentra en algunos pasajes en que se designa aquella categoría especial de objeciones que el juez no puede tomar en cuenta más que si las formula la parte interesada. Por ejemplo, las excepciones de dolo, de incompetencia *ratione loci* del juez elegido, etc.

En el Bajo imperio regularmente funcionaba el procedimiento en contumacia. En efecto, siempre había sido aplicado en la fase *apud iudicem* de los antiguos procedimientos y es solamente el carácter contractual de la *litis contestatio* lo que había impedido que se pudiera proceder en rebeldía ante el magistrado. El derecho postclásico reglamentó con detalle las posibles hipótesis de contumacia y, al mismo tiempo, organizó un procedimiento de oposición en virtud del cual aquél que había sido condenado por contumaz podía tener recurso en ciertas circunstancias.

En materia probatoria, se establecieron algunas diferencias con el antiguo régimen tales como la preferencia dada a la prueba documental, la obligación del juez de graduar el valor de los testimonios en razón de la diferente situación social de los testigos, la regla que prohíbe al juez seguir el testimonio de una sola persona, y la admisión, cada vez más frecuente, de las llamadas presunciones legales.

La condena tampoco es necesariamente pecuniaria. Por el contrario, tanto para las acciones reales como para las personales nacidas de un crédito de cosa determinada, el juez condena a la entrega de la cosa misma y autoriza al demandante a utilizar el concurso de la fuerza pública para obligar al demandado a entregársela. Si no es posible la reintegración de la cosa, porque pereció o porque el demandado no la tiene a su disposición, evidentemente la sentencia recae sobre una suma de dinero. Lo mismo ocurre si se trata de una obligación de hacer o de no hacer, ya que no es posible una coacción directa sobre el demandado.

Ahora, si el demandado condenado a pagar una suma de dinero no cumple, el demandante tiene a su alcance el recurso de las vías de ejecución. Pero, la venta en bloque de los bienes del demandado es reemplazada por ventas sucesivas y particulares, que en la época clásica eran privilegio exclusivo de ciertas categorías de deudores. Al lado de este procedimiento encontramos una *pignus ex causa iudicati captum* o “toma de prenda en virtud de sentencia”, e igualmente encontramos una coacción sobre la persona, último residuo de la *manus iniectio*, bajo la forma de encarcelamiento en prisiones públicas especialmente destinadas a los deudores insolventes.

Breve reseña histórica de este período.

El estado romano, a inicios del siglo III d. de C., presenta un carácter diverso al de la época de Augusto y de sus sucesores inmediatos. Tras lenta y progresiva evolución se había llegado a un imperio universal unitario, en que el pueblo dominador se diferencia apenas de los dominados. El orden republicano restaurado por Augusto era una fachada honorable y vetusta. Las magistraturas y el senado habían perdido completamente su significado político. Se consideró al principado como una institución imprescindible, y desde Septimio Severo (193 d. de C.) muestra la faz de una monarquía absoluta basada en el poder militar. En el estado y en la vida cultural aún dominaba la romanidad, pero sus representantes más significativos no provenían ya de Italia sino de las provincias, y gran parte de los mismos eran de procedencia exótica. El propio senado romano se componía en gran parte de provinciales, siendo los más numerosos los pertenecientes a la mitad oriental del imperio. Había desaparecido la supremacía económica de Italia, y Roma ya no era un potente centro económico sino un lugar de inmenso consumo.

El período de casi dos siglos y medio de paz interna no había aportado al Imperio un fortalecimiento duradero. Después del auge vino una situación de quietismo y luego una palpable pérdida de vitalidad en todos los sectores de la vida. Una cómoda existencia de rentista, un vivir del trabajo de los esclavos y del pequeño colono se había convertido en un estilo de vida de círculos demasiado amplios. El desarrollo económico comenzó a estacionarse, se anquilosó la energía espiritual y la vida cultural revistió caracteres de una improductividad senil. A fines del siglo II d. de C. se da un fenómeno particular: la transformación paulatina de los cargos honoríficos de Roma y de los municipios en cargos obligatorios en interés de la administración tributaria del estado. Una gran parte de los impuestos a pagar por los provinciales no se percibían directamente de la población, sino que repercutían en las comunidades. Debido al colapso general de la prosperidad y a la difícil situación económica de muchas ciudades, el imperio se vio obligado a hacer responsables personalmente del cobro de los impuestos a los órganos administrativos de la ciudad. Con esto se amenazó el bienestar de la élite provincial y provocó que los cargos honoríficos de la ciudad fueran poco apetecidos con el tiempo. Se forzó incluso a niños impúberes a formar parte del concejo con el único fin de que respondieran de los intereses financieros del estado.

Estas manifestaciones y otras parecidas caracterizan el comienzo de la gran crisis, desde la que finalmente el imperio pasó al último período de su historia con un ordenamiento social y estatal totalmente transformado. Esta crisis alcanza su punto culminante en la segunda mitad del siglo III d. de C., época dominada por graves catástrofes y por la anarquía política y económica. El ejército se erigió en soberano absoluto del estado y nombró de entre sus filas a los emperadores. Las incursiones de los pueblos vecinos sobre el imperio, procedentes de todas partes, devastaban extensos territorios; la población rural sufría penosamente bajo los impuestos naturales extraordinarios para la alimentación del ejército, y, bajo las cargas del acuartelamiento y las requisas para los transportes, hubo quien intentó escapar repetidamente a esta insoportable presión dándose a la fuga, de modo que amplias extensiones de terrenos productivos quedaron yermos; la producción industrial y el comercio sufrieron una recesión; las necesidades monetarias y la escasez de metales nobles forzaron a los emperadores a quebrantar repetidamente la moneda, lo cual llevaba aparejada la inflación, un caos absoluto en la economía monetaria y, en amplia medida, la vuelta a una economía natural primitiva. En muchos lugares del imperio se llegó a rebeliones de las masas de la población oprimidas y a movimientos separatistas. En medio de tales tempestades, todo lo que de algún modo estaba superado tenía que desmoronarse, y salir a luz cuanto había crecido paulatinamente en los apacibles tiempos del principado. Así se explica que Diocleciano, bajo cuyo reinado se volvió a alcanzar una situación estable, fuera el fundador del nuevo orden estatal.

El ordenamiento estatal fundado por Diocleciano y desarrollado por Constantino el Grande (306-337 d. de C.) era una monarquía absoluta sin ambages, con una administración burocrática y una limitación sin miramientos de la libertad personal a favor de los intereses del estado. La fachada republicana del principado había desaparecido y había quedado arrumbada la preeminencia de Roma e Italia. El imperio ahora era una estructura cosmopolita con una doble cultura romano-helénica, en la que el centro de gravedad se desplazaba hacia el Oriente griego. Constantino fundó en Oriente la segunda capital del imperio, Constantinopla, y los emperadores que reinaban en Occidente ya no elegían Roma como residencia, sino Tréveris, Milán o Rávena. El senado poseía algún honroso esplendor, pero ya no tenía la menor influencia; sus miembros formaban una clase jerárquica muy elevada de súbditos del imperio, a la que pertenecía sobre todo la élite de la burocracia imperial y el generalato; estas dos últimas clases dominaban aún del modo más exclusivo en el nuevo senado creado por Constantino para la capital de la mitad del Oriente del imperio.

La población del imperio se dividía ahora en estamentos profesionales, a quienes separaban cada vez más barreras infranqueables, porque a cada uno de estos estamentos se les imponían cargas especiales, muy penosas, y el estado no permitía que nadie escapara a ellas pasándose a un estamento profesional más ventajoso. Los hijos debían permanecer también en el estamento de su padre. Por ejemplo, se transformó a los oprimidos arrendatarios de los bienes públicos y de las grandes posesiones privadas en personas semilibres adscritas a la tierra por herencia. Los artesanos, reunidos en parte durante el principado en gremios y gravados con prestaciones obligatorias a favor del estado, se transformaron frecuentemente en operarios vinculados hereditariamente a empresas estatales o controladas por el estado y se ató a sus profesiones a marineros, comerciantes y empresarios industriales y se les gravó con prestaciones al estado. Eran estamentos privilegiados el ejército (en el que iban adquiriendo una importancia cada vez mayor los mercenarios extranjeros, casi siempre de procedencia germánica), los funcionarios y el clero en la época cristiana. Este sistema tiene algunos precedentes en épocas anteriores de la antigüedad, sus raíces llegan hasta la organización de ciertos estados de la época helénica, principalmente del imperio ptolomeico en Egipto.

La posición del emperador romano tardío y la configuración de la burocracia traslucen también las influencias helénico-orientales. El emperador, que en la primera época del principado había llevado casi siempre la franja de púrpura del senador, se mostraba ya en los siglos II y III con creciente boato. El emperador no era ya el primer ciudadano de la comunidad romana, sino el señor absoluto ante el cual se tenían que inclinar todos los ciudadanos sin distinción. De *dominus*, señor, derivó la moderna investigación del concepto de “dominado” para designar esta forma de imperio de la época romana tardía, expresando así la contraposición esencial con el principado. Corresponde también a la dignidad del monarca heleno-oriental el culto del soberano, en vida, como divinidad. En el reinado de Diocleciano el culto religioso del emperador viviente pertenecía a la esencia oficial del imperio.

La administración del imperio mantenía una extensa burocracia con numerosas escalas jerárquicas y un escalafón determinado exactamente. La burocracia civil reivindicó para sí en la época tardía todos los privilegios del estamento militar y, para su cargo, la denominación de *militia*. Incluso mantuvo como ficción su pertenencia a “regimientos” del ejército en campaña (*legiones*) y a “batallones” de las tropas fronterizas (*cohortes*). Los sueldos de los funcionarios ya no consistían en dinero sino en víveres. Un sistema de tasas aumentaba los ingresos de muchos funcionarios y contribuía, al mismo tiempo, a la corrupción administrativa, manifestándose ésta en la venalidad general, en extorsiones y en toda suerte de vejaciones frente al pueblo indefenso. Desde luego se intentó combatir esta corrupción por medio de un complicado sistema de vigilancia, pero así se llegó a nuevas opresiones, pues los encargados del control enviados por la administración central utilizaron naturalmente su inmenso poder para procurarse ventajas personales.

Los funcionarios civiles de más categoría eran los *praefecti praetorio*, dos en la parte oriental del imperio y otros dos en la occidental. Representaban al emperador, sobre todo en el ámbito del Derecho, y administraban los impuestos naturales y la parte más importante de las finanzas del imperio; eso sí, ya no tenían atribuciones militares. En el vértice de las auténticas autoridades centrales se encontraban el presidente de las cancillerías imperiales (*magister officiorum*), bajo cuyo mando supremo se repartían los diversos despachos. Además, el tesorero del emperador (*comes sacrarum largitionum*), porque tenía que pagar las dádivas pecuniarias del emperador a los soldados y funcionarios en determinadas ocasiones; el jefe de la administración de los bienes de la corona (*comes rerum privatorum*) y el *quaestor sacri palatii*, especie de ministro del justicia. Estos cuatro jefes formaban el consejo secreto del emperador (*consistorium*). Pero, de modo verdaderamente oriental, se encontraba también entre los cargos más elevados e influyentes del imperio el camarlengo imperial (*praepositus sacri cubiculi*), a quien correspondía la administración de la corte imperial, siendo por regla general, un eunuco.

Una singularidad del derecho romano estatal de la época tardía fue la división del mando del imperio entre varios emperadores, división no en el sentido de gobierno conjunto, sino con esferas de actuación separadas especialmente y dotadas de la más amplia independencia. El autor de esta institución fue Diocleciano, que pretendió, de este modo, intensificar la administración del imperio y, además, descartar futuros pleitos sucesorios. Su extraño sistema, por el que gobernaban la mitad oriental y la mitad occidental del imperio un emperador (*Augustus*) y un César (*Caesar*), de mayor rango el primero que el segundo, no llegó a sobrevivir a su fundador. Pero la división del imperio así realizada, en parte occidental latina y parte oriental griega, se impuso definitivamente porque ambas mitades del imperio tendían a la sazón a disgregarse. El desarrollo cultural y económico en el Oriente llegó rápidamente al dominio absoluto, en tanto que Occidente siguió siendo latino por

lengua y cultura. En la mitad oriental del imperio la economía y el comercio florecían, en tanto que el Occidente se hundía progresivamente en una situación primitiva. En Oriente se pudo implantar con limitaciones el sistema del socialismo estatal; en cambio, en Occidente este sistema floreció en amplia medida dado el poder de los grandes terratenientes, que casi siempre tenían en sus manos los puestos directivos de la administración estatal y, por ende, podían librarse de la presión del estado más fácilmente. Así se dividió la suerte de ambas partes del imperio: la occidental fue pronto presa de los germanos; la oriental siguió subsistiendo en la configuración del estado bizantino un milenio entero, hasta el umbral de la Edad Moderna.

CAPITULO CUARTO CLASIFICACION DE LAS ACCIONES CON SU FORMULA CORRESPONDIENTE.

Clases de acciones en relación con las clases de fórmulas, con las partes de ésta y con el derecho sustantivo que protegen.

Rasgo característico del Derecho Romano es la existencia de tantas clases distintas de acciones como derechos subjetivos o situaciones de hecho se estiman dignas de protección procesal. Por esto puede decirse que existe un derecho subjetivo en tanto y en cuanto existe una acción que lo protege.

Esta correspondencia entre derecho y acción, existente en el procedimiento de las acciones de la ley, se hace más estrecha y perfecta aún en el procedimiento formulario, porque en él cuajan en fórmulas especiales cada uno de los derechos subjetivos reconocidos por el *ius civile* con un margen de flexibilidad que permitía acomodarlas a las circunstancias del caso concreto. En este procedimiento, el pretor, con la concesión de la fórmula oportuna, otorgaba protección a situaciones de hecho no amparadas por el antiguo *ius civile*. Por ello, la labor del jurisconsulto romano se enderezó primordialmente al estudio de las acciones, ya que en ellas se condensaba y agotaba el contenido de cualquier derecho o situación de hecho desconocida o violada por un tercero. Por lo dicho, se funda la afirmación de que el Derecho Romano clásico se construye desde el punto de vista de la acción, y que ésta es el eje sobre el que gira la vida jurídica de Roma. Esto determinó que la actividad de los jurisconsultos romanos se orientara al análisis de los casos concretos en los que se planteaban controversias jurídicas, buscando la acción protectora procedente, y la clase de fórmula en que había de ser plasmada. Así, la existencia o inexistencia de un derecho quedaba vinculada con la existencia o inexistencia de la acción que lo protegiera.

El Derecho Romano presenta un repertorio enumerativo de las acciones. Las clasificaciones actuales fueron resultado de la labor de la jurisprudencia postclásica de los siglos IV y V d. de C. y de las escuelas de los glosadores y postglosadores de la Edad Media.

Las clasificaciones más importantes son las siguientes:

Acciones reales y personales.

El criterio de distinción entre ambas es de fondo: atiende a la naturaleza de la relación jurídica y del derecho subjetivo que pretende hacer valer el demandante.

Son acciones reales (*actiones in rem*) aquellas que protegen derechos absolutos sobre cosas (derechos reales), o amparan facultades especiales derivadas de las relaciones de familia o de los derechos de sucesión. En ellas se comprenden (acciones civiles):

i) La acción reivindicatoria (*reivindicatio*), mediante la cual puede ser recuperada por el propietario la posesión de la cosa que le pertenece.

ii) La *actio negatoria*, para defenderse de una pretendida servidumbre.

iii) La *actio confesoria*, para lograr que una servidumbre sea reconocida (llamada también *vindicatio servitutis*).

iv) La *vindicatio filii in potestatem*, que protege la *patria potestas* reintegrando al hijo al seno de la familia (y semejantes a ésta, las que protegen la *manus* sobre la mujer, la cualidad de tutor –*vindicatio tutelae*–, y las referidas a la esclavitud, *vindicatio in servitutumem*, y *vindicatio in libertatem*).

v) La *hereditatis petitio* para hacer valer la calidad de heredero.

Junto a estas acciones reales que se originan en el antiguo *ius civile*, puede hablarse de acciones reales pretorianas, ejemplo típico de las cuales sería la *actio Publiciana*.

Las acciones reales civiles se tramitaban en el procedimiento de las acciones de la ley mediante la *legis actio sacramento in rem*. En el período de transición entre las acciones de la ley y el procedimiento formulario, se utilizó en su tramitación el procedimiento *per sponsionem*. Pero a pesar de que en estos casos la tramitación adoptaba la forma de una acción personal, no por ello dejó de ser considerada como una acción real atendiendo a su contenido.

Los inconvenientes prácticos que ofrecía el procedimiento *per sponsionem* fueron salvados mediante la llamada fórmula petitoria en el procedimiento formulario. La fórmula petitoria en que plasma la acción reivindicatoria que protege el derecho de propiedad, es decir, la *reivindicatio*, ofrece ciertas particularidades: en su *intentio* se contiene la afirmación del demandante de que la cosa le pertenece según el Derecho de los quirites: “*Si paret fundum Capenatum Auli Agerii esse ex iure Quiritium*”, es una *intentio in ius concepta certa* en la que aparece perfectamente precisado que se trata de un derecho civil sobre la cosa, de un derecho real, y que la acción se dirige precisamente también sobre la cosa, es decir, que se trata de una acción real; por eso no se expresa en la *intentio* el nombre del demandado, del poseedor de la cosa; es una *intentio* impersonal, carácter que distingue a todas las acciones reales. Debe observarse, asimismo, que en la *intentio* el demandante se limita a afirmar que es propietario quiritario de la cosa que reclama, sin aludir a la causa que constituya el fundamento de su derecho, si bien ante el juez deberá probar su calidad de propietario. En la *condemnatio* figura ya el nombre del demandado, y contiene además la cláusula arbitraria para procurar la devolución de la cosa misma, o en caso de no conseguirlo, la condena pecuniaria.

Para la *hereditatis petitio* todavía no se utilizaba la fórmula petitoria en tiempos de Cicerón, sino que la acción se tramitaba por la *legis actio sacramento in rem* o por el procedimiento *per sponsionem*. Las fuentes jurídicas posteriores revelan la utilización de la fórmula petitoria para la *hereditatis petitio*, y su *intentio* rezaba: “*Si paret hereditatem actoris esse*”, de modo semejante a la de la *reivindicatio*; también la *condemnatio* poseía cláusula arbitraria.

Las fórmulas petitorias en que plasman las acciones confesoria y negatoria, relacionadas con los derechos de servidumbre, son semejantes a las anteriores, recogiendo en su *intentio* la servidumbre concreta sobre la que se litiga. La fórmula de

la acción confesoria entablada para lograr que sea reconocido y acatado un derecho de usufructo es esta: “*Si paret Aulo Agerio ius esse fundo quo de agitar uti frui, neque ea res arbitrio tuo Aulo Agerio restituetur, quanta ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito*”. (“Si resulta que a Aulo Agerio le pertenece el derecho de usar y disfrutar del fundo de que se trata, y no le ha sido entregado a A.º A.º según tu arbitraje, condena, ¡oh juez! a N.º N.º a pagar a A.º A.º cuanto valga la cosa, y si no resulta, absuélvele”).

La fórmula de la acción negatoria, mediante la cual el propietario del fundo se defendería contra aquel que pretendiera tener un derecho de usufructo sobre su finca, y apoyándose en ello la retuviera en su poder, es la siguiente: “*Si paret Numerio Negidio ius non esse eo fundo quo de agitar uti frui invito A.º A.º neque ea res arbitrio tuo A.º A.º restituetur, quanta ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito*.” (“Si resulta que no pertenece a N.º N.º el derecho de usar y disfrutar del fundo de que se trata, contra la voluntad de A.º A.º, si no le ha sido restituida la cosa a A.º A.º según tu arbitraje, condena, ¡oh juez!, a N.º N.º a pagar a A.º A.º cuanto valga la cosa, y si no resulta, absuélvele”).

Por último, las *vindicationes* relativas a los derechos de familia y a la esclavitud, fueron pronto sustituidas en su tramitación por interdictos y por acciones prejudiciales.

Son *acciones in personam* (acciones personales) aquellas mediante las cuales “reclamamos contra el que nos está obligado a causa de un contrato o de un delito; es decir, cuando pretendemos que (el demandado) debe *dar, hacer o prestar*” (*dare, facere, praestare oportere*).⁵ Del mismo modo que las acciones reales presuponen en el demandante que las entabla un derecho absoluto, las acciones personales presuponen en quien las ejercita un derecho relativo, un derecho de crédito, que sólo puede hacerse valer precisamente contra la persona obligada (derecho personal).

En el procedimiento de las acciones de la ley podían utilizarse para la tramitación de las acciones personales civiles, la *legis actio sacramentum in personam*, o la *legis actio per conditionem*, o la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, según los casos.

En el procedimiento formulario, las acciones personales civiles plasman en fórmulas con *intentio in ius concepta*, la cual puede ser *certa* o *incerta*, según que en ella aparezca o no determinado precisamente el objeto del derecho personal en litigio. Las acciones personales pretorias concedidas por el magistrado para sancionar no derechos de crédito, sino situaciones de hecho no reconocidas por el *ius civile*, plasman en fórmulas con *intentio in factum concepta*. Ejemplo de fórmulas de acción personal civil es la acción de depósito, cuando esta institución fue sancionada por el *ius civile*; y de fórmula de acción personal pretoria, la misma acción de depósito, antes de que esta institución fuera reconocida por el *ius civile*. Pero tanto en un caso como en otro, ya esté la *intentio* concebida *in ius*, ya lo esté *in factum*, siempre ha de contener el nombre de la persona obligada, de aquella respecto a la cual tiene el demandante su derecho de crédito; en una palabra, ha de expresarse en la *intentio* el nombre del demandado.

La clasificación de acciones reales y personales que aparece nítida en el derecho clásico respecto de las acciones civiles (Gayo, 4, 3 y 3)⁶, y que en realidad no se aplicaba

⁵ Gayo, 4,2; Inst., 4,6,1.

⁶ Una acción es real cuando afirmamos o bien que es nuestra una cosa corporal o que nos compete un derecho, tal como el de usar o usar y disfrutar una cosa, o una servidumbre de paso, de conducción de ganado, de acueducto, de edificar más alto o de vistas; o bien cuando nuestro adversario nos opone al ejercicio de tales derechos la acción negatoria.

a las acciones pretorias, pierde precisión en el derecho postclásico y justiniano; en primer término porque se extiende a las acciones del *ius honorarium* (Inst. Just., 4, 6, 3); en segundo lugar, porque se transformó el carácter de algunas figuras jurídicas que eran consideradas como derechos personales, y después se calificaron como derechos reales, protegidos por *actiones in rem*; en último término, porque Justiniano incluyó dentro de la clasificación de las acciones algunas que en el Derecho clásico no podían calificarse ni como acciones reales ni como acciones personales, por ejemplo, la *hereditatis petitio*.

Acciones mixtas.

Las acciones divisorias (*actiones familiae erciscundae*, común *dividendo* y *finium regundorum*) que persiguen la división de una *hereditas* o de una cosa propiedad de varias personas, o una delimitación de lindes, no se pueden calificar ni como acciones reales ni como personales. Esto porque no pretenden lograr el acatamiento de un derecho real ni de un derecho personal, sino que persiguen los fines antedichos dando por supuesta la calidad de heredero o de propietario. Pero los justinianos y su tendencia generalizadora, les aplicaron el dictado de *actiones mixtae*, o sea, que son reales y personales a la vez (“*tam in rem quam in personam*”, “*actiones mixtae causae*”, Inst., 4, 6, 20). En efecto, se estiman reales porque tienden a que se precise la atribución exclusiva a determinadas personas de unos bienes perfectamente delimitados; y se consideran personales ya que al propio tiempo persiguen el reparto proporcional de los frutos, gastos hechos en la cosa, etc.

Actio in rem scripta.

Si una persona se ve privada de su propiedad sobre una cosa a consecuencia de un negocio jurídico concertado bajo la presión de una amenaza, puede ejercitar una acción basada en el miedo sufrido para recuperar la propiedad perdida (*actio quod metus causa*). Esta acción puede dirigirla contra cualquier tercero que posea la cosa y no sólo contra quien ejerció la amenaza. Estamos en presencia de una acción que más bien tiene carácter personal y que emana de un derecho de crédito pero que posee eficacia real, ya que puede dirigirse contra cualquier poseedor de la cosa.

En el período clásico esta acción (*actio quod metus causa*) era una acción penal derivada del *metus*, que se consideraba como en delito privado. En la época justiniana se funde con la *restitutio in integrum propter metum*, y en un texto contenido en el Digesto, 4, 2, 9, 8 (Ulpiano)⁷ se designa a esta nueva *actio quod metus causa* como *actio in rem scripta*.

El mismo carácter puede atribuirse a la *actio ad exhibendum*, que se utilizaba preferentemente cuando el demandante se proponía ejercitar después de la acción reivindicatoria, y desea que previamente le sea mostrada la cosa (*facere in publicum potestatem*). Esta acción es calificada por los justinianos como “*actio personalis*” y es posible considerarla como una *actio in rem scripta*, ya que puede dirigirse contra cualquier persona que posea la cosa que se desea ver exhibida.

⁷ “Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est...”

Vindicationes y condictiones.

En estrecha relación con la distinción de las acciones en reales y personales se encuentra la distinción que presentan dos fuentes jurídicas romanas en las que se oponen los conceptos de *vindicatio* y *condictio*, identificando parcialmente las *vindicationes* con las acciones reales y las *condictiones* con las personales.

Estas dos fuentes son: Gayo, 4, 5: "*Appelantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones quibus dari fieri oportere intendimus, condictiones*" ("Las acciones in rem, las acciones reales, se llaman vindicaciones; las acciones personales por las que pretendemos que se "debe dar o hacer" algo, se llaman condictiones, es decir, intimaciones"). Ulpiano, Dig., 44, 7, 25: "*Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram quae ab alio possidetur, petimus; et seimper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum; et semper adversus eundem locum habet.* » (« Dos son las clases de acciones : acción real, que se llama vindicación, y acción personal, que es llamada condición; es acción real aquella por la que reclamamos una cosa nuestra que es poseída por otro; y siempre se dirige contra aquel que posee la cosa; acción personal es aquella por la que nos dirigimos contra aquel que nos está obligado a hacer o a dar alguna cosa, y siempre se entabla contra aquel mismo que nos está obligado.»).

Sin embargo, no coinciden ambas clasificaciones exactamente. Históricamente la palabra *vindicationes* en su origen se utilizó para designar todas las *actiones* por las que estaban protegidos los derechos de señorío y de soberanía semipolítica del *pater familias* sobre las personas y cosas sometidas a su potestad; y que la palabra *actiones* se reservaba para designar las que protegían los derechos de crédito emanados de las *obligationes*; *actiones* que recibían también el nombre de *condictiones*. Más tarde, las *vindicationes* que protegían los derechos del *pater* sobre las personas sometidas a él fueron reemplazadas por otros recursos procesales; y entonces las *vindicationes* quedan reducidas a la protección de los derechos absolutos del *pater* sobre las cosas, o sea, de los derechos reales, extendiéndose a ellas la denominación de *actiones*; pero calificándolas de *actiones in rem*, para diferenciarlas de las que protegían los derechos de crédito, que ahora se denominan *actiones in personam*. Así nace la oposición: *vindicationes (actiones in rem)* y *condictiones (actiones in personam)*.

Las *vindicationes* comprenden, en sentido amplio, toda clase de acciones reales.

Las *condictiones*, en cambio, no abarcan todas las acciones personales. En las acciones de la ley la *condictio* era solamente la acción que se podía hacer valer por medio de la *legis actio per condictioem* y era una acción de derecho estricto, de carácter personal, abstracta, y encaminada a hacer efectiva una obligación de dar, referida a una cantidad de dinero o a otra cosa cierta. En el procedimiento formulario, el concepto de *condictio* admite diversas opiniones. La más aceptada sostiene que la *condictio* en este procedimiento es una acción abstracta y de derecho estricto que plasma en una fórmula *civilis* con *intentio in ius concepta*, en la que se persigue concretamente un *dari oportere* de una suma de dinero o una cosa cierta. No se incluyen en ella las acciones nacidas de delito, ni las de

buena fe. Así, esta *condictio* protege los derechos de crédito que emanan del contrato verbal (*stipulatio*), del contrato literal (*expensilatio*) y del contrato real llamado mutuo. Desde el período postclásico se concede *condictio* en otros casos especiales en los que se tiende a restablecer un equilibrio patrimonial procurando evitar el enriquecimiento injusto de una persona a costa de otra. La hipótesis más frecuente de estos casos es aquella en que el demandado ha adquirido válidamente un derecho real, por ejemplo la propiedad de una cosa del demandante. A pesar de que el acto traslativo era un acto normal y concurría la causa del negocio jurídico, esa transferencia no satisfacía la “causa del enriquecimiento” que exige el Derecho objetivo para justificar la retención de la cosa. En estos supuestos, el demandante había perdido su propiedad y no podía ejercer la acción reivindicatoria, pero tenía a su disposición la *condictio*.

En época postclásica surgió la *condictio incerti* para aquellos casos en los que no podía precisarse exactamente el objeto reclamado y siempre que no pudiera ejercitarse otra acción específica.

Por todo esto, se concluye que el concepto de *condictiones* es más restringido que el de acciones personales: son solamente una clase de acciones personales que tienen un ámbito de aplicación preciso.

Acciones civiles y acciones honorarias.

Surge esta distinción de la fuente de donde emana la tutela jurídica que supone la acción. Acciones civiles son aquellas reconocidas y otorgadas por el *ius civile*; acciones honorarias son las concedidas por el *ius honorarium*, y su origen se encuentra en la protección jurisdiccional del magistrado. Las acciones honorarias pueden ser *praetoriae* o *aediliciae*: las primeras las otorga el pretor, las segundas los ediles curules. Ejemplo de estas últimas se encuentra en las acciones por las cuales se hace responsable al vendedor de los vicios o defectos que tenga la cosa vendida y por las cuales el comprador puede, o rescindir el contrato (*actio redhibitoria*) o exigir la rebaja del precio en proporción a la disminución del valor que entrañan los vicios (*actio quanti minoris*).

Desde que el procedimiento formulario obtuvo sanción legal en virtud de la ley Aebutia y el pretor vertió el contenido de las antiguas acciones de la ley en fórmulas, en el Edicto se recogieron tanto las fórmulas de las acciones civiles como de las pretorias. Esto no borró la distinción entre ambas.

Las fórmulas de las acciones civiles poseen siempre una *intentio in ius concepta*. Las fórmulas de las acciones pretorias normalmente poseen una *intentio in factum concepta*. Sin embargo, las fórmulas ficticias y las fórmulas con transposición de sujetos tienen la *intentio in ius concepta* aun siendo de origen pretorio.

Algunas acciones pretorias, nacidas como acciones cuajadas en fórmulas con *intentio in factum concepta*, fueron convertidas en acciones civiles con *intentio in ius concepta* cuando la situación de hecho que protegían fue sancionada por el Derecho civil; así sucedió con el depósito y comodato.

Acciones reipersecutorias y acciones penales.

La distinción entre acciones reipersecutorias y penales tiene una base cualitativa en el Derecho clásico: la distinta función jurídica que cumplen unas y otras.

Son acciones reipersecutorias aquellas por las cuales se reclama una *res* (*actiones quibus rem persequimur*); y son acciones penales aquellas por las cuales se reclama una *poena* (*actiones quibus poenam persequimur*)⁸.

Veamos qué se entiende por *res* y por *poena*.

Res significa cosa, y en la definición anterior comprende dentro de sí la cantidad en que se valúa la cosa. Sucede así tanto respecto de las acciones reales por las que se reclama la restitución de un objeto (acción reivindicatoria o la *hereditatis petitio*), como respecto de las acciones personales que emanan de una relación contractual por las que se reclama que una cosa sea devuelta (un préstamo mutuo, un comodato, depósito o prenda).

Pero, además, la palabra *res* designa también el crédito de una cantidad de dinero que se reclama en virtud de un contrato, o como resarcimiento pecuniario de un daño sufrido en el patrimonio⁹.

La palabra *poena* quiere decir la suma de dinero que se reclama del autor de un delito privado o de un acto ilícito equiparado a éste por el pretor, como reparación del agravio sufrido, y sin tomar en cuenta el daño patrimonial con que tal delito o acto ilícito se haya podido causar. Representa el vestigio del antiguo rescate de la persona del ofensor a la venganza privada por medio de la composición voluntaria, a través de la composición legal posterior.

Las acciones penales presentan las siguientes características especiales:

a) La acción penal solamente puede interponerse por quien sufrió el agravio y contra el que lo causó precisamente. Por esto, son intransmisibles estas acciones a los herederos del ofendido como a los del ofensor. Pero la intransmisibilidad activa sólo se da en las acciones *vindictam spirantes* como la *actio iniuriarum*, la *actio de calumniae*, la *actio sepulcri violati*, la *actio de effusis et deiectionis*, y, en especial, la *querela inofficiosi*, dada a favor del que tiene derecho a ser citado en un testamento y ha sido desheredado sin justa causa. En las demás, como el derecho a la pena pecuniaria constituye, en el fondo, un derecho de crédito, se admite que se transmita a los herederos. En cambio, la intransmisibilidad pasiva es la regla. A veces, eso sí, el pretor concede contra los herederos del ofensor una *actio in factum* encaminada a obtener la restitución de aquello en lo que pudiera haberse aumentado el patrimonio del causante como consecuencia del ilícito cometido por él (*actiones in id quod pervenit, e in id quod locupletior factus sit*).

b) Las acciones penales siempre tienen carácter *noxal* cuando el acto ilícito se cometió por un esclavo o persona sometida a la potestad del *pater familias*. En ese caso la acción se dirige contra el *pater* que tenga al esclavo o al *filius* en su potestad al momento de interponerse la acción. El *pater* tiene facultad de liberarse del pago de la pena, entregando *in noxa* el culpable al demandante.

c) Si el acto ilícito es cometido por varias personas, cada una está obligada a pagar la reparación; por ende, el ofendido tiene derecho a exigirla de todos y cada uno de los ofensores, y el que uno de ellos pague la pena no excluye la obligación de los demás de pagar la suya. Las obligaciones que nacen de un delito son cumulativas en el Derecho clásico.

⁸ Gayo, 4, 6, 7 y 8.

⁹ Paulo, Dig., 39, 2, 3.

Ya en el Derecho postclásico y justiniano los conceptos de *res* y *poena* se transforman. Se pasa a tener un criterio cuantitativo para efectuar la distinción. Se entiende por *res* la cantidad representativa de la cosa reclamada o del daño sufrido, y por *poena* todo lo que excede esa cantidad. Ahora son acciones reipersecutorias aquellas que se encaminan solamente a reclamar el valor de la cosa o del daño, y acciones penales, las que tienden a conseguir una cantidad superior a este valor. El concepto de *poena* pasa a ser económico y como la idea de venganza se desechó, en caso de pluralidad de ofensores, si uno de ellos satisface a la víctima, libera de responsabilidad a los demás. Las obligaciones que nacen de un delito son correales en Derecho postclásico y justiniano.

7) Acciones populares y acciones privadas.

