

**CUADERNOS COMPOSTELANOS
DE DERECHO ROMANO**

Rafael Domingo

**ESTUDIOS SOBRE EL PRIMER TÍTULO
DEL EDICTO PRETORIO**

I

**El edicto por desacato al decreto
del magistrado municipal**

UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1992

DOMINGO, Rafael

Estudios sobre el primer título del Edicto Pretorio. I : El edicto por desacato al decreto del magistrado municipal / Rafael Domingo. — Santiago de Compostela : Universidade. Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 1992. — 90 p. ; 24 cm. — (Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano ; 5). — Índice: p. 7-8. — Índice de Fuentes: p. 87-90. — D.L.: C-1719-1992. — ISBN: 84-7191-936-2

I. Universidade de Santiago de Compostela. Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, ed.

347(37)

© Universidade de
Santiago de Compostela, 1992

Publicación subvencionada pola Consellería de Educación
e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia

EDITA: Servicio de Publicacións
e Intercambio Científico
Campus Universitario

IMPRIME: Imprenta Universitaria
Campus Universitario

Dep. Leg.: C-1719-1992
ISBN:84-7191-936-2

THEODORO MAYER-MALY
DICATUM

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS Y SIGLAS ESPECIALES	13

PRIMERA PARTE:

FUNDAMENTOS PARA UNA PALINGENESIA DEL PRIMER TÍTULO DEL EDICTO PERPETUO

I. LAS RECONSTRUCCIONES DE RUDORFF Y DE LENEL	19
A) La reconstrucción de Rudorff	19
B) La reconstrucción de Lenel.....	21
C) Comparación entre las reconstrucciones de Rudorff y de Lenel	27
D) Crítica a la reconstrucción de Lenel	28
II. DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS METODOLÓGICOS Y DE LA BASE TEXTUAL DEL PRIMER TÍTULO EDICTAL.	32
A) Criterios metodológicos	32
B) Determinación de la base textual.....	36

SEGUNDA PARTE:
EL EDICTO POR DESACATO AL DECRETO
DEL MAGISTRADO MUNICIPAL

I.	EL EDICTO POR DESACATO AL DECRETO DEL MAGISTRADO MUNICIPAL EN LAS RECONSTRUCCIONES DE RUDORFF Y DE LENEL.....	41
II.	DETERMINACIÓN DE LA BASE TEXTUAL	43
III.	AGRUPACIÓN TEMÁTICA DE LA BASE TEXTUAL	44
IV.	COMENTARIO DEL EDICTO POR DESACATO.....	46
	A) Interpretación de Ulp., D. 2, 3, 1 pr.....	46
	B) La acción por desacato.....	49
	C) El alcance de la expresión <i>non obtemperare</i>	61
	D) Exclusión de determinados decretos del magistrado municipal	66
	1) Interdictos	66
	2) <i>Intertium</i>	70
	3) Decreto <i>ex cautione damni infecti</i>	74
	E) Límites territoriales, personales y materiales.....	77
V.	NUEVA PALINGENESIA DE LOS COMENTARIOS DE ULPIANO, PAULO Y GAYO AL EDICTO POR DESACATO	82
VI.	CONCLUSIONES SOBRE EL EDICTO POR DESACATO	84
	ÍNDICE DE FUENTES	87

PRÓLOGO

Con estos *Estudios* que publico en los *Cuadernos Compostelanos*, no pretendo sino participar en un ambicioso proyecto de mi maestro Álvaro d'Ors de revisar, mediante el estudio de cada una de sus acciones, la reconstrucción del Edicto Perpetuo realizada por Otto Lenel. En efecto, se pueden contar ya por decenas los trabajos que, bien Álvaro d'Ors personalmente, bien sus discípulos bajo su dirección, hemos ido publicando para la consecución de este objetivo¹.

1. Relaciono a continuación estos trabajos con cita abreviada: Para una visión de conjunto, vid. DOMINGO, *SZ.* 108 (1991) 290-303; y *Festschrift Waldstein* (1992) (en prensa). Sobre § 9, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (1969); sobre § 10, D'ORS, *AHDE.* 46 (1976) 125-143; sobre §§ 12 y 23, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La frustración de la comparecencia por intervención de un tercero* (1972); sobre §§ 17-24, GIMÉNEZ-CANDELA, *SDHI.* 48 (1982) 126-166; *Studi Sanfilippo I* (1982) 183-193; sobre §§ 21 y 58, GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (1981); sobre § 39, D'ORS, *AHDE.* 51 (1981) 223-290; sobre § 53, GIMÉNEZ-CANDELA, *SDHI.* 48 (1982) 126-166; *Studi Sanfilippo I* (1982) 183-193; sobre § 54, D'ORS-VALIÑO, *Temis* 21 (1967) 181-191; sobre § 59, D'ORS, *SDHI.* 48 (1982) 368-394; sobre § 61, GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos* (1991); sobre § 90, BURILLO, *SDHI.* 26 (1960) 190-281; sobre §§ 195- 200, D'ORS, *AHDE.* 33 (1963) 345-364; *SDHI.* 41 (1975) 205-244; *AHDE.* 46 (1976) 125-143; *IVRA* 25 (1974) 1-45; *Labeo* 23 (1977) 54-58; GARCÍA-HERVÁS, *Cuadernos Informativos* 9 (1989) 1887-2038; sobre §§ 101-105, VALIÑO, *AHDE.* 37 (1967) 339-436; sobre § 103, VALIÑO, *SDHI.* 33 (1967) 103-128; sobre § 106, BURILLO, *SDHI.* 28 (1962) 233-291; sobre § 119, BETANCOURT, *AHDE.* 52 (1982) 373-510; sobre § 121, GUZMÁN, *Caución tutelar en derecho romano* (1974); *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (1976); sobre § 157, SAMPER, *AHDE.* 41

Aunque no dude de calificar de genial la reconstrucción leneliana, tampoco dudo de que, habiendo transcurrido más de un siglo desde que Lenel la publicó, necesitaba ser mejorada con los múltiples datos que nos ofrecen las nuevas fuentes de que disponemos, así como con las investigaciones llevadas a cabo durante este siglo. Por otra parte, con la reconstrucción de Lenel había pasado exactamente lo mismo que Lenel advirtió que solía suceder con algunas otras reconstrucciones, y, más concretamente, con la de Rudorff, a saber: “que, cuando son realizadas por acreditados investigadores y en su conjunto se basan en un trabajo sólido, alcanzan fácilmente gran autoridad. Y, como sólo contados investigadores las revisan, se crea para cada conjetura una especie de presunción de corrección; por eso, se citan sin previa verificación o se toman como fundamento de posteriores conclusiones, sin pensar que este apoyo bien pudiera ser de arena”².

Pues bien, siguiendo esta acertada comparación de Lenel, se puede decir que el apoyo más silíceo e inconsistente de toda la reconstrucción leneliana fue el de rubricar, o, mejor dicho, seguir rubricando, no sólo los títulos edictales, sino también los distintos edictos o párrafos que se hallaban bajo tales rúbricas, y que, tanto en la reconstrucción de Rudorff como en la de Lenel, vienen señalados con el signo §. En efecto, las fuentes nos atestiguan la existencia de rúbricas en los títulos edictales, como el *De furtis*³, el *De cloacis*⁴ o el *De publicanis*⁵, por citar algunos ejemplos claros, pero no nos ha-

(1971) 149-235; sobre §§ 191-197, SANTA CRUZ-D'ORS, *AHDE*. 49 (1979) 653-659; sobre § 225, X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* (1974); sobre § 226, D'ORS, *Studi Biscardi I* (1982) 289-308; sobre § 245, DOMINGO, *Estudios Hernández-Tejero* (1992) (en prensa); sobre §§ 266-267, D'ORS, *IVRA* 20 (1969) 52-116; sobre § 280, GIMÉNEZ-CANDELA, *SDHI*. 48 (1982) 126-166; *Studi Sanfilippo I* (1982) 183-193.

2. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, en *SZ*. 2 (1881) 14.

3. Cfr. *Ulp.*, D. 50, 16, 195, 3.

4. Cfr. *Ulp.*, D. 43, 23, 1, 1.

5. Cfr. *Ulp.*, D. 39, 4, 1.

blan de las subrúbricas edictales, precisamente porque carecían de ellas, ya que, en su origen, sólo el *titulus* estaba rubricado⁶. Para una cabal comprensión de esta afirmación conviene detenerse tan siquiera brevemente en el concepto de rúbrica.

La palabra rúbrica proviene de *rubrum*, que era el color rojo utilizado para escribir los títulos del Edicto sobre fondo blanco (*album*). Pero, aunque efectivamente el color rojo dio nombre a las rúbricas, éstas comenzaron a utilizarse también para “rubricar” los distintos capítulos de las leyes. Muchas leyes estaban escritas sobre bronce, por lo que el rojo dejó de ser el color de las rúbricas de este tipo de leyes. Por tanto, aun siendo las rúbricas rojas en su origen, no es esencial al concepto de rúbrica el tener este color. Distinto de la rúbrica es el título, que puede o no cumplir una finalidad de separación o corte (así, por ejemplo, los títulos sepulcrales eran siempre letreros que no requerían rúbricas). Todos los títulos, en un texto jurídico, son rúbricas, pero no toda rúbrica lo es necesariamente de un título, ya que las rúbricas de las leyes dividían a éstas en capítulos y no en títulos. Sin embargo, aunque los conceptos de rúbrica y título no sean idénticos, en el Edicto del pretor coinciden, pues, como he dicho, los distintos edictos no estaban rubricados.

Respecto al título primero que nos ocupa, el punto más débil de la reconstrucción leneliana se encuentra en su extensión, ya que Lenel no se dio cuenta de que los dos primeros títulos –el *Ad municipalem* y el *De iurisdictione*– eran, como bien había visto Rudorff, no dos títulos separados, sino uno único, rubricado *De iurisdictione*⁷.

Este primer estudio que ahora presento se divide en dos partes bien diferenciadas. La primera viene a ser como una introducción

6. Vid. D'ORS, “*Titulus*”, en *AHDE*. 23 (1953) 495-513; y DOMINGO, *Sobre las supuestas rúbricas del Edicto del Pretor*, en *SZ*. 108 (1991) 290-303.