El Derecho romano presenta una categoría particular de acciones que ofrecen la peculiaridad de poder ser interpuestas por cualquier persona, independientemente de si ha sido o no lesionado en sus intereses particulares. Apoyándose en las fuentes romanas¹⁰ se distinguen dos clases de acciones:

a) las acciones populares, que pueden ejercitarse por cualquier persona (*quicumque agere volet*) y que se conceden a todos los miembros de la colectividad, para defender por ellas el interés público, del que ellos mismos son partícipes;

b) las acciones privadas, que se otorgan a los particulares para proteger sus derechos subjetivos privados, por lo cual sólo pueden ser interpuestas por la persona concretamente lesionada en sus intereses (*ad quem rem pertinet, cuius interest*).

Se concluye a partir de esta distinción que en Roma el proceso público se refiere fundamentalmente a los delitos públicos (*iudicium publicum, crimina*), normalmente iniciado por un funcionario público que representa el interés colectivo dañado por el acto ilícito. El proceso privado (*iudicium privatum*) se centra en la protección de los intereses particulares lesionados, sean éstos de carácter civil (v.gr. incumplimiento de un contrato), sean actos ilícitos que constituyan los denominados delitos privados (*delicta, maleficia*). El *iudicium privatum* se inicia siempre por una acción (civil o penal) que puede interponer solamente el particular cuyo derecho ha sido lesionado. Sin embargo, hay algunas clases de delitos que, siendo públicos, pueden ser sancionados además a iniciativa de un particular cualquiera de la colectividad que, en su calidad de ciudadano, se considera lesionado por el acto ilícito cometido. Las acciones populares son las acciones por las cuales se inicia, precisamente, esta persecución.

Algunas de estas acciones se refieren a delitos sancionados en una ley para los cuales se establecía la pena de una multa, impuesta normalmente por los magistrados de la ciudad, utilizando los medios de coerción que disponían (*multae dictio, inrogatio, pignoris capio*, etc.). Eso sí, en ciertos casos se autoriza a estos magistrados a dirigirse al pretor o a quien ejerza la administración de justicia en el lugar, para procurar la condena del culpable y el abono de la multa correspondiente por medio de un procedimiento civil normal. Junto a esto, se admitió la iniciación del litigio civil por parte de cualquier particular por la vía de la acción popular con el fin de estimular el celo de los magistrados. Es presumible que en tales supuestos el ciudadano actuaba como si lo hiciera en representación de la colectividad y la multa se pronunciaba a favor de ésta, aún cuando al particular se otorgue como premio una

¹⁰ Dig., 3, 3, 42 pr.

participación en ella. Junto a estas acciones populares, denominadas acciones populares *procuratorias*, se encuentran otras que tienen su origen en el Derecho pretorio. A estas últimas se reserva con exclusividad el nombre de acciones populares. En ellas el particular actúa en su propio nombre y el importe de la multa que reclama va a su patrimonio personal y no al fisco. En su tramitación se sigue el procedimiento privado ordinario y, si fallece el demandante, el derecho a la multa pasa a sus herederos. Una vez pronunciada la sentencia el demandado puede oponer a otro demandante posible la *exceptio vulgaris rei iudicatae*¹¹

Entre estas acciones populares pretorias deben citarse la de *albo corrupto*¹², la de *sepulchri violati*¹³ y la de *positis et suspensis*¹⁴.

El pretor dictó una serie de reglas para aplicar y utilizar estas acciones populares, especialmente en relación al caso en que se interpusieran a la vez por varias personas. El magistrado en estos casos otorga preferencia al que justifique un interés más directo para ejercerla, y si no lo hubiere, al que considere más apto¹⁵. En algunos casos sólo puede interponerse la acción popular cuando el interesado directamente no haya ejercitado la acción que le compete para perseguir el delito cometido, siendo la acción popular solamente subsidiaria.

8) Acciones perpetuas y acciones temporales.

Tanto en el período antiguo como en el clásico se entendía por *actiones perpetuae* aquellas cuyo ejercicio no se sometía a plazo alguno; y por *actiones temporales* las que debían interponerse dentro de un plazo determinado.

Las acciones civiles son siempre perpetuas, salvo escasísimas excepciones. Las acciones honorarias son generalmente temporales. Así, la mayoría de las acciones pretorias deben ejercitarse en el plazo de un año, señalado en el mismo Edicto y también al hacerse valer al momento de iniciarse el litigio, insertando una *exceptio temporalis* en la fórmula¹⁶. Las acciones penales, privadas o populares, también son temporales si tienen origen en el Derecho pretorio, y perpetuas si emanan del *ius civile*.

Consecuencia de lo dicho, se colige que durante los períodos antiguo y clásico el no ejercicio de los derechos, y por ende la no utilización de la acción que los protege, no tenía efectos perjudiciales para el titular del mismo en el campo del *ius civile*. En cambio, en la esfera del Derecho honorario, si las acciones no se ejercitaban dentro del plazo prevenido quedaba sin protección la situación de hecho que amparaban.

En forma paulatina fue sancionándose el no uso de los derechos con una disminución y aun con una privación total de la protección procesal de que disponían, especialmente

¹¹ Meciano, Dig., 35, 2, 32, pr.; Ulpiano, Dig., 58, 16, 12; Ulpiano, Dig., 47, 23, 3, pr.

¹² Ulpiano, Dig., 2, 1, 7; Inst. Just., 4, 6, 12.

¹³ Dig., 47, 12: rúbrica

¹⁴ Ulpiano, Dig., 9, 3, 5, 6.

¹⁵ Ulpiano, Dig., 47, 23, 3, 1; Paulo, h. t. 2.

¹⁶ Gayo, 4, 110: *Plerumque intra annum*

si existía una persona que había, de buena fe, realizado actos de ejercicio acordes con la función social que el verdadero titular había dejado de cumplir. Así, a finales del siglo II d. de C. se permite a los adquirentes de buena fe de fundos provinciales que hayan poseído las fincas durante diez años (si el dueño tenía domicilio en la misma provincia), o durante veinte (si estaba domiciliado en otra provincia), defenderse frente a la acción reivindicatoria del propietario haciendo constar tal circunstancia en la fórmula, por medio de una *praescriptio*: la *praescriptio pro reo* llamada *longi temporis praescriptio*¹⁷. Más tarde, Honorio y Teodosio II, en una Constitución del año 424 (Cód., 7, 39, 3), extiende la *praescriptio temporis* a toda clase de *actiones* estableciendo un plazo de treinta años dentro del cual deben interponerse, respetando los plazos menores. Si se ejercitan después, el demandado opondría al demandante la citada *praescriptio*. Además, existía un plazo de prescripción de cuarenta años a favor de las iglesias y fundaciones pías¹⁸.

A partir de esta disposición se transforma el concepto de acciones perpetuas y temporales; ahora se llaman acciones perpetuas las que prescriben a los treinta (o cuarenta) años; y temporales a las que tienen un plazo de prescripción menor.

La aplicación de la prescripción en las acciones civiles produce otra consecuencia interesante: el transcurso del plazo sólo afecta al ejercicio de la acción pero no a la subsistencia del derecho subjetivo que protege. Eso significa que en el campo del *ius civile* ésta es una prescripción de acciones y no de derechos. Es justo lo contrario que sucedía con el decurso del plazo en las acciones pretorias, ya que al no poder ejercitarse la acción se perdía la protección de la situación protegida por ella; implicaba, por ende, una prescripción de derechos.

Durante la época justiniana este régimen se mantiene con pequeñas modificaciones. Todas las acciones tienen un plazo mayor o menor de prescripción, sean reales o personales. El plazo de prescripción comienza a correr desde el momento en que nace la acción y haya posibilidad jurídica de ejercerla¹⁹ o desde el momento en que haya sido violado un derecho absoluto. En lo que hay duda es en el tema de cómo debe computarse el año útil de que hablan las fuentes en relación a las acciones pretorias. Algunos estudiosos sostienen que se inicia cuando es posible ejercer la acción sin miedo a que sea detenida por una *exceptio*, y una vez comenzado el plazo, no se suspende por causa alguna. Otros sostienen que el año útil se relaciona con el curso del plazo una vez que se ha iniciado, computándose sólo el tiempo en que la acción no pudiera ser detenida por una *exceptio*, descontándose los días en que esto fuera posible, suponiendo una suspensión de la prescripción.

En época bizantina la prescripción de treinta años comienza a correr desde que nace la acción. Pero tanto respecto de acciones reales, como de acciones personales, se admiten casos de suspensión de la prescripción²⁰.

9)) Acciones (iudicia) bonae fidei y stricti iuris.

¹⁷ Ulpiano, Dig., 44, 3, 5, 1; 12. Cód., 4, 10, 7, 1; 14

¹⁸ Cód., 7, 39, 2; 6, entre otros

¹⁹ *Actio nata, cum experiundi potestas fruit*

²⁰ Cód., 7, 39, 3,1

La distinción de estas dos clases de *iudicia* tiene su correspondencia en el campo del Derecho de obligaciones con otra distinción constitutiva de la base de aquélla: la de negocios de buena fe y negocios de derecho estricto.

Los negocios de derecho estricto son contratos que generan obligaciones cuyo contenido está determinado por la ley precisa y taxativamente, y cuyo cumplimiento ha de atenerse a lo que haya sido prometido o pactado, y tan sólo a esto. Ejemplo de ellos es el contrato verbal denominado *stipulatio*. En general, las prestaciones a que se obliga el deudor en estos contratos versan sobre un *certum*: entrega de una suma determinada de dinero, entrega de una cosa cierta, o de una cantidad de cosas que pertenezcan a un género preciso, transmisión de la propiedad, etc. Pero en ocasiones cabe también que las prestaciones versen sobre un *incertum*: tales son las obligaciones de hacer o no hacer algo (*obligationes faciendi, non faciendi*), las de entregar cosas genéricas determinadas y las de devolver una cosa de propiedad del acreedor (*restituere*).

Los contratos de buena fe, en cambio, generan obligaciones cuyo contenido no está determinado previa y precisamente ni por ley ni por lo que se haya pactado o prometido. El deudor se obliga a todo aquello que la buena fe exige que se cumpla entre personas honradas, leales, fieles mantenedores de la palabra dada y de los compromisos asumidos. Siempre la prestación versa sobre un *incertum*: “*quidquid dare facere oportet ex fide bona*”. Esta incertidumbre se determina y precisa por el juez atendiendo a las circunstancias concurrentes al caso concreto.

Los *iudicia* por los que se ventilan las reclamaciones basadas en negocios de derecho estricto, son los *iudicia stricti iuris*, y aquellos por los que se tramitan las reclamaciones fundadas en negocios de buena fe son los *bonae fidei iudicia*. La distinción reside en la precisión o imprecisión del contenido de la obligación que pesa sobre el deudor, lo que se refleja ineludiblemente en la labor que debe asumir el *iudex*. En los primeros se limita a apreciar la existencia o inexistencia de la obligación y a fallar ateniéndose rigurosamente a lo pactado, sin tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda influir en el contenido de la obligación; en los segundos, el juez debe precisar y concretar en qué consiste todo aquello que el deudor esté obligado a dar o hacer, según la buena fe, haciendo cierto el incierto en que la obligación consistía, ponderando y valorando cuantas circunstancias concurren en el caso.

La fórmula en los *iudicia stricti iuris* consta normalmente de una *intentio in ius concepta certa*, ya que regularmente la obligación de derecho estricto tiene un *certum* como objeto. Cuando la *intentio* es abstracta, nos hallamos frente a una *condictio*. Por ejemplo, la obligación que nace del contrato verbal *stipulatio*, llamada *condictio ex stipulati*, cuya *intentio* dice: “*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere*”. La función del juez está delimitada perfectamente en esta clase de *iudicia*: debe apreciar si resulta probado que Numerio Negidio debe o no los cien HS., condenándole en el primer supuesto, y absolviéndole en el segundo.

Cuando la *intentio* es *certa* pero no abstracta estamos en presencia de acciones que engendran *iudicia stricti iuris*, pero que no son *condictiones*. Así pasa en la *actio ex testamento*, por la cual el legatario exige del heredero testamentario el cumplimiento de la obligación que el causante le haya impuesto a su favor²¹. En este caso, la labor del juez es menos rigurosa que en las *condictiones*. Lo mismo ocurre con los *iudicia stricti iuris* cuya fórmula posee *intento incerta*, como es el caso de la otra acción que nace de la *stipulatio* para el supuesto de que la obligación que se exige verse sobre un *incertum* (*actio incerti*

²¹ Gayo, 4, 55; Juliano, Dig., 30, 82, 1

ex stipulati). Su *intentio* permite determinar al juez en qué consiste la obligación, dando mayor amplitud a la labor del juez. La fórmula de la *actio incerti ex stipulati* reza así: “*Quod Aulus Agerius de Numerio Negidius incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem dare facere oportet eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito*”.

En los *iudicia bonae fidei* la fórmula contiene una *intentio in ius concepta incerta*, que reza así: “*Quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*.” Así, la obligación que se reclama tiene un contenido incierto: “todo aquello que N.º N.º deba dar o hacer a favor de A.º A.º según la buena fe”. Por esta causa, la *intentio* en las acciones de buena fe suele ir precedida de una *demonstratio* que especifica la causa de donde brota la obligación que se reclama; por ejemplo, “*Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium hominem deposuit*.” (“Puesto que A.º A.º depositó un esclavo en poder de N.º N.º”). Es al juez a quien compete determinar el preciso contenido de esta obligación apreciando las circunstancias concretas que en el caso se den, y atendiendo a lo que la lealtad, honorabilidad y fidelidad a la palabra dada exijan de cada una de las partes que litigan.

El repertorio de los *iudicia bonae fidei* es bastante extenso ya en la época clásica, y Justiniano lo amplió más en el período bizantino.

10) Acciones (iudicia) in bonum et aequum conceptae.

Se asemejan a las acciones de buena fe, pero tienen algunas particularidades para diferenciarlas.

En ambas clases de acciones la labor del juez es mucho mayor que en las acciones de derecho estricto, pero en las acciones de buena fe esta extensión tiene su origen en el carácter de la obligación sobre cuyo cumplimiento ha de pronunciarse. Por esta razón, es en la *intentio* de la fórmula en la que se reflejan los amplios términos con que debe apreciarse el contenido de la obligación. En cambio, en los *iudicia in bonum et aequum concepta* se concede al juez cierta amplitud de facultades sólo en lo referido a la extensión de la condena, independiente del carácter y precisión de la obligación que se reclama. Por ello, la amplitud de la labor del juez no se refleja en la *intentio* de la fórmula sino en una modalidad especial de la *condemnatio*. En ésta se instruye al juez para que condene “a cuanto considere equitativo y justo” (“*quantum bonum et aequum ei videbitur*”), o a lo que le parezca “mejor y más equitativo” (“*quod aequius et melius erit*”). Corresponde a un caso de *condemnatio incerta* en que se otorga al juez un libre arbitrio para determinar el valor de la condena y no para apreciar la existencia y amplitud de la obligación reclamada.

Las fuentes suministran un repertorio de acciones de esta clase, ofreciéndose para su calificación el de que en ellas se amparan intereses económicos y también intereses morales.

La cláusula “*quantum bonum et aequum ei videbitur*” figura en la *condemnatio* de las siguientes acciones:

- a. *si iudex litem suma fecit*
- a. *de effusis vel deiectis*
- a. *de sepulchro violato*
- a. *de sumptibus funerum* o *actio funeraria*

- a. *iniuriarum*
- a. *rei uxoriae*

11) Acciones (iudicia) arbitrariae.

Estas acciones representan una modalidad nueva de la *condemnatio* que amplía la función del juez. Su característica especial la constituye el que la *condemnatio* de la fórmula contiene la llamada cláusula arbitraria, situada inmediatamente después de la *intentio* y concretada en las siguientes palabras: “*eaque (nisi) res arbitrio iudicis restituetur*” (a no ser que la cosa haya sido restituida por mandato del juez).

La finalidad de la cláusula arbitraria fue evitar los inconvenientes que ofrecía la condena pecuniaria, típica del procedimiento formulario: el demandante dueño que quería que le restituyeran la posesión de la cosa obtenía, en lugar de la cosa, una condena en dinero aunque la sentencia le fuera favorable. Para evitar esta anomalía, el magistrado instruye al juez por medio de la cláusula arbitraria para que condene (si se prueba la verdad del contenido de la *intentio*), salvo que el demandado dé satisfacción según mandato del juez a lo que exige el demandante, sea restituyendo la cosa (*nisi restituat*), sea exhibiéndola (*nisi exhibeat*). Así, el juez dirige al demandado un mandato intimidatorio (*arbitrium, jussus*) por el cual ordena dar satisfacción efectiva al derecho reclamado, exhibiendo o restituyendo la cosa. Si el demandado obedece este *arbitrium de restituendo* o de *exhibendo*, es absuelto de la demanda, debido a que la fórmula expresa que el juez condenará a menos que el demandado, según el mandato del juez, restituya o exhiba la cosa. Si no acata el *arbitrium*, será condenado, pero la estimación del valor de la cosa, la *litis aestimatio*, se realiza sobre la base del que le asigne el demandante por medio de juramento (*iusiurandum in litem*), aunque el juez puede fijar una cantidad máxima a la valoración. Si el demandante no realiza la valoración jurada, el juez valora directamente (Paulo, Dig., 6, 1, 71). Una vez que el condenado paga al demandante el importe asignado a la cosa por la *litis aestimatio* obtiene con ésta un título de adquisición parecida a la compra, en virtud del principio “*litis aestimatio similis est emptioni*” (Ulpiano, Dig., 6, 2, 7, 1; íd., Dig., 41, 4, 3).

La cláusula arbitraria habría figurado en la fórmula de las siguientes clases de acciones:

a) En las *acciones in rem*, como la *reivindicatio*, la *hereditatis petitio* y la *vindicatio pignoris*, que tienden a obtener la restitución de una cosa; en las acciones protectoras de los derechos de servidumbre, como la *vindicatio servitutis* y la *vindicatio ususfructus*, todas las cuales se hacen valer por medio de la fórmula petitoria. Igual cosa pasa con la *actio negatoria*, por la que el dueño se defiende contra el que pretende tener una servidumbre sobre su finca.

b) Las *acciones in personam* con cláusula arbitraria son muchas. Dentro de ellas hay dos grupos diferentes:

b.1.) El de aquellas acciones personales encaminadas a preparar el ejercicio de otra acción (*in rem*) o a proteger las relaciones del demandante con una cosa: la *actio ad exhibendum*; la *actio aquae pluvial arcendae*, dada para conseguir deshacer las obras hechas en un predio vecino para desviar el curso normal de las aguas lluvia, si con ello se han causado perjuicios al fundo del demandante; las acciones que emanan de los interdictos restitutorios, cuando el poseedor se niega a acatar la orden del pretor de que se reintegre la cosa.

b.2.) El de aquellas acciones personales basadas en un acto ilícito privado que tienden a obtener una reparación pecuniaria del perjuicio sufrido, una *poena*, y que contienen la cláusula arbitraria cuando pueden sólo interponerse si no se ha restituido la cosa usurpada o sustraída: la *actio de dolo* (“*Arbitrio iudici in hac quoque actione restitutio comprehenditur; et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est*”. Paulo, D., 4, 3, 18 pr.), la *actio quod metus causa*²² y otras.

Consideración especial merece la *actio de eo quod certo loco dari oportet* (acción respecto de aquello que debe ser entregado en determinado lugar). Esta acción se concede al acreedor que no puede reclamar por alguna causa una obligación *stricti iuris* en un lugar preciso y determinado. Si el acreedor demandaba al deudor en lugar distinto del previsto en la obligación, incurría en *plus petitio loco*, pues este cambio de lugar supondría al mismo tiempo una diferencia de valor de la obligación exigida. Para evitar esto, se establece la *actio eo quod certo loco*, que en el Digesto es denominada como arbitraria²³, pero tal designación tiene una significación especial en este caso, ya que la fórmula de la *actio* no posee cláusula arbitraria alguna, sino una autorización al juez para que fije según su arbitrio el valor que la prestación tenga para el demandante en este otro lugar pero teniendo en cuenta el interés del demandado: “*Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fiat*” (Ulpiano, Dig., 13, 4, 2, pr.). La fórmula era así:

“*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem Ephesi dare oportere, tu iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio decem aut si quid alteratrius interfuit eam pecuniam Ephesi portius quam Romae solvi, tanto pluris minorisve arbitrio tuo condemna; si non paret, absolvito.*” (“Si resulta que N.º N.º debe dar a A.º A.º diez en Efeso, tú, juez, condena a N.º N.º a dar diez a A.º A.º; o si importa a alguno de ellos que este dinero fuera pagado en Efeso mejor que en Roma, a cuanto ello suponga en más o menos (según tu arbitrio) condena; si no resulta, absuélvele.”).

Así, la designación de arbitraria que se da a esta acción en el Digesto no se refiere al *arbitrium* del juez como mandato dirigido al demandado, sino al *arbitrium iudicis*, como facultad para poder fijar discrecionalmente el valor de la prestación.

12) Acciones ex contractu y acciones ex delicto.

Dentro de las *actiones in personam* del *ius civile* se distinguen las que nacen de un contrato (*ex contractu*) y las que nacen de un delito (*ex delicto*); ambas tienden a exigir el cumplimiento de una obligación, y en ambas su *intentio* (*in ius concepta*) se refiere a “*quidquid dare facere oportere*” (“a lo que deba dar, hacer o prestar”) el demandado (Gayo, 4, 2; y 3, 88).

13) Acciones directas y contrarias (“*ludicia contraria*”).

²² Ulpiano, Dig., 4, 2, 14, 1 y 3; 4, 5 y 11

²³ Dig., 13, 4

Existen contratos y situaciones jurídicas de los que brota normalmente una sola *actio in personam* contra el sujeto que aparece obligado principalmente. En ocasiones este último puede poseer otra acción *in personam* contra el que es su acreedor normalmente, para exigirle indemnización de los gastos que haya realizado en el desempeño de su cometido. En tales supuestos, la primera acción se denomina de acción directa, y la segunda, de acción contraria.

14) Acciones directas y acciones útiles.

Fórmulas o acciones útiles son aquellas por las cuales el pretor extiende a personas o circunstancias nuevas acciones ya existentes en el antiguo *ius civile*. A estas antiguas acciones aplicadas a las personas y circunstancias para las que fueron creadas, se les llama acciones directas; en cambio, cuando se aplican a personas o circunstancias distintas, se llaman acciones útiles.

15) Acciones simples y acciones dobles (“iudicia duplicia”).

El proceso se desarrolla normalmente entre dos partes, una de las cuales juega el papel de demandante y la otra el de demandado. La sentencia terminará simplemente condenando o absolviendo a éste. No se puede imaginar que el proceso termine condenando al actor²⁴. En tales casos se habla de acciones o juicios simples.

Sin embargo, en algunas ocasiones no aparecen bien diferenciadas las calidades de demandante y demandado (actor y reo), ni el litigio puede terminar tan simplemente en la condena o absolución de una de las partes. En esos casos dichos procesos son *iudicia duplicia* y las fórmulas en que se plasman son lo suficientemente elásticas para que el juez pronuncie una sentencia que condene o absuelva a cualquiera de las partes y fije, en su caso, el objeto de la condena según las alegaciones hechas valer por una u otra.

Algunos ejemplos de acciones.

Todos estos ejemplos de acciones han sido recogidos del Digesto de Justiniano, y tienen por objeto ilustrar la manera cómo los juriconsultos clásicos pudieron desarrollar la ciencia jurídica y dar forma a las instituciones del Derecho que inspiran, incluso actualmente, el estudio del procedimiento en materia civil. Las soluciones adoptadas cobran sorprendente actualidad.

²⁴ Paulo señala: “*nemo enim in persequendo deteriore causam, sed maiorem facit*” (Dig., 50, 17, 87)

1.- La acción reivindicatoria. (Ejemplo de acción real civil).

Esta acción real especial se aplica a todas las cosas muebles, tanto las animadas como inanimadas, y también a las que se contienen en el suelo. Por esta acción no son reclamables las personas libres que dependen de nosotros como son los hijos bajo nuestra potestad. Estas personas son reclamadas bien por acciones prejudiciales, o por interdictos, o por la cognición pretoria, y así lo dice Pomponio, 37 < ed .>; a no ser que acaso se vindiquen con expresión de una causa. Si alguien pide su hijo indicando que es “suyo” o “que está en su potestad por derecho romano”, me parece que Pomponio cree que también reclamó rectamente, por cuanto dice él que, manifestada una causa, puede reivindicar conforme a la ley de los Quirites. Por esta acción no sólo son reclamables las cosas individuales, sino que, escribe Pomponio, 25 < var. > lect., también puede ser reivindicado un rebaño. Lo mismo debe decirse respecto al ganado mayor, a las yegudas y a los restantes animales que se tienen en manadas, y es suficiente que el rebaño mismo sea nuestro, aunque no lo sean algunas de sus cabezas, pues lo que se reivindicará es el rebaño y no cada uno de los animales. (Ulp. 16 ed.)²⁵

Si dos personas tuvieran en un rebaño igual número de cabezas, ninguna de ellas puede reclamar todo el rebaño, ni siquiera la mitad del mismo. Pero si una tiene mayor número, de suerte que, descontadas las cabezas ajenas, resulte que deba reivindicar el rebaño, en la restitución no se comprenden las cabezas de ganado ajenas. (Paul. 21 ed.)²⁶

Marcelo, 4 dig., escribe: si uno que tenía un rebaño de trescientas cabezas, perdió cien y compró el mismo número de cabezas al propietario de las mismas o al poseedor de buena fe, dice que, por supuesto, se comprenderán éstas en la reivindicación del rebaño. Y si quedan sólo las compradas, incluso en este caso puede reclamar el rebaño. Los aparejos de una nave se han de reivindicar cada uno separadamente, y también por separado se ha de reivindicar la chalupa. Escribe Pomponio que, si una cosa está confundida y mezclada con otra de su misma naturaleza de tal modo que no pueden desunirse ni separarse, no es reivindicable la totalidad de la cosa, sino la parte de la misma que corresponda; por ejemplo, si fundimos tu plata y la mía en una sola masa, ésta es propiedad de los dos, y cada uno podrá reivindicar la parte proporcional que tiene en el peso, y ello aun cuando sea incierto cuánto peso tiene cada uno en la masa. (Ulp. 16 ed.)²⁷

El mismo Pomponio escribe: si el trigo de dos personas se hubiese confundido sin su voluntad, compete a cada uno, una acción real por la porción que en aquel montón parece que es de cada propietario; si se hubiesen mezclado los trigos por la voluntad de los propietarios, se entiende que se hicieron comunes, y en esta caso procederá la acción de división de la cosa común. El mismo Pomponio escribe que, si se hubiera hecho mezcla de mi miel y de tu vino, opinaron algunos que también esto se hace común; pero estimo más cierto, como indica el mismo Pomponio, que es más bien del que lo hizo, puesto que la mezcla no conserva su anterior calidad. Si se funde el plomo con la plata, como es posible la separación, ni se hará cosa común, ni se reclamará por la acción de división de la cosa común, pues puede separarse; se demandará con la acción real. Si la separación no fuera posible, dice Pomponio, como en el supuesto de aleación de bronce y oro, que se

²⁵ Dig., 6, 1, 1

²⁶ Dig., 6, 1, 2

²⁷ Dig., 6, 1, 3

reivindicará la parte correspondiente; y no se repetirá lo dicho respecto al mulso, porque, aunque estén confundidas, subsisten las distintas materias. También escribe Pomponio que, si tu caballo hubiese emparejado a mi yegua, la cría no es tuya sino mía. Respecto del árbol trasplantado a un campo ajeno en el que prendió y echó raíces, Varo y Nerva concedían una acción real útil; mas en tanto no prendió no habrá dejado de ser mío. Cuando se ejercita una acción real, si se conviniera sobre la identidad de la cosa, pero hubiera error en el nombre, se considera que se ha demandado bien. Si hay varios esclavos con el mismo nombre, por ejemplo, varios Eroles, y no resulta claro cuál se reclama, entiende Pomponio que no procede condenar. (*Ulp. 16 ed.*)²⁸

El que demanda con una acción real debe designar la cosa, y también si la pide toda o en parte y, en este caso, qué parte pide; pues la denominación de la cosa no se refiere sólo al género, sino a la especie. Así dice Octaviano que de la materia no trabajada debe decirse el peso, de la materia acuñada debe decirse el número, y de la trabajada la especie; pero también se ha de determinar la medida cuando la cosa sea mensurable. Si pretendemos que unos vestidos nos pertenecen o que se nos debía dar su propiedad, ¿estamos obligados a decir el número de los mismos y su color? Y es más cierto que ambas cosas, pero es excesivo que se nos obligue a decir si están usados o nuevos. La misma dificultad surge con las vajillas, esto es, si se debe decir tan sólo que es una bandeja o también si < es > cuadrada o redonda, lisa o cincelada, todo lo cual es muy difícil de hacer constar en las demandas. Tampoco debe exigirse tanta exactitud, pues, aun cuando al pedir un esclavo ha de declararse su nombre, y si se trata de un niño o de un menor, si son varios los esclavos; cuando se ignora el nombre del esclavo, podrá utilizarse otro medio para designarle, como “el que proviene de aquella herencia” o “el que nació de aquella mujer”. Igualmente el que reclama un fundo ha de declarar el nombre del fundo y su situación. (*Paul. 6 ed.*)²⁹

Si el que se ofreció <sin ser poseedor> a defender el fundo reivindicado resultó condenado, es justo, sin embargo, que <el propietario> pueda reclamar del verdadero poseedor, según dice Pedio. (*Paul. 11 ed.*)³⁰

Pomponio, 36 <ed.>, dice que, si tú y Lucio Ticio poseéis un fundo que es tuyo y mío por partes iguales, no debo pedir a cada uno de vosotros una cuarta parte, sino la mitad completa a Ticio, que no es propietario; pero no así si poseéis el fundo por regiones determinadas, pues entonces es indudable que debo pedir mis respectivas partes del fundo de ti y de Ticio; porque siempre que lo poseído sean parcelas ciertas, hay en ellas necesariamente alguna parte mía, y por lo tanto también tú debes pedir a Ticio tu cuarta parte. Esta distinción no tiene lugar ni respecto de una cosa mueble, ni en la petición de la herencia, porque nunca pueden poseerse divididas. (*Paul. 12 ed.*)³¹

Oficio del juez será en esta acción el indagar si el demandado posee, y no importa la causa por la que posee, ya que una vez que he probado que la cosa es mía, el poseedor que no opuso ninguna excepción tendrá necesidad de restituirla. Sin embargo, algunos como Pegaso, estimaron que esta acción sólo se refiere a aquella posesión que se protege con el interdicto “cómo estáis poseyendo” o con el interdicto “aquel en cuyo poder”, y dice que la cosa no puede reivindicarse de aquél en cuyo poder está depositada o en comodato, o de aquél que la tuviere en arrendamiento, o estuviese en posesión a fin de asegurar los

²⁸ Dig., 6, 1, 5

²⁹ Dig., 6, 1, 6

³⁰ Dig., 6, 1, 7

³¹ Dig., 6, 1, 8

legados, la dote, o los derechos del concebido, o porque no se le daba caución por daño temido, ya que ninguno de estos es poseedor. Pero pienso que se puede demandar a todos los que tienen una cosa y pueden restituirla. (*Ulp. 16 ed.*)³²

Si se reclama una cosa mueble, ¿en qué lugar debe restituirse, si es que no está presente? Y no está mal, si el demandado posee de buena fe, que la restituya o bien donde está la cosa o bien donde se demanda; en todo caso, son a cargo del demandante aquellos gastos que, aparte la manutención, han de hacerse durante el camino o la navegación. (*Paul. 21 ed.*)³³

A no ser que el demandante prefiera que la cosa sea restituída por su cuenta y riesgo en el mismo lugar en que se celebra el juicio; en este supuesto se dará caución con garantía por la restitución. (*Ulp. 16 ed.*)³⁴

Si fuera un poseedor de mala fe que tomó posesión de la cosa en otro lugar, debe regir el mismo principio. Pero si, habiéndosela llevado de aquel lugar en que se celebra la litiscontestación, la hubiera trasladado a otro, debe restituirla a su costa allí donde la sustrajo. (*Paul. 21 ed.*)³⁵

El juez debe tener en cuenta no sólo el hecho de la restitución de la cosa, sino también si ésta ha sido deteriorada; supón que el esclavo fue restituído enfermo, azotado o lesionado; en estos casos deberá tener en cuenta el juez en cuánto disminuyó el valor, aunque el poseedor pueda ser demandado también por la acción de la ley Aquilia. Por lo cual se pregunta si acaso el juez debe estimar el daño tan sólo en el caso de que se renuncie a la acción de la ley Aquilia. Y opina Labeón que el demandante debe dar caución de que no ejercerá esta acción, opinión ésta que es cierta. (*Ulp. 16 ed.*)³⁶

Si el demandante prefiere ejercitar la acción de la ley Aquilia, ha de ser absuelto el poseedor. De este modo ha de permitirse al actor que elija, para conseguir, no el triple, sino el duplo. (*Paul. 21 ed.*)³⁷

Escribe Juliano <7> *dig.*, que si yo hubiese comprado a Ticio un esclavo que era de Mevio, y luego, al ejercitar éste contra mí la acción reivindicatoria, lo hubiese vendido y el comprador lo hubiera matado, es justo que yo restituya el precio a Mevio. El mismo Juliano, escribe allí que, si el poseedor hubiese incurrido en mora para la devolución del esclavo, y éste muere, se han de tener en cuenta los frutos hasta el momento del fallo judicial. Dice Juliano que han de restituirse no sólo los frutos, sino también todo lo accesorio de la cosa, por lo que se comprende en la restitución no sólo la cría, sino también los frutos de las crías, hasta el punto de que escribe Juliano, 7 *dig.*, que, si mediante el esclavo hubiese adquirido el poseedor la acción de la ley Aquilia, está obligado a restituirla. Si este poseedor hubiera dejado de poseer con dolo, y alguien hubiera matado injustamente al esclavo, estará obligado a la entrega del precio del esclavo o a ceder sus propias acciones, según quiera el demandante. Debe restituir también los frutos percibidos de otro poseedor, ya que no debe obtener un lucro gracias al esclavo acerca del cual se había empezado un litigio. En cambio, no se debe restituir los frutos del tiempo en que el esclavo fue poseído

³² Dig., 6, 1, 9

³³ Dig., 6, 1, 10

³⁴ Dig., 6, 1, 11

³⁵ Dig., 6, 1, 12

³⁶ Dig., 6, 1, 13

³⁷ Dig., 6, 1, 14

por el que lo reivindicó. Pero lo que dice respecto a la acción de la ley Aquilia, es procedente si el poseedor usucapió después de la litiscontestación, ya que entonces comienza a tener un derecho pleno <para poder reclamar por aquella acción>. (*Ulp. 16 ed.*)³⁸

Además de estas cosas, también ha de restituir el poseedor lo que después de la litiscontestación, adquirió por medio de aquel esclavo, pero no con sus propios bienes; en lo que también se comprenden las herencias y legados adquiridos por medio de aquel esclavo; porque no es suficiente que se restituya solo la misma cosa, sino que es necesario restituir también todo lo accesorio, es decir, que el demandante obtenga todo aquello que debía haber tenido, si le hubiese sido restituído el esclavo en el momento de la litiscontestación. Así, debe restituirse el hijo de la esclava, aunque haya nacido después de haber usucapido el poseedor a la madre de aquél, con posterioridad a la litiscontestación; se requiere entonces la entrega y la caución de dolo tanto respecto del hijo, como respecto de la madre. (*Gai. 7 ed.*)³⁹

La acción real corresponde al que adquirió el dominio por derecho de gentes o por derecho civil. Los lugares sagrados así como los religiosos, no son reclamables como nuestros por la acción real. Si alguno añade una cosa ajena a una propia de modo que pasa a formar parte de ella, como el que suelda a una estatua propia un brazo o un pie de otra ajena, a una taza el asa o el fondo, a un candelabro una pequeña figura de adorno, a una mesa un pie, se convierte en dueño de la cosa entera, y con razón entiende la mayor parte de los juristas que podría decir que es suya la estatua, la taza, etc. Del mismo modo, lo escrito en mi papiro o lo pintado en mi tabla se hace mío al instante, aunque respecto a la pintura hayan entendido algunos lo contrario por razón del valor de la misma; pero es preciso que ceda a favor de aquello sin lo que no puede existir. En todos estos casos en que una cosa mía por ser principal, atrae hacia sí la ajena, y la hace de mi propiedad, si yo reivindicó esta cosa, vengo forzado por la excepción de dolo malo a dar el precio de aquello que hubiese accedido. Igualmente las cosas que, juntas o añadidas a otras, ceden a las mismas por accesión, mientras permanecen adheridas no puede vindicarlas su propietario, pero sí puede reclamar por la acción exhibitoria para que se separen y entonces pueden ser reivindicadas, con la excepción que cita Casio respecto a las soldaduras; pues dice que si a una estatua suya se le hubiera unido un brazo por soldadura, desaparece éste por su unión a una parte mayor, y lo que se ha hecho ajeno, aunque llegue a ser arrancado de ahí, no puede volver al anterior propietario. No ocurre otro tanto respecto a lo que es unido mediante soldadura de plomo, puesto que la soldadura con la misma materia produce la confusión, pero no así con la de plomo. Y por ello en todos estos casos en los que no tiene lugar la acción exhibitoria ni la acción real, es necesaria una acción por el hecho. En los conjuntos compuestos de distintas cosas, sabido es que cada una conserva su individualidad, como cada esclavo, cada oveja; y por ello puedo reivindicar un rebaño, aunque forme parte del mismo tu carnero, pero también puedes reivindicar el carnero. No sucedería lo mismo en los cuerpos unidos, porque si a mi estatua le hubieses soldado el brazo de una ajena, no cabe decir que el brazo es tuyo, porque toda la estatua forma una sola unidad. El madero ajeno unido a una casa, ni es reivindicable según la ley de las Doce Tablas, ni reclamable con la acción exhibitoria, salvo contra el que sabiendo que era ajeno lo colocó en su casa; pero existe la antigua acción de viga incorporada, que es por el duplo y tiene su origen en la ley de las Doce Tablas. Igualmente aquél que edifica en su propio suelo con materiales ajenos, puede sí reivindicar lo edificado, pero en cuanto separe los materiales los reivindicará el anterior propietario, aunque el edificio se haya demolido una vez transcurrido el tiempo de

³⁸ Dig., 6, 1, 17

³⁹ Dig., 6, 1, 20

la usucapión y después de poseído por un poseedor de buena fe, pues no se adquieren por usucapión cada uno de los materiales, aun cuando la casa se convierta en nuestra por el transcurso del tiempo. (*Paul. 21 ed.*)⁴⁰

Si una tierra pertenece a alguien por causa de compra, no podrá ejercitar la acción reivindicatoria antes de que la tierra haya sido entregada, y cuando haya perdido la posesión. Pero el heredero demandará correctamente por aquello que hubiere correspondido a la herencia, aunque no hubiera obtenido todavía la posesión de la misma. (*Call. 2 ed. monit.*)⁴¹

La reivindicación de un peculio no es admitida del mismo modo que la de un rebaño, sino que el legatario del peculio reclamará cada una de las cosas por separado. (*Iul. 78 dig.*)⁴²

Cuando se ejercita la acción real es cierto que se deben restituir los frutos, incluso de aquellas cosas que son de uso y no de producir frutos. (*Pap. 20 quaest.*)⁴³

Cuando el demandado no obedece al juez que dispuso la restitución, diciendo que no puede restituir, si tiene realmente la cosa, se transfiere su posesión por ministerio judicial y la fuerza militar, y la condena recae solamente sobre los frutos y cualquier otro accesorio. Si realmente no puede restituir porque obró con dolo para no poder, se le condena a la cantidad que el adversario hubiera jurado en estimación del litigio, sin limitación en la cuantía. Si no puede hacerlo, pero no obró con dolo para no poder, la condena no sobrepasará el valor de la cosa, esto es el interés que tiene para el adversario. Esta opinión es general, y se aplica a todo, ya se trate de interdictos, de acciones reales o personales, cuando se restituye alguna cosa en virtud del arbitrio judicial. (*Ulp. 51 <Sab.>*)⁴⁴

En la acción reivindicatoria no tiene que declarar el poseedor la parte que le pertenece, porque esto va a cargo del que reclama y no del poseedor. Lo mismo se observa también en la acción Publiciana. Al superficiario, (*Ulp. 17 ed.*)⁴⁵ es decir, al que tiene una construcción en suelo ajeno a cambio de dar una pensión determinada, (*Paul. 21 ed.*)⁴⁶ ofrece el pretor una acción real, previa cognición de la causa. (*Ulp. 1<7> ed.*)⁴⁷

Lo mismo que se ha dicho respecto a la reivindicación de la totalidad de una cosa, se ha de entender respecto a la de una parte; en el ministerio judicial se comprende la atribución de disponer que se restituya en proporción a la parte lo que debe restituirse juntamente con aquella parte. La reivindicación de una parte indeterminada se concede si es que media justa causa, y puede existir justa causa cuando tiene lugar la ley Falcidia en un testamento, por ser indeterminada la porción que hay que retraer de los legados, cosa de difícil apreciación por el juez; así, el legatario de un esclavo tiene motivo fundado para

⁴⁰ Dig., 6, 1, 23

⁴¹ Dig., 6, 1, 50

⁴² Dig., 6, 1, 56

⁴³ Dig., 6, 1, 64

⁴⁴ Dig., 6, 1, 68

⁴⁵ Dig., 6, 1, 73

⁴⁶ Dig., 6, 1, 74

⁴⁷ Dig., 6, 1, 75

ignorar qué parte debe vindicar, y por ello, se le dará tal acción, y lo mismo se entiende respecto a las demás cosas. (*Gai. 7 ed. prov.*)⁴⁸

Si me hubieses reclamado un esclavo, y éste muere después de la litiscontestación, hay que estimar las adquisiciones del esclavo por el tiempo que hubiera vivido. Paulo dice: opino que esto es cierto siempre que no hubiera caído antes el esclavo en una enfermedad por la cual se hicieran inútiles sus servicios; pues aunque hubiera vivido, impedido por la enfermedad, no convendría estimar los frutos correspondientes a aquel tiempo. (*Lab. 6 pith.*)⁴⁹

2. La acción real publiciana. (Ejemplo de acción real honoraria).

Dice el pretor: “Si alguien reclamara lo que con justa causa le fue entregado por quien no era el dueño, y antes de haberlo usucapido, dará acción”. Con razón dice el pretor: “antes de haberlo usucapido”, ya que, si lo hubiese usucapido, tiene la acción civil y no necesita la acción honoraria. Pero, ¿por qué menciona solamente la entrega, y la usucapión existiendo otros muchos modos en derecho para adquirir la propiedad? por ejemplo, el legado, (*Ulp. 16 ed.*)⁵⁰ o las donaciones hechas por causa de muerte; puesto que también en ellas, perdida la posesión, procede la acción Publiciana, ya que las donaciones se reciben del mismo modo que los legados. (*Paul. 19 ed.*)⁵¹

Hay también otros muchos modos. Dice el pretor: “reclamara lo que con justa causa”, pues quien tiene una justa causa de entrega puede ejercitar la Publiciana. Y compete la acción Publiciana no sólo al comprador de buena fe, sino también a otros, como aquél a quien le ha sido entregada la cosa a causa de dote y no la ha usucapido todavía; porque esta era una causa muy justa, tanto si la cosa dada en dote ha sido estimada, como si no. Y lo mismo si la cosa hubiera sido entregada a causa de una sentencia, (*Ulp. 16 ed.*)⁵² o a causa de pago, (*Paul. 19 ed.*)⁵³ o a causa de dar por el daño, sea verdadera o falsa la causa. (*Ulp. 16 ed.*)⁵⁴

Igualmente, si con autorización del pretor me hubiese llevado por causa de daño un esclavo que nadie quería defender en juicio, y yo hubiera perdido la posesión, me compete la acción Publiciana. (*Ulp. 16 ed.*)⁵⁵

También procede la acción Publiciana cuando se adjudica una cosa. Si se ha hecho la estimación del litigio, se considera como una venta; y dice Juliano, *22 dig.*, que si el demandado ofreció la estimación del pleito, compete la acción Publiciana. Escribe Marcelo,

⁴⁸ Dig., 6, 1, 76

⁴⁹ Dig., 6, 1, 79

⁵⁰ Dig., 6, 2, 1

⁵¹ Dig., 6, 2, 2

⁵² Dig., 6, 2, 3

⁵³ Dig., 6, 2, 4

⁵⁴ Dig., 6, 2, 5

⁵⁵ Dig., 6, 2, 6

17 *dig.*, que el que compra algo a un loco ignorando que lo es, puede usucapir; en consecuencia, tendrá también la acción Publiciana. Pero también tiene la Publiciana el que recibió una cosa a causa lucrativa, incluso contra el donante, ya que el que recibió una liberalidad es justo poseedor y puede ser demandante. Si alguien hubiera comprado una cosa a un menor ignorando que lo era, tiene la acción Publiciana; pero si se hace una permuta, también procede la misma acción. La acción Publiciana sigue el modelo de la propiedad, no de la posesión. Si al reclamar yo una cosa, tú me hubieses ofrecido que probara jurando, y yo hubiera jurado que la cosa era mía, puedo ejercitar la Publiciana, pero sólo contra ti; porque el juramento debe perjudicar tan sólo a quien lo ofreció. Porque si el juramento se hubiera ofrecido al poseedor y éste hubiera jurado que la cosa no era del demandante, tendrá una excepción tan sólo contra el demandante, pero no tendrá acción. En la acción Publiciana tiene lugar todo lo que hemos dicho a propósito de la reivindicatoria. Esta acción compete tanto al heredero, como a los sucesores pretorios. Si no hubiese comprado yo, sino mi esclavo, tengo la acción Publiciana; y lo mismo si hubiese comprado mi procurador, tutor, curador, u otra persona que gestionara un negocio mío. Dice el pretor: "el que compró de buena fe". No sirve pues, toda compra, sino aquella que tiene la buena fe. Por lo que me basta haber sido comprador de buena fe, aunque haya comprado al que no era propietario, y aunque él me hubiera vendido con mala intención, porque no me debe perjudicar el dolo del vendedor. En esta acción no es obstáculo que yo sea sucesor y haya obrado con dolo, con tal de que hubiese comprado de buena fe aquél a quien sucedí; y no me valdrá el carecer de dolo, si el comprador al que sucedí hubiera obrado con él. Cuando compró <para mí> un esclavo mío, se ha de considerar su dolo y no el mío; o al contrario. La acción Publiciana se refiere al momento de la compra y por esto cree Pomponio que no se tiene en cuenta en esta acción el dolo malo, anterior o posterior a la compra. Se refiere a la buena fe tan sólo del comprador. Así pues, para que proceda la acción Publiciana, debe concurrir que alguien haya comprado de buena fe y que le haya sido entregada por tal causa la cosa comprada; por lo demás, antes de la entrega, aunque alguien sea comprador de buena fe, no puede ejercitar la acción Publiciana. Escribe Juliano, 7 *dig.*, que se debe hacer de buena fe la entrega de la cosa comprada; que, por lo tanto, si se toma posesión a sabiendas de que es ajena, no se puede ejercitar la acción Publiciana, ya que tampoco se podrá usucapir. Y no se piense que a nuestro juicio basta para poder ejercitar la acción Publiciana que se haya ignorado que la cosa era ajena al empezar el acto de entrega, sino que el comprador debe tener buena fe ya en el momento de la compra. (*Ulp. 16 ed.*)⁵⁶

Pero no se dice nada respecto a haberse pagado el precio, por lo que se puede conjeturar que no está en la intención del pretor que se requiera el pago del precio. (*Gai. 7 ed. Prov.*)⁵⁷

Compete la acción Publiciana tanto si se ha entregado la cosa al comprador como al heredero del mismo. Si alguien hubiera comprado la cosa que tenía en depósito, en comodato o en prenda, se ha de considerar como entregada, si continuó en su poder después de la compra. Y lo mismo ha de decirse si precedió la entrega a la compra. Asimismo, si yo hubiese comprado una herencia, y quisiera reclamar una cosa hereditaria que me había sido entregada, escribe Neracio que tengo la Publiciana. Si alguien hubiese vendido por separado una misma cosa a dos compradores de buena fe, hay que determinar quién puede ejercitar con preferencia la Publiciana, si aquel al que primero fue entregada la cosa o el que tan sólo la compró <primero>. Escribe Juliano, 7 *dig.*, que si hubieran comprado a un mismo no-propietario, será preferido aquél a quien primero se entregó la

⁵⁶ Dig., 6, 2, 7

⁵⁷ Dig., 6, 2, 8

cosa; pero si a distintos, no-propietarios, es mejor la condición del que posee que la del que pide; opinión ésta que es cierta. Esta acción no procede respecto de las cosas no usucapibles, como son las hurtadas o el esclavo fugitivo. Si un esclavo de la herencia hubiese comprado alguna cosa antes de la adición de la herencia y hubiera perdido luego la posesión de la cosa entregada, el heredero puede ejercitar rectamente la acción Publiciana, como si él mismo hubiera sido el poseedor. En la misma condición están los munícipes a cuyo esclavo se entregó la cosa, (*Ulp. 16 ed.*)⁵⁸ tanto si el esclavo hubiera comprado a nombre de su peculio, como si no. (*Paul. 19 ed.*)⁵⁹

Si compré y se entregó con mi consentimiento la cosa a otro, el emperador Septimio Severo resolvió mediante un rescripto que se le debe dar la Publiciana. Si se reclama una cosa recibida en usufructo, se da la Publiciana; y lo mismo respecto de las servidumbres prediales urbanas constituídas por tradición o tolerancia (así cuando alguien toleró que pasara por su casa una conducción de agua) y las servidumbres rústicas, pues también consta que en ellas debe ampararse la tradición y la tolerancia. El hijo de una esclava hurtada, que concibió en poder de un comprador de buena fe, ha de reclamarse por esta acción, aunque no llegó a poseerlo el que la compró; pero el heredero del ladrón no tiene esta acción, porque sucede al difunto en los vicios de su posesión. Algunas veces, aunque la madre esclava hurtada no me haya sido vendida, sino donada, sin saber yo que era hurtada, y hubiera concebido y parido en mi casa, me corresponde respecto al hijo la acción Publiciana, como dice Juliano, siempre que en el momento <del parto > ignorase yo que la madre era hurtada. También dice Juliano que, en términos generales, por la misma causa por la que podría usucapir a la madre esclava, de no ser hurtada, por esa misma causa puedo usucapir al hijo, si ignoraba que la madre era hurtada. Así pues, me corresponde la acción Publiciana por todas esas causas. Lo mismo cuando el hijo proceda de otro hijo de la esclava y aunque el hijo no nazca de ella, por haber sido extraído por cesárea después de morir la madre, según escribió también Pomponio, *40 dig.* El mismo dice que si se hubiera arruinado una casa comprada, son reclamables por esta acción los accesorios del edificio. Pero lo que accedió a un fundo por aluvión se hace similar al fundo al que se agrega; por esto, si el fundo no es reclamable por la acción Publiciana, <tampoco> se reclamará lo que se une por aluvión, y si se puede, se reclama también incluso la parte que por aluvión se agregó; así lo entiende Pomponio. El mismo añade que corresponde también la acción Publiciana, si se reclaman las partes arrancadas de una estatua comprada. Escribe también Pomponio que si yo hubiese comprado un solar y hubiese edificado en él, puedo ejercitar rectamente la Publiciana. Dice también: si compré una casa y quedó en solar, podré usar igualmente de esta acción. (*Ulp. 16 ed.*)⁶⁰

Cuando perdemos la posesión de las cosas obtenidas por cualquiera de las causas justas de adquisición de la propiedad, se nos da esta acción para poderlas reclamar. A veces, no compete el juicio Publiciano, aunque la posesión sea justa, pues la posesión pignoraticia y la precaria son justas, y, sin embargo, no suele concederse tal juicio por ellas, por la razón de que ni el acreedor, ni el que pidió en precario adquieren la posesión con la intención de querer ser propietarios. El que compró a un pupilo debe probar que compró con la autoridad del tutor y sin prohibición legal. Pero si ha comprado engañado por la autoridad de un falso tutor, se entiende que compró de buena fe. (*Gai. 7 ed. prov.*)⁶¹

⁵⁸ Dig., 6, 2, 9

⁵⁹ Dig., 6, 2, 10

⁶⁰ Dig., 6, 2, 11

⁶¹ Dig., 6, 2, 13

Escribe Papiniano, *6 quaest.*, si alguien prohibió o denunció para que no se entregue por causa de venta una cosa, que había sido vendida con su consentimiento por su procurador, y a pesar de ello éste la hubiera entregado, el pretor amparará al comprador, ya posea, ya sea demandante. Pero lo que hubiera entregado el procurador al comprador, a consecuencia de la acción de compra, podrá conseguirlo el procurador mediante la acción contraria de mandato; pues puede ocurrir que el que mandó vender prive de la cosa al comprador, si éste, por ignorancia, no interpuso la excepción que debía, como la de “a no ser que mi vendedor haya vendido con tu consentimiento”. (*Ulp. 16 ed.*)⁶²

La acción Publiciana no se estableció para que se despoje de la cosa al propietario, siendo prueba de ello, en primer lugar, la equidad, y, en segundo, la excepción de que “a no ser que la cosa pertenezca al poseedor”; sino para que la tenga con preferencia el comprador de buena fe y el que por esta causa tomó la posesión de la cosa. (*Nerat. 3 membr.*)⁶³

3. La vindicación de servidumbre y la acción negatoria. (Ejemplo de acción real civil).

Las acciones sobre las servidumbres rústicas o urbanas competen a los propietarios de los predios. Los sepulcros no son de nuestra propiedad, y, sin embargo, podemos vindicar el camino para llegar a un sepulcro. (*Ulp. 14 ed.*)⁶⁴

En relación con las servidumbres, a semejanza de las correspondientes al usufructo, nos corresponden las acciones reales, confesoria y negatoria; la confesoria al que pretende que le competen las servidumbres, la negatoria al dueño que lo niega. Mas esta acción real confesoria no compete a nadie más que al propietario del fundo, porque nadie puede vindicar una servidumbre sino el propietario del fundo vecino, al cual dice que se debe la servidumbre. Con razón escribe Neracio que si se lega el usufructo de un lugar intermedio, se incluye el derecho al paso (es decir, por aquellos sitios por los que se supone establecería el paso el que cedió el usufructo) en cuanto es necesario para el disfrute. Mas ha de saberse que el paso que se debe al usufructuario para que usufructúe no es servidumbre, pues no puede deberse una servidumbre a la persona del usufructuario; y si la servidumbre se debe al fundo, también el usufructuario de éste usará de ella. Dice Pomponio que el usufructuario puede utilizar el interdicto de senda, si usó del paso dentro del año, pues en la acción confesoria se discute acerca de un derecho, en tanto en el interdicto se discute sobre un hecho; y así lo escribe también Juliano, *48 dig.* Favorable a la opinión de Juliano es lo que escribe Labeón de que aunque haya usado el testador que legó el usufructo <y no el usufructuario>, debe concederse a éste un interdicto útil, como competen estos interdictos al heredero, o al comprador <del fundo dominante>. (*Ulp. 17 ed.*)⁶⁵

⁶² Dig., 6, 2, 14

⁶³ Dig., 6, 2, 17

⁶⁴ Dig., 8, 5, 1

⁶⁵ Dig., 8, 5, 2

Pero también se ha de decir lo mismo si alguno hubiese comprado parte de un fundo. (*Ulp. 70 ed.*)⁶⁶

El terreno mismo no es de propiedad de aquél a quien se debe la servidumbre sino que tiene éste el derecho a pasar por él. El que tiene el derecho de senda sin el de conducción de ganado, o el de conducción de ganado sin el de senda, utilizará esta acción de servidumbre. En la acción confesoria, que se promueve para la servidumbre, también se comprenden los frutos; pero veamos cuáles pueden ser los frutos de una servidumbre, y la verdad es que solamente se contará como fruto el interés del demandante en que no se le prohíba usar de la servidumbre. También en la acción negatoria, como dice Labeón, se estimará como fruto el interés del demandante en que el adversario no use del paso por su fundo; y este parecer lo aprueba también Pomponio. Si el fundo dominante fuese de varios, a cada uno de ellos compete la acción por el todo, y así lo escribe también Pomponio <41 ed.> Pero en la estimación se tomará en cuenta el interés tan sólo del demandante. Así, cada uno podrá ejercitar la acción por el mismo derecho, y su victoria aprovechará también a los otros, pero la estimación se contraerá a su interés, a pesar de que uno solo no pueda adquirir la servidumbre. También si fuera de dos el fundo sirviente podría intentarse la acción contra uno de ellos del mismo modo, y, según escribe Pomponio <41 ed.>, cualquiera de los dos que sea el demandado debe restituir la totalidad porque este derecho no admite división. Si no se me discutiera el derecho que tengo a utilizar la senda, a conducir el ganado o a pasar por el camino, pero no se me permitiera reparar o nivelar el terreno, escribe Pomponio, 41 ed., que puedo ejercitar la acción confesoria, y también escribe Marcelo, *notae ad Iulianum*, que si el vecino tuviese un árbol inclinado sobre la senda o el camino que impide el paso o lo hace inútil, se ha de pedir y vindicar la senda o el camino. Pero para la reparación de un camino, también podemos usar del interdicto a que tenemos derecho cuando se trata de arreglar la senda o el paso de ganado; pero no lo podremos utilizar si alguno quisiera pavimentarlo, salvo si se convino expresamente. También para la toma de agua, que es igualmente servidumbre, podemos ejercitar las acciones reales. Compete la acción <negatoria> de servidumbre al propietario de un edificio que niega deber servidumbre al vecino, pues aun cuando su casa no esté totalmente exenta de gravámenes, no debe servidumbre a aquél con quien se litiga. Por ejemplo, tengo una casa de la que son vecinas la de Seyo y la de Sempronio, y quiero dirigirme contra Seyo, que me prohíbe elevar la altura del edificio: ejerceré la acción real <negatoria>, porque, aunque mi casa está gravada con una servidumbre, no es a favor de aquél con quien se litiga. Pretendo pues, al ejercitar la acción, que tengo derecho a levantar la altura del edificio contra la voluntad de aquél con quien litigo, ya que respecto a él mi casa está libre de servidumbre. Si a alguno le estuviese prohibido levantar nada la altura del edificio, con razón se le demandará afirmando que no tiene derecho a levantar la edificación. Esta servidumbre podrá deberse también a favor de una persona cuya casa no es inmediata, (*Ulp. 17 ed.*)⁶⁷ y por tanto si entre mi casa y la de Ticio estuviese tu casa, puedo imponer a la casa de Ticio la servidumbre de no levantar más alto el edificio, aunque esta servidumbre no se imponga a tu casa, porque, mientras tú no la elevas, la servidumbre tiene utilidad. (*Paul. 21 ed.*)⁶⁸

Y si acaso el que está en medio hubiese levantado más alto sus edificios, ya que no se le había impuesto a él la servidumbre, de suerte que no parezca que pueda perjudicar tus luces si elevase mi edificio, en vano pretenderás que no tengo derecho a tener sin tu consentimiento lo edificado de esta manera; pero si antes de transcurrir el tiempo

⁶⁶ Dig., 8, 5, 3

⁶⁷ Dig., 8, 5, 4

⁶⁸ Dig., 8, 5, 5

legal <para perder la servidumbre por desuso> el vecino hubiese rebajado otra vez su edificio, renacerá para ti la vindicación de la servidumbre. Se ha de saber que en estas servidumbres se es a un tiempo poseedor de derecho y demandante, y que en el caso de que no tuviera yo en mi terreno un edificio elevado <en contra de la limitación impuesta por la servidumbre>, mi adversario es poseedor, porque no habiéndose innovado nada, él posee y puede prohibirme que edifique, tanto acudiendo a la acción civil como al interdicto “por lo que con violencia o clandestinamente”. Así también si se hubiera opuesto <a que yo construyese más alto>, tirando <simbólicamente> una piedrecilla; pero si yo hubiese edificado más alto con su consentimiento, me habré convertido en poseedor. También nos compete la acción por la servidumbre que se hubiese impuesto para cargar nuestra casa sobre la del vecino; tanto para que soporte la carga como para que repare el edificio <sobre el que carga> dentro de los límites expresados al imponerse la servidumbre. Y piensa <Aquilio> Galo que no puede imponerse una servidumbre para que alguien quede obligado a hacer algo, sino para que no me lo prohíba hacer, porque en todas las servidumbres la reparación corresponde a quien afirma que la servidumbre le favorece, no a aquél a quien pertenece la cosa sirviente; pero en el tipo de la referida servidumbre prevaleció la opinión de Servio, de que se pueda reclamar el derecho de obligar al adversario a reparar la pared a fin de que soporte la carga. Pero escribe Labeón que esta servidumbre no la debe la persona sino la cosa, y que así es lícito al dueño liberarse abandonando la cosa. Esta acción es más real que personal, y no corresponde a otro más que al dueño <del predio dominante> y sólo contra el dueño <del predio sirviente>, lo mismo que ocurre con la demanda de las otras servidumbres. Papiniano, *3 quaest.*, plantea la cuestión de si, al ser de varios propietarios <el fundo dominante>, uno de ellos podrá demandar por el total, y dice que cualquiera de los dueños puede demandar por el total como en las demás servidumbres, con excepción del usufructo. Pero dice que no se ha de responder lo mismo si fuese de varios la casa que ha de soportar la carga de la construcción ajena. Mas en virtud de esta acción la reparación ha de hacerse de acuerdo con lo señalado al constituirse la servidumbre; por ejemplo, que se haga utilizando piedra cuadrada o labrada, o de cualquier otro modo, tal como se declaró al constituir la servidumbre. En esta acción se comprenden también los frutos, esto es, la ventaja que tendría si el vecino soportase la carga de su construcción. Ahora bien, es lícito dejar la pared en mejores condiciones de las exigidas al constituirse la servidumbre, pero si la deja en peores condiciones se prohibirá <que siga adelante> o por esta acción o por la denuncia de obra nueva. (*Ulp. 17 ed.*)⁶⁹

El resultado de estas acciones es, por ministerio del juez, que al que gana el litigio se dé la cosa o se le dé caución. Se le da la cosa cuando el juez dispone que el adversario repare el desperfecto de la pared y la ponga en condiciones, y se da caución cuando se dispone que el adversario dé garantías de que ni él ni sus sucesores impedirán que se levante a mayor altura la construcción que carga, ni que así permanezca; y si hubiera dado garantías, se le absolverá, pero si no da la cosa ni las garantías, le condenará el juez por el importe que indicó el demandante mediante juramento de litigio estimado. (*Paul. 21 ed.*)⁷⁰

Así como corresponde al vecino <propietario del fundo sirviente> la reparación de la pared, no debe corresponderle, mientras se repara la pared, el apuntalamiento de los edificios de aquél a quien se debe la servidumbre; pues si el vecino no quiere apuntalarlos, déjelos caer y ya los reconstruirá cuando la pared hubiese sido reparada. También aquí se dará, como en las demás servidumbres la acción contraria, esto es, de la que no tienes derecho para obligarme. Me compete acción contra aquél que me concedió la servidumbre

⁶⁹ Dig., 8, 5, 6

⁷⁰ Dig., 8, 5, 7

de apoyo de viga sobre su pared, para poder hacer sobre estas vigas una galería, por ejemplo, y sobre la misma pared poner columnas a propósito que sostengan el techo de la galería. Estas acciones se diferencian entre sí en que la primera sirve ciertamente para compeler a mi vecino a reparar mi pared, pero ésta sólo sirve para compelerle a que soporte las vigas; lo que no es contrario a la naturaleza de las servidumbres.⁷¹

Si entre dos casas hubiese una pared que hiciese panza de tal modo que se inclinase medio pie o más sobre la vivienda del vecino, debe demandarse alegando que no hay derecho para que sin consentimiento de uno avance la pared de aquel modo sobre su propiedad. Como cierto lugar de la vivienda de Cayo Seyo debiese servidumbre a la casa de Anio en el sentido de que en aquel lugar no tenía derecho Seyo a poner cosa alguna, habiendo plantado Seyo en aquel lugar un bosque, en el que tenía colocados cubos, <vasijas> y cacharros, todos los jurisperitos aconsejaron a Anio que demandase a Seyo por no tener derecho a poner estas cosas en aquel lugar sin su consentimiento. Un vecino había hecho un estercolero junto a la pared con el vecino, a causa de lo cual ésta se humedecía. Se consultaba de qué modo podría obligar al vecino a que quitase el estercolero. Respondí que si hubiese hecho esto en un lugar público, podía haber sido obligado a quitarlo por medio de un interdicto, pero que habiéndolo hecho en privado debía reclamar con una acción <negatoria> de servidumbre, y que, si se hubiese estipulado sobre el daño temido, podía rescarse en virtud de esta estipulación si aquello le causó algún daño. (*Alf. 2 dig. <epit.>*)⁷²

Una testadora tenía unas chozas junto a un fundo que había legado. Se preguntó si, no siendo accesorios del fundo, y vindicándolo el legatario, acaso debería alguna servidumbre el fundo a las chozas, y si el legatario pidiese que se le diera el fundo por causa de fideicomiso, acaso tendrían que reservar los herederos alguna servidumbre a favor de las chozas. Respondió que sí. Varias personas de un mismo municipio que poseían diversos predios, compraron una dehesa destinada al aprovechamiento comunal para tener derecho a apacentar allí sus ganados, y esto se observó también por sus sucesores, pero algunos de los que tenían este derecho vendieron los predios de que eran individualmente propietarios. Pregunto si al hacerse la venta se habrá transmitido juntamente con los predios el derecho <de apacentar los ganados en la dehesa común,> habiendo sido voluntad de los vendedores el enajenar también ese derecho. Respondió que había de observarse lo que acordaran los contratantes, pero si no se hubiese manifestado voluntad alguna, que también pasaba el derecho a los compradores. Asimismo pregunto si, habiéndose transmitido a alguien por vía de legado una parte de aquellos fundos de propiedad exclusiva, habrá llevado consigo alguna parte del derecho de apacentar en común. Respondió que pareciendo pertenecer al fundo legado también este derecho, tenía que pasar también al legatario. (*Scaev. 4 dig.*)⁷³

Si aún no fue alumbrada el agua no puede constituirse la servidumbre de acceso a ella o de acueducto. <Añade> Paulo: Es más, yo creo que esto es falso, porque puede concederse el derecho de buscar el agua y una vez encontrada la llesves por el acueducto. (*Lab. 1 pith.*)⁷⁴

⁷¹ Dig., 8, 5, 8

⁷² Dig., 8, 5, 17

⁷³ Dig., 8, 5, 20

⁷⁴ Dig., 8, 5, 21

4. Si se denuncia que un cuadrúpedo ha causado menoscabo. (Ejemplo de acción ex delicto).

Si se denunciara que un cuadrúpedo ha causado menoscabo, procede una acción de la ley de las Doce Tablas; esta ley quiso que se dé aquello que causó daño, es decir, el animal que lo cometió, o que se ofrezca la estimación del daño. “Daño” es el mismo delito. Esta acción se refiere a todos los cuadrúpedos. Dice el pretor “causó menoscabo”. “Menoscabo” es un daño causado sin culpa por parte del que lo ocasiona, porque un animal no pudo obrar con culpa, pues carece de razón. Así pues, como escribe Servio, tiene lugar esta acción cuando, movido por su ferocidad, un cuadrúpedo hizo algún daño; por ejemplo, si un caballo coceador hubiera golpeado con una pata, o un buey acostumbrado a embestir hubiera embestido, o unas mulas <hicieran algún daño> por su excesiva fiereza. Pero si por lo accidentado del terreno o por culpa del mulero, o por ir más cargado de la cuenta el cuadrúpedo hubiera lanzado la carga sobre alguno, cesará esta acción y se demandará por la de daño injusto. Asimismo, si otra persona llevaba un perro y éste se hubiese soltado bruscamente y hubiera causado daño a alguien, y el que lo llevaba hubiera podido sujetarlo mejor o no debía llevarlo por aquel lugar, cesará esta acción, y responderá <por daño> quien llevaba el perro. También cesará esta acción si el animal hubiese causado el daño azuzado por alguien. En general, tiene lugar esta acción siempre que la fiera causó menoscabo excitada fuera de lo natural. De ahí que si un caballo excitado por el dolor hubiera dado una coz, cesa esta acción, pero aquel que hubiera golpeado o herido al caballo queda obligado con la acción por el hecho más que por la ley Aquilia, precisamente porque el caballo no ocasionó el daño con su cuerpo. Pero si acariciando o tocando al caballo le hubiera dado una coz, tendrá lugar la acción. Y si un cuadrúpedo incitó a otro a causar un daño, se habrá de demandar a causa del que incitó. Tanto si el cuadrúpedo ocasionó el daño con su cuerpo como mediando otra cosa que el cuadrúpedo tocó, tendrá lugar esta acción; por ejemplo, si el buey magulló a alguien con el carro o derribando otro objeto. Esta acción no se da respecto a las fieras, en consideración a su naturaleza salvaje. Y por lo tanto, si un oso que huía hizo daño, no puede ser demandado su propietario, pues perdió la propiedad desde el momento en que la fiera se escapó. Y así, si yo lo maté, el cuerpo es mío. Habiéndose enfrentado carneros o bueyes entre sí y habiendo matado un animal a otro, Quinto Mucio distinguió de suerte que, si hubiera perecido el agresor, cesaba la acción; si el que no había provocado, competiría la acción. Por lo cual había que resarcir el daño o dar por el mismo el animal. Como también en los cuadrúpedos el daño sigue al causante, se da esta acción, no contra quien fue propietario del cuadrúpedo cuando causó el daño sino contra el propietario actual. Es evidente que, si el animal hubiera muerto antes de la litiscontestación, se extinguiría la acción. El dar por el daño consiste en entregar al animal vivo. Por último, si el animal es común de varios, habrá una acción noxal por entero contra cada uno de los condueños, lo mismo que si se tratara de un esclavo. A veces el propietario no es demandado para que dé por el daño al animal, sino también por entero; por ejemplo, si el magistrado le preguntase si el cuadrúpedo era suyo y hubiera respondido que no, pues si hubiera resultado que era suyo, será condenado por entero. Si un tercero matara al animal después de la litiscontestación, dado que compete al propietario la acción de la ley Aquilia, se tendrá en cuenta en el juicio de la ley Aquilia que el propietario había perdido la posibilidad de dar por el daño. Así pues, por el dicho juicio, el propietario ofrecerá la estimación del litigio, a no ser que esté dispuesto a ceder la acción contra el que mató. Nadie habrá dudado que esta acción se da al heredero y a los demás sucesores. También

competite contra los herederos y demás sucesores, no por derecho de sucesión, sino porque son propietarios. (*Ulp. 18 ed.*)⁷⁵