7. Aunque, en general, la reconstrucción de Lenel superó notablemente la de Rudorff, en algunos puntos, sin embargo, ésta parece mejor que aquélla, como sucede, por ejemplo, en este caso.

general –susceptible siempre de posteriores correcciones– al primer título del Edicto, que servirá como punto de referencia constante en los sucesivos estudios edictales que vaya publicando. La parte segunda, en cambio, se refiere ya al edicto por desacato al decreto del magistrado municipal, con el que se abría el Edicto pretorio.

No quisiera terminar este prólogo sin agradecer a la Fundación Alexander von Humboldt la concesión de la beca que me ha permitido trabajar durante el curso académico 1990-91 en el Leopold Wenger-Institut de la Universidad de Munich; al Profesor Dieter Nörr, sus múltiples atenciones durante mi estancia muniquesa, y al Profesor Álvaro d'Ors, tanto la revisión del original como sus continuas sugerencias. Por último, quiero agradecer al Consejo de Redacción de los *Cuadernos Compostelanos*, y en particular al Profesor Javier d'Ors, la amable acogida editorial de estos *Estudios*.

Santander, 19 de marzo de 1992.

Rafael Domingo

ABREVIATURAS Y SIGLAS ESPECIALES

BESELER	BESELER, <i>Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen</i> I (1940), II (1911), III (1913), IV (1920) (todos en Tübingen), V (Leipzig 1931).
BETANCOURT, <i>Recursos supletorios</i>	BETANCOURT, <i>Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el derecho romano clásico</i> , en <i>AHDE</i> . 45 (1975) 7-121.
c.	columna (en aquellos libros no numerados por páginas).
CUYACIO	CUYACIO, <i>Recitationes solennes seu Commentarii Pauli ad Edictum</i> (Patri 1584, reimpr. 1838).
GIMÉNEZ-CANDELA, <i>Los llamados cuasidelitos</i>	GIMÉNEZ-CANDELA, <i>Los llamados cuasidelitos</i> (Madrid 1991).
GLÜCK, I, 3	GLÜCK, <i>Ausführliche Erläuterung der Pandekten</i> . Dritten Theils erste Abteilung (Erlangen 1806).
JRS.	<i>The Journal of Roman Studies</i> (London).
KASER, <i>RPR</i> . I ²	KASER, <i>Das römische Privatrecht</i> , 2 ^a ed. (München 1971).

KASER, <i>RPR</i> . II ²	KASER, <i>Das römische Privatrecht</i> , 2ª ed. (München 1975).
<i>ZPR</i> .	KASER, <i>Das römische Zivilprozessrecht</i> (München 1966).
LENEL, <i>Beiträge</i>	LENEL, <i>Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare</i> , en <i>SZ</i> . 2 (1881) 14-83.
<i>EP</i> . ³	LENEL, <i>Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung</i> , 3ª ed. (Leipzig 1927, reimpr. Aalen 1985).
<i>Palingenesia</i>	LENEL, <i>Palingenesia Iuris Civilis</i> , 2 vol. (Leipzig 1889, reimpr. Graz 1960).
<i>Lex Imitana</i>	Á. y J. D'ORS, <i>Lex Imitana (Texto bilingüe)</i> (Santiago de Compostela 1988).
LOZANO, <i>Legitimación popular</i>	LOZANO Y CORBI, <i>La legitimación popular en el proceso romano clásico</i> (Barcelona 1982).
DE MARTINO, <i>La giurisdizione</i>	DE MARTINO, <i>La giurisdizione nel diritto romano</i> (Padova 1937).
D'ORS, <i>EJER</i> .	Á. D'ORS, <i>Epigrafía jurídica de la España Romana</i> (Madrid 1953).
<i>LFM</i> .	Á. D'ORS, <i>La Ley Flavia Municipal</i> (Roma 1986).
<i>DPR</i> . ⁸	Á. D'ORS, <i>Derecho Privado Romano</i> , 8ª ed. (Pamplona 1991).
<i>RE</i> .	<i>Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft</i> (Stuttgart).

REHJ.	<i>Revista de Estudios Histórico - Jurídicos</i> (Valparaíso).
RUDORFF, EP.	RUDORFF, <i>De iuris dictione Edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt</i> (Lipsiae 1869).
SIMSHÄUSER, <i>Iuridici</i>	SIMSHÄUSER, <i>Iuridici und Munizipalgerichtbarkeit in Italien</i> (München 1973).
<i>La juridiction municipale</i>	SIMSHÄUSER, <i>La juridiction municipale à la lumière de la lex Iritana</i> , en RHD. 67 (1989) 619-654.
TORRENT, <i>La "iurisdictio"</i>	TORRENT, <i>La "iurisdictio" de los magistrados municipales</i> (Salamanca 1970).
TR.	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis-Revue d'histoire du droit</i> (Haarlem, desde 1950 Gronningen).
ZPE.	<i>Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik</i> (Berlin).
ZRG.	<i>Zeitschrift für Rechtsgeschichte</i> (Weimar).

PRIMERA PARTE:

**FUNDAMENTOS PARA UNA PALINGENESIA
DEL PRIMER TÍTULO DEL EDICTO PERPETUO**

I. LAS RECONSTRUCCIONES DE RUDORFF Y DE LENEL

A) LA RECONSTRUCCIÓN DE RUDORFF

El año 1869 representa un jalón importante en la historia de la investigación romanística, pues señala la fecha en la que Adolf Friedrich Rudorff publicó en Leipzig su reconstrucción del Edicto Perpetuo⁸. No faltaron con anterioridad a él, ya desde el Renacimiento, autores que se afanaron en esta tarea⁹, pero la utilidad de sus aportaciones, como bien señaló Lenel, es muy limitada¹⁰.

En el cuadro general del Edicto Perpetuo que Rudorff ofrece, a modo de conclusión, en las páginas 267-281, bajo el título *Rubricae ex ordine Edicti Digestae*, el autor incluye el título que nos ocupa en esta monografía (*De ius dicente*) dentro de un apartado más amplio rubricado *De iuris dictione (id est, de actionibus in iure instituendis)*, y éste, a su vez, formando parte de la *pars prior de actionibus litigatorum*.

8. RUDORFF, *De iuris dictione Edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt* (Lipsiae 1869).

9. Vid. RUDORFF, *EP.*, *Praefatio III. Qui post renatas litteras edicto restituendo operam dederint*, pp. 20 ss.; y más recientemente, AMIRANTE, "Sommo, unico": *Lauria ricorda Lenel*, en *Index* 19 (1991) 163-168.

10. LENEL, *Beiträge*, p. 14.

Este título primero *De ius dicente* –que en la página 25 sorprendentemente se rubrica *De ius dicentibus*– lo divide Rudorff en siete edictos, que señala con el signo §. En el *Praefatio* (p. 23) advierte que “ordinem vero Iuliani exactissimum ita ob oculos ponere studui, ut genuinas titulorum edictorumque rubricas vulgaribus, reffectas inclinatis litteris exprimendas curarem”. Así, pues, de las siete rúbricas que él distingue en el título I, transcribe cuatro en redonda, como ciertas –“Si quis ius dicenti non obtemperaverit” (= D. 2, 3); “De fugitivis” (= D. 11, 4); “De albo corrupto”, y “Quod quisque iuris in alterum statuerit ut ipse eodem iure utatur” (= D. 2, 2)– y tres en cursiva, como hipotéticas –*De vadimonio Romam faciendo*, *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda* y *De administratione rerum ad civitates pertinentium* (= D. 50, 8)–.

Llama la atención que, después de anunciarnos su criterio metodológico, coloque Rudorff en cursiva, como incierta, la rúbrica *De administratione rerum ad civitates pertinentium*, que tiene un fundamento textual en D. 50, 8, y, sin embargo, en redonda, como cierta, la rúbrica “De albo corrupto”, que no tiene apoyo textual, aunque quizás esto pueda deberse a que Rudorff consideraba más probable esta rúbrica que aquélla.

El orden de los edictos que Rudorff sitúa bajo la rúbrica general *De ius dicente* es el siguiente:

- § 1 Si quis ius dicenti non obtemperaverit.
- § 2 *De vadimonio Romam faciendo.*
- § 3 *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda.*
- § 4 De fugitivis.
- § 5 *De administratione rerum ad civitates pertinentium.*
- § 6 De albo corrupto.
- § 7 Quod quisque iuris in alterum statuerit ut ipse eodem iure utatur¹¹.

11. Anterior a su reconstrucción del Edicto de 1869 es el trabajo que RUDORFF publicó en la ZRG. 4 (1864) 1-22, en el cual el autor rubricó el título I *De iuris dic-*

B) LA RECONSTRUCCIÓN DE LENEL

El año 1883 Otto Lenel, siendo profesor en Kiel, publicó su reconstrucción del Edicto¹². Pero dejemos que sea el mismo Lenel quien nos lo cuente: “Un año después de la publicación de mi contribución –se refiere a los *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts* (1878)– la *Bayerische Akademie*, que había recibido una considerable ayuda económica de la Fundación Savigny, convocó, por iniciativa de Brinz, un premio sobre el tema ‘La reconstrucción de las fórmulas del *Edictum Perpetuum (Hadriani)* en su tenor literal y en su contexto’. Como instrumentos fundamentales para la solución del problema venían indicados explícitamente los comentarios al Edicto... El objeto del trabajo –reconstruir sólo las fórmulas– me parecía demasiado reducido. Estaba claramente convencido de que lo más importante no era la reconstrucción, necesariamente problemática, de las fórmulas. Lo esencial era encajar cada fragmento jurisprudencial referido al Edicto en su contexto originario; y este fin se podía conseguir tan sólo si la reconstrucción se fijaba en el contenido del Edicto en su conjunto”¹³. Este fue precisamente el objetivo que buscó Lenel con su reconstrucción, que superó con creces la idea originaria de la convocatoria del premio y que, por tanto, le hizo merecedor indiscutible de él.

tionem y alteró parcialmente la sistemática, ya que antepuso al § 1 *Si quis ius dicenti non obtemperaverit*, un edicto sobre *Si quis in ius vocatus non ierit*.

12. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung* (Leipzig 1883).

13. LENEL, *Autoritratto*, en *Index* 19 (1991) 133-146. Se trata de la versión italiana del texto alemán publicado en *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen* (Leipzig 1924) pp. 133-152. Para una biografía de Lenel, cfr. las notas necrológicas de WENGER, en *SZ.* 55 (1935) VII-XI; PRINGSHEIM, en *SDHI.* 1 (1935) 466-480; también WLASSAK, *Erinnerungen an Otto Lenel*, en [*Almanach der Akademie der Wissenschaften in Wien* 85 (1935) 309 ss.=] *Index* 19 (1991) 147-162; ELMAR BUND, en *Freiburger Professoren des 19. und 20. Jahrhunderts* (Freiburg i. B. 1957) pp. 77-100; AMIRANTE, art. cit., en *Index* 19 (1991) 163-168; BEHRENDTS, *Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen*

No cabe duda de que Lenel, al hacer su reconstrucción, tuvo muy presente la que Rudorff había llevado a cabo catorce años antes, pues sus referencias a esta anterior reconstrucción son constantes. Sin embargo, aunque la reconstrucción de Rudorff era, en opinión de Lenel, muy superior a cualquier anterior intento, tanto en estilo como en altura científica, no le satisfizo plenamente¹⁴. En efecto, “cuanto más profundizaba en esta obra –afirma Lenel– mayor fuerza cobraba en mí el convencimiento de que Rudorff no se propuso como fin el seguir paso a paso los comentarios, allí donde era posible verificar la conexión original de cada uno de los fragmentos conservados. Cuando la transmisión del Edicto es fragmentaria, se inventa él con frecuencia sus propias conjeturas atendiendo a algunos fragmentos especialmente destacados, sin dejarse influir por el contenido contrario de otros”¹⁵.

Desde 1883, fecha de publicación, como he dicho, de la reconstrucción leneliana, hasta 1935, fecha de su muerte, Lenel publicó tres ediciones alemanas y una versión francesa de la primera edición alemana, en la que incluyó algunas modificaciones interesantes¹⁶.

Íntimamente ligada a la reconstrucción del Edicto de Lenel está su *Palingenesia Iuris Civilis*, que fue publicada en el otoño de 1889 por el editor Bernhard Tauschnitz, el mismo que unos años antes había publicado *Das Edictum Perpetuum*. Como dato anecdótico, que cuenta el propio Lenel en su “Autorretrato”, destaca la oposición que mantuvo Mommsen al título de la obra elegido por Lenel, por parecerle poco acertado. Sin embargo, Lenel –influenciado por la *Palingenesia librorum iuris veterum* publicada por Hommel en el siglo

Fragestellungen. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationischen Methode, en *Index* 19 (1991) 169-213.

14. LENEL, art. cit., en *Index* 19 (1991) 139.

15. LENEL, *Beiträge*, pp. 14 s.

16. La edición francesa, en dos volúmenes, se titula *Essai de Reconstitution de l'Édit Perpétuel* (Paris 1901-1903); hay reimpresión de 1975. La segunda edición alemana es de 1907, y la tercera de 1927, que es la que habitualmente citamos. De esta tercera edición se han hecho reimpressiones en Aalen en 1956, 1974 y 1985.

XVIII– no dudó en titular así esta obra cumbre del derecho romano del siglo XIX¹⁷.

El origen de la *Palingenesia Iuris Civilis* de Lenel se encuentra en su reconstrucción del Edicto, ya que para realizarla necesitaba, en primer lugar, reordenar palingenésicamente los comentarios *ad edictum* de los distintos juristas. Fue precisamente esta reestructuración del orden edictal lo que le motivó a preparar esta obra maestra, que es la *Palingenesia*. “Cuando había terminado el Edicto Perpetuo –dice Lenel–, me vino la idea de extender el trabajo que había hecho sobre los comentarios edictales a toda la tradición jurisprudencial clásica... Esta idea –prosigue Lenel–, madurada ya en Marburgo, fue culminada durante mis primeros años de Estrasburgo”¹⁸.

Conviene detenerse tan siquiera brevemente en el estudio de los diversos cambios que Lenel fue introduciendo en sus sucesivas ediciones, ya que nos pueden señalar los puntos menos sólidos de su reconstrucción. Así, por ejemplo, la rúbrica del título I ha sufrido diversas alteraciones¹⁹. En efecto, en la primera edición alemana, rubricaba Lenel el título I *De iis, qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt*; en la edición francesa, *Ad legem municipalem*, y posteriormente, en la segunda y tercera ediciones alemanas, *De his, qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt*. Pero existen todavía más alteraciones, pues, en el primer volumen de su *Palingenesia*, Lenel rubrica el título I *Ad municipalem* (c. 966), y, sin embargo, en el volumen segundo, como en la edición francesa, de nuevo *Ad legem municipalem*. Incluso en la edición francesa (p. 32) introdujo una nota a pie de página, que mantuvo en las sucesivas ediciones, en la que decía: “peut-être n’y avait il qu’un seul titre, intitulé *De iurisdictione*”. De aquí se deduce claramente que Lenel intuyó que

17. LENEL, art. cit., en *Index* 19 (1991) 144.

18. LENEL, art. cit., en *Index* 19 (1991) 142 s.

19. Vid. DOMINGO, *Ein Jahrhundert später. Bemerkungen über das Edictum Perpetuum von Otto Lenel*, en *Festschrift Waldstein* (1992) (en prensa).

el segundo libro de su reconstrucción –rubricado *De iurisdictione*– pudiera formar uno con el primero *Ad municipalem*. De todos modos, este pensamiento, que concuerda con la reconstrucción de Rudorff²⁰, no lo tuvo Lenel en cuenta a la hora de preparar su reconstrucción, por lo que sólo sirve para evidenciar la duda que invadió a Lenel cuando tuvo que rubricar el primer título edictal.

Otro fue el camino de los cambios de las rúbricas de los edictos que componían el título I. En efecto, en su artículo publicado en el número 2 de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung) (SZ.)*²¹, revista que acababa de sustituir a la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte (ZRG.)*, Lenel dividió el título I en siete edictos, que paso a enumerar:

§ 1 Si quis ius dicenti non obtemperaverit.

§ 2 Si quis in ius vocatus non ierit.

§ 3 De cautione et possessione ex causa damni infecti danda.

§ 4 De administratione rerum ad civitates pertinentium (?)²².

§ 5 De fugitivis.

§ 6 Ad Edictum Hadriani (?)²².

§ 7 De vadimonio Romam faciendo.

Nuestro autor se cuestiona muy seriamente la existencia de la rúbrica del § 4 *De administratione rerum ad civitates pertinentium* y del § 6 *Ad Edictum Hadriani*. La del § 4, Lenel la tomó de Rudorff, quien la había colocado en quinto lugar, pero ya en el mencionado artículo observó que esta rúbrica carecía de fundamento, de suerte que, en la primera edición de su reconstrucción, la suprimió, y apareció el edicto correspondiente con dos interrogantes que sustituyeron a la rúbrica²³.

20. RUDORFF, *EP.*, p. 25.

21. LENEL, *Beiträge*, pp. 17 ss.

22. El signo ? del § 4 y § 6 fue puesto por el mismo Lenel.

23. LENEL, *EP.*¹, p. 44.

La rúbrica del § 6 *Ad Edictum Hadriani* también desapareció en su primera edición del Edicto Perpetuo. En efecto, bajo esa rúbrica se encontraban los textos referidos al libro primero *ad edictum* (Paul., D. 5, 3, 4; Paul., D. 50, 16, 2 y 4) que no habían sido utilizados por Lenel hasta el momento para reconstruir los otros edictos. No tuvo más remedio Lenel que lanzar la hipótesis de que quizás el pretor pudo haber encargado a los magistrados municipales la *missio* del heredero testamentario *ex edicto divi Hadriani*, del mismo modo que lo hizo con la *missio ex primo decreto* a propósito de la *cautio damni infecti*²⁴.

De todas formas, coherente con su metodología, Lenel afirma que no otorga ningún valor a esta hipótesis, pues “lo único que tiene a su favor es que es posible”²⁵. Posteriormente, en su *Palingenesia*²⁶, incluyó dichos fragmentos bajo el edicto innominado correspondiente al § 5.

Sin embargo, en las sucesivas ediciones del Edicto Perpetuo, Lenel mantiene intactas las rúbricas del título I, que a continuación transcribo:

§ 1 Si quis ius dicenti non obtemperaverit.

§ 2 Si quis in ius vocatus *ad eum*, qui in municipio colonia foro iure dicundo praeerit, non ierit sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.

§ 3 *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda.*

§ 4 De fugitivis.

§ 5 ? ?

§ 6 *De vadimonio Romam faciendo.*

En la extensa introducción con la que Lenel abre su reconstrucción del Edicto, explica, en el capítulo IV, el sentido de este título

24. LENEL, *Beiträge*, pp. 31 s.

25. LENEL, *Beiträge*, p. 33.

26. LENEL, *Palingenesia* I, cc. 967 s.

primero sobre temas municipales, dentro de la sistemática edictal: “En la parte preliminar del Edicto, que tiene por objeto regular y asegurar la marcha del proceso hasta la organización del *iudicium* –afirma Lenel–, estaban situados en primer lugar, naturalmente, los edictos relativos a la reglamentación y a la garantía del poder jurisdiccional. De todas formas, los temas más importantes de esta materia estaban ya tratados por ley²⁷; además, el pretor podía asegurar suficientemente su propia jurisdicción a través de medidas coactivas ordinarias ordenadas por él mismo. Como de estas cuestiones no era necesario ocuparse en el Edicto, el pretor dedicó el Edicto a instituciones complementarias. Me parece –continúa Lenel– que pertenecen a esta parte del Edicto dos títulos. El primero trata de la jurisdicción municipal. Este título asegura la marcha del proceso en los municipios por la acción penal *si quis ius dicenti non obtemperaverit* (§ 1) y por una segunda acción (§ 2), dada contra el que no obedece la *in ius vocatio* ante el magistrado municipal o contra el que contraviene de otra forma las prescripciones edictales contenidas en el título *De in ius vocando* (título V). En el título I se delegan además a los magistrados municipales algunas competencias en materia de *damnum infectum* (§3); se determinan los deberes de estos magistrados relativos a la custodia de fugitivos (§ 4) y se asegura el cumplimiento de estas dos disposiciones con la promesa de una acción contra el magistrado negligente; por último, enlaza este título, a través del edicto *De vadimonio Romam faciendo* (acción contra el que rechaza el vadimonio), con el título II, que se ocupa de la *iurisdictio* en general, incluida la de mismo pretor. Como puede comprobarse, el título II contenía solamente dos edictos: uno que castiga al que lesiona la *maiestas praetoris* a través de la acción popular *de albo corrupto*, y otro –el edicto *Quod quisque iuris...*–, a los que abusan de la *iurisdictio*”²⁸.