Esta acción compete, no sólo al propietario, sino también a quien tiene interés en ello, por ejemplo a aquél que tenga la cosa en préstamo comodato y también al arrendatario batanero, porque por el hecho de estar obligados a indemnizar parece que sufren perjuicio. Si escapando de otro, quizá del magistrado, uno hubiese entrado en una choza próxima y allí hubiese sido mordido por un perro feroz, opinan algunos que no puede demandarse por causa del perro, aunque sí si hubiese estado suelto. (*Paul. 22 ed.*)⁷⁶

Ya no se duda que en virtud de esta ley se puede demandar también a causa de personas libres; por ejemplo si un cuadrúpedo hubiera herido a un cabeza de familia o a un hijo de familia. Es decir, no para que se estime la lesión causada, ya que el cuerpo de un libre es inestimable, sino los gastos hechos en la cura, los servicios perdidos y los que habrá de perder el que quede inútil. (*Gai. 7 ed. prov.*)⁷⁷

También compete esta acción como útil si el menoscabo no lo hizo un cuadrúpedo sino otro animal. (*Paul. 22 ed.*)⁷⁸

Cuando un acemilero llevaba un caballo a la cuadra, olfateó el caballo a una mula, y la mula dio una coz y rompió una pierna al acemilero. Se consultaba si se podría demandar contra el propietario de la mula, dado que ésta había causado el menoscabo. Respondí que sí se podía. (*Alf. 2 dig. <epit.>*)⁷⁹

5. Acciones noxales. (Ejemplo de acción ex delicto).

Se llaman acciones noxales las que se instituyen contra nosotros, no en virtud de un contrato, sino de un daño y delito de los esclavos. La fuerza y poder de estas acciones consiste en que si hubiésemos sido condenados se nos permita eludir la estimación del litigio mediante la entrega del mismo cuerpo del que hubiere delinquido. (*Gai. 2 ed. prov.*)⁸⁰

Si un esclavo mató, sabiéndolo su dueño, obliga al dueño por entero, porque es como si hubiese matado el mismo dueño. Pero, si el dueño lo ignoraba hay acción noxal, pues no debió, por el delito del esclavo, quedar obligado a más que a darlo por el daño. Aquel que no lo prohibió, tanto si sigue siendo dueño como si ha dejado de serlo, está obligado por esta acción porque basta si fue dueño en el momento en que no lo prohíbe. En tanto que, como opina Celso, si el siervo hubiese sido enajenado en todo o parte, o manumitido, el daño no sigue al causante ya que en nada delinquirió el siervo que obedece la disposición del dueño y, ciertamente, puede decirse esto si lo dispuso, pero, si no lo prohibió ¿cómo excusaremos el hecho del esclavo? Sin embargo, Celso establece una diferencia entre la ley Aquilia y la ley de las Doce Tablas. Pues en la ley antigua, si el esclavo, sabiéndolo el dueño, hurtó o cometió otro daño, existe una acción noxal a nombre del esclavo y el dueño no queda

⁷⁵ Dig., 9, 1, 1

⁷⁶ Dig., 9, 1, 2

⁷⁷ Dig., 9, 1, 3

⁷⁸ Dig., 9, 1, 4

⁷⁹ Dig., 9, 1, 5

⁸⁰ Dig., 9, 4, 1

obligado en su propio nombre, pero en la ley Aquilia, dice, el dueño se obliga en su propio nombre, no en el del esclavo. Da la razón de una y otra ley: de las Doce Tablas como si hubiera querido que los esclavos no obedecieran a sus dueños en este asunto, de la ley Aquilia como si perdonase al esclavo que obedeció al dueño y hubiera de haber perecido si no lo hubiese hecho. Pero si se estimase procedente lo que Juliano, *86 dig.*, escribe, “si el siervo hurtó o cometió daño”, que esto pertenece también a las leyes posteriores, podrá decirse que también se puede entablar la acción noxal en nombre del esclavo contra el dueño, no excuse al esclavo sino que grave al dueño. Nosotros aprobamos la opinión de Juliano, la cual es razonable y está aprobada por Marcelo en sus notas a Juliano. (*Ulp. 18 ed.*)⁸¹

En todas las acciones noxales, siempre que se exige el conocimiento del dueño, se ha de entender en el sentido de que pudiendo aquél impedir una cosa no la impidió. Porque una cosa es que autorice al esclavo delincuente y otra tolerar que éste delinca. (*Ulp. 3 ed.*)⁸²

En los delitos de los esclavos ¿cómo se ha de entender el conocimiento del dueño? ¿acaso con su consejo? ¿o también si tan sólo hubiera visto aunque no hubiese podido prohibir?; porque ¿qué ocurrirá si obrara, sabiéndolo el dueño, aquel que reclama su libertad, o aquel que se desentiende del dueño? ¿o cuándo comete un delito un esclavo que está al otro lado del río, viéndolo ciertamente pero sin consentirlo el dueño? Así, pues, se dice con más razón que se ha de estimar el conocimiento del que puede prohibir. Y esto es lo que se ha de entender en este edicto respecto al vocablo “conocimiento”. Si un esclavo extraño hubiese obrado sabiéndolo yo y lo hubiese comprado, se dará la acción noxal contra mí, aunque no se entiende que lo hizo sabiéndolo su dueño, no habiendo sido yo su dueño en aquel tiempo. Hay que averiguar si cuando el dueño se obliga por su conocimiento, se ha de dar también la acción en contra del esclavo, a no ser que tal vez el pretor quiso que se exigiera al dueño una sola pena. Luego ¿quedará impune el dolo del esclavo? Esto es injusto; el dueño se obligará incluso de ambas maneras, pero una vez exigida la pena, que el actor hubiere elegido, se extingue la otra. Si omitiendo la alternativa de dar por el daño, se hubiera demandado al dueño como sabedor, no sabiéndolo, hecha la absolución y terminado el juicio, si se demanda de nuevo con la dación por el daño, el demandante será rechazado por la excepción de cosa juzgada, porque el asunto se dedujo, y finalizó, en el juicio anterior; sin embargo, mientras se tramita el primer juicio, el demandante puede pasar a la acción noxal si se arrepiente de tener que probar el conocimiento del dueño. Por el contrario, si se hubiera reclamado al dueño sabedor con la dación por el daño, no se puede dar ya nueva acción contra él sin la alternativa de dación por el daño; mas no ha de prohibírsele, si quisiere, en el mismo juicio que pruebe también el conocimiento del dueño. (*Paul. 3 ed.*)⁸³

Si hubiese delinquido un esclavo en propiedad de muchos, ignorándolo todos, se dará contra cualquiera la acción noxal; pero si lo sabían todos, quedará obligado cualquiera de ellos, sin la alternativa de dar por el daño, lo mismo que si muchos hubieran delinquido, demandado uno, no se librá el otro. Pero si lo sabe uno y lo ignoró el otro, el que lo sabe es demandado, sin dación noxal, y el que lo ignora con la dación noxal, por el daño. La diferencia entre estas acciones no es sólo que el que lo sabe se obliga por entero, sino también que el dueño que lo sabe queda obligado aunque hubiese enajenado

⁸¹ Dig., 9, 4, 2

⁸² Dig., 9, 4, 3

⁸³ Dig., 9, 4, 4

o manumitido, o hubiere fallecido el esclavo; pero si muere el dueño mismo, no queda obligado su heredero. (*Ulp. 5 ed.*)⁸⁴

La acción noxal no se da más que cuando el esclavo estuviera en mi poder; y si estuviere en mi poder, aunque no hubiera estado en el momento en que delinquía, quedo obligado, y también queda obligado mi heredero si el delincuente viviera. Pomponio dice que si el comprador de un esclavo hubiera sido demandado por la acción noxal, no puede ser ya demandado el vendedor, con cuyo conocimiento se obró. (*Ulp. 3 ed.*)⁸⁵

El poseedor de buena fe de un esclavo quedará obligado en nombre de éste por la acción de hurto, y el dueño no se obliga. Si lo da por el daño, no lo hace ciertamente del actor, si el dueño intenta reivindicar este esclavo, será rechazado por la excepción de dolo, o conseguirá, por ministerio del juez, que se le indemnice. (*Ulp. 7 ed.*)⁸⁶

Si el poseedor de buena fe se hubiese desprendido del esclavo que de buena fe poseía, a fin de que no pueda demandársele con la acción noxal, quedará obligado por la acción que se da contra los que tienen en su poder un esclavo o hubiesen actuado con dolo para no tenerlo, ya que en este caso es como si siguieran poseyendo. (*Paul. 6 ed.*)⁸⁷

Se da la acción noxal no sólo contra el poseedor de buena fe sino también contra los que poseen de mala fe, pues parece absurdo que los que poseyeran de buena fe se obliguen por esta acción y queden a salvo los de mala fe. (*Gai. 13 ed. prov.*)⁸⁸

Cuando un esclavo comete el delito a sabiendas de uno de los dueños e ignorándolo el otro, si se hubiese demandado primero contra el que lo ignoraba y hubiera dado al esclavo por el daño, es injusto que el otro quede liberado con la entrega de un esclavo acaso de valor ínfimo. Por lo tanto, se demandará también contra el otro, y si importa algo más la persecución del daño, la conseguirá deduciendo el precio del esclavo dado por el daño. Sin embargo, los dueños deben compensarse entre sí por la acción divisoria de cosa común, de modo que si hubiese pagado aquel con cuyo conocimiento obró el esclavo no perciba una parte de lo que pagó sino una parte de aquello que vale el esclavo; y si el otro hubiese pagado algo, debe repartirse también de este modo. Es injusto que quien autorizó al esclavo para cometer el delito consiga algo de su socio, pues el daño lo sufre por su delito. Si varios quisieran demandarme por el daño a causa del mismo esclavo del que tú eres usufructuario y yo propietario, se comprenderá en las atribuciones del juez que si yo doy el esclavo por el daño, yo haga también el usufructo del demandante. Pero yo, nudo propietario, conseguiré del pretor que te obligue a concurrir a la estimación del litigio o a ceder el usufructo si esto conviniera. Y si yo, nudo propietario, no quise defender a aquel esclavo, se te ha de permitir que tú lo defiendas, y si, al ser condenado, entregaras al esclavo, quedas defendido también contra mí. (*Paul. 22 ed.*)⁸⁹

Siempre que el dueño es demandado por causa noxal, si no quiere aceptar el juicio, se pone en la necesidad de dar por el daño a aquél en cuyo nombre no se acepta el juicio; si no hiciera esto, sufrirá de todos modos el juicio, pero no será condenado más que si lo tuviera bajo potestad o hubiese actuado dolosamente para no tenerlo. Se estimó procedente que

⁸⁴ Dig., 9, 4, 5

⁸⁵ Dig., 9, 4, 7

⁸⁶ Dig., 9, 4, 11

⁸⁷ Dig., 9, 4, 12

⁸⁸ Dig., 9, 4, 13

⁸⁹ Dig., 9, 4, 17

aquellos en cuyo nombre se ejercita la acción noxal puedan ser defendidos aunque estén ausentes, pero sólo si fueran esclavos propios, ya que si fueran ajenos, o se dudara si fueran propios o ajenos, es preciso que estén presentes. Lo que opino que se ha de entender en el sentido de que, si consta que sirven de buena fe como esclavos del demandado, puedan ser defendidos aunque estén ausentes. Dice el pretor: “cuando aquél bajo cuya potestad se denuncia que está el esclavo negó tenerlo bajo su potestad, a voluntad del demandante, le mandaré jurar que él no lo tiene bajo su potestad y que no actuó dolosamente para no tenerlo, o daré acción sin dación por el daño”. “Bajo potestad” debemos entenderlo de tal modo que tenga facultad y poder de exhibirlo. Por lo demás, si estuviera fugitivo o de viaje, no parece que está “bajo potestad”. Pero si el reo no quisiera jurar, se asemeja a aquél que ni defiende al ausente ni lo exhibe, los cuales son condenados por contumaces. Si hubiese tutor o curador, deben jurar ellos que no está bajo la potestad del dueño, pero si fuera un procurador es preciso que jure el mismo dueño. Si un demandante exigió juramento y el reo juró, y luego quisiera ejercitar la acción noxal, hay que ver si deberá darse contra él la excepción de juramento. Y Sabino opina que no se ha de dar, pues el objeto del juramento puede ser distinto, esto es, que no estaba bajo potestad entonces, pero que tan pronto sea hallado bajo su potestad se podrá reclamar por su delito. Neracio decía también que, después de exigido el juramento, el actor podía reclamar, excluía la acción noxal, con tal que alegare que después que se juró comenzó a tenerlo bajo su potestad. (*Ulp. 23 ed.*)⁹⁰

En general, si te demandase con la acción noxal por un esclavo ajeno que tú tenías justificadamente, y tú me lo hubieses dado por el daño, si, poseyéndolo yo, lo reivindicara el dueño, puedo rechazarle con la excepción de dolo malo, a no ser que ofreciera la estimación del litigio, y si el mismo dueño lo poseyera, se me da la Publiciana. Contra el que opusiera la excepción “si fuera el dueño de él” me aprovechará la réplica útil de dolo malo y según esto lo usucapié, aunque yo posea un esclavo ajeno a sabiendas. Por lo demás, si no rigiera este derecho, resultaría afectado con suma injusticia el poseedor de buena fe, si, dándose justamente contra él la acción noxal, se le impusiera la necesidad de pagar al dueño la estimación del litigio. Y lo mismo se ha de decir en el caso de que, por no defender nadie al esclavo, yo me lo llevase embargado con autorización del pretor, porque también en este caso tengo justa causa de poseer. (*Afric. 6 quaest.*)⁹¹

En las acciones noxales no se altera el derecho de los ausentes de buena fe, sino que se da justamente a los que regresan la facultad de defenderse, tanto si son dueños como si tienen algún derecho en aquella cosa, como el acreedor y el usufructuario. (*Gai. 6 ed. prov.*)⁹²

Si se denunciara que el que está bajo potestad ajena cometió daño, y no es defendido, es embargado. Y si está presente el dueño debe entregarlo y prometer por el dolo malo. (*Call.2 ed. mon.*)⁹³

Cuando un esclavo en condominio dañó injustamente a uno de los dueños no hay por esto acción de la ley Aquilia, porque si hubiese dañado a un extraño se podría demandar por la ley Aquilia a otro condueño por entero. Lo mismo que si el esclavo en condominio hubiese

⁹⁰ Dig., 9, 4, 21

⁹¹ Dig., 9, 4, 28

⁹² Dig., 9, 4, 30

⁹³ Dig., 9, 4, 32

hurtado, no se puede demandar por hurto al otro dueño, sino que se puede demandar con la acción de división de la cosa común. (*Iul. 2 ad Urs.*)⁹⁴

Los esclavos cuyo delito sigue al actor, han de ser defendidos en el lugar donde se dice que delinquieron. Así pues, el dueño debe exhibir a los esclavos en el mismo sitio donde se dijere que cometieron el desmán, y puede ser privado de la propiedad de todos si no los defendiese. (*Pomp. 8 epist.*)⁹⁵

6. La acción de deslinde. (Ejemplo de acción mixta).

La acción de deslinde es personal, aunque hace las veces de la reivindicatoria. (*Paul. 23 ed.*)⁹⁶

Esta acción se refiere a los predios rústicos aunque tengan edificios, porque no hay gran diferencia entre que alguien ponga árboles en el lindero o un edificio. Se permite al juez del deslinde que cuando no pueda determinar los linderos dirima la controversia mediante adjudicación; y si tal vez, con el fin de remover la imprecisión del antiguo lindero, quiere el juez llevar los linderos por otra parte, puede hacerlo mediante adjudicación y condenación. (*Ulp. 19 ed.*)⁹⁷

En cuyo caso es preciso que haya de adjudicarse algo del predio del uno al del otro; por lo que debe condenarse al adjudicatario a pagar determinada cantidad por aquello que se le adjudica. (*Gai. 7 ed. prov.*)⁹⁸

Mas también puede decidirse la controversia de propiedad sobre un terreno mediante adjudicaciones en parcelas, de acuerdo con la propiedad que el juez viera pertenecer a cada uno en aquel terreno. En el juicio de deslinde se toma también en estimación el interés de las partes. Porque ¿qué ocurre si alguien percibía alguna utilidad de aquel terreno que parece pertenecer al vecino? No es injusto que la condena se funde en tal interés. Si un agrimensor fue tomado en arriendo por una sola de las partes, habrá de condenarse a pagar parte de la merced a aquella parte que no lo tomó en arriendo. Una vez realizada la litiscontestación, también se comprenderán en este juicio los frutos, pues se responde de la culpa y del dolo desde ese momento. Pero los percibidos antes del juicio no se comprenderán en absoluto en este juicio, ya que o los percibió de buena fe y debe lucrarse, si los consumió, o de mala fe, y deben reclamarse por la condición. Pero si alguien no obedece al juez en la tala de un árbol o en el derribo total o parcial de un edificio situado en el lindero, será condenado. Si se denuncia que los linderos fueron derribados o arrancados con el arado, el juez que conoce del proceso criminal, puede conocer también de los linderos. Si un fundo perteneciera a dos personas y otro a tres, el juez puede adjudicar a una sola parte el terreno acerca del cual se litiga, aunque tengas muchos dueños, porque se entiende que los linderos se adjudican más al fundo que a las personas; pero aquí, cuando la adjudicación se hace a varios, cada uno tendrá la porción que tiene en el fundo y los que tienen un fundo común sin dividir, no son

⁹⁴ Dig., 9, 4, 41

⁹⁵ Dig., 9, 4 43

⁹⁶ Dig., 10, 1, 1

⁹⁷ Dig., 10, 1, 2

⁹⁸ Dig., 10, 1, 3

condenados entre sí, porque ni siquiera parece que hay juicio entre los mismos. Si tú y yo tenemos un fundo común y yo solo un fundo vecino ¿puede haber entre nosotros un juicio de deslinde? Escribe Pomponio que no, porque mi socio y yo no podemos ser adversarios en esta acción, sino que somos considerados como una sola persona. Pomponio mismo dice que ni siquiera ha de darse un juicio útil, pudiendo el que tiene el fundo propio enajenar el común, o el propio, y así demandar. Un juicio de deslinde puede entablarse no sólo entre dos fundos sino también entre tres o más, como por ejemplo, si cada uno linda con varios fundos, tal vez tres o cuatro. La acción de deslinde puede darse también en las tierras a censo, entre usufructuarios o entre el usufructuario y el propietario del fundo vecino, y entre los poseedores pignoraticios. Este juicio tiene lugar respecto a los lindes de los predios rústicos, y no se admitió respecto a los lindes de los predios urbanos, ya que éstos no son llamados colindantes, sino más bien vecinos y ordinariamente están separados por paredes comunes. Por consiguiente, si los edificios están juntos, aunque sea en el campo, no habrá lugar a esta acción; en cambio, en la ciudad pueden ser contiguos de los jardines, de modo que también pueda entablarse la acción de deslinde. Si media un río o un camino público, no se entiende que haya colindancia, y por lo tanto no puede entablarse la acción de deslinde, (*Paul. 23 ed.*)⁹⁹ porque el lindero es con el camino público o el río más que con el campo vecino. (*Paul. 15 Sab.*)¹⁰⁰

Pero si media un río privado, puede demandarse con la acción de deslinde. (*Paul. 23 ed.*)¹⁰¹

Para resolver las reclamaciones de parcelación de los campos <comunes> se nombran árbitros, y el que resulte tener mayor extensión en el terreno es compelido a completar la extensión íntegra a los que poseen menor extensión; y así se dispuso por rescripto. (*Mod. 11 pand.*)¹⁰²

Si por desbordamiento de un río la inundación confunde los linderos de un campo y por consiguiente da ocasión a algunos de ocupar terrenos sobre los que no tienen derecho, el gobernador de la provincia ordena que se abstengan de lo ajeno, devuelvan a su dueño lo que le pertenece y se fijen los linderos por un agrimensor. Está comprendido en el deber del que conoce de deslinde enviar agrimensores y dirimir por ellos la cuestión de los linderos como sea equitativo; y si el asunto lo requiere, examinar los terrenos con sus propios ojos. (*Ulp. 6 opin.*)¹⁰³

Subsiste la acción de deslinde aunque los comuneros hayan entablado la acción divisoria o hayan enajenado el fundo. (*Iul. 8 dig.*)¹⁰⁴

El juicio de división de cosa común, el de partición de herencia y el de deslinde son de tal manera que en ellos cada persona tiene doble derecho: el de demandante y el de demandado. (*Iul. 51 dig.*)¹⁰⁵

⁹⁹ Dig., 10, 1, 4

¹⁰⁰ Dig., 10, 1, 5

¹⁰¹ Dig., 10, 1, 6

¹⁰² Dig., 10, 1, 7

¹⁰³ Dig., 10, 1, 8

¹⁰⁴ Dig., 10, 1, 9

¹⁰⁵ Dig., 10, 1, 10

En las cuestiones sobre linderos se han de tener en cuenta los mojones antiguos y la autoridad del censo hecho antes de incoarse el litigio, a no ser que se pruebe que por la variedad de las sucesiones y por el arbitrio de los poseedores los linderos se cambiaron después mediante la adición o sustracción de campos. (*Pap. 2 resp.*)¹⁰⁶

En lo que respecta a una cuestión de propiedad, deben ser observados aquellos límites que el que fue propietario de ambos fundos señaló cuando se vendió uno de ellos; porque no deben ser observados los límites que separaban a cada uno de los fundos, sino que el señalamiento de los colindantes constituye nuevos límites entre los fundos. (*Paul. 3 resp.*)¹⁰⁷

Hay que saber que en la acción de deslinde debe observarse el principio que sigue la ley que, según dicen, promulgó Solón en Atenas; porque en ella se dice así (en Griego): “Si alguien fijara un seto cavando junto a un fundo ajeno, no traspase el lindero; si una cerca, deje un pie; si un edificio, dos pies; si cavare un foso o un hoyo deje tanto espacio como profundidad; si un pozo, un paso; plante el olivo o la higuera a nueve pies de lo ajeno; los demás árboles a cinco pies”. (*Gai. 4 leg. XII tab.*)¹⁰⁸

7. Acción de partición de herencia. (Ejemplo de acción mixta).

Proviene esta acción de la ley de las Doce Tablas, porque cuando querían los coherederos separarse de la comunidad, parecía necesario que se estableciera alguna acción por la cual se distribuyeran entre ellos los bienes de la herencia. La cual acción, a la verdad, compete sin embargo por el mismo derecho también a aquél que no posee su parte; pero si el que posee negara que aquel es su coheredero, puede excluirlo por esta excepción: “si en la cosa sobre la que se demanda no se prejuzgara respecto a la herencia”. Mas si poseyera aquella parte, aunque se niegue que es coheredero, no perjudica tal excepción; de lo cual resulta que en este caso el mismo juez ante quien se reclama con esta acción, conozca acerca de si es coheredero; porque, si no fuera coheredero, ni debe adjudicársele cosa alguna, ni ha de ser condenado a su favor el adversario. (*Gai. 7 ed. prov.*)¹⁰⁹

Por la acción de partición de herencia se divide una herencia, ya sea deferida la herencia en virtud de testamento, ya abintestato, ya en virtud de la ley de las Doce Tablas, ya de otra ley o senadoconsulto, o también de una constitución. En principio, sólo puede dividirse la herencia que puede reclamarse con la petición de herencia. Si en virtud de la constitución del emperador Antonino Pío, de consagrada memoria, se defiriese la cuarta parte de la herencia algún arrogado, será necesaria la acción útil de partición de herencia porque aquél no se hace heredero civil ni pretorio. Lo mismo ocurre con el peculio de un hijo de familia militar. Puede sostenerse en estos casos, incluso con más razón, que se produce una herencia en virtud de las constituciones, y, por lo tanto, tendrá lugar esta acción. En la acción de partición de herencia cada uno de los herederos tiene la posición del demandante y demandado. No hay que dudar que puede darse una acción de partición de herencia entre

¹⁰⁶ Dig., 10, 1, 11

¹⁰⁷ Dig., 10, 1, 12

¹⁰⁸ Dig., 10, 1, 13

¹⁰⁹ Dig., 10, 2, 1

unos pocos herederos de un conjunto de muchos. Aunque no se incluyen los créditos en esta acción, sin embargo, si se hubieran interpuesto estipulaciones para su división, con el fin de que la división sea observada y sean recíprocamente cedidas las acciones mediante nombramiento de procurador en propia causa, se observará la división. (*Ulp. 19 ed.*)¹¹⁰

Claro que a veces corresponde al ministerio del juez adjudicar por entero unas deudas y unos créditos a unos herederos, y otros a otros, porque frecuentemente ofrecen incomodidades no pequeñas tanto el pago como el cobro de las porciones. Mas esta adjudicación no hace que uno solo lo deba todo o que todo se deba a uno solo, sino que, si se hubiera de demandar, demande parte en su propio nombre y parte como procurador, y, si se demandase contra él, sea demandado parte en su nombre y parte como procurador. Porque aunque quede a los acreedores la libre facultad de demandar contra cada uno, sin embargo, también tienen éstos libre facultad para sustituir en su lugar a quienes por ministerio del juez se transfirieron los cargos de la acción. (*Gai. 7 ed. prov.*)¹¹¹

Así pues, todas las demás cosas, excepto los créditos, se incluyen en esta acción. Pero si se hubiera legado un crédito a uno solo de los herederos, el heredero lo consigue por el juicio de partición de herencia. Los malos fármacos y venenos se incluyen ciertamente en la acción, pero el juez no debe en manera alguna intervenir en estas cosas, ya que debe desempeñar el ministerio de hombre recto e inocente; otro tanto deberá hacer también respecto a los libros de reprobada lectura, como son los de magia y otros semejantes; porque todas estas cosas deben ser inmediatamente destruidas. Pero si se hubiese adquirido alguna cosa por medio de malversación de fondos públicos, despojo sacrílego, robo, atraco o asalto, tampoco esto se dividirá. Mas también deberá disponer que las tablas del testamento queden en poder del que es heredero de la mayor parte o bien que sean depositadas en el archivo público. Porque también escribe Labeón que, al ser vendida la herencia, deben depositarse las tablas con la copia del testamento, pues el heredero debe dar una copia y retener él las tablas auténticas o depositarlas en el archivo. (*Ulp. 19 ed.*)¹¹²

Si hay documentos hereditarios, el juez debe procurar que queden en poder del que sea heredero de la mayor parte, y que de los demás se saque una copia cotejada, interponiéndose caución de que serán exhibidas cuando el caso lo exigiere. Si todos fueran herederos por partes iguales y no se conviniera entre ellos en poder de quién deban quedar preferentemente, tienen que echarlo a suertes, o se ha de elegir, por unanimidad o mayoría, un amigo en cuyo poder se depositen, o deben ser depositadas en el archivo público. (*Gai. 7 ed. prov.*)¹¹³

Se incluyen en esta acción las cosas que, habiendo sido entregadas al difunto, fueron usucapidas por los herederos; también las cosas que, habiéndolas comprado el difunto, se entregaron a los herederos; (*Paul. 23 ed.*)¹¹⁴ asimismo los predios <tributarios> que están en nuestro patrimonio, pero también los predios a censo o los superficiarios, y no menos también las cosas ajenas que el difunto posee de buena fe. (*Ulp. 19 ed.*)¹¹⁵

¹¹⁰ Dig., 10, 2, 2

¹¹¹ Dig., 10, 2, 3

¹¹² Dig., 10, 2, 4

¹¹³ Dig., 10, 2, 5

¹¹⁴ Dig., 10, 2, 9

¹¹⁵ Dig., 10, 2, 10

También el hijo dado a luz por una esclava hereditaria incluso después de adida la herencia, (*Paul. 23 ed.*)¹¹⁶ y aun después de la litiscontestación, escribe Sabino, también viene comprendido en la acción de partición, y puede ser adjudicado. Lo mismo vale si un extraño hubiera dado algo a los esclavos de la herencia. La cosa que fue legada bajo condición es interinamente de los herederos y por consiguiente se incluye en la acción de partición de herencia, y puede ser adjudicada, por supuesto, con sus accesorios, de suerte que, cumpliéndose la condición, se le quite a aquel a quien se adjudicó, o, si se frustra la condición, revierta a aquellos herederos a cuyo cargo fue dejada. Lo mismo se dice respecto al manumitido en un testamento bajo condición, el cual es interinamente de los herederos, pero al cumplirse la condición, alcanza la libertad. (*Ulp. 19 ed.*)¹¹⁷

Están prohibidas las enajenaciones después de aceptada la acción, pero sólo las que son voluntarias, no las que tienen una causa anterior y se fundan en necesidad de derecho. (*Pap. 7 quaest.*)¹¹⁸

Corresponde al ministerio del juez autorizar que se venda una o más cosas de la herencia, y que la cantidad percibida como precio se entregue a aquel a quien fue legada. (*Gai. 7 ed. prov.*)¹¹⁹

En esta acción las condenas y las absoluciones se han de hacer respecto a la persona de todos, y, por lo tanto, si se hubiera omitido la condena respecto a una persona, no será válido tampoco lo que hizo el juez respecto a la persona de los demás, porque la cosa juzgada en virtud de una sola acción no puede ser en parte válida y en parte no. (*Paul. 23 ed.*)¹²⁰

Si el testador hubiere legado por percepción preferente la cosa dada en prenda a un acreedor, corresponde al ministerio del juez que sea redimida con la cantidad común y que se la lleve aquel a quien de este modo había sido legada. (*Gai. 7 ed. prov.*)¹²¹

Lo que un padre dejó sin dividir entre los hijos después de haber distribuido <las cosas de la herencia> a modo de división, <y de haber cedido> las acciones, pertenece a cada uno de ellos en proporción a su parte en la herencia, con tal de que eso que no dividió no lo dejara en bloque a uno de ellos, y no sea accesorio de lo distribuido. (*Pap. 2 resp.*)¹²²

Pomponio Filadelfo entregó a una hija que tenía bajo potestad a causa de dote unos predios, y mandó que las rentas que producían los mismos se pagaran a su yerno. Se preguntaba si podía la hija apartarlos de la división, siendo así que su padre había instituido herederos a todos los hijos. Respondí que la hija tenía justa causa para retener la posesión, porque el padre quiso que sirvieran de dote los predios de que se trataba, y el matrimonio subsistía también después de la muerte del padre, y que la hija que retenía de hecho los predios, queda defendida en razón de la dote que podía recibir de su padre. (*Pap. 12 resp.*)¹²³

¹¹⁶ Dig., 10, 2, 11

¹¹⁷ Dig., 10, 2, 12

¹¹⁸ Dig., 10, 2, 13

¹¹⁹ Dig., 10, 2, 26

¹²⁰ Dig., 10, 2, 27

¹²¹ Dig., 10, 2, 28

¹²² Dig., 10, 2, 32

¹²³ Dig., 10, 2, 35

Lucio y Ticia, hermanos emancipados por su padre, siendo menores, tenían unos curadores, los cuales suministraban a cada uno las cantidades comunes percibidos como rentas <de unos predios de ambos>. Posteriormente dividieron todo el patrimonio. Después de la división, la hermana Ticia comenzó a mover cuestión a su hermano Lucio diciendo que él había recibido más que ella, siendo así que no había percibido su hermano Lucio más que su porción, sino incluso menos de la mitad. Pregunto si competirá a Ticia acción contra su hermano. Paulo respondió que con arreglo a lo expuesto, si Lucio no recibió de la renta de los predios comunes más de lo que le correspondía por su porción hereditaria, no compete a su hermana acción alguna contra él. Lo mismo respondió si se dijera que de los alimentos decretados por el pretor el hermano había recibido más que su hermana, cuando no recibió más de la mitad. (*Paul. 3 resp.*)¹²⁴

Si a uno de los herederos se hubiera legado así: “aparte para sí, lo que me debe”, debe hacer el juez de la partición de herencia que no reclamen de aquél los coherederos, porque también si se hubiera dispuesto que uno aparte para sí lo que otro debiera, deberán serle cedidas por ministerio del juez las acciones en lo que corresponde a la porción de coheredero. (*Pomp. 6 Sab.*)¹²⁵

Hasta uno solo de los herederos puede pedir árbitro para la partición de la herencia, porque es evidente que también un solo heredero puede acudir ante el juez. Por consiguiente aun hallándose presentes los demás y aun contra su voluntad, podrá uno solo pedir árbitro. (*Ulp. 30 Sab.*)¹²⁶

Si alegas que tengo en común contigo alguna cosa de la herencia, que yo digo me pertenece exclusivamente por otra causa, esta cosa no se incluye en la acción de partición de herencia. El dolo que cometió un esclavo del heredero, no entra en consideración en la acción de partición de herencia, a menos que hubiera culpa del dueño, por poner al cuidado de las cosas comunes un esclavo que no era de confianza. (*Pomp. 13 Sab.*)¹²⁷

Si el marido hubiera sido instituido heredero por el padre bajo condición, queda entretanto en suspenso la acción de la mujer para reclamar la dote. Claro que si se hubiera hecho el divorcio después de la muerte del suegro, aunque esté pendiente la condición de la institución, hay que decir que el marido tiene preferencia a quedarse con la dote, porque, al morir el padre, algunas cosas pasan a los hijos incluso antes de que se hagan herederos, como es el matrimonio, los hijos, la tutela. Por consiguiente, también debe apartar para sí la dote quien debe sostener la carga del matrimonio después de la muerte del padre. Y así plugo también a nuestro Escévola. (*Paul. 7 Sab.*)¹²⁸

En la acción de partición de herencia o en la de división de cosa común, si hay controversia sobre el derecho de un predio antes de la decisión del árbitro, se estima procedente que todos aquellos entre quienes se hubiese elegido el árbitro pueden ejercitar las acciones <de la propiedad> y presentar la denuncia de obra nueva, cada uno según su parte, y cuando el árbitro haga las adjudicaciones, si todo el fundo se adjudica a uno solo, se debe dar caución para que se devuelva lo que se hubiere conseguido por estas acciones, y se paguen los gastos que en ellas se hubieren hecho. Si estando la cosa en juicio, no se hubiesen hecho tales reclamaciones, la acción pasa íntegra a aquel a quien se hubiere

¹²⁴ Dig., 10, 2, 38

¹²⁵ Dig., 10, 2, 42

¹²⁶ Dig., 10, 2, 43

¹²⁷ Dig., 10, 2, 45

¹²⁸ Dig., 10, 2, 46

adjudicado todo el fundo o se hubiere adjudicado en una parte. Asimismo, si las cosas muebles que se incluyen en esta acción, hubieran sido sustraídas durante el juicio, compete la acción de hurto a aquellos a cuyo riesgo estuvieron estas cosas. (*Pom. 21 Sab.*)¹²⁹

Mevio, que nos hizo herederos, tenía una cosa común con Acio. Si demandásemos a Acio con la acción de división de cosa común y se nos hubiese adjudicado aquella cosa, dice Próculo que debe ser incluida en la acción de partición de herencia. El esclavo al que se hizo libre y heredero en el testamento entregará a sus coherederos, por la acción de partición de herencia, lo que retenía en su poder de las cuentas que para el cabeza de familia hubiese llevado. El árbitro que entre tú y yo tomamos para la partición de la herencia, quería adjudicarme unas cosas a mí y otras a ti, y entendía que por estas cosas cada uno debía ser condenado a favor del otro. Se preguntó si hecha la compensación de una y otra condena, podría condenar sólo a aquel cuya suma excediera y únicamente por lo que excediese; se estimó procedente que el árbitro pueda hacer esto. Cuando se demanda con la acción de partición de herencia o de división de cosa común, deben ser estimadas las cosas en su totalidad, no las partes de cada cosa. (*Iul. 2 ad Urs.*)¹³⁰

Enajené mi parte de un fundo, procedente de la herencia de Lucio Ticio, que era tuyo y mío en común, y después se aceptó entre nosotros la acción de herencia. No se incluirá en la acción ni aquella parte que fue mía, porque, al ser enajenada, salió de la herencia, ni la tuya, porque aunque permanece en su primitivo estado y es de la herencia, sin embargo, salió de la comunidad por la enajenación de mi parte; no hay diferencia entre que sea un solo heredero o sean varios los que no hayan enajenado su parte, siempre que alguna porción, enajenada por alguno de los herederos, dejó de ser de la herencia. (*Ner. 3 membr.*)¹³¹

Si se demandara con la acción de partición de herencia o de división de cosa común y la división fuera tan difícil que parezca casi imposible, puede el juez imponer toda la condena sobre la persona de uno solo, y adjudicarle todos los bienes. (*Ulp. 2 ed.*)¹³²

Aun habiendo aceptado el árbitro, hacen los hermanos un acto de afecto fraterno dividiendo por su consentimiento la herencia común; la cual división no puede revocarse, aunque el árbitro no hubiere pronunciado la sentencia por haberse anulado la controversia, a no ser que mediara el beneficio de menor edad. (*Pap. 2 resp.*)¹³³

8. Acción de división de cosa común. (Ejemplo de acción mixta).

La acción de división de cosa común era necesaria porque la acción de sociedad se refiere más a las mutuas prestaciones personales que a la división de cosas comunes; además cesa la acción de división de la cosa común, si la cosa no es común. (*Paul. 23 ed.*)¹³⁴

¹²⁹ Dig., 10, 2, 47

¹³⁰ Dig., 10, 2, 52

¹³¹ Dig., 10, 2, 54

¹³² Dig., 10, 2, 55

¹³³ Dig., 10, 2, 57

¹³⁴ Dig., 10, 3, 1

Es lo mismo que la cosa sea común a algunos a causa de sociedad o sin ella, pues en uno y otro caso tiene lugar la acción de división de cosa común. La cosa es común a causa de sociedad, por ejemplo, entre aquellos que compraron juntamente una misma cosa; es común sin sociedad, por ejemplo, entre aquellos a quienes ha sido legada en testamento una misma cosa. En las tres acciones dobles, de partición de la herencia, división de la cosa común y de deslinde, se pregunta quién se entenderá por demandante, pues parece igual la posición de todos; pero se estimó que sea considerado demandante el que hubiese provocado a juicio. (*Gai. 7 ed. prov.*)¹³⁵

En el juicio de división de cosa común entra tan sólo la división de las cosas mismas que sean comunes y el daño que en ellas se pudo causar o hacer, o la pérdida que se ocasionó a otro socio, o lo que se obtuvo de la cosa común. Si los mismos socios pactaron sin dolo malo algo entre sí, debe observarlo ante todo el juez de la partición de la herencia y de la división de cosa común. (*Ulp. 30 Sab.*)¹³⁶

Por este juicio se hace la división de las cosas corporales cuya propiedad tenemos, mas no la división de una herencia. Se pregunta si podrá demandarse con la acción de división de la cosa común acerca de un pozo, y Mela dice que sólo se puede si su suelo fuera común. Esta acción es de buena fe; por lo cual, si se hubiera dejado indivisa una cosa, valdrá ciertamente la división de las demás y podrá demandarse de nuevo con la acción de división de la cosa común acerca de la que permaneció indivisa. Así como en la acción de división de cosa común entra la división de la cosa misma, entran también las prestaciones y, por consiguiente, si alguno hubiera hecho gastos, los conseguirá. Pero si no se demanda al socio mismo, sino al heredero del socio, cree Labeón con acierto que se comprenden los gastos y los frutos percibidos por el difunto. Mas los percibidos antes de que la cosa fuera común, o los gastos hechos con anterioridad, no se comprenden en la acción de división de cosa común. Por lo cual escribe Juliano que si el pretor nos concede la posesión <preventiva> por daño temido y antes del <segundo> decreto de posesión <definitiva> yo hubiese reparado la casa, no puedo recuperar este gasto por la acción de división de la cosa común. (*Ulp. 19 ed.*)¹³⁷

Pero si la cosa no fue defendida y por ello fuimos autorizados por el pretor para poseer <definitivamente> aquellos edificios, y por esto adquiriésemos su propiedad, respondió Próculo que yo salvaré parte de los gastos por la acción de división de cosa común. (*lul. 2 ad Urs.*)¹³⁸

Si creyendo uno que el fundo le era común con Ticio, hubiese percibido los frutos o hubiese hecho algún gasto, siéndole común con otro, podrá demandar con la acción útil de división de cosa común. Por lo cual, si Ticio hubiese enajenado el fundo, aunque en este caso no haya lugar a la acción de división de cosa común, porque hubo separación de la comunidad, sin embargo, tendrá lugar la acción útil que se da para las prestaciones siempre que la cosa dejó de ser común. Si un socio hubiera percibido algo del fundo común, arrendándolo o cultivándolo él, quedará obligado por la acción de división de cosa común. Si lo hizo en nombre de todos no debe experimentar lucro ni daño, pero si no lo hizo en nombre de todos sino para lucrarse él, él solo debe sufrir el daño. Responde de esto por la acción de división de la cosa común porque se considera que no es factible arrendar <ni

¹³⁵ Dig., 10, 3, 2

¹³⁶ Dig., 10, 3, 3

¹³⁷ Dig., 10, 3, 4

¹³⁸ Dig., 10, 3, 5

cultivar> sólo su parte. Por lo demás no tendrá lugar la acción de división de cosa común, como escribe también Papiniano, más que cuando se gestiona tan sólo aquello que es imprescindible para la debida administración de la propia parte; en otro caso, tiene la acción de gestión de negocios y se obliga por ella. Si después de aceptada la acción de división de la cosa común se hubiere gastado algo, opina Nerva con razón que también esto se incluye. Sabino y Atilicino respondieron que también se incluye el hijo de la esclava. También creyeron los mismos que esta acción incluye tanto la accesión como la disminución. Si alguno hubiese enterrado un muerto en un lugar común, hay que ver si lo convierte en lugar religioso. En efecto, compete solidariamente a cada uno el derecho de enterrar en el sepulcro común, pero no puede uno solo de los condueños hacer religioso un lugar puro. Trebacio y Labeón aunque opinan que el lugar no se hizo religioso, opinan, sin embargo, que se ha de demandar por el hecho <al que enterró>. Si hubieres dado caución de daño temido por el todo de la casa, dice Labeón que no tienes la acción de división de la cosa común, ya que no te fue necesario dar caución por el todo sino que era suficiente darla por tu parte. Esta opinión es verdadera. Si tuviéramos un fundo común y yo lo hubiera pignorado, se incluye ciertamente en la acción de división de cosa común, pero conservará el acreedor su derecho de prenda, aunque hubiese sido adjudicado, pues también lo conservaría íntegro si hubiese sido voluntariamente transmitida la parte <pignorada> al otro socio. Mas Juliano dice que el árbitro de la división de cosa común debe estimar en menos la parte <pignorada> porque, en virtud de lo pactado, puede el acreedor vender la cosa. El mismo Juliano escribe que si aquel con quien tenía yo un esclavo común, me hubiese pignorado su parte y me hubiera demandado con la acción de división de la cosa común, debe ser repelido con la excepción pignoraticia. Pero si yo no hubiere interpuesto la excepción, el juez que hubiere adjudicado todo el esclavo al deudor, deberá condenarle en la estimación de la parte, porque debe permanecer íntegro el derecho de prenda. Pero si el juez me lo hubiere adjudicado a mí, me debe condenar solamente a cuanto valga más la prenda que el dinero prestado, y disponer que el deudor quede libre de mí. Por ministerio del juez debe hacerse la adjudicación de manera que a uno adjudique el fundo y al otro el usufructo. Lo demás es igual a lo que tratamos en la acción de partición de herencia. Dice Urseyo que cuando el vecino de un edificio común hizo la denuncia para prohibir una obra nueva, si uno de los socios hubiese sido condenado por esta causa, puede recuperar de su socio esta pena con arreglo a su parte. Pero observa con razón Juliano que esto es únicamente verdad si la obra era de interés para la casa. (*Ulp. 19 ed.*)¹³⁹

La acción de división de cosa común también tiene lugar en un campo sometido a censo. Hay que ver si un campo sometido a censo puede ser dividido en parcelas: es preferible que el juez se abstenga de tal división, ya que si no se confundiría la prestación del censo. Escribe Neracio que el árbitro que hubiese adjudicado entre dos las parcelas de un fundo, que no sea a censo, puede imponer servidumbres como puede hacerlo sobre dos fundos distintos. Los que tienen la acción Publiciana sobre una cosa pueden demandar también con la acción de división de cosa común. Por ciertas causas cesa la reivindicatoria, pero, si hay justa causa de poseer, compete la acción de división de la cosa común útil, como, por ejemplo, si recuperó la posesión de una cosa quien la había pagado indebidamente. Mas esta acción no tiene lugar entre ladrones, ni entre los que poseen en precario, o clandestinamente, porque es posesión injusta; la precaria es ciertamente justa, pero no tiene fuerza para fundar una acción. Escribe Juliano que si un poseedor provoca el juicio y otro denuncia que aquél posee por la violencia, no debe darse esta acción ni aún pasado un año, porque está establecido que aún después del año se dé el interdicto contra aquél que expulsó por la violencia. Y si denuncia que posee en precario, dice Juliano que

¹³⁹ Dig., 10, 3, 6

también dejará de tener lugar este juicio, porque también se da interdicto de precario. Si se denuncia que posee clandestinamente el que demanda, hay que decir que cesa esta acción, pues dice Juliano que por la posesión clandestina compete interdicto. Si fueran dos los que recibieron una cosa en prenda, es muy justo que se dé la acción de división de la cosa común útil. Pero también debe darse si entre dos hubiera controversia sobre el usufructo. También, si el pretor concedió a dos la posesión de los legados, porque es justa causa de poseer la razón de custodia; así, habrá que decir lo mismo en el caso de concesión de la posesión en los bienes de dos que han de nacer, como es razonable. Pero si al que se concedió posesión de una cosa por daño temido se le hubiera autorizado ya para poseer <definitivamente>, no habrá lugar a esta acción útil porque puede tener la reivindicatoria. En la acción de división del usufructo común, debe el juez ordenar las cosas de manera que los usufructuarios puedan usar y disfrutar de parcelas determinadas o arriende el usufructo a uno de ellos, o a un tercero, para que reciban las pensiones sin controversia alguna; y, si las cosas son muebles, podrá también disponer de manera que entre ellos se convenga, con las recíprocas cauciones, que usufructuarán temporalmente, esto es, que cada uno tendrá el usufructo alternativamente un determinado tiempo. No compete esta acción ni a los colonos ni a quienes recibieron un depósito aunque tengan la posesión natural. Entre los acreedores pignoratios debe hacerse la división de modo que cada parte no se estime en su verdadero precio, sino solamente en tanto cuanto aquella parte garantiza, y debe asignarse la prenda a uno solo de los acreedores, pero sin privar al deudor de la facultad de ofrecer la deuda y rescatar su prenda. Lo mismo se dice si el poseedor de la prenda ofreciera la estimación del litigio al que demanda con la acción real pignoratia. Si un deudor dio en prenda parte de un predio común, y su acreedor, al ser demandado por el propietario de la otra parte o por el acreedor pignoratioso del otro propietario, pujó más alto en la subasta, y el deudor de aquel a quien fue adjudicada la cosa quisiera recuperar su parte del predio, mediante pago de lo que él solo debía, dicese elegantemente que no ha de ser oído, a menos que esté dispuesto a rescatar también aquella parte que el acreedor compró por la adjudicación. Porque también si hubieses vendido parte de una cosa y, antes de entregarla al comprador, hubieras sido demandado por la acción de división de cosa común y se te hubiera adjudicado la otra parte, se dice consecuentemente que el comprador no puede reclamar con la acción de compra, si no estuviera dispuesto a comprar la cosa entera, porque esta parte acreció al vendedor por beneficio de la otra; es más, también puede ser demandado por la acción de venta el comprador para que compre la totalidad; solamente se habrá de considerar si acaso intervino algún fraude del vendedor. Pero si el vendedor de una parte hubiese cedido la parte vendida al ser vencido en la subasta, quedará igualmente obligado por la acción de compra a restituir el precio. Esto mismo se observa en el mandato y en las demás acciones de este género. (*Ulp. 20 ed.*)¹⁴⁰

Esta acción puede darse también cuando no todos los propietarios en común desean dividir sino tan solo algunos de ellos. Si se duda acerca de la aplicación de la ley Falcidia, puede demandarse entre el legatario y el heredero con la acción de división de la cosa común o se da la reivindicatoria de parte incierta. Lo mismo se hace si se hubiera legado el peculio, porque es incierto en cuanto disminuyó los bienes del peculio lo que se debe al que era propietario del peculio. Si alguno hubiese deteriorado una cosa común, por ejemplo, hiriendo a un esclavo o corrompiendo sus costumbres, o arrancando los árboles del fundo, también esto se incluye en la acción de división de cosa común. Si por razón del delito de un esclavo común alguno hubiese pagado más que su parte, se estimará el esclavo y aquél conseguirá una parte del valor. A su vez, si uno solo hubiera sido demandado y condenado

¹⁴⁰ Dig., 10, 3, 7

por entero por la acción de peculio, hay acción de división de cosa común contra el socio, para recobrar parte del peculio. (*Paul. 23 ed.*)¹⁴¹

Aunque la acción de la ley Aquilia no compete contra el heredero, sin embargo, si el socio difunto hizo en la cosa común algún daño de los que dan lugar a la acción de la ley Aquilia, el heredero de este socio queda obligado por la acción de división de cosa común. Cuando sólo tenemos el uso, que ni puede ser vendido ni arrendado, veamos cómo se puede hacer la división con la acción de división de cosa común. Intervendrá el pretor y arreglará la cosa para que, si el juez hubiese adjudicado a uno el uso, no parezca que el otro que recibió algo en pago no usa, cual si hiciera más el que parece que disfruta, pues esto se hace por necesidad. En la acción de división de cosa común el juez deberá estimar la cosa en su justo precio y también se habrá de dar caución de evicción. (*Paul. 23 ed.*)¹⁴²

Se incluye en esta acción lo que se hizo en nombre común, o debió hacerse, por el que sabe que tiene un socio. Pero si se me demanda con la acción de división de cosa común, hay que considerar si también podré retener, gracias a la equidad del mismo juicio, aquellos gastos que hice creyendo que el fundo es mío propio, los cuales, por supuesto, podría retener por la excepción de dolo si fuera reivindicada una parte del fundo; lo que ciertamente creo más acertado, porque la acción de división de cosa común es una acción de buena fe; pero esto siempre que yo fuera demandado. Por lo demás, si yo hubiese enajenado mi parte, no tendré de donde retener, pero hay que ver si podrá retenerlos aquel que me la hubiera comprado, pues también si de él fuera reivindicada la parte podría, lo mismo que yo, hacer la retención por razón de los gastos que yo hubiese hecho; y es más cierto que también en este caso se retengan los gastos. Y siendo esto así, se dice con muchísima razón que también se me debe dar con motivo de las impensas, acción útil contra mi socio aún permaneciendo la comunidad de la cosa; porque es diferente, cuando hago gastos cual si fuera mía, en una cosa que es ajena o común, porque en este caso, cuando hago gasto en una cosa como propia, tan sólo tengo la retención, porque no quise obligar a nadie a mi favor; pero cuando creo que la cosa es de Ticio, siendo de Mevio, o que me es común con otro distinto de aquel con quien la tengo, hago esto para obligar a otro a mi favor, y así como se da la acción de gestión de negocios contra aquel cuyos negocios cuidé, creyendo yo que eran de otro, así ocurre también en el caso propuesto. En consecuencia, también cuando yo hubiera enajenado el predio, siendo así que se me habría de dar acción <por el gasto hecho>, se me habrá de dar, como también escribe Juliano, la acción de gestión de negocios. Si se conviene que en manera alguna se haga la división, es evidentísimo que semejante pacto no tiene fuerza ninguna; pero si es dentro de un determinado tiempo, lo cual aprovecha también a la calidad de la cosa misma, el pacto es válido. Si acaso se hubiese convenido entre los socios que la sociedad no se dividiese dentro de determinado tiempo, no hay duda de que le es lícito vender al que está obligado por tal convenio; por lo cual, también el comprador demandado con la acción de división de cosa común, será repelido con la misma excepción con que sería rechazado su causante. Si pactase un socio que no pediría su parte, la sociedad queda extinguida por efecto del pacto. (*Paul. 3 Plaut.*)¹⁴³

El árbol que nació en el lindero, y también la piedra que se extiende por uno y otro fundo, mientras están adheridos al fundo, son del uno y del otro según la extensión de los respectivos límites y no se incluyen en la acción de división de cosa común. Pero cuando la piedra ha sido extraída o el árbol arrancado o cortado, se hará común pro indiviso

¹⁴¹ Dig., 10, 3, 8

¹⁴² Dig., 10, 3, 10

¹⁴³ Dig., 10, 3, 14

y se incluirá en la acción de división de cosa común, pues lo que estaba en porciones deslindadas se confunde después. Por lo cual, al ser fundido el metal de dos masas de dos propietarios, toda la masa entera es común, aunque quede separado algo de la primera especie. Así, el árbol y la piedra, separados del fundo, confunden el derecho de propiedad. Contra la voluntad de cualquiera de los dueños no debe nombrarse árbitro para la división de cosa común, respecto al vestíbulo común de dos casas, porque el que sea obligado a ir a la subasta de un vestíbulo, a veces tendrá necesidad de poner a precio toda la casa, sino tiene entrada por otra parte. Si por el mismo lugar se nos debe servidumbre de camino a varios, y en ella se hizo algún gasto, dice Pomponio que resulta difícil que pueda demandarse con la acción de división de cosa común, o la de sociedad, porque ¿cómo puede admitirse que haya comunidad con un derecho separado del fundo? Pero se demandará con la de gestión de negocios. El juez de la división de cosa común y también el de la partición de herencia, cuando el esclavo común está fugitivo, debe sacarlo a subasta entre aquellos para quienes es juez, y adjudicarlo luego a aquel que prevaleció en la subasta; y no habrá peligro de que se incurra en la pena de la ley Fabia en virtud del senadoconsulto <que extiende la pena de plagio a los que venden un esclavo fugitivo>. Dice Labeón que la servidumbre de acueducto no se incluye en el juicio de división de cosa común, porque o es de un mismo fundo único y por consiguiente no se incluye en el juicio, o está separado del fundo pero se halla ya dividido o por medida o por tiempos. Mas a veces las servidumbres pueden estar también separadas de un fundo único y no divididas ni por medida ni por tiempos, por ejemplo, cuando aquél a quien pertenecieron dejó varios herederos. Cuando esto sucede es consecuente que también las servidumbres se incluyan en la acción de la partición de herencia, y dice Pomponio que no ve por qué no se va a incluir en la acción de división de cosa común cuando se incluye en la de partición de herencia. Por lo tanto, en tales casos se incluye también en la acción de división de cosa común, para que las mencionadas servidumbres sean divididas por medida o por tiempos. (*Paul. 6 Sab.*)¹⁴⁴

Dice Sabino que ninguno de los dueños puede en derecho hacer nada en la cosa común contra la voluntad del otro. De donde es evidente que hay derecho de prohibirlo, porque consta que, en igualdad de circunstancias, debe prevalecer el que prohíbe. Pero aunque en una cosa común puede un socio prohibir a otro que haga alguna cosa, sin embargo no puede obligársele a que destruya la obra hecha si, cuando había podido prohibirlo, dejó de hacerlo; y, por consiguiente, podrá resarcirse el daño por medio de la acción de división de cosa común. Mas si consintió al que la hacía, no tiene acción ni aún por el daño. Pero si, ausente el socio, hizo algo en su perjuicio, entonces es obligado también a destruir lo hecho. (*Pap. 7 quaest.*)¹⁴⁵

Si alguno, creyendo que le era común con Mevio el fundo que tenía en común con Ticio, hubiese hecho algún gasto, con razón se dice que le basta la acción de división de cosa común. Y esto es así si yo sé que la cosa me es común, pero ignoro con qué socio, porque no soy gestor de los negocios del socio, sino que cuido de cosa propia, y la acción nace más bien de la cosa en que se hacen gastos que de la persona del socio. Finalmente decimos que por esta acción se obliga al pupilo para que por ministerio del juez restituya los gastos. Diversa es la condición del que cree que hace gastos en cosa propia, siendo común, porque a éste ni le compete la acción de división de cosa común, ni se le ha de dar la útil. Porque el que sabe que la cosa es común o ajena, gestiona los asuntos de ella con intención de obligar a alguien, aunque yerra en la persona. Pomponio escribió que por cualquiera de los

¹⁴⁴ Dig., 10, 3, 19

¹⁴⁵ Dig., 10, 3, 28

socios puede pedirse juez, pero que también si uno de los socios fuera mudo, con razón puede demandársele con la acción de división de cosa común. (*Paul. 2 quaest.*)¹⁴⁶

9. La acción exhibitoria. (Ejemplo de acción in rem scripta).

Esta acción es muy necesaria y eficaz en la práctica cotidiana; fue introducida en razón, sobre todo, de las reivindicatorias. (*Ulp. 24 ed.*)¹⁴⁷

Exhibir es presentar ante el magistrado para facilitar la acción del demandante. (*Paul. 21 ed.*)¹⁴⁸

En esta acción el demandante debe conocer bien y declarar todas las señales de la cosa que reclama. Quien demanda con la acción exhibitoria no se proclama propietario ni debe demostrarlo ya que hay otras muchas causas para demandar con la exhibitoria. Además ha de tenerse en cuenta en esta acción que el demandado contumaz puede ser condenado por juramento estimatorio del demandante, tasándole el juez la cuantía. Esta acción es personal y compete al que para reclamar una cosa ha de demandar con cualquier acción real, incluso la pignoraticia Serviana o hipotecaria, que competen a los acreedores. Dice Pomponio que también compete la exhibitoria al que ha de reclamar un usufructo. También será oído el que va a ejercitar un interdicto, si desea que la cosa sea exhibida. Asimismo, si yo quiero optar un esclavo, u otra cosa cualquiera, cuya opción se me ha legado, consta que yo puedo demandar con la exhibitoria para poder reivindicar las cosas una vez exhibidas. Si alguien quiere demandar con la acción noxal necesita la acción exhibitoria, porque ¿qué ocurrirá si el dueño está dispuesto a defender el esclavo pero el demandante no pudiera señalar cuál cometió el delito, a no ser que estuvieran todos presentes, porque no reconoce al esclavo o ignora su nombre? ¿Acaso no es equitativo exhibirle los esclavos para que reconozca al esclavo delincuente? Lo cual debe hacerse con razón para que designe a aquel por quien demanda con la acción noxal, una vez examinados los esclavos. Si alguien que no es heredero quiere que se exhiban las tablas del testamento o los codicilos o algún otro objeto perteneciente al testamento, hay que decir que no se ha de demandar con esta acción, siendo suficientes los interdictos correspondientes al caso; y este es el parecer de Pomponio. Hay que saber que la exhibitoria, no sólo compete a los que dijimos, sino también a quien interesa que algo sea exhibido; por lo tanto, el juez deberá conocer sumariamente si el demandante tiene interés, no si la cosa es suya, y en consecuencia disponer que se exhiba, o no cuando no hay interés. Juliano dice todavía más: aunque yo no tenga aun la reivindicatoria, puedo entretanto demandar con la exhibitoria, porque me interesa que la cosa sea exhibida, por ejemplo, si me ha sido legado el esclavo que Ticio optase; demandaré pues con la exhibitoria para que Ticio opte y así reivindicaré, aunque yo no pueda optar al exhibido. Si se me hubiera demandado con la exhibitoria, yo no puedo demandar con esta misma acción en razón a haber sido demandado con la acción exhibitoria, aunque parezca que tengo interés precisamente por estar obligado a restituir: este interés no es suficiente; si así no fuera, el que dejó de poseer por dolo podría demandar con la exhibitoria, aunque no hubiera de ejercitar ni la reivindicatoria ni

¹⁴⁶ Dig., 10, 3, 29

¹⁴⁷ Dig., 10, 4, 1

¹⁴⁸ Dig., 10, 4, 2

un interdicto; y también podrían el que hurta o roba, lo cual no es cierto en absoluto. Así, según la elegante regla de Neracio, el juez para la exhibición debe examinar si se tiene una causa justa y probable de acción por lo que se desee que se exhiba. Escribe Pomponio que varias personas pueden demandar fundadamente con la exhibitoria en razón de un mismo esclavo; por ejemplo, si un esclavo pertenece a una persona, otra tiene el usufructo, una tercera pretende poseerlo y afirme que lo tiene en prenda una cuarta. Por consiguiente compete a todos la exhibitoria, porque a todas interesa que el esclavo sea exhibido. Añade Pomponio en el mismo lugar que el juez por el arbitrio que en esta acción se le concedió aprecia también las excepciones que opone el poseedor y si alguna sea tan evidente que repela fácilmente al actor, debe absolver al poseedor; si más oscura o que entrañe una cuestión más grave ha de ser diferida para el juicio directo, una vez mandada exhibir la cosa. Sin embargo, de ciertas excepciones debe decidir, en todo caso, el mismo que juzga de la exhibitoria, como por ejemplo de la de pacto convenido, dolo malo, juramento y cosa juzgada. A veces la equidad de la exhibición hace que, aunque no puede demandarse con la exhibitoria, sin embargo, se dé una acción por el hecho, como expone Juliano. Un esclavo de mi mujer, dice, llevaba mi libro de cuentas, que tú posees, y deseo su exhibición. Dice Juliano: si han sido escritas en papiro de mi propiedad, tiene lugar esta acción, porque puedo reivindicarlos, ya que si el papiro es mío, lo es también lo escrito; pero si el papiro no era mío, como no puedo reivindicar, tampoco puedo ejercitar la exhibitoria y por consiguiente me compete una acción por el hecho. Hay que saber que se ha de demandar con esta acción contra el poseedor, no sólo contra aquel que tiene la posesión civil, sino también contra aquel que tiene la posesión natural. En fin, se estima procedente que el acreedor que recibió la cosa en prenda sea obligado a la exhibición: (*Ulp. 24 ed.*)¹⁴⁹

pues también puede demandarse a aquel en cuyo poder se depositó la cosa, o al que le fue comodada o arrendada. (*Pomp. 6 Sab.*)¹⁵⁰

Escribe Celso que si alguien puso en un almacén las mercancías cuyo transporte tomó en arriendo puede entablarse la exhibitoria contra el transportista; muerto éste, si hay heredero, se ha de demandar al heredero; pero si no hay heredero, hay que demandar al almacenista; porque cuando nadie es poseedor, es cierto, dice, que el almacenista posee o es él al menos quien puede exhibir. El mismo Celso dice: ¿cómo posee el transportista? ¿acaso porque tiene garantía de prenda? El cual ejemplo muestra que también aquellos que tienen la facultad de exhibir quedan obligados por la exhibitoria. Escribe Juliano que queda obligado por la acción exhibitoria quien se halla en posesión concedida con el fin de conservar determinadas cosas o legados, y también quien tenga la cosa en razón de usufructo, aunque tampoco sea realmente un poseedor. De ahí que Juliano pregunte cómo deben éstos hacer la exhibición, y dice que el primero de modo que el demandante pueda tener la posesión y el demandado siga en posesión con el fin de conservar la cosa; el que tiene el usufructo, de modo que el demandante pueda poseer la cosa y el demandado siga usando y percibiendo los frutos de la misma. El mismo Juliano escribe que el comprador que no restituya lo extraído y cortado del fundo está obligado por la exhibitoria a la cuantía que fije con mi juramento estimatorio; pero añade: si el comprador posee o ha dejado de poseer por dolo. A su vez, escribe Celso que mediante la acción exhibitoria puedes conseguir llevarte el estiércol que amontonaste en mi terreno, con tal que te lo lleves todo; si no, no puedes. Pero si una balsa ha sido llevada por la fuerza del río a un campo de otro, escribe Neracio que podré demandarle con la exhibitoria. De donde pregunta Neracio si habrá de darse caución al dueño del campo sólo del daño futuro o también del pretérito, y dice que

¹⁴⁹ Dig., 10, 4, 3

¹⁵⁰ Dig., 10, 4, 4

también hay que prestar caución del pretérito. Pero si por un derrumbamiento hubiese caído algo en tu casa o en el terreno adyacente, quedarás obligado con la exhibitoria, aunque no poseas. Viceversa, si alguien no tiene posibilidad de restituir, aunque posea, no estará obligado a exhibir; por ejemplo, si el esclavo ha huído, es claro que estará obligado tan sólo a dar caución de que lo exhibirá si hubiese vuelto a su poder; lo mismo hay que decir, aunque no haya huído, si le hubieras permitido habitar donde quiera, o hubiera sido enviado por ti de viaje, o esté en tus fincas, sólo estarás obligado a dar caución. (*Ulp. 24 ed.*)¹⁵¹

Si se ha demandado con la exhibitoria contra uno que ni poseía ni había cometido dolo malo para dejar de poseer y, después de morir él, su heredero posee la cosa, será obligado éste a exhibirla. Pues si yo hubiera reclamado un fundo o un esclavo, y el heredero <del demandado> hubiera empezado por la misma causa a poseerlo, viene obligado a restituir. (*lul. 9 dig.*)¹⁵²

Escribe Juliano que si alguien hubiera matado al esclavo que poseía, o transferido a otro la posesión, o hubiera quebrantado de tal modo una cosa que no sirva para nada, quedará obligado por la exhibitoria, porque hizo dolo para dejar de poseer. De ahí que si hubiera derramado vino o aceite, o roto cualquier otra cosa, quedará obligado por la acción exhibitoria. La bellota de tu árbol cayó en mi fundo, y yo llevo allí mi ganado para que la coma. ¿Con qué acción puedo quedar obligado? Escribe Pomponio que compete la acción exhibitoria si llevé el ganado con dolo para que comiera la bellota; pues si quedaba allí la bellota y no me permitieras recogerla quedarías obligado por la exhibitoria lo mismo que si alguien no permitiera retirar unos materiales míos que estaban en su campo. Aprobamos la opinión de Pomponio tanto si queda bellota como si ha sido consumida. Pero si queda, podré usar también del interdicto de recogida de bellota para poder recoger la bellota en días alternos, con tal de dar la caución de daño temido. Si alguno hizo que la cosa fuese a parar a otro, parece que dejó de poseer con dolo, si es que lo hubiera hecho dolosamente. Mas si alguien exhibiera una cosa deteriorada dice Sabino que queda igualmente obligado por la acción exhibitoria. Esto es verdad siempre que la cosa hubiera sido convertida en otro objeto con dolo malo; por ejemplo, si de una taza se hubiera fundido una masa; aunque exhiba la masa quedará obligado por la acción exhibitoria, ya que al cambiar la forma es como si pereciera la sustancia de la cosa. Marcelo escribe que si te han sido legadas bajo condición diez monedas y a mí el usufructo de las diez pura y simplemente, y después el heredero, estando pendiente la condición, hubiera pagado al usufructuario las diez sin exigir caución, el heredero queda obligado por la acción exhibitoria, como si hubiera cometido dolo para dejar de poseer, pues el dolo está en que dejó de exigir caución al usufructuario y así hizo que se desvaneciera tu legado porque ya no puedes reivindicar aquellas monedas; pero sólo tendrá lugar la acción exhibitoria si se hubiera cumplido la condición del legado. Pudiste también precaverte con la estipulación de los legados y, si te precaviste con ella, no te será necesaria la acción exhibitoria; pero, si ignorando tu legado, el heredero no exigió caución del usufructuario, dice Marcelo, que cesa la acción exhibitoria porque no hay dolo; dice, sin embargo, que el legatario será socorrido con la acción por el hecho contra el usufructuario. Por lo que a esta acción se refiere, “exhibir” es presentar una cosa en el mismo estado en que estuvo cuando se aceptó el juicio, para que, teniendo la cosa a disposición, pueda el demandante llevar a cabo la acción que haya elegido, sin perjudicar en ningún caso la acción entablada, aunque demande, no con la acción de restitución, sino con la exhibitoria. Por lo cual, si exhibe una cosa que ha sido usucapida después de la litiscontestación, no parece haber exhibido, ya que el demandante habría perdido su demanda; por lo tanto, no

¹⁵¹ Dig., 10, 4, 5

¹⁵² Dig., 10, 4, 8

debe ser absuelto si no está dispuesto a aceptar la demanda, con rescisión del plazo de la usucapión, y de modo que los frutos se estimen según la ley. Dado que se restituye la causa al demandante con esta acción, Sabino pensó que también el hijo de la esclava ha de ser restituído, tanto si la mujer hubiera estado encinta como si hubiera concebido después; opinión que también aprueba Pomponio. Además, las utilidades, si se perdieran porque no se exhibe o porque se exhibe con mora, han de ser estimadas por el juez, y por lo tanto dice Neracio, que se estima la utilidad del demandante y no el valor de la cosa; utilidad, dice, que será a veces menor que el valor de la cosa. (*Ulp. 24 ed.*)¹⁵³