27. Me parece que una ley sobre la jurisdicción no podía ser otra que la *lex Iulia de iudiciis privatis*, de Augusto.

28. LENEL, *EP.*³, p. 31.

C) COMPARACIÓN ENTRE LAS RECONSTRUCCIONES DE RUDORFF Y DE LENEL

Si comparamos la reconstrucción del título I que nos ofrece Lenel con la de Rudorff, observamos que:

1. Rudorff incluye en el título I los edictos *De albo corrupto* y *Quod quisque iuris in alterum statuerit ut ipse eodem iure utatur*, en tanto que Lenel, con estos dos edictos, forma un título II nuevo, que denomina *De iurisdictione*²⁹. Es decir, según Lenel, el Edicto Perpetuo dedicó un primer título a los temas municipales y un título distinto a los jurisdiccionales³⁰, en tanto que para Rudorff ambos títulos formaban uno único, que titula *De ius dicente*.

2. La rúbrica *De vadimonio Romam faciendo* que Rudorff coloca en segundo lugar, Lenel la sitúa como rúbrica del sexto edicto (§ 6).

3. Lenel introduce el edicto *Si quis in ius vocatus ... non ierit* (§ 2), que no aparece en la reconstrucción de Rudorff.

4. Por último, Lenel suprime la rúbrica de Rudorff *De administratione rerum ad civitates pertinentium* por considerarla sin base textual suficiente, y la deja entre interrogantes, por no encontrar una solución convincente.

De las cuatro diferencias mencionadas, la más radical de todas ellas es la primera, pues se refiere al mismo contenido del título I. Así lo advierte el propio Lenel cuando habla de su reconstrucción del título I, en relación con la realizada por Rudorff: “Pero sobre todo –escribe Lenel– me parece, aunque no con absoluta certeza, sí con absoluta probabilidad, que los diversos edictos introductorios forma-

29. En su primera edición, Lenel lo rubrica *De ipsius praetoris iurisdictione*.

30. LENEL, *EP*,³, *Übersicht des Edikts*, p. XVI.

ban parte de un título que trataba de los magistrados municipales y de la jurisdicción municipal³¹; título que, como he dicho, era para Rudorff más amplio que el pensado por Lenel, ya que comprendía también cuestiones jurisdiccionales no-municipales.

D) CRÍTICA A LA RECONSTRUCCIÓN DE LENEL

La crítica a la reconstrucción de Lenel se puede centrar básicamente en los siguientes puntos:

1. En su reconstrucción, siguiendo en esto a Rudorff, Lenel rubrica no sólo los títulos edictales, sino también los distintos edictos o párrafos que distingue dentro de cada título. Sin embargo, como ya he tenido ocasión de demostrar, las fuentes nos acreditan la existencia de rúbricas en los títulos³², pero no en los distintos edictos, ya que carecían de tales rúbricas. Conforme lo dicho en el prólogo sobre las rúbricas edictales, me parece que sobran las que Lenel atribuye a los edictos del título I: *Si quis ius dicenti non obtemperaverit*, *Si quis in ius vocatus non ierit...*, *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda*, *De fugitivis* y *De vadimonio Romam faciendo*.

2. Lenel propone en su reconstrucción, como he dicho, dos títulos separados –uno *Ad municipalem* y otro *De iurisdictione*– cuando en realidad existió, como bien señaló Rudorff, uno único *De iurisdictione*, que comprende los dos distinguidos por Lenel. En efecto, se hace difícil creer que pudiera existir en el Edicto, como Lenel opina, un título II con una rúbrica de carácter tan general –*De iurisdictione*– que sólo contuviera dos edictos: el referido a la *actio*

31. LENEL, *Beiträge*, p. 16.

32. El texto más claro es Ulp. D. 50, 16, 195, 3, que habla expresamente del título *De furtis*. Cfr. Prólogo, pp. 10 s.

de albo corrupto y el llamado edicto de retorsión. Esta idea de que el primer título edictal fue *De iurisdictione* también la intuyó, al parecer, Cuyacio, pues en c. 35 afirma que “Ut primo, ita secundo libro tractavit Paulus de iurisdictione”. Recientemente, ha sido Torrent quien la ha vuelto a sugerir: “Aunque Lenel en su reconstrucción –comenta este autor– coloca el título *De iurisdictione* como E. II, es más probable que fuera en realidad E. I. En este sentido me parece más aceptable la reconstrucción de Rudorff”³³.

Este error de separación es el que más negativamente ha influido en la reconstrucción leneliana, puesto que, al separar Lenel estos títulos, separa también los comentarios de Ulpiano, Paulo y Gayo que a ellos se refieren, lo cual impide establecer ciertas interrelaciones entre los distintos fragmentos que, si ampliamos la extensión del título I, son, no sólo posibles, sino altamente probables. En efecto, según Lenel, el comentario de Ulpiano al título I del Edicto termina con el final del libro 2 *ad edictum*, siendo así que para Rudorff todavía continúa dicho comentario en el libro 3 *ad edictum*, por lo que se pueden relacionar entre sí textos que se encuentran entre los libros 2 y 3 *ad edictum* por formar parte del mismo título. Para Lenel, en cambio, esto no es posible, ya que entre los libros 2 y 3 de los comentarios de Ulpiano o de Paulo existe la barrera infranqueable del cambio de título. Así, por ejemplo, la bipartición del título I que hizo Lenel en su reconstrucción le impidió ver que Ulp., 2 *ad ed.* - D. 50, 17, 104 se refería, igual que Ulp., 3 *ad ed.* - D. 9, 4, 3, al comentario de Ulpiano *ad primum titulum* en lo tocante a los límites de la jurisdicción municipal.

3. Después de la crítica sobre las rúbricas de los edictos y de la anterior sobre la extensión del título I, me parece que la más importante que nos queda por señalar es la que tiene por objeto el edicto § 6 *De vadimonio Romam faciendo*.

Este edicto fue utilizado por Lenel como “cajón de sastre” para introducir en él todos los comentarios de Ulpiano, Paulo o Gayo que

33. TORRENT, *La “iurisdictione”*, p. 191.

no tenían cabida en otro edicto. Ya incluso desde el punto de vista formal llama muchísimo la atención que tanto Ulpiano como Paulo dediquen todo el libro segundo *ad edictum* al comentario de este edicto sobre el vadimonio. “La cláusula *De vadimonio Romam faciendo* –observa Lenel– es la conclusión natural de un título sobre la jurisdicción municipal. Trata este edicto del modo previsto para llevar a Roma, ante el magistrado superior, aquellos asuntos que habían quedado excluidos de la jurisdicción municipal. Aunque se tenga por cierta la existencia de esta cláusula y aunque sean extensos los comentarios que a ella se dediquen, no podemos más que conjeturar sobre el contenido de esta rúbrica, pues la mayor parte de los comentarios se hacen ‘con ocasión’ de nuestra cláusula, pero versan, no sobre su contenido, sino sobre otro tipo de determinaciones legales”³⁴.

El error de la reconstrucción leneliana en este punto ha consistido en no darse cuenta de que los fragmentos que él piensa que deben de comentar este edicto se refieren, no a los diversos problemas que plantea el vadimonio, sino a los límites jurisdiccionales existentes para la jurisdicción del magistrado municipal respecto al pretor. El comentario de estos límites jurisdiccionales en razón de la cuantía, del territorio, etc. sí que justifican que Paulo o Ulpiano se extiendan en todo un libro, pues constituye el tema central del título. En efecto, el problema principal que quiere resolver el pretor con este título es el jurisdiccional, y, dentro de éste, el de los límites de la jurisdicción municipal, que es precisamente el ámbito donde, con mayor facilidad, se pueden plantear conflictos.

4. Lenel no ha sabido dar al edicto § 5 un contenido concreto, por lo que lo mantiene en su “Übersicht” entre interrogantes³⁵. A lo largo de toda su reconstrucción, sólo en ésta y otra ocasión –a propósito del edicto § 13–, Lenel ha dejado de rubricar un edicto, debido a las serias dudas que le planteaba.

34. LENEL, *EP.*³, pp. 55 s.

35. LENEL, *EP.*³, p. XVI y p. 54.

Los textos que Lenel atribuye en su *Palingenesia*³⁶ al comentario de este “edicto fantasma” pueden distribuirse de la siguiente manera: Paul., 1 *ad ed.* - D. 50, 16, 2 pr.-1 podría comentar el edicto *De vadimonio Romam*, y tanto D. 50, 16, 4 como D. 5, 3, 4 –ambos de Paulo, 1 *ad ed.*– podrían referirse a los límites jurisdiccionales en razón de la cuantía³⁷. Estos textos, por tanto, no justifican en modo alguno la existencia de un nuevo edicto, como Lenel piensa, al que luego, por otra parte, no sabe darle contenido.

5. Por último, son bastantes los textos de los comentarios de Ulpiano, Paulo y Gayo *ad edictum* que Lenel ha atribuido incorrectamente al comentario de edictos que realmente no comentaban. Esto significa que la propia *Palingenesia* de Lenel, coincidente con la reconstrucción edictal, requiere una nueva reestructuración en lo referente al comentario del título I *ad edictum*. Así, por ejemplo, al comienzo de la palingenesia del libro 1 de Ulpiano *ad edictum* pone, a modo de comentario del título –rubricado por Lenel *Ad legem municipalem*–, una serie de textos que dudo sean realmente de un comentario a la rúbrica del título, que, como ya he dicho, conforme a Rudorff, fue *De iurisdictione*. Tampoco supo Lenel qué edicto comentaba Ulpiano en D. 47, 23, 3 y 8, por lo que decidió ubicar estos textos, en su *Palingenesia*, a modo de apéndice, tras el edicto sobre los fugitivos. Pero sobre estos textos hablaremos más extensamente en la segunda parte.