Si la herencia se ha perdido porque no fue exhibido el esclavo, es muy justo que por ministerio del juez se estime la pérdida de la herencia. Veamos en qué lugar o a cuenta de quién debe ser exhibida la cosa. Y dice Labeón que hay que exhibir allí donde hubiera estado la cosa en el momento de la litiscontestación, y de allí ha de ser llevada o conducida al lugar en que se demandó, a riesgo y cuenta del demandante. Dice que es claro que el poseedor debe alimentar, vestir y curar al esclavo; pero yo opino que, en ocasiones, también debe pagarlo el demandante, por ejemplo, si el esclavo mismo solía mantenerse con su trabajo u oficio y ahora se ve obligado a no trabajar. Por consiguiente, si el esclavo ha de ser exhibido hubiera sido depositado en el juzgado, deberá pagar los alimentos el que deseó que fuera exhibido, si el poseedor no venía alimentando ya al esclavo, pues si lo alimentaba, lo mismo que lo hacía, así tampoco ahora puede negarle los alimentos. A veces, sin embargo, el demandado debe exhibir en aquel lugar a costa suya, como en el supuesto de que intencionadamente hubiera llevado la cosa a un lugar apartado para que la exhibición resultara más incómoda para el demandante, pues en este caso deberá exhibir, por su cuenta y riesgo, en aquel lugar donde se le demande, a fin de que no se aproveche de su astucia. Si alguien fuera demandado por varios objetos y posee todos en el momento de la litiscontestación, pero después hubiera dejado de poseer algunos, aunque sea sin dolo malo, ha de ser condenado, salvo si exhibe los que puede. (*Ulp. 24 ed.*)¹⁵⁴

Esta acción puede tener lugar cuando se trata de exhibir a aquel cuya libertad quiere defender alguien. Tanto el hijo de familia está obligado por esta acción, si está en su mano exhibir la cosa. Dice Juliano que al que demanda repetidamente con la acción exhibitoria obstará la excepción si actúa por la misma causa, pero que interviene una nueva causa si aquél que había demandado con el fin de reivindicar, una vez aceptado el juicio, recibió la cosa de otro, y, por consiguiente, no le obsta la excepción. Asimismo, si de nuevo sufriera un hurto aquél que para demandar con la acción de hurto, había demandado con la exhibitoria. Finalmente, si al que había demandado con la acción exhibitoria para poder optar, después de la litiscontestación, le ha sido legada la opción por testamento de otro, puede demandar con la acción exhibitoria. Si alguien hiciera mosto de mis uvas, o aceite de mis olivas, o vestidos de mi lana, sabiendo que eran ajenas, quedará obligado con la exhibitoria por una y otra cosa, porque es verdad que lo que se hace con cosa nuestra es nuestro. Si muere el esclavo después de la litiscontestación, aunque sea sin dolo malo y culpa del poseedor, sin embargo, éste ha de ser condenado a veces en la cuantía del interés que tenía el demandante en que no se hubiera dejado de exhibir al esclavo en el momento de la litiscontestación; tanto más si se probara que murió por un accidente que no habría ocurrido si hubiese sido exhibido en su momento. Si por justa causa no puede ser exhibida inmediatamente la cosa, deberá prestar caución por disposición del juez de que él la exhibirá en determinado día. El heredero puede usar de esta acción, no en cuanto heredero, sino en nombre propio. A su vez, el heredero del poseedor se obliga en nombre propio. Por

¹⁵³ Dig., 10, 4, 9

¹⁵⁴ Dig., 10, 4, 11

consiguiente, no procede preguntar si se transmite a favor del heredero o contra el heredero; claro que, por el dolo del difunto, ha de darse esta acción contra el heredero si por ello se ha enriquecido la herencia, por ejemplo, porque ha conseguido el precio de la cosa. (*Paul. 26 ed.*)¹⁵⁵

Si el marido diera, por una cosa comprada, sabiendo que no eran suyas, las monedas que su mujer le había donado, dejó de poseer con dolo malo y queda sí obligado por la acción exhibitoria. (*Pomp. 14. Sab.*)¹⁵⁶

Cuando el esclavo tiene alguna cosa, el dueño queda obligado por la acción exhibitoria en nombre propio; pero si el esclavo, ignorándolo el dueño, dejó de poseer por dolo, se ha de dar a nombre del esclavo la acción noxal de hurto, o de dolo malo, pero no se ha de introducir ninguna acción exhibitoria útil. (*Paul. 10 Sab.*)¹⁵⁷

Pueden demandar con acción exhibitoria todos los que tengan interés. Pero alguien preguntó si esta acción podía hacer que le fueran exhibidas las cuentas del adversario cuya exhibición le interesaba mucho. Respondió que no debía vejarse así el derecho civil ni tergiversarse las palabras, sino que convenía tener en cuenta la intención con que una cosa se decía: con semejante razón también el aficionado de alguna doctrina podía decir que le interesaba la exhibición de tales y cuales libros, porque, si fueran exhibidos, con su lectura podía hacerse más docto y mejor. (*Paul. 4 epit. Alf. dig.*)¹⁵⁸

Puede demandarse con la acción exhibitoria a causa de los delitos de los esclavos, para poderlos someter a tormento y que denuncien a sus cómplices. (*Ulp. 2 reg.*)¹⁵⁹

10. Acción de comodato y la contraria. (Ejemplo de acción reipersecutoria y contraria).

Dice el pretor: “Daré acción si alguien dice haber dado en comodato”. No es difícil el comentario de este edicto. Tan sólo hay que observar que quien redactó el edicto hizo mención del “comodato”, en tanto Pacuvio Labeón hablaba de “uso”. En efecto, dice Labeón que entre lo “comodado” y lo “dado en uso” la diferencia es tan sólo entre la especie y el género, pues el comodato es de cosas muebles y el uso abarca también los inmuebles. Pero, según cree Casio, puede decirse propiamente comodato, como es evidente, también el de un inmueble. Es más, Viviano dice que puede comodarse también el uso de una vivienda. Los impúberes no quedan obligados por la acción de comodato, porque no vale el comodato de un impúber sin la autoridad del tutor, hasta el punto de que incluso si hubiese incurrido en dolo o culpa después de hacerse púber, no queda obligado por esta acción, pues el acto, desde un principio, era inválido. (*Ulp. 28 ed.*)¹⁶⁰

¹⁵⁵ Dig., 10, 4, 12

¹⁵⁶ Dig., 10, 4, 14

¹⁵⁷ Dig., 10, 4, 16

¹⁵⁸ Dig., 10, 4, 19

¹⁵⁹ Dig., 10, 4, 20

¹⁶⁰ Dig., 13, 6, 1

Tampoco se puede dar la acción de comodato contra un loco, sino que se dará contra ellos la acción exhibitoria, a fin de que se vindique la cosa una vez que sea exhibida. (*Paul. 29 ed.*)¹⁶¹

Pero me parece que si el pupilo se ha enriquecido, debe darse la acción de comodato útil, de conformidad con un rescripto de Antonino Pío, de consagrada memoria. Si la cosa comodada es restituída sí, pero deteriorada, no se tendrá por restituída; y se restituye deteriorada, si no se indemniza el importe del deterioro, pues propiamente, no se dice que se restituye lo que se restituye deteriorado. En esta acción, a semejanza de las otras acciones de buena fe, se admite el juramento de litigio estimado, y se atiende al valor de la cosa en el momento del juicio, aunque en las acciones de <derecho> estricto se atiende al momento de la litiscontestación. El heredero del comodatario puede ser demandado por la parte en que es heredero, a no ser que pueda restituir la cosa entera y no lo haga, pues entonces se le condena por entero, porque se entiende que así debe hacerlo al arbitrio de un buen juez. Si se ha comodado a un hijo de familia o a un esclavo, habrá que reclamar por la acción de peculio; con el que es hijo varón podría reclamarse directamente, pero si se hubiera comodado a una hija o esclava, sólo se podrá demandar con la acción de peculio. El padre o dueño, no sólo pueden ser condenados a causa del dolo del hijo o del esclavo, sino que también el solo fraude del mismo padre o dueño se toma en cuenta, según observa Juliano, *11 <dig.>*, a diferencia de la acción pignoratícia. No pueden comodarse las cosas consumibles, a no ser que se tomen para pompa y ostentación. (*Ulp. 28 ed.*)¹⁶²

Si se conviene la restitución del comodato en determinado lugar y tiempo, entra en el ministerio del juez el tener en cuenta el lugar y el tiempo. Si alguien hubiera demandado por esta acción y hubiera cobrado la estimación del litigio que se le ofrece, hace que la cosa sea del que ofreció pagar la estimación. Veamos ahora si la acción de comodato se refiere al dolo, a la culpa o incluso a todo el riesgo. Ciertamente, en los contratos respondemos a veces sólo por el dolo, otras veces también por la culpa; por el dolo en el depósito, pues como no hay utilidad para el depositario, con razón se responde sólo por el dolo, a no ser que se señale acaso un alquiler (porque en este caso, como está establecido, se responde también por culpa), o se convino desde el primer momento que el depositario responda por la culpa y por el riesgo; más allá donde hay utilidad para las dos partes, como en la compra, en el arrendamiento, en la dote, en la prenda, en la sociedad, se responde por el dolo y por la culpa. El comodato no tiene utilidad generalmente más que para el comodatario, y así es más exacta la opinión de Quinto Mucio cuando cree que debe responder por la culpa y de su diligencia, y si la cosa se dio acaso con estimación, que debe responder de todo riesgo aquél que aceptó pagar la estimación. Pero debemos decir que no debe imputarse al comodatario los accidentes que provienen de la vejez o enfermedad, o lo que ha sido robado por los atracadores, o casos similares, a no ser que intervenga alguna culpa. Por tanto, si algo ocurre por incendio, ruina u otro daño fatal, no queda obligado, a no ser que pudiendo salvar las cosas comodadas, prefirió acaso salvar las propias. Debe responder, claro está, de la custodia, incluso diligente, de la cosa comodada. Pero se discutía entre los antiguos jurisconsultos si debía responder también de la custodia del esclavo comodado, pues a veces sí, como si es un esclavo preso, o de tal edad que necesita ser custodiado; desde luego, si se convino que el comodatario responde de la custodia, debemos decir que sí responde. A veces incluso pertenece al comodatario el riesgo de muerte, como, por ejemplo, si te hubiese comodado un caballo para que lo llevaras a la finca y tú lo hubieras llevado a la guerra, quedarás obligado por la acción de comodato; y lo mismo

¹⁶¹ Dig., 13, 6, 2

¹⁶² Dig., 13, 6, 3

con un esclavo; claro que si fue para que lo llevaras a la guerra, el riesgo es mío. Porque si yo te hubiese comodado un esclavo albañil y hubiera caído del andamio, dice Namusa que el riesgo es mío; mas yo creo que esto es exacto si te lo comodé para que trabajara en el andamio, pues si fue para trabajar en tierra, y tú le mandaste subir al andamio, o también si ocurrió el daño por culpa del andamio que otra persona había amarrado sin la debida diligencia, o por estar gastados los tablones y cuerdas, entonces digo que el daño ocurrido por culpa del comodatario, debe indemnizarlo él. También escribió Mela que, si hubiera perecido bajo el andamio un esclavo comodado a un cantero, queda obligado por la acción de comodato el obrero que amarró el andamio sin la debida diligencia. Es más: el comodatario que usa de la cosa comodada de manera distinta a la convenida, queda obligado, no sólo por la acción de comodato, sino también por la de hurto, como escribe Juliano, *11 dig.* Y si yo te hubiera comodado un libro de tablillas enceradas, y tú hubieras hecho escribir allí a tu deudor un documento quirografario, y luego yo lo hubiera borrado, y si te lo hubiese comodado precisamente para que te hicieran allí un documento, dice Juliano que yo quedaré obligado por la acción contraria; si no fue con ese fin, y tampoco me advertiste tú que había allí un documento escrito, dice que me responderás tú por la acción de comodato, e incluso por la de hurto, ya que usaste de la cosa comodada de manera distinta que la convenida, por la misma razón que se obliga de hurto el que usa distintamente del caballo o del vestido comodados. Hasta tal punto se debe responder en el comodato de la diligencia, que se debe responder de ella respecto a los accesorios de la cosa comodada; por ejemplo, te comodé una yegua, a la que acompañaba un potro: los antiguos jurisconsultos respondían que también debías responder de la custodia del potro. Claro que a veces en el comodato, el comodatario responderá tan sólo del dolo; por ejemplo, si así se convino; o si el comodante obraba en interés propio, quizá para recibir más adornada a su prometida o a su esposa; o si el pretor que daba una representación teatral <con ocasión de su elección>, comodó algo a los actores u otra persona quiso comodarlo al mismo pretor. Hemos de ver ahora en qué casos tiene lugar la acción de comodato, pues había duda acerca de esto entre los antiguos jurisconsultos. <Por ejemplo>: te di una cosa para que la pignoraras a tu acreedor, y la has pignorado, pero no la rescatas para devolvérmela. Dice Labeón que tiene lugar la acción de comodato, y así opino yo, siempre que no haya intervenido alquiler, pues en ese caso habrá que reclamar con la acción por el hecho o con la del arrendamiento. Claro que si yo la hubiera pignorado por ti con tu consentimiento, se dará la acción de mandato. Dice también Labeón, acertadamente, que si no tuve culpa en no haber rescatado la prenda, sino que el acreedor se negó a devolvérmela, tienes la acción comodato tan sólo con el fin de que yo te ceda las acciones contra el acreedor. Y creo que falta mi culpa cuando ya pagué la cantidad o estoy dispuesto a pagarla. Claro que los gastos judiciales y demás es justo que los pague el comodatario. Si me hubieras pedido que te comodara un esclavo con una bandeja y el esclavo la hubiera perdido, dice Cartilio que te toca a ti el riesgo, pues se considera que también la bandeja es objeto del comodato; por lo que responderás también de tu culpa respecto a la bandeja. Claro que si el esclavo se hubiera fugado con la bandeja, el comodatario no responderá, a no ser que causara la fuga con su culpa. Si me hubieses pedido acaso que te preparara la mesa para un banquete y te dejara la plata del servicio, yo lo hubiera hecho, y tú me hubieses pedido quizá que hiciera lo mismo para el día siguiente, pero no pudiendo llevar fácilmente la plata a mi casa, la hubiera dejado allí, y aquélla hubiese desaparecido, ¿con qué acción se puede demandar y de quién es la pérdida? Respecto a la pérdida, escribió Labeón que hay diferencia si puse o no un guardián, porque si lo puse, el riesgo es mío, y si no, de aquél en cuya casa se dejó la plata. Creo, por mi parte, que debe demandarse con la acción de comodato, y que debe responder por custodia aquel en cuya casa se dejaron las cosas, a no ser que se convenga expresamente otra cosa. Si un vehículo se comodó a

dos personas juntamente, o se arrendó, escribe Celso hijo, 6 *dig.*, que cabe preguntarse si cada una de ellas se obliga por entero o en una parte. Y dice que, ciertamente, no puede darse la propiedad o la posesión por entero en cada uno de los dos; también, que ningún copropietario puede ser propietario de una parte material de una cosa, sino que tiene la propiedad en una parte indivisa de la cosa entera; en cambio, que el uso de un baño, de un porche o de un terreno es de cada copropietario por entero (y no uso yo menos que otro). Pero en el caso del vehículo comodado o arrendado, tengo de hecho un uso parcial, pues no ocupo todas las partes del vehículo, aunque es más exacto, dice Labeón, que deba responder totalmente del dolo, la culpa, la diligencia y la custodia, pues se consideran en cierto modo como dos deudores solidarios, y si uno de ellos hubiera indemnizado, liberará al otro, y ambos tienen la acción de hurto, (*Ulp. 28 ed.*)¹⁶³ de modo que si uno demanda, se quite al otro la acción contra el ladrón. (*Pomp. 5 Sab.*)¹⁶⁴

De ahí que se pregunte si, habiendo reclamado uno por el hurto, sólo él deba ser demandado por la acción de comodato. Y dice Celso, que si se demanda al comodatario que no hubiera reclamado por el hurto, debe ser oído y absuelto, si es que está dispuesto a asumir el riesgo de que se demande al otro comodatario, el cual, al haber reclamado por hurto, se lucró con la cosa comodada. Pero si un comodante tenía la acción de la ley Aquilia contra su socio, el cual pudo causar el daño que ahora viene constreñido a indemnizar el comodatario demandado, hay que ver si no debe cederla al comodatario, pues también sería de toda justicia que renuncie a la acción de la <ley> Aquilia el comodante que la tiene contra el mismo comodatario al que demanda con la acción de comodato; a no ser que se quiera decir que demandando por la ley Aquilia había de dejar de conseguir lo que ya había conseguido a causa de comodato; lo que parece tener razón. (*Ulp. 28 ed.*)¹⁶⁵

Es cierto que el comodatario que usó de la cosa con el fin para el que la recibió no tiene responsabilidad, si no la deterioró por su culpa en parte alguna, pues si la deterioró por su culpa, queda obligado. Si di una cosa a alguien para que la examinara, se pregunta si es semejante a un comodatario; y si la di a causa de mi interés, por querer saber cuánto podía valer, responderá tan sólo por su dolo; si, en cambio fue por su interés, también responderá por la custodia, y consiguientemente tendrá la acción de hurto. Si se pierde la cosa cuando se la llevaban, el riesgo es mío si yo había mandado quien la llevase, pero si él encargó a quien quiso, me responderá incluso por su culpa, si tenía interés en recibir la cosa, (*Ulp. 29 Sab.*)¹⁶⁶ por no haber elegido persona idónea para llevar debidamente la cosa; (*Paul. 5 Sab.*)¹⁶⁷ si fue por mi interés, tan sólo responderá por el dolo. El comisionado para recibir la devolución de la cosa comodada, después de haberla recibido, se dio a la fuga. Si el propietario le había autorizado para recibirla, la cosa se pierde para el propietario, pero si le había enviado para recordarle que debía mandarle la cosa comodada, la cosa se pierde para el comoda<tario>. (*Ulp. 29 Sab.*)¹⁶⁸

No vale en el comodato el pacto de no responder por dolo. La acción de comodato contraria puede ejercitarse incluso sin la principal, como las otras acciones que se llaman contrarias. Si demanda por la acción de comodato al heredero a causa de un acto de

¹⁶³ Dig., 13, 6, 5

¹⁶⁴ Dig., 13, 6, 6

¹⁶⁵ Dig., 13, 6, 7

¹⁶⁶ Dig., 13, 6, 10

¹⁶⁷ Dig., 13, 6, 11

¹⁶⁸ Dig., 13, 6, 12

éste, la condena será por entero, aunque sea heredero tan sólo de una parte. Como el acto de comodar es cosa de liberalidad y conveniencia más que de necesidad, el fin y límites del comodato lo señala el que concede el favor; pero después de haberlo hecho, es decir, después de haber comodado, no sólo la conveniencia, sino también la misma obligación del dar y recibir impide que señale entonces el fin con efecto retroactivo y quitar así intempestivamente el uso de la cosa comodada. El negocio es hecho entre dos y por eso se dan dos acciones, a fin de que se vea que lo que en un principio era cosa de favor y pura liberalidad se hace objeto de recíprocas obligaciones y acciones civiles, como ocurre con el que se metió a administrar los negocios de un ausente: que no puede impunemente dejar que se pierdan, pues acaso otra persona se hubiera encargado de ello si él no hubiese empezado; pues el aceptar un mandato es cosa de liberalidad, pero de necesidad el cumplirlo. Así, si me comodaste unas tablillas de escribir para que un deudor me escribiera el documento, no obrarías rectamente si me reclamaras inoportunamente que las devolviera, pues en el supuesto de que te hubieses negado a comodármelas, las hubiese comprado o hubiese llamado testigos. Lo mismo ocurre si comodaste unas vigas para apuntalar una casa y luego te las llevaste, o también si a sabiendas las hubiese prestado defectuosas, pues el favor debe servirnos de ayuda y no de engaño. Por las cuales causas hay que decir que resulta de utilidad la acción contraria. Escribe Viviano que cuando se comodan dos cosas juntamente puede reclamarse también una sola por la acción de comodato; lo que Pomponio escribe es exacto siempre que sean cosas separadas, pues el que comodó una carroza, por ejemplo, o una litera no podrá reclamar rectamente por cada una de sus partes separadamente. Perdí una cosa comodada, y pagué por ella el valor; tú la recuperaste luego: dice Labeón que por la acción contraria debes entregarme la cosa o restituirme el valor que cobraste de mí. (*Paul. 29 ed.*)¹⁶⁹

En las cosas comodadas debe ponerse tanta diligencia como pone la persona más diligente en sus propias cosas, de modo que tan sólo deje de responder por los riesgos inevitables, como muertes de esclavos que ocurren sin su dolo o culpa, ataques de atracadores o enemigos en guerra, asaltos de piratas, naufragios, incendios y fugas de esclavos que no solían vigilarse. Lo dicho de los atracadores, de los piratas y del naufragio, hemos de entenderlo en el sentido de que la cosa fuera comodada a alguien con permiso para llevársela de viaje; porque si el comodatario a quien dejé la plata del servicio de mesa, porque me decía que iba a tener invitados unos amigos a cenar, se la hubiese llevado de viaje, no hay duda de que responderá también del riesgo de piratas, atracadores y naufragio. Esto siempre que la cosa se haya comodado en interés del comodatario exclusivamente, pues si fue en interés de ambos, por ejemplo, si hubiéramos invitado a cenar a un amigo común y tú habías tomado el cuidado de la plata que yo te hubiera comodado, deberás responder tan sólo del dolo, según opinión que encuentro en los libros de algunos juriconsultos; pero hemos de ver si no responde también de la culpa, y no debe hacerse la estimación de la culpa, como suele hacerse en las cosas pignoradas y en las cosas dotales. Si el acreedor pignoraticio, el comodatario o el depositario deterioran la cosa recibida, no sólo se dan estas acciones de que estamos tratando, sino también la de la ley Aquilia; pero ejercitada la una, se quitan las otras. Pueden existir justas causas por las que debe demandarse al comodante; por ejemplo, por las impensas hechas en la curación del esclavo o las que se hubiesen hecho con motivo de su fuga, para buscarlo y detenerlo, porque, en cambio, las impensas de manutención pertenecen como es natural al comodatario; pero incluso lo dicho acerca de las impensas de curación y fuga debe referirse a las impensas mayores, pues las menores es más exacto que pertenezcan al comodatario al igual que las impensas de manutención. Asimismo debe ser condenado el

¹⁶⁹ Dig., 13, 6, 17

comodante por haber comodado a sabiendas recipientes defectuosos en los que el vino o el aceite se estropeó o se derramó. Y lo que se puede conseguir con la acción contraria puede obtenerse también por compensación en la acción directa; pero puede ocurrir que lo que debe conseguir el adversario por contrapartida sea más, o que el juez no opere la compensación, o que no se le demanda para restituir la cosa comodada, por haberse perdido ésta casualmente o haberse restituído sin necesidad de intervención judicial: hemos de decir en estos casos que es necesaria la acción contraria. (*Gai. 9 ed. prov.*)¹⁷⁰

Me comodaste una cosa y luego la hurtaste; al ser demandado luego por ti con la acción de comodato, sin saber yo que tú la habías hurtado, me condenó el juez, y pagué; descubrí más tarde que tú la habías hurtado, y se preguntó qué acción tengo contra ti. Respondió <Juliano> que no se da la acción de hurto, sino que me ha de servir la acción de comodato contraria. Estando en el ejército, dejé el uso de unas vasijas a unos camaradas, a riesgo común, y luego mi esclavo, hurtándolas, se fugó al enemigo y fue recuperado después, pero sin las vasijas. Es cierto que tendré la acción de comodato contra mis camaradas por la parte que les toca, pero también ellos pueden demandarme con la acción de hurto en razón del esclavo, en cuanto yo deba responder por su delito. Y si yo te hubiese comodado el uso de una cosa a riesgo tuyo y es hurtada por un esclavo mío, puedes demandarme con la acción de hurto en razón del esclavo. (*Afric. 8 quaest.*)¹⁷¹

Si el esclavo que te hubiese comodado cometió hurto, se pregunta si bastará la acción de comodato contraria (como compete si hiciste alguna impensa en la curación del esclavo) o hay que demandar con la acción de hurto. No hay duda de que el comodatario tiene la acción de hurto como noxal, pero que <el comodante> queda obligado por la acción de comodato contraria cuando comodó un esclavo así sin saber el comodatario cómo era, pero él sí. (*Paul. 22 ed.*)¹⁷²

Si te hubiera comodado un caballo para que lo usaras hasta determinado lugar, y el caballo se hubiera deteriorado, sin culpa tuya, en aquel viaje, no quedas obligado por la acción de comodato, pues será mi culpa por haber comodado para tan largo viaje un caballo que no podía resistir aquel esfuerzo. (*Pomp. 21 ad Q. Muc.*)¹⁷³

11. Acción pignoraticia y la contraria. (Ejemplo de acción reipersecutoria y de contraria).

Se contrae la prenda, no sólo con la entrega, sino también con la mera convención, aunque no se haya hecho entrega. Así, pues, como se puede contraer la prenda por la mera convención, veamos, cuando uno hubiera mostrado un objeto de oro como para pignorar y luego hubiera dado uno de bronce, si quedará pignorado el oro: y es consecuente que sí, y no el bronce, pues se habían puesto de acuerdo en el oro. En cambio, si al pignorar un objeto de bronce declaró que era de oro y como tal lo hubiera pignorado, hay que ver si quedó obligado en prenda el objeto de bronce y si se considera pignorado porque hubo consentimiento respecto al objeto, que es lo más probable. Pero el pignorante quedará

¹⁷⁰ Dig., 13, 6, 18

¹⁷¹ Dig., 13, 6, 21

¹⁷² Dig., 13, 6, 22

¹⁷³ Dig., 13, 6, 23

obligado por la acción pignoratícia contraria, aparte el estelionato que cometió. (*Ulp. 40 Sab.*)¹⁷⁴

Si un deudor vendió la cosa que había pignorado y la entregó, y tú le prestaste el dinero que él pagó al acreedor a quien había dado la prenda conviniendo tú con él que la cosa que ya había vendido te quedara pignorada, es cierto que el acto había sido nulo, pues habrías recibido en prenda una cosa que pertenecía a un tercero: porque el comprador había empezado a tener una cosa libre de prenda desde que se pagó al acreedor, y nada importa que se extinguiera la prenda gracias a tu dinero. (*Pomp. <11> dig.*)¹⁷⁵

Al ir a cobrar una cantidad de tu deudor, le devolviste la prenda sin más, y él echó la prenda por la ventana para que escapara con ella otro que había colocado allí adrede. Dice Labeón que puedes demandar al deudor con la acción de hurto, y con la exhibitoria, y si al reclamar con la <acción> pignoratícia contraria opone el deudor la excepción de haberle sido devuelta la prenda, procederá la réplica de dolo y de fraude, por la cual se entiende que la prenda no fue devuelta, sino engañosamente quitada. (*Pomp. 18 Sab.*)¹⁷⁶

Si se conviene que el acreedor puede vender la prenda, sea que se convenga desde el primer momento sea después, no sólo vale la venta, sino que el comprador adquiere la propiedad; pero aunque no se convenga que el acreedor puede vender la prenda, se observa en derecho que sea lícito, el vender, siempre que no se haya convenido que no lo sea. Pero cuando se conviene que no se pueda vender, si el vendedor hubiese vendido, queda obligado por la acción de hurto, a no ser que se hubiera notificado tres veces al deudor para que pagase y no lo hubiera hecho. (*Ulp. 41 Sab.*)¹⁷⁷

Esto se observa cuando no se pactó simplemente que no se venda, o cuando se infringe lo pactado respecto a la cantidad, a una condición o al lugar del pago. (*Pomp. 19 Sab.*)¹⁷⁸

Aunque se hubiese convenido que te fuese lícito vender el fundo pignorado, no por ello puedes ser forzado a hacerlo, aunque el deudor que te hubiera dado la prenda fuera insolvente, pues ese convenio se hace a causa de tu interés. Pero Atilicino dice que hay causa a veces para forzar al acreedor para que venda la prenda. Pues ¿qué hay que hacer si no cuando la deuda vale mucho menos que la prenda o cuando puede ésta venderse por mejor precio hoy que más tarde? Pero es mejor decir que el deudor que hubiera dado la prenda puede él vender y pagar su deuda con el precio cobrado, con tal de que el acreedor sea forzado a exhibir la cosa pignorada, si es cosa mueble, después de recibir caución del deudor para el daño que pudiera sufrir por ello. Porque es bastante inhumano forzar al acreedor para que venda contra su voluntad. Si el acreedor hubiese vendido el fundo pignorado por mayor precio, y lo presta con intereses, debe entregar los intereses de aquella cantidad <excedente> al pignorante; también debe pagar intereses si él hubiera gastado aquella cantidad, pero no debe intereses si la hubiera depositado. (*Pomp. 35 Sab.*)¹⁷⁹

¹⁷⁴ Dig., 13, 7, 1

¹⁷⁵ Dig., 13, 7, 2

¹⁷⁶ Dig., 13, 7, 3

¹⁷⁷ Dig., 13, 7, 4

¹⁷⁸ Dig., 13, 7, 5

¹⁷⁹ Dig., 13, 7, 6

Y si el acreedor se demora en restituir el excedente que quedó en su poder, también debe ser forzado por ello a entregar los intereses moratorios al deudor. (*Paul. 2 sent.*)¹⁸⁰

Si un deudor me hubiese pignorado una cosa ajena o se hubiese comportado con malicia respecto a la prenda, hay que decir que tiene lugar la acción contraria. Puede darse prenda no sólo por una deuda de cantidad sino por cualquier otra causa, como, por ejemplo, si alguien hubiera pignorado para que otra persona le salga fiadora. Llamamos propiamente prenda la que pasa al acreedor; hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión. Para que nazca la acción pignoraticia debe haberse pagado toda la cantidad o haberse satisfecho por la obligación. Entendemos por haberse satisfecho, de cualquier modo que haya aceptado el acreedor, aunque no se haya pagado: nace la acción pignoraticia ya se garantice con otras prendas para dejar la que se dio, ya sea mediante fianza, por novación con nuevo deudor, a cambio de un precio o por mera convención. Y, en principio, hay que decir que cuando el acreedor aceptó dejar la prenda, se entiende “haberse satisfecho”, siempre que le dé caución como él quiso, aunque haya sido engañado en ello. También puede reclamar con la acción pignoraticia, una vez pagada la cantidad el que pignoro una cosa ajena. El que demandó con la acción pignoraticia antes de pagar, aunque no demandó correctamente, sin embargo, debe recuperar la cosa pignorada y su interés, siempre que ofrezca en el juicio la cantidad debida. (*Ulp. 28 ed.*)¹⁸¹

Pero si no está dispuesto a pagar, sino a satisfacer de otro modo, por ejemplo, si desea dar un nuevo deudor por novación, no le sirve. (*Gai. 9 ed. prov.*)¹⁸²

Si al vender la prenda hubiera convenido el acreedor con el comprador que pudiera rescatarla el deudor mediante pago de la cantidad del precio al comprador, escribió Juliano y está dispuesto por los emperadores que en virtud de este convenio queda obligado el acreedor por las acciones pignoraticias, para ceder al deudor su acción de venta contra el comprador. Pero también el mismo deudor podrá reivindicar la cosa o demandar al comprador con una acción por el hecho. Se responde por esta acción por el dolo y la culpa, como en el comodato; también por custodia, pero no por fuerza mayor. (*Ulp. <2>8 ed.*)¹⁸³

Si hubiéramos convenido que el crédito contra un deudor mío te queda en prenda, debe el pretor proteger este convenio, para que tú puedas exigir el crédito de la cantidad y el deudor, sea defendido contra mí si yo le demando. Por tanto, si ese crédito fuera pecuniario, compensarás lo que cobres con lo que te debo; si fuera de cosa específica, lo que cobres te quedará en lugar de prenda. Si se pignoro la nuda propiedad, el usufructo que luego hubiera acrecido a ella, quedará en prenda; lo mismo ocurre con el acrecimiento por aluvión. Si se vendiera el fundo pignorado, persiste el gravamen de la prenda, pues el fundo se transfiere con su gravamen como sucede con el hijo nacido después de la venta de la esclava pignorada. Si se constituyera la prenda sobre un bosque, dice Casio que no queda en prenda la nave fabricada con aquella madera, pues una cosa es la madera y otra distinta la nave, por lo que al constituir la prenda dice Casio que deberá añadirse expresamente: “y cuanto se fabrique con la madera del bosque o nazca en él”. Si un esclavo hubiese pignorado una cosa de su peculio, debe ser respetada la prenda, si tenía el esclavo la libre

¹⁸⁰ Dig., 13, 7, 7

¹⁸¹ Dig., 13, 7, 9

¹⁸² Dig., 13, 7, 10

¹⁸³ Dig., 13, 7, 13

administración del peculio, pues entonces también puede enajenar las cosas del peculio. (Paul. 29 ed.)¹⁸⁴

Puede pignorar una cosa ajena con el consentimiento del propietario; pero también si se pignoró sin él saberlo pero lo hubiera ratificado después, valdrá la prenda. Si se pignora una cosa a varios acreedores conjuntamente, todos tiene igual derecho. Si depende del acreedor el que no se pague, se le puede demandar con la acción pignoraticia. A veces no tiene lugar la acción pignoraticia a pesar de haberse pagado la cantidad, por ejemplo, cuando el acreedor compró al deudor el objeto pignorado. (Paul. 29 ed.)¹⁸⁵

Si a consecuencia del hurto de la prenda hubiera demandado el acreedor con la acción de hurto, reconoce Papiniano que debe compensar con la deuda todo lo que hubiera conseguido por ello, y es verdad, aun cuando el hurto se ha cometido por culpa del acreedor. Con más razón habrá que decir esto mismo en relación con lo que el acreedor cobra mediante la condición. En cambio, lo que el mismo deudor <que sustrajo la prenda> pagó al acreedor mediante la acción de hurto y la condición, veamos si debe compensarse con la deuda: ciertamente, no se le debe devolver lo que pagó en la acción de hurto, según opinión general ya establecida, que es también la de Papiniano, 9 quaest. Dice el mismo Papiniano que tampoco hay que compensar cuando el acreedor hubiese entregado al deudor a causa de intimidación y hubiera conseguido la pena del cuádruplo, nada ha de restituir de ello, ni compensar con la deuda. Si uno que la robó hubiese pignorado una cosa, le compete la acción pignoraticia incluso respecto a los frutos, aunque él no adquiriera los frutos (pues contra el que robó pueden reivindicarse los frutos no consumidos, y reclamar por condición los consumidos); le favorece así el hecho de que el acreedor tomara posesión de la prenda con buena fe. Si el acreedor vendió la prenda que el deudor retenía en precario o en arriendo, y el deudor no restituye la posesión, queda obligado por la acción contraria. Si el acreedor, al vender la prenda, prometió saneamiento por el doble, según se acostumbre <en otras ventas>, y fue demandado y condenado por evicción ¿tendrá acaso la pignoraticia contraria como acción de regreso? Y puede decirse que sí, con tal de que vendiera sin dolo ni culpa y obrara como un diligente padre de familia; en cambio, si esa venta con responsabilidad por evicción no reportó ninguna ventaja, sino que vendió al mismo precio por el que habría podido vender sin responder por evicción, no tiene acción de regreso, (Ulp. 30 ed.)¹⁸⁶

y así no podrá conseguir del deudor más que la cantidad debida. Mas si había estipulación de intereses y después, por ejemplo, a los cinco años <de haber cobrado el precio>, la cosa fue objeto de evicción y el acreedor pignoraticio pagó al comprador <el duplo prometido>, puede reclamar del deudor los intereses del tiempo intermedio, toda vez que resulta evidente que nada le fue pagado de manera irrevocable; en cambio, si pagó al comprador el valor simple de lo vendido, será rechazado de la reclamación de intereses por medio de una excepción de dolo, pues ya tuvo la facultad de usar de la cantidad del precio que había cobrado del comprador. (Tryph. 8 disput.)¹⁸⁷

Si el acreedor adiestró en algún oficio a los esclavos pignorados, y éstos ya conocían el oficio o se hizo con consentimiento del deudor, se dará la acción contraria; de no suceder así, se dará cuando sean oficios necesarios, pero no hasta el extremo de que el

¹⁸⁴ Dig., 13, 7, 18

¹⁸⁵ Dig., 13, 7, 20

¹⁸⁶ Dig., 13, 7, 22

¹⁸⁷ Dig., 13, 7, 23

deudor se vea forzado a vender los esclavos para poder pagar la cuantía de los gastos de adiestramiento; pues del mismo modo que la responsabilidad por dolo y culpa no permite que el acreedor obre con negligencia, tampoco el encarecer de tal modo la cosa pignorada que le resulte muy costoso al deudor el poder recobrarla (por ejemplo, si cultivaste y diste gran valor a un gran monte que habías aceptado en prenda de un pobre hombre que apenas podía rescatar el monte, y menos cultivarlo); si así no fuera, resultaría injusto tener que buscar yo otros acreedores <que me prestaran el dinero necesario>, o tener que vender lo que quería recobrar, o, apremiado por la penuria, abandonarlo. Estas circunstancias deben ser apreciadas por el juez en su término medio, sin hacer caso ni de un deudor melindroso ni de un acreedor gravoso. (<Paul.> 31 ed.)¹⁸⁸

Al reclamarle un acreedor la cantidad prestada, el deudor, que no tenía a mano aquella cantidad, le dio unos objetos de oro, para que los pignorara a favor de otro acreedor: una vez que esas prendas queden liberadas por el pago y sean recuperadas por el acreedor que recibió aquellos objetos, queda éste obligado a exhibirlos; pero si permanecen en poder del otro acreedor, se entiende que fueron pignorados con el consentimiento del propietario, mas para que su acreedor los devuelva una vez que queden liberados compete al propietario la acción propia <del convenio que hicieron>. (Ulp. 6 opin.)¹⁸⁹

Cuando debe algo en concepto de capital y de intereses quien debe una cantidad con garantía pignoraticia, todo lo que se cobre de la venta de las prendas debe imputarse primeramente a los intereses que constan como debidos ya en ese momento, y luego, lo que sobre, al capital; y no debe oírse al deudor que sabiéndose menos solvente, elige el crédito que prefiere pagar a fin de extinguir la prenda. La prenda, dejando a salvo la propiedad del deudor, transfiere al acreedor tan sólo la posesión; no obstante, puede el deudor usar de lo que es suyo como precarista o como arrendatario. (Flor. 8 instit.)¹⁹⁰

Si el deudor, al dar la prenda, suplanta al acreedor un objeto de oro por otro de bronce, se pregunta cómo queda obligado. Sobre este caso escribe Sabino con toda razón que si hubiese suplantado por el bronce el oro que ya había dado, responde por la acción de hurto, y que si lo suplantó al dar bronce, obró maliciosamente pero no es ladrón. Mas creo que también en este caso tiene lugar la acción pignoraticia, y así lo escribe Pomponio. Por lo demás, como disponen muchos rescriptos, debe aplicarse en vía extraordinaria la pena de estelionato. Y si alguien, a ciencia y conciencia, me hubiese pignorado una cosa ajena, o si me pignoró una cosa ya anteriormente pignorada sin habérmelo declarado, viene castigado por la misma pena de estelionato. Claro que si es un objeto de mucho valor y hubiera sido pignorado en garantía de poco dinero, debe decirse que cesa, no sólo el crimen de estelionato, sino también la acción pignoraticia y la de dolo, entendiéndose que no hubo engaño para el que aceptó la prenda en segundo lugar. (Ulp. 11 ed.)¹⁹¹

Cayo Seyo pignoró un fundo suyo a Lucio Ticio en garantía de una cantidad prestada; pactaron luego que el acreedor pudiera poseer la prenda un cierto tiempo en compensación de aquella cantidad que prestó; pero, antes de cumplido el plazo, el acreedor, al disponer su última voluntad, ordenó en el testamento que tuviera aquel fundo uno de sus hijos, y añadió: “el fundo que compré a <Cayo Seyo>”, siendo así que no lo había comprado. Entre otros testigos, firmó este testamento Cayo Seyo, que era el deudor. Pregunto si del hecho

¹⁸⁸ Dig., 13, 7, 25

¹⁸⁹ Dig., 13, 7, 27

¹⁹⁰ Dig., 13, 7, 35

¹⁹¹ Dig., 13, 7, 36

de firmar puede derivarse algún perjuicio para él, no presentándose ningún documento de venta, sino tan sólo un pacto de que el acreedor disfrutara el fundo por un tiempo determinado. Herenio Modestino respondió que no altera el contrato de prenda el hecho de que aparezca el deudor firmando un testamento del acreedor en el que éste declara haber comprado la prenda. (*Mod. 4 resp.*)¹⁹²

12. Acciones de compra y venta. (Ejemplo de acción personal).

Si la cosa vendida no se entregase, se demanda en la medida del interés; esto es, en cuanto sea el interés del comprador por tener la cosa; lo que a veces, excede del precio, si el interés del comprador es superior a lo que vale la cosa, o a la cantidad en que ha sido comprada. Si el vendedor, sabiendo que se debía una servidumbre, la ocultó, no evita la acción de compra, con tal que el comprador ignorase esta circunstancia, pues todo lo que se hace contra la buena fe, entra en la acción de compra. Se considera que el vendedor a sabiendas la oculta, no solamente si no la advirtió, sino también si negó que se debiese aquella servidumbre cuando se le preguntó acerca de ello. Mas si me dices que él había dicho “no se debe ninguna servidumbre, en verdad, pero no quedo obligado aunque aparezca una inopinadamente”, juzgo que queda obligado por la acción de compra, porque se debía la servidumbre y lo sabía; y si hizo de modo que el comprador no conociese que se debía alguna servidumbre opino que también queda obligado por la acción de compra. En principio, yo diría que, si hubiese incurrido en actividad reprobable al ocultar la servidumbre, debe quedar obligado; pero no si tuvo como mira su propia seguridad. Esto es verdad si el comprador ignoró la existencia de las servidumbres, porque no se considera que hubo ocultación respecto al que lo sabe, ni debió ser cerciorado el que no lo ignoraba. (*Ulp. 28 Sab.*)¹⁹³

Si en la compra se determinó una medida y ésta no se entrega, se da la acción de compra. No se entiende que se entregó la libre posesión, si otra persona está en posesión para conservación de los legados o fideicomisos, o si los acreedores se hallan en posesión de los bienes. Lo mismo ha de decirse si se da una posesión preventiva a favor del que ha de nacer, porque también la excluye el término de libre posesión. (*Paul. 5 Sab.*)¹⁹⁴

La <entrega> de posesión que debe hacer el vendedor es tal que, si otra persona llegara a reclamar con derecho dicha posesión, no se entiende entregada. Si el comprador ha estipulado que le fuese entregada la libre posesión, y demanda por la estipulación, no vendrán comprendidos en dicha acción los frutos, porque incluso el que hubiese estipulado que se le dé la propiedad de un fundo se entiende haber estipulado también que se le entregue la libre posesión y no entra en esa estipulación la prestación de los frutos; por lo demás, no debe alcanzar a más la estipulación, sino que es suficiente la acción de compra para exigir la prestación de frutos. Si hubiera comprado un derecho de senda, de paso de ganado, de camino o de acueducto a través de tu fundo, no puede entregarse la libre posesión de los mismos; así pues, debes dar caución de que no me impedirás usarlas. Si un vendedor de vino hubiese incurrido en mora para la entrega, debe ser condenado al

¹⁹² Dig., 13, 7, 39

¹⁹³ Dig., 19, 1, 1

¹⁹⁴ Dig., 19, 1, 2

mayor precio que tuvo el vino sea en el momento de la venta, sea en el de la condena; asimismo, al mayor precio que haya tenido sea en el lugar en que se vendió, sea en el de la demanda. Pero si acaso hubiese incurrido en mora el comprador debe estimarse el precio que tenga cuando se demande y en el lugar en que sea menor. Se considera que hay mora <del comprador> si ninguna dificultad hay por parte del vendedor para la entrega, sobre todo si estuvo dispuesto a entregar en cualquier momento. Asimismo, no debe tomarse en consideración los precios del lugar en que se demanda, sino de aquél en donde las cantidades de vino deban ser entregadas, pues lo que se vende de vino de Brindis, aunque la venta haya sido hecha en otra parte, debe ser entregado en Brindis. (*Pomp. 9 Sab.*)¹⁹⁵

Si me hubieras vendido un esclavo sabiendo que era ladrón o delincuente, ignorándolo yo, aunque hayas hecho la promesa del doble, me quedarás obligado por la acción de compra hasta la medida en que me hubiese interesado haberlo sabido, porque no puedo demandarte por acción de la estipulación en tanto no se produzca un perjuicio. Si la medida de un campo resultase menor, el vendedor queda obligado por el número de yugadas, pues, cuando la medida resulta menor, no puede estimarse la calidad del lugar que no existe. Pero no sólo puede demandarse contra el vendedor, si la medida de todo el campo es menor, sino también si alguna parte de aquél resultase menor; por ejemplo, si se dijo que había tantas yugadas de viña o de olivos, y resultan menos; en estos casos, por consiguiente, se hará la estimación en relación a la calidad del terreno. (*Paul. 5 Sab.*)¹⁹⁶

Si un heredero hubiese sido gravado por testamento con la obligación de vender algo, y hubiese hecho la venta, respecto a todo lo demás que es inherente a la compra podrá ser demandado o por la acción de compra o por la del legado. Pero si estimando erróneamente que estaba gravado con la obligación de vender, hubiera vendido, habrá de decirse que no se le puede demandar por la acción de compra, pues el demandante puede ser rechazado con la excepción de dolo; del mismo modo que si hubiese acaso prometido estimando falsamente que estaba condenado a dar, podría rechazar al demandante con la excepción de dolo malo. Pomponio dice que puede demandar, por la condición de cosa incierta, con el fin de liberarse <de la promesa hecha>. (*Paul. 3 Sab.*)¹⁹⁷

El vendedor está obligado por la acción de compra aunque hubiese ignorado que la medida del fundo era menor. Si te vendí una casa en cierto precio y además con la obligación de reparar otra casa mía, podré demandar por la acción de venta para que la repares; pero si se hubiese convenido tan sólo que la reparases, no se entiende hecha una compraventa, como ya escribió Neracio. Pero si te vendí un solar en cierto precio y te lo entregué para que, edificada una casa, me devolvieses la mitad, es verdad que puedo demandar por la acción de venta, tanto para que edifiques como para que me devuelvas la casa edificada; así, pues, siempre que por la venta te hubiera quedado algo, es evidente que yo tengo la acción de venta. Si hubieses comprado el lugar de un sepulcro y el vendedor hubiese edificado demasiado cerca de aquel lugar, antes de haber hecho algún enterramiento, podrás reclamar contra él. Si me hubieses vendido una vasija diciendo que cabía en ella una cierta medida, o que tenía cierto peso, si es menos lo que entregas, podré demandarte por la acción de compra. Pero si me hubieras vendido una vasija afirmando que estaba entera, y no lo estuviese, quedarás obligado también a indemnizarme lo que hubiera perdido con ello. Pero si no se había convenido que me la entregases íntegra, entonces quedarás obligado a indemnizarme solamente por el dolo. Cree Labeón lo contrario, y que sólo se ha

¹⁹⁵ Dig., 19, 1, 3

¹⁹⁶ Dig., 19, 1, 4

¹⁹⁷ Dig., 19, 1, 5

de observar que, si no se hubiese convenido lo contrario, debe entregarse del todo íntegra, y es verdad; y dice Minicio que Sabino había dado una respuesta diciendo que también debe indemnizarse así cuando se arriendan tinajas. Si te hubiese vendido el derecho de paso, solamente me podrás citar como vendedor responsable si fuese tuyo el fundo a favor del cual deseabas adquirir la servidumbre; pero es inicuo que yo resulte obligado si no pudieses adquirir la servidumbre por no ser dueño del fundo vecino. Pero si te hubiese vendido el fundo diciendo que seguiría el derecho de paso, estaré obligado en todo caso por razón del paso, pues quedo obligado como vendedor único de ambas cosas. Si un hijo de familia me hubiese vendido y entregado una cosa, quedará obligado lo mismo que un cabeza de familia. Si el vendedor obró con dolo malo en la cosa vendida, compete por ello al comprador la acción de compra, porque en este juicio debe ser estimado el dolo malo de modo que le vendedor responda ante el comprador de todo aquello que prometió responder. Si un vendedor hubiese vendido conscientemente una cosa obligada en garantía o que era de otro, y hubiese añadido que “de nada respondería a este respecto”, debe hacerse estimación de su dolo malo, porque no debe éste estar presente en la acción de compra, pues es de buena fe. (*Pomp. 9 Sab.*)¹⁹⁸

Si te hubiese entregado un predio como libre cuando debiera entregártelo como gravado con una servidumbre, me compete también la condición de cosa incierta para que toleres que se imponga aquella servidumbre debida. Pero si al entregar el predio te lo diese como fundo sirviente, debiendo entregártelo como libre, tú tendrás la acción de compra para quitar la servidumbre que no tienes por qué sufrir. (*Paul. 5 Sab.*)¹⁹⁹

Utiliza la acción de compra el que compra. Y ha de saberse, en primer lugar, que en esta acción se comprende tan sólo aquello que se convino que fuese entregado; siendo, pues, un juicio de buena fe, nada más congruente con la buena fe que entregar aquello que se convino entre los contratantes. Pero si nada se acordó, entonces habrá de entregarse aquello que naturalmente está en el alcance de esta acción. Y, en primer lugar, debe el vendedor entregar la cosa, es decir, hacer tradición de la misma; si el vendedor es dueño, de ella, hace también dueño al comprador, y si no lo es, el vendedor se obliga tan sólo respecto a la evicción, con tal que el precio haya sido pagado o se haya dado por ello una satisfacción. El comprador está obligado a hacer del vendedor las monedas. También se contiene en la acción de compra la redhibición, como opinan Labeón y Sabino, y nosotros aprobamos. El vendedor de animales debe también garantizar que los entrega sanos; y los vendedores de jumentos suelen hacer esta promesa: “que comen y beben como conviene”. Si alguno creyese que compraba una esclava doncella habiéndosele vendido una mujer, y el vendedor dejó a sabiendas que el comprador errara, no hay ciertamente redhibición por este motivo; pero compete la acción de compra para resolver la compraventa, de modo que restituído el precio, se devuelva la mujer. Una persona que compró unas cantidades de vino dio como arras una cierta suma de dinero; después se había convenido que se anulase la compra. Juliano dice que puede demandar por la acción de compra para que se restituyan las arras, y dice también que tiene la acción útil de compra para disolver ésta. Y yo pregunto: si se dio un anillo como arras y luego siguiese la compra con el pago del precio y entrega de la cosa, y no fuese devuelto el anillo, con qué acción habrá de demandarse; si se demandará con la condición, como si hubiese dado por una causa y ésta hubiese caducado, o bien con la acción de compra. Y Juliano diría que podía demandarse por la compra, mas también podría hacerlo ciertamente con la condición, porque el anillo se hallaba ya sin causa en poder del vendedor. El vendedor debe responder frente al comprador, dice Neracio, de que

¹⁹⁸ Dig., 19, 1, 6

¹⁹⁹ Dig., 19, 1, 8

el esclavo no es fugitivo aunque lo hubiera vendido sin saberlo. Asimismo dice Neracio que está admitido por todos que aunque hubieras vendido un esclavo ajeno, tú debes responder de que se halla libre de responsabilidad por hurtos y daños, y que se da la acción de compra para que se garantice la pacífica posesión al comprador, pero también para que se le entregue la posesión. Dice además el mismo Neracio que al que no entrega se le condena en la medida del interés; sin embargo, el que no da la caución conviene que responda del máximo riesgo. Dice también el mismo Neracio que es suficiente, a causa de estas cosas, responder al máximo, de manera que en las siguientes acciones se estime el litigio, deducido lo que ya se entregó. Dice también rectamente que si algo de lo dicho no fuese entregado, habiéndose cumplido todo lo demás, se ha de hacer la condena sin deducir nada. El mismo Neracio, *2 resp.*, dice que el comprador condenado en juicio noxal solamente puede conseguir por la acción de compra el mínimo con el cual pudo liberarse. Y lo mismo opina si demandase el comprador a causa de la estipulación, pues tanto si se defiende como no en el juicio noxal, al ser manifiesto que el esclavo era culpable, puede demandar tanto por la estipulación como por la compra. También dice Neracio que el vendedor, al entregar la cosa, debe responder ante el vendedor de que prevalecerá en el litigio sobre la posesión. Pero Juliano, *15 dig.*, prueba que no se considera hecha la entrega si el comprador no pudiera prevalecer en la posesión; se dará, por tanto, la acción de compra si no se respondiese de esto. Dice Casio que aquél que consiguió la estimación de un litigio nacido de una estipulación al doble, nada puede ya conseguir por las otras cosas de las cuales suele darse garantía en las ventas. Juliano pensaba que se ha de demandar por la acción de compra cuando faltase la estipulación al doble. Dice además Juliano, *<5> ad Min.*, que si alguien hubiese vendido un esclavo bajo la condición de que haría la estipulación al doble en el plazo de treinta días para que después no se respondiese de nada más, y el comprador no manifestase deseo de que ello se verificase dentro del plazo, solamente dejará de estar obligado el vendedor si vendió el esclavo ignorando que era ajeno, pues resulta entonces que, por lo que al vendedor y su heredero respecta, no se impide la pacífica posesión del comprador, en tanto el que vendió a sabiendas un esclavo ajeno, dice Juliano, no está exento de dolo y, por ello, quedará obligado por la acción de compra. También creo que es muy verdadera la opinión de Juliano respecto a las prendas, pues si se vendiese por derecho de acreedor y luego fueran objeto de evicción, el acreedor, por la acción de compra, no está obligado a restituir ni el precio, y así se determinó en muchas constituciones. Claro que por el dolo responderá el vendedor, y por eso da promesa en garantía de dolo, pero aunque no la diese, si la hubiese vendido sabiendo que la cosa no le pertenecía en garantía o que no era de aquél que se la pignoró quedará obligado por la acción de compra, porque ya hemos dicho que debe responder de dolo. Si alguno hubiese realizado el acto de venta de una cosa declarando solemnemente que le seguiría algo más, habrá de observarse igualmente todo lo que aquí hemos dicho acerca de la venta, pero de modo que no quede obligado al doble por evicción, sino que se obligue únicamente a que, no sólo por su parte, sino por parte de todos, pueda el poseedor tener la pacífica posesión de la cosa. Veamos, no obstante a qué se obliga el que vendió la pacífica posesión. Y creo que hay mucha diferencia si se prometió que por su parte y por parte de las personas que le sucediesen no se impediría la pacífica posesión, o si se prometió por parte de todos, pues si prometió sólo por su parte, no se considera que responda en caso de evicción de otro, y, por ello, si la cosa es reivindicada, aunque hubiese mediado estipulación no quedará obligado por ella, y, no habiendo mediado ésta, tampoco quedará obligado por la acción de compra. Pero escribe Juliano, *15 dig.* que, aunque el vendedor exprese abiertamente que no se impedirá por su parte ni por su heredero la pacífica posesión, puede sostenerse que aquél no está obligado, ciertamente, respecto al interés del comprador, pero sí a devolver el precio. Y dice allí mismo que aunque, abiertamente se comprenda en la venta que no se

responderá por evicción, ha de admitirse lo mismo: que al producirse la evicción se debe el precio y no la utilidad, pues los contratos de buena fe no toleran la convención de que el comprador pierda la cosa y el vendedor retenga el precio, a no ser, quizá, dice Juliano, si alguno admitiese todas estas mencionadas convenciones del mismo modo que se admite que el vendedor reciba las monedas aunque el comprador no reciba la mercancía, como por ejemplo cuando compramos de un pescador la redada futura o el ojeo de un cazador después de poner los lazos o la redada del cazador de aves, porque, aunque nada obtenga el comprador, tendrá no obstante, que pagar el precio. Pero en las convenciones antes mencionadas habrá de decirse lo contrario, a no ser que conscientemente se venda lo ajeno; entonces según la arriba referida opinión de Juliano, hay que decir que queda obligado por la acción de compra, porque obra con dolo. (*Ulp. 32 ed.*)²⁰⁰

Juliano, 15 <dig.>, hace una distinción, entre aquél que vende una cosa conscientemente y el que lo hace con ignorancia, en la condena por acción de compra; pues dice que aquél que <me> vendió ganado enfermo o una viga defectuosa, si lo hizo sin saberlo, habrá de responder por la acción de compra solamente de aquella cantidad en que lo habría comprado de menos de haber conocido yo que se hallaba así; pero si se calló a sabiendas y engañó al comprador, habrá de responder al comprador de todos los daños que de aquella compra se derivasen para él. Así, pues, si la casa se derrumbó por defecto de la viga, el valor de la casa; si perecieron los ganados por contagio del enfermo, habrá de responder del interés del comprador en que se vendiesen cosas idóneas. Igualmente el que vendió un esclavo ladrón o fugitivo, si lo hizo a sabiendas, deberá responder en la medida del interés del comprador en no ser engañado; pero si hubiese vendido sin saberlo, en el caso del fugitivo, está obligado, en cuanto se hubiese comprado de menos al saber que era fugitivo; en el caso del ladrón no está obligado. La razón de esta diferencia es que respecto al fugitivo no se da la situación de tenencia pacífica y el vendedor se obliga como si fuera por evicción; en cambio, podemos tener la pacífica posesión del esclavo ladrón. Lo que hemos dicho de “en cuanto interesa al comprador no ser engañado” comprende muchos supuestos; por ejemplo, si el esclavo indujo a otros para que se fugasen con él, o si sustrajo algunas cosas. Pero ¿qué ocurre si ignoraba que era ladrón y aseveró sus buenas costumbres y fidelidad, y lo vendió caro? Veamos si está obligado por la acción de compra: yo opinaría que sí. Ciertamente que lo ignoró, pero no debió afirmar tan fácilmente cosas que ignoraba. Por lo tanto, <hay que distinguir> entre éste y <el que actúa a sabiendas>: el que es sabedor debió advertir que era ladrón; el que lo ignoraba, no debió arriesgar sin más una afirmación temeraria. Si el vendedor hubiese logrado dolosamente que la cosa se vendiese en más; a saber, si mintió acerca de las habilidades del esclavo o respecto al peculio del mismo, le queda obligado por la acción de compra, para responder ante el comprador en lo que éste pagó de más por tener determinado peculio o determinadas habilidades. Por el contrario, también escribe el mismo Juliano que habiendo muerto Terencio Víctor, dejando como heredero a su hermano, y habiendo un tal Bético sustraído ciertas cosas de la herencia, accesorios y esclavos, sustraídos los cuales le fue fácil persuadir al heredero del poco valor de la herencia a fin de que se la vendiese ¿podrá acaso considerarse obligado <Bético> por la acción de venta? Y dice Juliano que compete la acción de venta por cuanto valdría de más la herencia si dichas cosas no hubiesen sido sustraídas. El mismo Juliano muestra que el vendedor suele responder del dolo en este supuesto: si un vendedor, a sabiendas de que el fundo debía <contribuciones> a varios municipios, hubiese hecho constar en el documento que se debía a uno solo, y después hubiese insertado la cláusula de que el comprador debía dar, hacer o responder de todo lo que se debiera por razón de tributos, censo o contribución extraordinaria, o para reparación de carreteras, estará obligado el

²⁰⁰ Dig., 19, 1, 11

vendedor por la acción de compra como si hubiese engañado al comprador; opinión esta que es verdadera. Pero si se presenta el caso de que hubiesen hecho lo mismo los tutores que vendían una cosa del pupilo, dice <Juliano> que se plantea la cuestión de si el pupilo debe responder del dolo de los tutores; y si vendieron los mismos tutores, no hay duda alguna que quedan obligados por la acción de compra; pero si vendió el pupilo con la autoridad de ellos, se obliga en tanto en cuanto obtuvo él algún enriquecimiento, habiendo siempre de ser condenados los tutores en el resto, porque tampoco se transfiere al pupilo después de la pubertad aquello que se hizo con dolo de los tutores. El precio debe ser ofrecido por el comprador cuando se demanda con la acción de compra, y por ello, aunque se ofreciese una parte del precio no se da todavía la acción de compra; pues el vendedor puede retener la cosa que vendió como si fuera una prenda. De ahí la cuestión de si, una vez pagado parte del precio y entregada la cosa, fuera ésta objeto de evicción, se conseguiría acaso el precio íntegro de esta cosa por la acción de compra o bien el que entregó, y creo que el que entregó, debido a la excepción de dolo. Si se hubiese enajenado un campo, maduros ya los frutos, es cosa ya aclarada que los frutos pasan al comprador, salvo si se convino otra cosa. Si entre las cosas arrendadas hubo un campo, las pensiones del arriendo pertenecen, ciertamente, al arrendador; lo mismo en los predios urbanos, a no ser que se advierta que se haya convenido algo expresamente. Pero si <después de la venta, el vendedor> perjudicó en algo la cosa vendida, ha de ser otorgada acción al comprador, como la de daño temido, la de contención del agua de lluvia, la de la ley Aquilia, o la del interdicto de lo que se hace con violencia o clandestinamente. Asimismo, si algo se adquirió mediante el trabajo de los esclavos o por los transportes con caballerías o con naves, habrá de ser entregado al comprador, y también si algo acreció al peculio de aquéllos, pero no la ganancia que procediese de cosa del vendedor. Si Ticio hubiese vendido un fundo en el cual había noventa yugadas, pero en una cláusula de la compra se dijese que existían cien yugadas en el fundo, y antes de que se pusiera de manifiesto la cabida, hubiesen acrecido diez yugadas por efecto del aluvión, estimo procedente la opinión de Neracio el cual considera que, si vendió a sabiendas, compete contra él la acción de compra, aunque hubiesen acrecido las diez yugadas, pues obró con dolo, y el dolo no se purga; pero si vendió ignorando <la cabida> no compete la acción de compra. Si me hubieses vendido un fundo ajeno, y éste se hubiese hecho mío por causa lucrativa, me compete, no obstante, la acción de compra contra ti. Respecto a aquellas cosas que suelen entregarse con la cosa comprada, juzgo que no solamente se ha de responder de dolo sino también de culpa; porque también Celso, *8 dig.*, escribió que cuando se convino que el vendedor exija una renta vencida y la entregue al comprador, debe responder, no sólo del dolo, sino también de la culpa. El mismo Celso escribe allí lo siguiente: vendiste tu parte del fundo que tenías en común con Ticio, y antes de hacer el acto de entrega te viste forzado a aceptar el juicio de división de cosa común; si el fundo fue adjudicado a tu socio, deberás entregar al comprador tan sólo cuanto hayas conseguido por esto de Ticio; pero si todo el fundo te fue adjudicado, dice, lo entregarás al comprador, pero de modo que aquél pague todo aquello que fuiste condenado a pagar a Ticio por este motivo. Pero por aquella parte <tuya> que vendiste debes dar fianza de evicción mas por la otra solamente una promesa simple por el dolo; porque es justo que la posición del comprador sea la misma que sería si se le hubiese demandado con la acción de división de cosa común. Pero si el juez dividió el fundo entre Ticio y tú, sin duda debes entregar al comprador la aparte que te ha sido adjudicado. Si el vendedor donó alguna cosa al esclavo enajenado antes de la entrega, también esto debe ser entregado; también las herencias adquiridas por el esclavo y todos los legados, y no habrá que distinguir en atención a quién han sido dejados éstos. Asimismo, lo que el esclavo ganó con su trabajo para el vendedor, ha de ser entregado al comprador, a no ser que el día de la entrega se haya prorrogado por pacto para que dichos servicios

correspondiesen al vendedor. La acción de venta compete al vendedor para conseguir lo que debe entregarle el comprador. Entran en esta acción las siguientes cosas: en primer lugar, el precio en que se vendió la cosa; igualmente los intereses del precio después del día de la entrega de la cosa, porque disfrutando ya el comprador de la cosa, es muy justo que pague él los intereses del precio. Debemos considerar entregada la posesión aunque esta posesión sea en precario; únicamente debe mirarse que tenga la facultad de percibir los frutos. Además de esto se conseguirá, por la acción de venta, los gastos que se hicieron en la cosa vendida; por ejemplo, si algo se gastó en los edificios vendidos, pues escriben Labeón y Trebacio que hay acción de venta por este concepto; y lo mismo también si se gastó algo en la curación del esclavo enfermo, antes de entregarlo, o bien en un aprendizaje que verosímilmente el comprador también querría. Dice, además, Labeón, que si algo se hubiese gastado en los funerales del esclavo muerto debe ser conseguido por la acción de venta, con tal que hubiese fallecido son culpa del vendedor. Asimismo si se hubiese convenido al vender la cosa que el comprador diese un fiador solvente, puede demandarse por la acción de venta para que así se haga. Si se conviniese entre el comprador y el vendedor de unos predios que si el comprador o su heredero vendiesen aquellos predios en mayor precio habrían de dar la mitad al vendedor, y el heredero del comprador hubiese vendido aquellos predios en mayor precio, el vendedor habrá de conseguir por la acción de venta su parte de aquella cantidad en que hubiesen sido vendidos de más. Si hubiese vendido un procurador y dado garantía al comprador, se pregunta si la acción debe darse al principal o contra el principal. Papiniano, 3 *resp.*, opina que contra el principal puede demandarse por la compra con una acción útil a ejemplo de la acción institoria, con tal que haya encargado la venta de la cosa; luego también habrá de decirse, en sentido contrario, que compete al principal la acción útil por la compra. Refiere Papiniano allí mismo haber contestado que si se hubiese convenido que, no habiendo pagado en el plazo, se pagaría el doble al vendedor, se consideraría añadido dicho pacto en fraude de las constituciones, pues excede el interés legítimo, y la ley comisoria es cosa distinta, dice, porque en ese caso no se contrata una usura ilícita, sino que se añade al contrato un pacto no reprobado. Si alguno, engañado por mi procurador, le hubiese comprado algo ¿podrá acaso demandar con la acción de compra? Opino que solamente para que se cumpla el contrato o se desista de él. Pero también si alguno hubiese engañado a un menor de veinticinco años, también a éste daremos la acción de compra para lo mismo que hemos dicho en el caso anterior. Si alguno hubiese comprado de un pupilo sin la autoridad del tutor, el contrato se mantiene sólo por una parte, pues el comprador queda obligado con el pupilo, pero éste no se obliga con él. Si un vendedor se hubiese reservado una habitación para que pueda habitarla un inquilino o un colono, de modo que le sea permitido disfrutarla por cierto tiempo, Servio opinaba que lo más probable es que se dé la acción de venta. Finalmente, dice Tuberón que, si este colono hubiese causado un daño, demandando el comprador por la acción de compra puede forzar al vendedor para que ejercite contra el colono la acción de locación y devuelva al comprador todo lo que hubiese conseguido. Si se vende o se hace un legado de una casa solemos decir que son de la casa aquellas cosas que se tienen como parte de la casa o por razón de la misma, por ejemplo, el brocal del pozo, (*Ulp. 32 ed.*)²⁰¹

(es decir, aquello con lo cual se cierra el pozo), (*Pomp. 31 ad Q. Muc.*)²⁰²

²⁰¹ Dig., 19, 1, 13

²⁰² Dig., 19, 1, 14

los estanques, recipientes y manantiales; también son de la casa las cañerías que salen de los manantiales, aunque deriven lejos del edificio; asimismo los canales. Pero los peces que se hallen en la piscina no pertenecen a la casa ni al fundo, (*Ulp. 32 ed.*)²⁰³

como tampoco los pollos o los demás animales que están en el fundo. (*Pomp. 31 ad Q. Muc.*)²⁰⁴

El que compró una vendimia pendiente, al prohibirle el vendedor recoger la uva, podrá usar contra éste, si le pide el precio, de la excepción: "si la cantidad, por la cual se demanda, no se pide por cosa vendida pero no entregada". Por lo demás, después de la entrega, si se le prohibiese pisar la uva recogida o llevarse el mosto, podrá demandar por la acción exhibitoria, o la de injurias, de igual modo que si se le prohibiese retirar otra cosa suya cualquiera. (*Iul. 54 dig.*)²⁰⁵

Todo lo que el vendedor dijese que había de ser accesorio debe ser entregado íntegro y sano, y así si hubiese dicho que las tinajas habrían de considerarse accesorias del fundo, debe entregarlas íntegras y no rotas. (*Paul. 3 epit. Alf. dig.*)²⁰⁶

Me vendiste unos predios y se convino que yo hiciese alguna cosa, y prometí una pena para el caso de que no lo hiciese. Respondió: el vendedor, antes de pedir la pena de la estipulación, puede demandar por la acción de venta; si hubiese conseguido cuanto en concepto de pena se hubiese estipulado, la excepción de dolo lo repelerá si demanda por la estipulación, y si tú hubieses conseguido la pena por la estipulación no podrás demandar, de propio derecho, por la acción de venta, a no ser en la diferencia en que interesase que se hiciera aquello. (*Iul. 3 ad Urs.*)²⁰⁷

Si aquella cosa que debía entregar por compra, me hubiese sido arrebatada por la violencia, aunque yo hubiera debido custodiarla, no obstante, es más adecuado, que no deba yo al comprador más que las acciones para perseguir la cosa, pues la custodia frente a la fuerza de poco sirve; pero aquellas acciones deberé cedértelas a tu arbitrio y riesgo, de modo que te corresponda toda ventaja o gasto. Debo entregar al comprador no sólo lo que yo mismo adquirí a través del esclavo, sino también aquello que el comprador debería haber adquirido si se le hubiera entregado el esclavo en su momento. Hemos comprado los dos de una persona que no era dueño la misma cosa, habiéndose hecho la compraventa sin dolo, y se hizo la entrega: ya sea que hayamos comprado del mismo, ya cada uno de un vendedor distinto, ha de ser protegido aquél de los dos que primero recibió la <justa> posesión de la misma, esto es, aquél a quien primero fue entregada. Si uno de nosotros la hubiese comprado de su dueño, éste ha de ser protegido en todo caso. (*Nerat. 3 memb.*)²⁰⁸

Si alguno me hubiera llevado el aceite que había comprado mediante pesas falsas, para engañarme en la medida, o el comprador hubiese sido engañado por el vendedor con pesos escasos, dice Pomponio que el vendedor puede exigir que se le dé el excedente; y