36. LENEL, *Palingenesia* I, cc. 967 s.

37. Cfr. pp. 77 ss.

II. DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS METODOLÓGICOS Y DE LA BASE TEXTUAL DEL PRIMER TÍTULO EDICTAL

A) CRITERIOS METODOLÓGICOS

Cuestión primaria en cualquier palingenesia es la determinación de los criterios metodológicos tenidos en consideración para llevarla a cabo. Paso a enumerar los que he seguido para mi nueva palingenesia del título I del Edicto:

1. Con carácter general, en las fuentes postclásicas se encuentran muy pocos datos de interés, ya que, sobre todo desde la reforma llevada a cabo por Diocleciano, la relación jurisdiccional con los municipios se presenta de manera totalmente distinta. Pero tampoco en los rescriptos ha sido posible encontrar algo útil, pues se refieren al procedimiento provincial, y, en todo caso, a la cognición³⁸.

2. Sabemos por los *Scriptores Historiae Augustae* que Adriano dividió Italia en cuatro circunscripciones jurisdiccionales y que confió cada una de ellas a un consular³⁹. Desconocemos, sin embargo, la fecha de creación de estos consulares, que pudo ser anterior o posterior a la codificación del Edicto. Ni Mommsen⁴⁰, ni De Martino⁴¹, ni Simshäuser⁴², ni otros muchos autores se atreven a dar una datación ni siquiera aproximada. Paul Petit dice que fue en torno al

38. Cfr. D'ORS, *Rescriptos y cognición extraordinaria*, en *AHDE*. 47 (1977) 5-41.

39. Esparciano, *SHA. De vita Hadriani* 22, 13; Capitolino, *Antoninus Pius* 2, 11; *Vita Marci Antonini* 11, 6. Cfr. Apiano, *De bellis civilibus* 1, 38, 172, sobre un antecedente de reparto jurisdiccional de Italia en el 90 a. C.

40. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* II, 2 (Graz 1952) p. 1038.

41. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* IV, 2 (Napoli 1965) pp. 621 ss.

42. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, pp. 235 ss.

120, pero no da argumentos para esta hipótesis⁴³. Sabemos por Esparciano⁴⁴ que Antonino Pío fue cónsul con Catilio Severo, en el 120⁴⁵, antes de ser nombrado consular. Por tanto, la creación de los consulares por Adriano no pudo ser anterior al 121 ni posterior al 138, año de fallecimiento del emperador. Teniendo en cuenta que las grandes reformas administrativas quizá fueran llevadas a cabo por Adriano después de su viaje a Atenas⁴⁶, esto es, a partir del 131 ó 132, y que en las referencias que tenemos del Edicto Perpetuo no hay rastro alguno de los consulares, me inclino a pensar, no sin riesgo de error, que la creación de estas circunscripciones es posterior a la codificación del Edicto, por lo que nada influyeron en éste. Por otra parte, en los comentarios *ad edictum* de Ulpiano, Paulo y Gayo no se menciona en ningún momento a los *consulares* ni a los *iuridici*. Esta conjetura no depende del silencio de los comentarios, ya que las menciones de *iuridici*, de haber existido en los comentarios *ad edictum*, hubieran debido ser eliminadas por los Compiladores. En todo caso, no podemos contar con su existencia para nuestra palingenesia, aunque sin duda hubieron de presentarse problemas de delimitación de jurisdicción entre la urbana del pretor y la regional itálica de los *iuridici*, que debían de seguir existiendo cuando se escribieron los comentarios de época severiana, en los que debemos fundar principalmente nuestra palingenesia.

3. Debe advertirse que una cosa es el comentario *ad edictum stricto sensu*, y otra muy distinta las reflexiones de los juristas a propósito del comentario, las comparaciones que hacen con otras jurisdicciones distintas de la municipal, etc. Así, por ejemplo, Ulpiano, en 1 *ad ed.* - D. 50, 16, 1 (*Verbum hoc "si quis" tam masculos quam feminas complectitur*), está comentando las palabras edictales "*si quis*", con las que frecuentemente comienzan los edictos⁴⁷, pero, en

43. PETIT, *Histoire Générale de l'Empire Romain* (Paris 1974) p. 174.

44. Esparciano, *SHA. De vita Hadriani* 22, 13.

45. Vid. SAMUEL, *Greek and Roman Chronology* (München 1972) p. 269.

46. En este sentido, D'ORS, *La signification de l'oeuvre d'Hadrien dans l'histoire du droit romain*, en *Les Empereurs romains d'Espagne* (Paris 1965) pp. 147-161.

47. Cfr. p. 52.

2 ad ed. -D. 1, 16, 16 (*Proconsul portam Romae ingressus deponit imperium*), se está refiriendo ya a la jurisdicción del procónsul, que nada tiene que ver con el Edicto, aunque Ulpiano aproveche el comentario de este título I para hablar del tema. Esto no debe extrañarnos, pues, debido a los cambios producidos entre la codificación del Edicto y la fecha en la que Ulpiano o Paulo escriben sus comentarios, se explica que traten temas distantes del texto edictal, nuevos o menos nuevos, al hilo del mismo comentario *ad edictum*.

Esta consideración me ha llevado a distinguir tres grupos de textos fundamentales, que podemos señalar como A, B y C:

- Son “A” aquellos textos que se refieren directamente al Edicto, aunque no siempre comenten palabras exactas de los edictos del título I. Por ejemplo, Ulpiano, 1 *ad ed.* - D. 2, 3, 1, 1⁴⁸, donde, a propósito del edicto por desacato al magistrado municipal, dice: *Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit*. Aquí sólo el *non obtemperasse* parece tomado del texto edictal.
- Son “B” los textos que presentan cuestiones relativas a la relación entre la jurisdicción pretoria y la municipal, o a esta última sin más, aunque no estén vinculados a los edictos del título I, e incluso puedan encontrarse, a veces, en sedes muy distanciadas de estos comentarios *ad edictum* de Ulpiano, Paulo y Gayo. Un ejemplo lo tenemos en Calístrato, 1 *ad ed. monitorium* - D. 2, 6, 2, que va unido a Paul., 1 *ad ed.* - D. 2, 6, 1, ambos referidos a la comparecencia en juicio de fiadores solventes.
- Son “C” aquellos textos que tratan cuestiones municipales o jurisdiccionales en general, que, aunque procedan de lugares donde se comenta el título I, no interesan para su reconstrucción. Por ejemplo, Ulp., 2 *ad ed.* - D. 1, 12, 3: *Praefectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet: extra urbem potest iubere iudicare*.

48. Cfr. pp. 62 ss.

4. En los distintos comentarios de los juristas *ad edictum* no existen “partes generales”, sino que los juristas aprovechan la primera ocasión en que aparece un concepto jurídico importante o una nueva institución para comentarlos extensamente. Así, por ejemplo, de la responsabilidad de los magistrados se habla profusamente a propósito de la *cautio damni infecti*, donde se encuentra la primera acción contra el magistrado municipal negligente; y de las acciones populares, con ocasión de la acción por desacato al magistrado municipal que es la primera acción popular que, como veremos, aparece en el Edicto⁴⁹.

5. Las cuestiones relativas a litigios municipales, no sólo son tratadas en el título I del Edicto, sino también en el VIII *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*, como puede comprobarse en los edictos § 31 (*Quibus municipum nomine agere liceat*) y § 33 (*Quod adversus municipales agatur*) de la reconstrucción leneliana. Para averiguar si un texto pertenece al título I o al VIII se puede aplicar un criterio formal y un criterio material. El formal consiste en ver a qué libro del comentario de Ulpiano, Paulo o Gayo pertenece el texto⁵⁰; el material, en determinar su vinculación en atención al contenido. En efecto, el título I parece referirse a los municipios en tanto en cuanto plantean problemas jurisdiccionales; en cambio, el título VIII trata más bien cuestiones municipales relacionadas con la representación procesal de los municipios⁵¹.

49. Cfr. pp. 49 ss.

50. Si pertenece a los libros 1-3 *ad edictum* de Ulpiano o de Paulo, o al 1 del comentario de Gayo al edicto provincial, el texto se referirá al título I del Edicto; pero si pertenece a los libros 8-10 de Ulpiano, 8 y 9 de Paulo o 3 de Gayo, el texto se referirá al título VIII.

51. Sobre legitimación procesal municipal, cfr. Ulp., D. 3, 4, 7; Pomp., D. 3, 4, 9; Ulp., D. 4, 3, 15; Paul., D. 6, 3, 1, 1; Gayo, D. 7, 1, 56; Ulp., D. 9, 2, 29, 7; Ulp., D. 10, 4, 7, 3; Ulp., D. 13, 5, 5, 7-10; Paul., D. 22, 6, 9, 5; Paul., D. 36, 1, 27; Ulp., D. 38, 17, 2, 44; Ulp., D. 39, 2, 17; Ulp., D. 47, 2, 31, 1; Ulp., D. 42, 1, 4, 2; Pap., D. 50, 8, 5.

B) DETERMINACIÓN DE LA BASE TEXTUAL

Siguiendo a Rudorff, las fuentes básicas para la reconstrucción del título I del Edicto han sido los libros 1, 2 y 3 del comentario de Ulpiano *ad edictum praetoris*, los libros 1 y 2 y parte del 3 del comentario de Paulo *ad edictum praetoris*, parte del libro 1 del comentario de Gayo *ad edictum provinciale*, y parte del libro 1 de los *digesta* de Juliano. Lenel, en cambio, no tuvo en cuenta ni el libro 3 de Ulpiano *ad edictum*, ni el libro 3 de Paulo *ad edictum*, por considerarlos referidos al título II del Edicto, que él rubricó *De iurisdictione*. Sin embargo, por lo ya dicho acerca de esa separación, me parece que es desaconsejable limitarse al estudio de la base leneliana; de ahí que los datos que él selecciona de los comentarios los utilizaremos sólo como punto de referencia y comparación⁵².