²⁰³ Dig., 19, 1, 15

²⁰⁴ Dig., 19, 1, 16

²⁰⁵ Dig., 19, 1, 25

²⁰⁶ Dig., 19, 1, 27

²⁰⁷ Dig., 19, 1, 28

²⁰⁸ Dig., 19, 1, 31

tiene razón; así, también el comprador tendrá acción de compra para que pueda tener lo que le falta. (*Ulp. 11 ed.*)²⁰⁹

Si varias cosas han sido compradas por un precio único, por la acción de compra y venta puede demandarse respecto de cada una por separado. (*Ulp. 23 ed.*)²¹⁰

Si en la venta de un fundo, hay engaño respecto a la calidad de las yugadas, se dará la acción de compra. (*Ulp. 18 ed.*)²¹¹

Si alguno hubiese comprado un fundo como si no estuviese gravado con la servidumbre de senda y paso de ganado, y luego fuese vencido en el interdicto de senda y paso de ganado, tendrá acción de compra; pues aunque no se haya incurrido en la estipulación de evicción, porque no se decidió respecto al derecho de servidumbre en una acción real, no obstante hay que decir que compete la acción de compra. (*Ulp. 70 ed.*)²¹²

Antes de entregarla, el vendedor de una casa debe interponer la estipulación de daño temido, porque antes de hacer la entrega de la libre posesión, debe prestar la custodia y la diligencia, y el interponer esta estipulación es una parte de la custodia y la diligencia; por tanto, si se descuidase, quedará obligado con el comprador. (*Paul. 7 Plaut.*)²¹³

Así como es justo que al comprador de buena fe no perjudique el dolo de otro, no es justo que a la misma persona le aproveche el dolo de su vendedor. (*Paul. 14 Plaut.*)²¹⁴

Si alguno hubiese vendido un fundo de modo que pareciese vendido todo lo que él posee dentro de sus límites, sabiendo, no obstante, que determinadas partes no las poseía, y no se lo advirtió al comprador, pregunto si queda obligado por la acción de compra, toda vez que esta forma general de expresarse no debe referirse a aquello que especialmente sabía el vendedor y no lo exceptuó, porque de otro modo se engañaría al comprador, que quizá, si lo hubiera sabido, no hubiese comprado o habría comprado, en menor precio, si hubiese sido advertido con certeza acerca del terreno vendido. Entre los antiguos jurisconsultos se trata de esto a propósito de una persona que había exceptuado así: "las servidumbres, si alguna se debe, se deberán". Así, pues, las autoridades del derecho respondieron que, si el vendedor estaba seguro que debía servidumbres a ciertas personas y no lo advirtiese al comprador, debe estar obligado por la acción de compra, puesto que esta excepción general no debe corresponder a aquellas cosas que el vendedor conoció y que debió y pudo exceptuar especialmente, sino a aquellas que ignoró y acerca de las cuales no pudo cerciorar al comprador. Respondió Modestino que, si el vendedor hizo algo para engañar al comprador, en el caso de que se trata puede ser demandado por la acción de compra. (*Mod. 5 resp.*)²¹⁵

Quinto Mucio escribió: El dueño del fundo había vendido árboles del predio, que estaban en pie, y recibió dinero por <ellos> y no quería entregarlos. El comprador preguntaba qué cosa debería hacer, temiendo que esos árboles no se considerasen como adquiridos por él. Pomponio dice que los árboles que están en el fundo no son cosa

²⁰⁹ Dig., 19, 1, 32

²¹⁰ Dig., 19, 1, 33

²¹¹ Dig., 19, 1, 34

²¹² Dig., 19, 1, 35

²¹³ Dig., 19, 1, 36

²¹⁴ Dig., 19, 1, 37

²¹⁵ Dig., 19, 1, 39

separada del mismo y por ello el comprador no puede reivindicarlos especialmente como suyos, pero tendrá la acción de compra. (*Pomp. 31 ad Q. Muc.*)²¹⁶

En una venta no se hizo mención alguna de la contribución anual por el acueducto que se <introducía> en una casa de Roma. El engañado por este motivo tendrá la acción de compra. Así pues, si se demanda respecto al precio por la acción de venta, se ha de tener en cuenta el importe de esta carga imprevista. (*Pap. 3 resp.*)²¹⁷

Si un vendedor de dos fundos se hubiese manifestado por separado acerca de la cabida de cada uno y hubiera entregado ambos por un solo precio, y a uno de ellos le faltase algo, aunque sobrase en el otro, por ejemplo, si dijo que uno tenía cien yugadas y el otro doscientas, no le aprovechará el hecho de que uno contenga doscientas diez, si en el otro faltan diez. Esta es también la opinión de Labeón. Pero cabe dudar si habrá de aprovechar al vendedor la excepción de dolo, y ciertamente, si faltase una exigua porción de bosque y tuviese más en las viñas de lo prometido ¿no obra acaso con dolo el que usa de un derecho inflexiblemente? Porque en este caso no favorece al vendedor el excedente de cabida respecto a lo que se declaró, sino al comprador, y el vendedor queda obligado cuando la cabida resulta menor. Con todo, veamos si no puede quejarse acaso el comprador respecto al mismo fundo, si halla más en viña <o> en prado, existiendo toda la cabida total. Puede haber una cuestión semejante a esta que se discutió respecto a dos fundos, si alguno vende a dos esclavos manumitidos en testamento bajo condición por un mismo precio y dice que tenía que dar <al dueño> diez mil sestercios <para cumplir la condición> uno que debía dar quince mil; pues también en este caso está obligado por la acción de compra, aunque el comprador haya de recibir en total veinte mil de los dos esclavos. Pero es más razonable que en todos estos casos mencionados el lucro se compense con los perjuicios, y que si algo falta al comprador, tanto por la medida como por la calidad del terreno, habrá de ser resarcido de esto. (*Paul. 2 quaest.*)²¹⁸

Si alguno hubiese vendido una cosa ajena y en el tiempo intermedio resultase heredero del propietario de la cosa, se obliga a cumplimentar la venta. (*Paul. 24 quaest.*)²¹⁹

Lucio Ticio, habiendo recibido una cantidad <del comprador> para venderle materiales de construcción bajo una determinada pena a fin de que, si no los entregaba íntegramente dentro del tiempo establecido, fuera demandado por la pena, después de haber entregado tan sólo una parte de los materiales, falleció. Habiendo incurrido, pues, el testador en la pena y no habiendo exhibido su heredero los restantes materiales ¿puede acaso ser demandado por la pena y los intereses, sobre todo cuando el comprador, habiendo tenido que tomar dinero prestado, está pagando intereses muy altos? Paulo respondió que puede ser demandado también el heredero del vendedor por la pena, según el contrato de que se trata, y que en la acción de compra después de haber mediado mora, debían ser tenidos en cuenta por ministerio del juez los intereses del precio. (*Paul. 6 resp.*)²²⁰

No es compatible con la buena fe que cuando el comprador hubiese dejado de deber el precio de la cosa vendida en virtud de un beneficio de alguna ley, antes de serle entregada la cosa, sea compelido el vendedor a entregar y se desprenda de su propia cosa; pero después de entregada la posesión, el vendedor perdería igualmente la cosa

²¹⁶ Dig., 19, 1, 40

²¹⁷ Dig., 19, 1, 41

²¹⁸ Dig., 19, 1, 42

²¹⁹ Dig., 19, 1, 46

²²⁰ Dig., 19, 1, 47

<y el precio>, pues si reclama la cosa, <el comprador puede oponer la excepción de cosa vendida y entregada para que se considere como si> el reclamante no la hubiese vendido ni entregado. (*Lab. 4 post.*)²²¹

Si tanto el comprador como el vendedor hubiesen incurrido en mora para la <prueba> y entrega del vino, dice <Labeón> que es como si hubiese existido solamente en el comprador. Pues no puede considerarse hecha mora por el vendedor al comprador, habiendo incurrido en mora el mismo comprador. Pero si compraste un fundo con la cláusula de dar el dinero en las calendas de julio, y en esas calendas dependió del vendedor que no se le pagara el precio, y después dependiese de ti el no pagarlo, dije que el vendedor puede usar contra ti su cláusula, porque al vender se convino que siempre que del comprador dependiese el que no se pagase el precio, soportaría la pena establecida en aquella cláusula. Opino que es cierto, salvo si el vendedor obró con dolo en este asunto. (*Lab. 5 post.*)²²²

Un acreedor vendió a Mevio un fundo que tenía en garantía con la cláusula de que pagaría el comprador lo que debía en concepto de tributos, siendo así que el vendedor tenía en depósito los recibos de los tributos anteriormente pagados por el deudor. El arrendatario <concesionario> del monte en que se halla aquel fundo lo vendió a causa <del pago> de los tributos, que ya estaban pagados, y lo compró el mismo Mevio, y pagó el precio. Se preguntó si por la acción de compra, o alguna otra acción, puede el comprador conseguir del vendedor que se le entreguen los recibos de los pagos mencionados anteriormente. Respondió que el comprador puede conseguir, por la acción de compra, que se exhiban los documentos que desea. De un predio que el padre, a nombre de su hija, había dado en dote con estimación toma posesión un acreedor pignoraticio. Se preguntó si el hijo, que retiene la herencia del padre mientras la hija se abstuvo de ésta contentándose con la dote, estará obligado por la acción de compra a liberar el predio de manos del acreedor y entregárselo libre al marido. Respondió que sí. Entre el vendedor y el comprador de un empleo militar se acordó que el salario que debía tal persona fuera para el comprador: se preguntó de quién debe exigir el comprador del empleo militar aquella cantidad, y cómo responde por tal pacto el vendedor frente al comprador. Respondió que el vendedor debe ceder las acciones extraordinarias que tuviese por este concepto. Delante de una casa a orilla del mar, echaron unos bloques y se formó un muelle: la casa fue vendida a Cayo Seyo tal como la poseía su propietario. Pregunto si el muelle que había sido unido a la casa por el vendedor pertenece también al comprador por derecho de compra. Respondió que la casa vendida había de tener el mismo derecho que hubiese tenido antes de ser vendida. (*Scaev. 7 dig.*)²²³

Si se declaró que el alquiler de una casa había de corresponder al comprador, habrá de entregarse a éste el importe del arrendamiento de la misma. Paulo dice: incluso si hubieses arrendado toda la casa a un único arrendatario y luego éste la <sub>arrendase en más y hubieses declarado al venderla que el arriendo habría de corresponder al comprador, le corresponderá lo que deba el arrendatario de la casa entera. Si vendiste el fundo en que tenías un sepulcro y no te lo reservaste expresamente, insuficiente ha sido tu cautela. Dice Paulo: pero no si pasa un camino público hacia el sepulcro. Si se reservó en una cláusula de la venta la vivienda para los que la habitan, se considera reservada para todos los que la habitan, excepto el dueño. Paulo dice: incluso es insuficiente la cautela si hubieses dado habitación gratuita a alguno en la casa vendida y la hubieses reservado en estos términos:

²²¹ Dig., 19, 1, 50

²²² Dig., 19, 1, 51

²²³ Dig., 19, 1, 52

“a los habitantes o hasta el plazo en que cada uno tiene arrendada la vivienda”, (pues debió haberse hecho la reserva nominalmente a favor de ellos). Así, pues, el comprador de la cosa prohibirá impunemente la habitación a estos habitantes. (*Lab. 1 pith.*)²²⁴

13. Acciones de palabras prescritas y por el hecho. (Ejemplo de acción honoraria).

Acontece a veces que, en defecto de los juicios establecidos y las acciones corrientes, al no poder hallar un nombre propio, recurrimos fácilmente a aquellas que se denominan acciones por el hecho. Pero lo trataré en breves palabras, para no dejar de poner algunos ejemplos. Escribe Labeón que se ha de dar la acción civil por el hecho al propietario de las mercancías contra el patrón de una nave cuando se dude si tomó en arriendo la nave o dio en arriendo el transporte de las mercancías. Asimismo, si alguno entrega una cosa con objeto de que se averigüe su precio, no será depósito ni comodato; pero si el que la tiene no se comportó de buena fe, se da la acción civil por el hecho, (*Pap. 8 quaest.*)²²⁵

(pues cuando faltan los nombres corrientes y usuales de las acciones, ha de actuarse por la acción de palabras prescritas), (*Cels. 8 dig.*)²²⁶

a la cual es necesario recurrir en cuanto se dan contratos que no tienen nombre en el derecho civil. (*Iul. 14 dig.*)²²⁷

En efecto, la naturaleza de las cosas hace que sean más los negocios que los vocablos. (*Ulp. 30 Sab.*)²²⁸

Mi hijo está como esclavo tuyo y tu hijo como esclavo mío: Se convino entre nosotros que tú manumitas el mío y yo el tuyo. Yo manumití y tú no has manumitido. Se preguntó por qué acción me quedas obligado. En este punto podemos ver la teoría de todo lo que se da por una causa, la cual se refiere a los siguientes grupos: o te doy para que me des, o doy para que hagas, o hago para que des, o hago para que hagas; en cuyos casos se pregunta qué obligación nace. Y así, si yo diese dinero para recibir una cosa es compraventa, pero si doy una cosa para recibir otra, puesto que no se estima procedente que la permuta de cosas sea compra, no hay duda que nace una obligación civil, no para que me devuelvas lo recibido, sino para que seas condenado a mi favor en cuanto me interesa recibir aquello en que se convino, o bien, si yo quisiera recuperar lo mío, que se reclame lo que se dio, como dación para conseguir otra cosa que no fue correspondida. Si te di unos vasos para que me dieras a Estico, éste quedará a mi riesgo y tú debes responder únicamente de culpa. Queda explicado el artículo aquél “doy para que des”. Mas si doy para que hagas, si el hecho es de los que suelen darse en arrendamiento, por ejemplo, que pintes un cuadro, una vez entregada la cantidad, habrá arrendamiento, como en el caso anterior, hay compra; si se entrega una cosa no será arrendamiento, sino que nacerá o la acción civil por la medida de mi interés, o la condición para reclamar la devolución de la cosa; pero si el hecho es

²²⁴ Dig., 19, 1, 53

²²⁵ Dig., 19, 5, 1

²²⁶ Dig., 19, 5, 2

²²⁷ Dig., 19, 5, 3

²²⁸ Dig., 19, 5, 4

tal que no puede ser dado en arrendamiento, por ejemplo, que manumitas a un esclavo, entonces ya se haya establecido un plazo dentro del cual deba manumitirse, y, habiendo podido ser manumitido, hubiese transcurrido el tiempo en vida del esclavo, ya si no se limitó el plazo, pero hubiese pasado tanto tiempo que hubiera podido y debido ser manumitido, se le puede demandar por la condición o por la acción de palabras prescritas; lo cual concuerda con lo que ya hemos dicho. Pero si te di un esclavo para que manumitieses uno tuyo, y lo manumitiste, y el que yo te di fue objeto de evicción, escribe Juliano que si te lo di a sabiendas, se ha de dar contra mí la acción de dolo; si te lo di sin saber que no era mío, se dará la acción civil por el hecho. Pero si yo hiciera algo para que tú me des, y después de haberlo hecho dejas de dar, no se dará acción civil y, por ello, se dará la de dolo. Mas si hago para que hagas, este caso admite diversas teorías. Pero si hemos pactado que tú exijas de mi deudor en Cartago y yo del tuyo en Roma, o que yo edifique en tu suelo y tú en el mío, y yo <cobré o> edificué y tú no, entonces, en el primer caso, parece haber intervenido en cierto modo un mandato, sin el cual no puede exigirse dinero a nombre de otro, pues aunque se ocasionen gastos, no obstante, nos prestamos un servicio mutuamente, y también puede el mandato, por el pacto exceder de su naturaleza (pues puedo mandarte que me respondas por custodia, o que no gastes más de diez mil sestercios en la gestión de cobrar), y si gastamos los dos la misma cantidad, no hay duda alguna. Pero si uno <edificó lo que debía y el otro no, se obliga éste> como si también en este caso se admitiera que hay mandato, como si fuera para abonarnos mutuamente los gastos, pues yo no puedo mandarte respecto a cosa tuya. Con todo, será más seguro, que se dé la acción de palabras prescritas, tanto en la edificación de casas como en el cobro a deudores, la cual acción será semejante a la acción de mandato, del mismo modo que en los anteriores casos a la locación y a la compra. Por tanto, si esto es así cuando se convino en un hacer de ambas partes, también puede decirse lo mismo respecto al caso propuesto, y se deduce necesariamente que la condena se haga en la medida de mi interés en tener el esclavo que manumití. ¿Acaso habrá de deducirse el hecho de tener un liberto? Mas de esto no cabe estimación. (*Paul. 5 quaest.*)²²⁹

Te vendí una casa para que tú me reparases otra. Respondió que no hay venta, sino que ha de demandarse por la petición civil de cosa incierta. (*Nerat. 1 resp.*)²³⁰

Si el dueño hubiese dado con estimación un esclavo que estaba acusado de hurto, para ser sometido a investigación, y nada se hubiere descubierto de la acusación, pero no se hubiere devuelto el esclavo, puede demandarse civilmente por esta razón, aunque en ciertos casos hubiera de ser retenido el esclavo por el que lo recibió, pues puede retener al esclavo, tanto si el dueño hubiese elegido recibir la estimación en vez del esclavo como si hubiere sido sorprendido en acto delictivo, porque entonces, incluso debe ser devuelta por el dueño la estimación que se pagó. Pero se preguntó con qué acción podía ser reclamada la cantidad si el dueño hubiera elegido que le fuera pagada. Dije, aunque lo convenido por ellos no se hubiese expresado en las palabras de la estipulación, si la cláusula contractual pudiera probarse, también en ese caso podía demandarse con la acción de palabras prescritas de cosa incierta, no se entenderá que medió un nudo pacto, toda vez que se prueba que se dio con cierta cláusula. (*Pap. 27 quaest.*)²³¹

Una persona legó <a su mujer> el usufructo de la tercera parte; los bienes del heredero fueron enajenados por sus acreedores, y la mujer recibió en usufructo la cantidad que

²²⁹ Dig., 19, 5, 5

²³⁰ Dig., 19, 5, 6

²³¹ Dig., 19, 5, 8

resultó de la estimación de la tercera parte, pero por ignorancia se omitió la estipulación <de la caución usufructuaria>. Preguntó si podrá ser reclamada del heredero de la mujer la cantidad dada en usufructo, y por qué acción. Respondí que debe darse la acción por el hecho. (*lav. 13 epist.*)²³²

Puesto que el número de las acciones no es completo, por ello se requieren muchas veces acciones por el hecho. Pero también a aquellas acciones que nos dan las leyes, si la ley es justa y necesaria, las suple el pretor en aquello que falta a la ley. Lo que hace en la ley Aquilia, dando acciones por el hecho acomodadas a la ley Aquilia, y así lo exige la aplicación práctica de esta ley. (*Pomp. 39 ad Q. Muc*)²³³

Si el marido vendió a su mujer unos fundos y en la venta se consignó que entre ellos se había convenido que dichos fundos, si ella dejase de ser su mujer y él quisiera, se los retransmitiera ella por el mismo precio, creo que ha de darse la acción por el hecho y ello ha de observarse también respecto a otras personas. (*Proc. 11 epist.*)²³⁴

El que con la finalidad de salvar sus mercancías lanzó al mar mercancías ajenas, no está obligado por ninguna acción; pero si lo hiciese sin causa estará obligado mediante la acción por el hecho; y si lo hiciese con dolo, por la acción de dolo. Pero si alguno hubiese arrebatado la ropa a un esclavo ajeno, y éste hubiera muerto a causa del frío, podrá demandar respecto a la ropa por la acción de hurto, pero respecto al esclavo mediante la acción por el hecho, sin perjuicio de la pena criminal frente al autor del hecho. También si alguno hubiese lanzado al fondo del mar un vaso de plata ajeno con finalidad de hacer daño y no de lucrarse, escribió Pomponio, *1<8> Sab.*, que no se da acción de hurto, ni de daño injusto, pero se ha redemandar con la acción por el hecho. Si la bellota de tu árbol cae en mi fundo y yo, introduciendo ganado, la diese a pastar, escribe Aristón que no se le ocurre una acción legítima que pueda<s> ejercitar, pues no puede demandarse ni por la acción acerca del pasto del ganado de la ley de las Doce Tablas (porque no han pastado en terreno tuyo), ni por la de menoscabo, ni por la de daño injusto; así, ha de demandarse mediante la acción por el hecho. (*Ulp. 41 Sab.*)²³⁵

Me permitiste extraer greda de tu campo de forma que había de rellenar el sitio de donde la hubiese sacado; hice la extracción, pero no relleno. Se preguntó qué acción tendrás. Pero es cierto que te compete la acción civil de cosa incierta. No obstante, si has vendido la greda, demandarás por la acción de venta; pero si después de la extracción de la greda hubiese rellenado y no me permitieses que llevase la greda, entonces demandaré por la acción exhibitoria, pues la greda se hizo de mi propiedad al haber sido extraída con tu voluntad. Me permitiste que sembrara en tu fundo y que retirase el fruto; sembré y no me permites recoger el fruto. Aristón dice que no hay acción alguna de derecho civil. Puede discutirse si se dará la acción por el hecho, pero habrá la de dolo. (*Pomp. 22 Sab.*)²³⁶

Me pediste que te diese unas monedas en préstamo y, como no las tenía, te di una cosa para vender con el fin de que dispusieras del precio; si no vendiste o bien si vendiste pero no recibiste la cantidad del préstamo, es más seguro, como dice Labeón, demandar por la acción de palabras prescritas, como si se hubiese realizado entre nosotros un negocio contractual distinto. Si hubiese pignorado un predio a tu favor y después pactásemos que

²³² Dig., 19, 5, 10

²³³ Dig., 19, 5, 11

²³⁴ Dig., 19, 5, 12

²³⁵ Dig., 19, 5, 14

²³⁶ Dig., 19, 5, 16

me dieses un fiador y no lo hicieses, digo que es mejor demandar por la acción de palabras prescritas, salvo que haya mediado retribución, porque si mediase, se da la acción de locación. (*Ulp. 31 ed.*)²³⁷

Se discute en Labeón acerca del siguiente caso: si te hubiese dado para probar unos caballos que tenía en venta, para que a los tres días me los devolvieses, si no te gustaban, y tú, como jinete, hubieras corrido en ellos y ganado el premio, y después no hubieras querido comprármelos, se daría contra ti la acción de venta. Pero creo que es más cierto que se ha de demandar por la acción de palabras prescritas, porque entre nosotros se acordó que hicieses un experimento gratuito, no que participases en una competición. Asimismo se discute en Mela acerca de lo siguiente: Si te hubiese dado unas mulas para que las probases y me las comprases en caso de gustarte, y, si no, me pagases un tanto por día, y después fueron robadas las mulas por unos cuatrerros durante los días de prueba ¿de qué ha de responderse? ¿del precio y del alquiler convenido, o sólo de éste? Y dice Mela que importa distinguir si la compra ya se había contratado o todavía había de hacerse; de modo que si estaba hecha, se pediría el precio; si había de hacerse, se pediría el alquiler; pero no se manifiesta respecto a las acciones, y yo creo que compete la acción de venta si la compra se perfeccionó, pero, si todavía no, se da la misma acción que se da contra el jinete. Si queriendo comprar plata, el platero te la hubiera entregado y dejado, pero por no ser de tu gusto, se la diste a tu esclavo para que la devolviese y se hubiera perdido la plata sin dolo ni culpa por tu parte, el perjuicio será del platero, porque se envió también por su causa. Dice Labeón que debes responder ciertamente de la culpa de aquellos a quienes hayas dado una cosa para custodiar o devolver y yo creo que en este caso compete también la acción de palabras prescritas. (*Ulp. 32 ed.*)²³⁸

Ticio dio a Sempronio treinta mil sestercios y pactó que él que con el interés de esta cantidad pagase Sempronio un tributo que Ticio debía, computados los intereses al seis por ciento; y lo que hubiese pagado de menos por los tributos respecto a la cantidad de los intereses, se lo restituyera a Ticio; lo que hubiese pagado de más lo descontase del capital; y si la suma de los tributos excediese del capital e intereses, Ticio diera a Sempronio aquello en que excediese. No se interpuso estipulación acerca de esto. Ticio preguntaba por qué acción podría conseguir lo que Sempronio hubiese retenido de más por intereses respecto al importe de los tributos pagados. Respondió <Juliano> que los intereses de una cantidad dada en crédito no se deben, si no son objeto de una estipulación, pero que habría que ver en nuestro caso si no debería entenderse que hay, más que cantidad dada en crédito, una especie de mandato convenido entre ellos, a no ser que se hubiese de conseguir más del seis por ciento; pero que no había petición posible, ni siquiera del mismo capital prestado, ya que, si Sempronio perdiese aquella cantidad sin dolo o la tuviese improductiva, hay que decir que nada debería pagar por esta razón; por lo cual es más seguro dar la acción de palabras prescritas por el hecho, tanto más si se convino también que lo que hubiese pagado de más respecto al importe de los intereses se descontase del capital, lo cual excede del derecho y condición del préstamo de cantidades. (*Afric. 8 quaest.*)²³⁹

Si te di unos vasos para que me devuelvas los mismos, hay acción de comodato; si te los di para que me devolvieses el mismo peso de plata que ellos tuviesen, se da la petición de dicho peso por la acción de palabras prescritas, y de plata tan buena como lo fuese la de aquellos vasos. Pero si se convino que dieses, bien aquellos vasos, bien plata del mismo

²³⁷ Dig., 19, 5, 19

²³⁸ Dig., 19, 5, 20

²³⁹ Dig., 19, 5, 24

peso, habrá de decirse que, <[De los Basílicos] si la elección es tuya, los vasos se hacen tuyos inmediatamente y tú me puedes dar los vasos o la plata, según prefieras, pero que, si se me ha permitido a mí la elección, los vasos no se hacen tuyos antes de que yo dijese que no quiero tenerlos>. (*Pomp. 21 Sab.*)²⁴⁰

<[De los Basílicos]. Lo que en las calendas de enero suele darse a los médicos y actores no es un salario y, por ello, si en la prestación de estos servicios, se hace algo fuera de lo conveniente, no se da la acción de locación sino la acción por el hecho>. (*Pomp. 21 Sab.*)²⁴¹

²⁴⁰ Dig., 19, 5, 26

²⁴¹ Dig., 19, 5, 27

CONCLUSIONES.

En las consideraciones finales a este trabajo, corresponde reseñar algunas conclusiones obtenidas a partir de la investigación de las acciones y su importancia en el desarrollo de la ciencia jurídica romana.

El libro IV, título 6, de las Instituciones de Justiniano comienza diciendo: “*Superest, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi indicio quod sibi debetur*”, que en castellano significa: “Nos resta hablar de las acciones. Pues bien, la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe”.

Esta definición, ajustada a lo que actualmente conocemos en la ciencia procesal moderna como acción, no traduce, sin embargo, lo que en Roma se entendió por tal. El concepto de acción iba más allá de la mera solicitud de tutela jurisdiccional.

En realidad, *actio* en Roma originalmente fue sinónimo de *actus* y se refiere a lo que nosotros entendemos como actos jurídicos. Entre estos, había algunos de una importancia superior, y que consistían en aquellos que se debían cumplir para obtener la ejecución de un juicio o la decisión de un asunto controvertido. Como estos actos estaban establecidos por la ley y en ella se señalaban formas determinadas que debían cumplir, se denominaron *legis actiones* o acciones de la ley.

Estas *legis actiones* eran aquellos actos con los que se constituía y se introducía un juicio ante un magistrado, que posteriormente debía decidir o remitir a un juez.

De este significado de acto con que empieza el juicio, vino después el significado especial de *actio* como momento procesal del derecho, el cual se ha conservado hasta la actualidad en nuestro lenguaje jurídico.

Además de este significado procesal de acción, posteriormente la palabra *actio* toma un significado más sustancial, más de derecho, al considerar el contenido de los actos y la finalidad que persiguen. La relación jurídica misma pasa a tener el contenido del significado, especialmente respecto del último momento del procedimiento *in iure*, representado por la fórmula.

Incluso más. Los jurisconsultos llamaron *actio* a la fórmula misma, que resultaba ser el acto más importante de todos en el procedimiento. La fórmula contenía en forma condensada todos los elementos sustanciales de la relación y que había que someter al juez. Como en la fórmula los elementos de ataque del actor contra el demandado están limitados en forma especial, la palabra *actio* en este combate judicial se aplicaba preferentemente al derecho que el actor hacía valer contra el demandado.

Así, la palabra *actio* se fue alejando poco a poco del carácter exterior del acto hasta aproximarse al contenido sustancial del acto mismo, y por esa vía se llegó a la terminología común en la que decir “Ticio tiene acción contra Gayo” era lo mismo que decir “Ticio tiene un derecho perseguible en juicio”.

En la actualidad se piensa que quien determina los derechos es el legislador, y que su defensa en juicio es mera consecuencia de su establecimiento, sin que sea necesaria una disposición legal especial. En Roma esto era parcialmente cierto. Lo que se establecía en las leyes del pueblo romano y en el derecho consuetudinario era un derecho. Como

consecuencia, el magistrado debía obedecer la ley y admitir a servirse del procedimiento al individuo a quien pertenecía el derecho. En el ejercicio de su potestad el magistrado llegó a constituir normas jurídicas, todas las pertenecientes al derecho honorario o pretorio, que formaban la parte preponderante del derecho romano privado.

En esta labor “legislativa” o de constitución de derechos, el magistrado procedía interviniendo a favor de los contendientes con el poder que le confería su *imperium*, aunque la ley no le imponía esta defensa y no declaraba el derecho de uno contra el otro. El magistrado dictaba las condiciones y los requisitos de su intervención, y, en forma indirecta, al manifestar estos poderes, llegaba a constituir el derecho.

Cuando en el edicto el magistrado establecía las normas de su intervención, no hacía más que establecer las condiciones para constituir un juicio. Se constituía por tanto la acción y, constituida ésta, venía el juicio como consecuencia. En una palabra, el acto legislativo (mirado desde la óptica actual) no era constitutivo de derechos sino que constitutivo de acción, de donde nacía la atribución posterior de un derecho subjetivo a los individuos singulares.

Por esto, los romanos hablaban de acción y en ello se entendía ínsito el derecho. Este momento de la acción era el más importante de todas las relaciones jurídicas, ya que es por naturaleza el momento de la controversia en que el derecho tiene necesidad de ser definido claramente, de ser declarado. El momento de la litis era más importante desde el punto de vista práctico y por eso la ciencia jurídica romana lo destacó preferentemente.

Especial relevancia revistió la fórmula, documento esencial en el procedimiento, pero también el instrumento más importante en la ciencia romana del derecho.

Todos sabemos que el origen de la ciencia del derecho está en Roma, y su influencia en el derecho privado ha sido inconmensurable. Lo que no se ha destacado con suficiente énfasis es que en Roma los juristas no se dedicaron a desarrollar deductivamente teorías jurídicas, sino que fueron eminentemente prácticos y no realizaron definiciones generales de derecho objetivo, acto jurídico, u otros. Tampoco realizaron clasificaciones como actualmente exponen los juristas las diferentes ramas del derecho.

Las fórmulas marcaron la jurisprudencia, el jurisconsulto estaba obligado a concluir su diagnóstico indicando la fórmula más conveniente al caso que se trataba. De esa forma no podía confundir nunca un derecho real con un derecho de crédito, la responsabilidad nacida de un contrato con la nacida de un delito, la acción reivindicatoria con una acción negatoria de un usufructo.

Si se analiza en una mirada de conjunto la labor que realizó el pretor por medio de las fórmulas en el desarrollo del derecho romano privado, se entiende la trascendencia de su intervención en la manera en que evolucionaron las instituciones jurídicas. El pretor, auxiliado de los jurisconsultos que redactaban los borradores de las fórmulas propuestas por las partes, fue corrigiendo y supliendo los vacíos y deficiencias que presentaba el antiguo y ya fosilizado *ius civile*. De esa manera adaptaba el derecho a las nuevas exigencias y protegía los intereses que el antiguo derecho civil no podía prever ni sancionar.

La fórmula fue el gran instrumento de que se valió el pretor para facilitar el desarrollo de las instituciones jurídicas romanas.

Coincidente con este desarrollo jurídico fue el apogeo histórico de Roma, convertida en imperio, plena de actividad económica y cultural. El milenio que forma la historia romana desde la antigüedad hasta su decadencia, destaca en sus momentos más notables la concordancia de desarrollo y creatividad jurídica. El período clásico de las fórmulas se

presenta como uno de los más brillantes de toda la historia jurídica occidental, y se dio justamente en épocas de crecimiento y desarrollo económico y cultural muy por sobre el resto de las naciones de la época. Los juristas tuvieron el ambiente propicio para dar rienda suelta a su más alta creatividad en la solución de situaciones prácticas cotidianas que requerían altos niveles de formación.

Toda la producción jurídica posterior de Occidente ha sido tributaria de lo desarrollado en Roma por juristas de renombre. Nuestra propia codificación tiene sus raíces en esa producción notable, previa adaptación francesa, y los estudios del derecho privado moderno no pueden entenderse a cabalidad sin la permanente iluminación que otorgan los escritos romanos y sus juristas. El recurrir a las fuentes originarias clásicas permite esclarecer conceptos actuales que tuvieron un amplio desarrollo en la Roma de Gayo y Justiniano,

El derecho civil y el derecho procesal, vistos por separado como se hace en los estudios modernos del derecho, tienen su origen unitario en Roma, y eso ha podido establecerse en este estudio. De la acción se devenía el derecho.

Nuestro deseo es que el trabajo que hemos elaborado pueda servir de consulta para quienes quieran aproximarse un poco a la temática de las acciones en el derecho romano. El cumplimiento de tal anhelo compensaría nuestras horas de estudio y dedicación.

FUENTES.

El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y libros 1-19, Versión castellana por Alvaro D'Ors – F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968

Instituciones Jurídicas de Gayo: texto y traducción – Francisco Samper, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

BIBLIOGRAFIA

Alvarez Suárez, Ursicino - Curso de Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1955. Tomo I.

Cuenca, Humberto. Proceso Civil Romano. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1957.

Derecho Romano Clásico, II El Proceso. Securitado de Publicaciones. Universidad de Zaragoza 1980.

D'Ors, Alvaro - Elementos de Dº Privado Romano

D'Ors, Alvaro - El Dº Privado Romano. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1981.

El Digesto. Versión Castellana por F. Hernández-Tejero, P. Fuentesana-M. García-Garrido y J. Burillo. Editorial Arazandi. Pamplona. Tomo I-II-III, 1975.

Gayo. Institutas. Texto traducido, Notas e Introducción por Alfredo Di Pietro. Editorial Abeledo-Perot 1997.

Guzmán Brito, Alejandro. Derecho Privado Romano. Editorial Jurídica de Chile 1997, Tomo I-II.

Iglesias, Juan - Instituciones de Derecho Romano, Editorial Ariel, 1972.

Jöhrs, Paul - Kunkel, Wolfgang - Derecho Privado Romano, Editorial Labor, 1937.

Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Araujo. Buenos Aires 1943.

Scialoja, Vittorio - Procedimiento Civil Romano, Ejercicio y Defensa de los Derechos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Valiño, Emilio - Acciones pretorias complementarias de la acción civil aquilia.