Para la revisión del título I del Edicto he tenido en cuenta también las obras de los juristas romanos que seguían el orden edictal, o que versaban sobre cuestiones municipales. Lenel, en cambio, en su reconstrucción hace caso omiso de estos textos. Las principales obras con estas características son las siguientes:

- Calístrato, *liber 1 de cognitionibus*.
- Calístrato, *liber 1 ad edictum monitorium*.
- Celso (hijo), *liber 1 digestorum*.
- Hermogeniano, *liber 1 iuris epitomarum*.
- Labeón, *liber 1 ad edictum praetoris urbani*.
- Macer, *liber 1 de officio praesidis*.
- Marcelo, *liber 1 digestorum*.
- Modestino, *liber 8 regularum*.
- Modestino, *liber 1 responsorum*.
- Ofilio, *ad edicta praetoris et aedilium curulium*.
- Papiniano, *libri 1, 2 quaestionum*.

52. Cfr. pp. 37 s. y 43 s.

- Papiniano, *liber 1 responsorum*.
- Papirio Justo, *liber 2 constitutionum*.
- Paulo, *liber 1 decretorum*.
- Paulo, *liber 1 quaestionum*.
- Paulo, *liber 1 responsorum*.
- Paulo, *liber singularis ad municipalem*.
- Pomponio, *libri ad edictum*.
- Cervidio Escévola, *libri 1, 2 digestorum*.
- Cervidio Escévola, *liber 1 quaestionum*.
- Venuleyo, *liber 2 de officio proconsulis*.
- Ulpiano, *libri 1, 3 disputationum*.
- Ulpiano, *libri 1, 2, 4, 5 de officio proconsulis*.
- Ulpiano, *liber singularis de officio curatoris rei publicae*.
- Ulpiano, *libri 3, 4 de omnibus tribunalibus*.
- Ulpiano, *libri 1, 2, 3 opinionum*.

A continuación relacionaré aquellos textos que van a constituir la base textual fundamental de mi reconstrucción:

1. Textos de diversos juristas sobre comentarios *ad edictum*:
 - los contenidos en los libros 1, 2, 3 de Ulpiano *ad edictum* (*Palingenesia* II, §§ 170-226);
 - los contenidos en los libros 1 y 2 y parte del 3 del comentario de Paulo *ad edictum* (*Palingenesia* I, §§ 83-112);
 - algunos textos del libro 1 de Gayo *ad edictum provinciale* (*Palingenesia* I, §§ 53-58);
 - algunos textos del libro 1 de los *digesta* de Juliano (*Palingenesia* I, §§ 4-13).

2. Otros textos del Digesto con referencias municipales de interés para la reconstrucción son los siguientes:

- Calístrato, D. 2, 6, 2.
- Javoleno, D. 2, 1, 2.
- Juliano, D. 3, 2, 1.
- Meciano, D. 36, 4, 12.
- Marcelo, D. 50, 16, 85.

- Modestino, D. 50, 4, 11 pr.
- Papiniano, D. 2, 14, 38.
- Papiniano, D. 50, 1, 11.
- Papiniano-Paulo, D. 1, 21, 1.
- Paulo, D. 2, 8, 8, 3-5.
- Paulo, D. 11, 4, 4.
- Paulo, D. 50, 7, 9, 2.
- Paulo, D. 50, 7, 11.
- Pomponio, D. 3, 4, 9.
- Ulpiano, D. 2, 1, 1.
- Ulpiano, D. 2, 1, 16.
- Ulpiano, D. 2, 1, 17.
- Ulpiano, D. 2, 1, 19, 1.
- Ulpiano, D. 2, 12, 1.
- Ulpiano, D. 32, 76.
- Trifonino, D. 11, 4, 5.
- Trifonino, D. 50, 16, 225.
- título *De magistratibus conveniendis* (D. 27, 8).

3. Textos de otras fuentes con referencias municipales de interés para la reconstrucción son los siguientes:

- *Lex Flavia municipalis*.
- *Lex Rubria*, capp. 20-22 (*FIRA*. I, pp. 169 ss.).
- *Fragmentum Atestinum* (*FIRA*. I, pp. 176-177).
- *Fragmenta Argentoratensia*, II, b, verso (*FIRA*. II, pp. 311-312).
- CJ. 2, 11, 18, del 260.
- título *De magistratibus conveniendis* (CJ. 5, 75).
- CJ. 10, 40, 7 pr.-1 (Diocl. y Maxim.).

SEGUNDA PARTE:

**EL EDICTO POR DESACATO
AL DECRETO DEL MAGISTRADO MUNICIPAL**

I. EL EDICTO POR DESACATO AL DECRETO DEL MAGISTRADO MUNICIPAL EN LAS RECONSTRUCCIONES DE RUDORFF Y DE LENEL

Tanto Rudorff⁵³ como Lenel⁵⁴ no dudaron en comenzar sus reconstrucciones del Edicto Perpetuo con el llamado edicto *Si quis ius dicenti non obtemperaverit*, por el que se concedía una acción contra el que no acatare la jurisdicción del magistrado municipal. Ésta fue también, al parecer, la opinión de Cuyacio, que inició sus *Commentarii Pauli ad Edictum* con un fragmento de Paulo (D. 2, 1, 10) referido precisamente a este edicto⁵⁵.

En su original reconstrucción, aunque a veces algo insegura, Rudorff reconstruye así la “proposición” de este edicto:

Si quis ius dicenti non obtemperaverit quanti ea res erit tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam⁵⁶.

53. RUDORFF, *EP.*, pp. 25 ss.

54. LENEL, *EP.*³, pp. 51 s.

55. CUYACIO, c. 8.

56. RUDORFF, *EP.*, pp. 25 s.

De todas estas palabras, sólo las expresiones “*si quis*” y “*ius dicenti non obtemperaverit*” tienen un fundamento textual seguro⁵⁷. En efecto, la expresión *quanti ea res erit* está en contradicción con Ulp., D. 2, 3, 1, 4, como ya veremos, y forma parte, junto con el resto de las palabras que componen la reconstrucción de Rudorff, de una cláusula de estilo tomada de Valerio Probo⁵⁸.

Por otra parte, Rudorff reconstruyó la fórmula de la acción pretoria por el desacato al magistrado municipal con las siguientes palabras:

Recuperatores sunt. Si paret N^m N^m decreto illius, quo de agitur, non obtemperasse, si non plus quam annus est cum de ea re experiundi potestas esset QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM recuperatores N^m N^m A^o A^o condemnate s.n.p.a.⁵⁹.

Según Rudorff, por tanto, la acción por el desacato al magistrado municipal era anual, referida, como he dicho, al *quanti ea res erit* y ante un tribunal de recuperadores. También advierte que esta acción era popular: *datur autem cuilibet ex populo*⁶⁰.

Mucho más cauto que Rudorff fue Lenel, que, en un primer momento, sólo reconoció como edictal la frase “*Si quis ius dicenti non obtemperaverit, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium dabo*”⁶¹. En su comentario, apuntó con acierto que la acción por desacato era penal, *in factum*, referida a *quanti ea res est*, y muy probablemente popular⁶².

57. Cfr. Ulp., D. 50, 16, 1, y Ulp., D. 2, 3, 1.

58. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5, 8 (FIRA. II, p. 457): Q.E.R.E.T.P.I.R.D.T.Q.P.D.T.D.D.P.F.: *quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denunciandi potestatem faciam*.

59. RUDORFF, *EP.*, p. 26.

60. RUDORFF, *EP.*, p. 26 n. 6.

61. LENEL, *Beiträge*, pp. 20 s.

62. LENEL, *EP.*³, pp. 51 s.

II. DETERMINACIÓN DE LA BASE TEXTUAL

En su *Palingenesia Iuris Civilis*, bajo la rúbrica *Si quis ius dicenti non obtemperaverit*, coloca Lenel cinco fragmentos de Ulpiano 1 *ad edictum*⁶³, cuatro de Paulo, también 1 *ad edictum*⁶⁴, y uno de Gayo del libro primero del comentario *ad edictum provinciale*⁶⁵, textos que cito a continuación:

- Ulp., D. 2, 3, 1 pr. (§ 173)⁶⁶ (A)⁶⁷.
- Ulp., D. 2, 3, 1, 1 (§ 174) (A).
- Ulp., D. 50, 16, 1 (§ 175) (A).
- Ulp., D. 2, 3, 1, 2-3 (§ 176) (A).
- Ulp., D. 2, 3, 1, 4 (§ 177) (A).
- Paul., D. 2, 1, 20 (§ 83) (A).
- Paul., D. 50, 1, 28 (§ 83) (A).
- Paul., D. 44, 7, 35 pr.-1 (§ 84) (C).
- Paul., D. 47, 23, 2 (§ 85) (A).
- Gayo, D. 50, 1, 29 (§ 53) (A).

Me parece, sin embargo, que esta base textual debe ser ampliada por los siguientes fragmentos del Digesto, tomados también de los libros de Ulpiano y Paulo 1 *ad edictum* :

- Ulp., D. 50, 17, 102 pr.-1 (§ 179) (A).
- Ulp., D. 47, 23, 3 pr.-1 (§ 188) (A).
- Ulp., D. 47, 23, 8 (§ 189) (A).
- Paul., D. 50, 16, 4 (§ 94) (A)⁶⁸.

63. LENEL, *Palingenesia* II, cc. 421 s. (§§ 173-177).

64. LENEL, *Palingenesia* I, cc. 966 s. (§§ 83-85).

65. LENEL, *Palingenesia* I, c. 189 (§ 53).

66. A lo largo de todo el trabajo, para facilitar su localización, señalaré entre paréntesis la numeración atribuida al texto en la *Palingenesia* de Lenel.

67. Para el significado de "A", "B" y "C", vid. p. 34.

68. Podría pensarse que Hermogeniano, D. 42, 1, 53, está relacionado con este edicto, ya que se emplea la expresión *qui ius dicenti obtemperant*, pero se trata más bien

Debemos tener presentes también:

- CJ. 10, 40, 7 pr.-1 (Diocleciano y Maximiano) (B ?).
- *Lex Irnitana*, cap. 84 (B).

III. AGRUPACIÓN TEMÁTICA DE LA BASE TEXTUAL

Transcribo a continuación, ordenados temáticamente, los textos de Ulpiano, Paulo y Gayo relativos al edicto por desacato:

1. Fragmentos que justifican el edicto:
 - Ulp., D. 2, 3, 1 pr. (§ 173): Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.
 - Ulp., D. 50, 17, 102 pr. (§ 179): Qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur.
2. Textos que comentan expresiones edictales:
 - Ulp., D. 50, 16, 1 (§ 175): Verbum hoc 'si quis' tam masculos quam feminas complectitur.
 - Ulp., D. 2, 3, 1, 1 (§ 174): Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur.
 - Ulp., D. 2, 3, 1, 2-3 (§ 176): Si procurator tuus vel tutor vel curator ius dicenti non obtemperavit, ipse punitur, non

de desobediencia al juez, no al magistrado municipal, en un procedimiento *extra ordinem*, generalizado ya mucho antes de Hermogeniano.

dominus vel pupillus.(3) Non solum autem reum, qui non obtemperavit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petitozem.

- Paul., D. 2, 1, 20 (§ 83): Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere.
 - Paul., D. 50, 1, 28 (§ 83): Inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur.
 - Paul., D. 50, 16, 4 (§ 94): Nominis appellatione rem significari Proculus ait.
 - Gayo, D. 50, 1, 29 (§ 53): Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.
3. Textos referidos al tipo de acción:
- Ulp., D. 2, 3, 1, 4 (§ 177): Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur.
 - Ulp., D. 50, 17, 102, 1 (§ 179): Eius est actionem denegare, qui possit et dare.
 - Ulp., D. 47, 23, 3 pr.-1 (§ 188): Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur. (1) In popularibus actionibus is cuius interest praefertur.
 - Ulp., D. 47, 23, 8 (§ 189): Omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur.
 - Paul., D. 47, 23, 2 (§ 85): Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.

- Paul., D. 44, 7, 35 pr.-1 (§ 84): In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. (1) In duumviros et rem publicam etiam post annum actio datur ex contractu magistratuum municipalium.

IV. COMENTARIO DEL EDICTO POR DESACATO

A) INTERPRETACIÓN DE ULPIANO, D. 2, 3, 1 pr.

El fragmento con el que muy acertadamente abre Lenel el comentario de Ulpiano al edicto por desacato al decreto del magistrado municipal es D. 2, 3, 1 pr.:

Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.

La doctrina es casi unánime en advertir que lo realmente interesante de este fragmento es la expresión *non tamen duumviris*, que evidencia la especial situación en la que se encuentran los duumviros con

respecto a los demás magistrados, pues no pueden defender su jurisdicción mediante un *iudicium poenale* ⁶⁹.

Esta imposibilidad es precisamente la razón por la que el pretor incluyó en su edicto una acción pretoria por el desacato a los decretos de los magistrados municipales⁷⁰.

Cierta dificultad plantea la expresión *poenale iudicium*. En efecto, ¿qué significa –podemos preguntarnos– que el pretor pueda defender su jurisdicción con un juicio penal, y no los magistrados municipales? ¿De qué clase de *iudicium poenale* se trata?

Pues bien, me parece que, en este fragmento que comentamos, *iudicium poenale* es prácticamente sinónimo de acción *in factum*, ya que, en el fondo, todos los mecanismos mediante los cuales el pretor hace valer su jurisdicción acaban derivando en una acción *in factum* –ya sea edictal, ya sea decretal–, mediante la cual se sanciona una conducta inconveniente no reprimida por el derecho civil. Estas acciones *in factum*, como se refieren a un comportamiento generalmente doloso, son –observa d’Ors– “delictuales por su origen, aunque no necesariamente penales por su condena”⁷¹. De ahí la conexión existente entre *poenale iudicium* y acción *in factum*.

A estas acciones *in factum* que sirven para defender la jurisdicción del magistrado se refiere d’Ors al clasificar las *acciones in factum* en su artículo *Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones*. “En primer lugar –comenta el autor mencionado–, hay toda una serie de acciones *in factum* que sirven para sancionar el desacato a

69. Vid., por ejemplo, LENEL, *Beiträge*, pp. 19 ss.; KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, en [*Mélanges Ph. Meylan* I (Lausanne 1963) p. 179 =] *Ausgewählte Schriften* II (Napoli 1976) p. 485; TORRENT, *La “iurisdictio”*, p. 122; SIMSHÄUSER, *Iuridici*, pp. 218-222. Cfr. también *Basilica* 7, 7, 1.

70. Vid. LENEL, *EP*.³, p. 51.

71. D’ORS, *DPR*.⁸, § 85.

los decretos del magistrado. Son aquellas que vienen a facilitar la buena marcha del proceso, contra el que de cualquier modo lo obstaculiza; por ejemplo, contra el que impide la comparecencia del demandado, pero también contra el que incurre en desacato a un interdicto restitutorio o exhibitorio del pretor (*actio in factum ex interdicto*), u otro tipo de decretos pretorios, por ejemplo, contra el que impide tomar posesión de una cosa mueble al que ha sido autorizado como *missus in possessionem*, o contra el propietario de una finca ruinosa cuando, habiendo sido solicitada la caución de indemnidad, ésta no se ha dado pero se ha causado el daño temido (...). El desarrollo, a lo largo de varios siglos, de estas acciones pretorias *ex delicto*, pero no siempre penales, —concluye d’Ors— hace difícil precisar sus características generales, de noxalidad, intransmisibilidad pasiva y efecto infamante”⁷².

Todas estas acciones *in factum*, de las que se sirven los magistrados para defender su propia jurisdicción, estaban excluidas de los magistrados municipales. En efecto, el magistrado municipal podía imponer multas, ejercitar la *pignoris capio* cuando la ley municipal se lo permitiera, etc., pero no podía defender su jurisdicción con este tipo de acciones *in factum*⁷³. Por ello, para suplir esta limitación, el pretor introdujo en el Edicto nuestra acción por desacato.

72. D’ORS, *Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones*, en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo I* (Madrid 1988) pp. 554 s. [= SZ. 109 (1992) 318-349].

73. En *Recursos supletorios*, pp. 99-121, a propósito de la *cautio damni infecti*, habla BETANCOURT de una acción *in factum* que pudo dar el magistrado municipal, tras la posible desaparición de la acción ficticia (*lex Rubria*, cap. 20). Pero esto sólo se entiende si hubo una especial delegación del pretor en el magistrado municipal de todo el trámite de la *cautio damni infecti* (no sólo de la *missio ex primo decreto*, sino también *ex secundo*), por lo que no contraría nuestro principio de que los magistrados municipales, con carácter general, no pudieron dar acciones *in factum*.

Lenel refiere Ulp., D. 50, 17, 102 pr. al comentario del edicto § 2 *Si quis in ius vocatus non ierit*⁷⁴:

Qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur.

En mi opinión, siguiendo el parecer de Rudorff⁷⁵, este fragmento comenta todavía el primer edicto del título I. En efecto, este fragmento ulpiano hay que ponerlo en relación con Ulp., D. 2, 3, 1 pr., pues contiene también un comentario general al edicto por desacato, a saber: que el que desacata el decreto del magistrado municipal actúa de forma contraria al Edicto, que establece la prohibición expresa del pretor de desacatar ese tipo de decretos. Esto explica precisamente que el pretor defienda la jurisdicción del magistrado municipal con una acción *in-factum* edictal por el desacato.

B) LA ACCIÓN POR DESACATO

Que la acción por desacato era pretoria y no civil se desprende claramente del párrafo 3 de Ulp., D. 2, 3, 1, donde se utiliza el infinitivo pasivo *teneri*, propio para designar este tipo de acciones; por el párrafo 4 sabemos además que era penal, anual y pasivamente intransmisible:

Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur.

Llama la atención que Rudorff⁷⁶, Lenel⁷⁷, aunque este autor posteriormente rectifique⁷⁸, y Riccobono⁷⁹ afirmen que la acción por el

74. LENEL, *EP.*³, p. 53, que relaciona este fragmento con Gayo 4, 46.

75. RUDORFF, *EP.*, p. 26 n. 3.

76. RUDORFF, *EP.*, p. 26.

77. LENEL, *Beiträge*, pp. 20 s. Cabe destacar que Lenel utiliza en p. 20 la expresión *quanti ea res erit* y en p. 21 dice que la estimación es *quanti ea res est*.

desacato era *quanti ea res erit*, cuando Ulpiano dice que se trata de *quanti ea res est*, y salvo Beseler⁸⁰ —conocido por lo demás por su marcado estilo hipercrítico— ningún otro autor opina que el texto esté interpolado⁸¹.

Aunque no exista un fundamento textual claro, desde hace siglos diversos romanistas se han pronunciado a favor del carácter popular de la acción por desacato al decreto del magistrado municipal⁸². En efecto, ya Cuyacio advirtió que “*ea actio videtur quidem fuisse popularis*”⁸³. Posteriormente, algunos de ellos con ciertas dudas, lo han hecho Rudorff⁸⁴, Lenel⁸⁵, Ferrini⁸⁶, Fadda⁸⁷, Casavola⁸⁸, Torrent⁸⁹, Kaser⁹⁰, Danilovic⁹¹, Lozano⁹² y Murga⁹³.

Quizá se deba a que, a finales del siglo pasado, todavía no estaba clara la distinción entre los tiempos verbales *fuit, est, erit*, a propósito de la *litis aestimatio*.

78. LENEL, *EP.*³, p. 52.

79. RICCOBONO, *FIRA*. I, p. 337.

80. BESELER, III, p. 36 suprime [*meram*]; MEDICUS también propone una mínima alteración consistente en suprimir [*ad*] (cfr. *Id quod interest* [Graz-Köln 1962] p. 312 n. 2).

81. Sobre este fragmento, cfr. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmisibilità passiva*, en *BIDR.* 26 (1913) 99; KASER, *Quanti ea res est* (München 1935) pp. 162 ss.; MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 229 ss.

82. Vid. GLÜCK, I, 3, p. 333, y bibliografía citada.

83. CUYACIO, cc. 26 s.

84. RUDORFF, *EP.*, p. 26 n. 6.

85. LENEL, *EP.*³, pp. 51 s.; *Palingenesia* I, c. 967 n. 1.

86. FERRINI, *Commentario alle Pandette di Glück* II (Milano 1888) p. 248 n. a).

87. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale* (Torino 1894, reimpr. Roma 1972) p. 32.

88. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane* (Napoli 1958) p. 153.

89. TORRENT, *La “iurisdictio”*, p. 192.

90. KASER, *RPR*. I², p. 629 n. 49.

91. DANILOVIC, *Observations sur les “acciones populares”*, en *Studi in onore di G. Grosso* VI (Torino 1974) pp. 13-43.

92. LOZANO, *Legitimación popular*, pp. 268-271.

93. MURGA, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, en *BIDR.* 88 (1985) 231 n. 58; y *La popularidad de las acciones en las leyes municipales de la Bética*, en *RIDA.* 38 (1991) 234 n. 27.

Distinta fue la opinión de Glück, para quien “pocas son las acciones penales que pueden ser solicitadas por cualquiera del pueblo. Por consiguiente, las acciones populares sólo se pueden admitir cuando la ley atribuye expresamente el carácter popular; y esto no se puede demostrar en la acción penal de este título”⁹⁴.

Argumentos en contra del carácter popular de la acción por desacato hay, al menos, dos que deben destacarse. En primer lugar, que las fuentes no dicen nunca expresamente que la acción por desacato fuese popular, como, en cambio, se comenta, por ejemplo, de la *actio de albo corrupto*⁹⁵, de la *de sepulchro violato*⁹⁶, de la *actio de positis vel suspensis*⁹⁷, o de la *de effussis vel deiectis*⁹⁸. Y en segundo lugar, que en esta acción existe, en ocasiones, un interés muy particular de la parte que litiga, como se desprende, por ejemplo, de Ulp., D. 2, 3, 1, 1, donde se dice, *a sensu contrario*, que se concede la acción si no se acata un decreto de *duci vel ferri*.

Muchos más son los argumentos a favor del carácter popular de la acción:

a) Como bien señala Cuyacio, un argumento textual interesante es que Ulpiano dice que la acción por el desacato *neque post annum neque in heredem datur* (D. 2, 3, 1, 4), expresión que vuelve a repetir a propósito de las acciones populares: *Omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur* (D. 47, 23, 8)⁹⁹.

b) Otro argumento textual todavía más convincente es que son varios los textos de Ulpiano o Paulo 1 *ad edictum* en los que se

94. GLÜCK, I, 3, p. 333.

95. Cfr. Ulp., D. 2, 1, 7 pr.

96. Cfr. Ulp., D. 47, 12, 3 pr.

97. Cfr. Ulp., D. 9, 3, 5, 13.

98. Cfr. Ulp., D. 9, 3, 5, 5.

99. CUYACIO, c. 27.

habla de acciones populares; concretamente Ulp., D. 47, 23, 3; Ulp., D. 47, 23, 8 y Paulo, D. 47, 23, 2. Lenel opina que Paulo, en D. 47, 23, 2, está comentando efectivamente el edicto por desacato, pero no sabe a qué edicto podía referirse Ulpiano en D. 47, 23, 3 y 8¹⁰⁰, por lo que ubicó estos fragmentos en su *Palingenesia*, al final del libro 1, detrás del edicto sobre los fugitivos, con un asterisco, cuyo significado él mismo explica: “In his asterisco ita usum sum, ut eo interposito indicarem ea quae sequuntur cum rubrica praecedente non cohaerere”¹⁰¹.

En mi opinión, estos tres textos citados pertenecen al comentario del edicto por desacato. Así lo han visto también, entre otros, Casavola¹⁰² y Lozano¹⁰³. En efecto, como esta acción por desacato es la única acción de los libros 1 *ad edictum* de Ulpiano y Paulo que puede ser popular, deben referirse a esta acción todos los comentarios de estos dos libros 1 *ad edictum* que versen sobre acciones populares. No debe extrañarnos que tres de los fragmentos que se nos conservan sobre el edicto por desacato se refieran, no a la acción popular por desacato, sino a las acciones populares *in genere*, ya que es frecuente que los juristas aprovechen la primera ocasión en la que aparece un concepto jurídico para explicarlo ampliamente, pues no eran amigos de las “partes generales”. Así, por ejemplo, vemos también en este edicto que Ulpiano comenta la expresión “*si quis*”, precisamente porque es la primera vez que aparece en el Edicto del pretor esta típica expresión edictal¹⁰⁴. Esto explicaría, por tanto, que, con ocasión de la primera acción popular edictal, Ulpiano y Paulo comentaran algunas características generales de estas acciones, como la anualidad, intransmisibilidad pasiva, etc.

Otra solución podría consistir en pensar que estos tres fragmentos que versan sobre acciones populares, junto con Paul., D. 47, 23, 4, formaron una unidad, y que se refirieron al comentario de los límites jurisdiccionales materiales del magistrado municipal. Sin embargo, esta

100. En *EP.*, p. 52 n. 1, LENEL mantiene la posibilidad de que el edicto por desacato atraiga todos los textos sobre acciones populares del libro 1 *ad ed.*

101. LENEL, *Palingenesia* I, *Praefatio* núm. 4.

102. CASAVOLA, *Azioni popolari* cit., p. 152.

103. LOZANO, *Legitimación popular*, pp. 269 ss.

104. Cfr. Ulp., D. 50, 16, 1.

hipótesis tiene el inconveniente formal de la numeración del libro, ya que los límites jurisdiccionales se trataron sobre todo en los libros 2 *ad edictum* de Ulpiano y Paulo, y aquí nos encontramos todavía en el primer libro.

c) Por analogía con la acción popular que concede la *lex Rubria* (cap. 21 *in fine*¹⁰⁵) al magistrado municipal contra el que no da el “*vadimonium Romam*” o no presenta fiadores solventes¹⁰⁶.

d) Por la misma naturaleza de la acción. El concepto y la naturaleza de las acciones populares ha sido un tema que ha ocupado tanto a la romanística de finales del siglo pasado¹⁰⁷ como a la del presente, especialmente a Casavola y a Lozano¹⁰⁸. No es mi propósito tomar partido en esta debatida cuestión. Me limitaré, por tanto, a dar un argumento que me parece definitivo a la hora de considerar esta acción por desacato como popular, a saber: que la naturaleza popular de la acción por desacato deriva de que se condena el hecho mismo de desobedecer un decreto del magistrado municipal, que, de suyo, no da “derecho” alguno al que se ve favorecido por él, y de ahí que el criterio de selección del demandante sea amplio, pues se trata de valorar intereses y no derechos. En efecto, Ulpiano dice que *in popularibus actionibus is cuius interest praefertur* (D. 47, 23, 3, 1); y Paulo, que *si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem* (D. 47, 23, 2). Con un ejemplo se entenderá mejor lo que digo: cuando una persona desacata una orden interdictal del pretor, éste concede al solicitante una acción *ex interdicto* para que se condene al infractor, a modo de pena, a pagar una cantidad de dinero. La *actio ex interdicto*

105. Cfr. *FIRA*. I, p. 174.

106. Una acción distinta es la de la *lex Ursonensis*, cap. 129 (*FIRA*. I, pp. 195 s.) contra el que desobedece los decretos de los decuriones. El pronombre *eorum* se refiere a los decuriones, de suerte que la legitimación de la acción no es popular.

107. Vid. BRUNS, *Die römischen Popularklagen*, en *ZRG*. 3 (1864) 341-415; FADDA, *Azione popolare* cit.; MOMMSEN, *Die Popularklagen*, en *SZ*. 24 (1903) 1-12.

108. CASAVOLA, *Azioni popolari* cit.; y FADDA *e la dottrina delle azioni popolari*, en *Labeo* 1 (1955) 131-153; LOZANO, *Legitimación popular*, pp. 223-335.

no es popular, precisamente porque sólo está legitimado a ejercitarla el que pidió el interdicto, pues de éste deriva un derecho. Por tanto, la *actio ex interdicto* no persigue condenar el desacato al pretor en cuanto tal, sino conseguir que el solicitante de un interdicto vea satisfecha su pretensión.

En la acción por desacato, en cambio, ocurre algo muy distinto, ya que lo que el pretor persigue es que se acate el decreto del magistrado municipal en cuanto tal, y no el satisfacer el derecho de un solicitante, pues el decreto, de suyo, no concede ningún derecho a nadie, y por eso precisamente su desacato da lugar a una acción popular, que protege intereses más generales.

Cuando existe un interés “público” en solicitar el decreto del magistrado, la acción que se concede, en principio, es popular, pues muchas personas pueden tener interés en ese decreto; pero, si una de ellas se adelanta a solicitar un interdicto, sólo ella queda legitimada para ejercitar la correspondiente *actio ex interdicto*.

Algo parecido sucede con los decretos del pretor que no tienen carácter interdictal, como, por ejemplo, el decreto de *duci vel ferri*, mediante el cual el pretor autoriza al demandante de una reivindicatoria de cosa mueble a llevarse el objeto que el demandado que no acepta defenderse ha traído *in iure*. En efecto, este decreto no otorga de suyo ningún derecho, pues, si el demandante no se lleva la cosa, no tendrá ni la posesión de ella tan siquiera; y, si se la lleva, podrá ser vencido por la reivindicatoria de un tercero con mejor derecho, o incluso por el interdicto de un tercero que tenga una preferente posesión pretoria.

Precisamente porque no hay *stricto sensu* un derecho lesionado, se comprende muy bien que las acciones populares tiendan a ser penales, como sucede en nuestro caso; y, por ser penales, son también pasivamente intransmisibles y anuales. Al ser populares, no se presenta respecto a estas acciones la cuestión de la transmisibilidad activa —se entiende, antes de que la *litis contestatio* las haga transmisibles—, ya que las puede ejercitar *quilibet ex populo*.

Esta afirmación de que no hay un derecho privado lesionado en los ilícitos que dan lugar a las acciones populares es lo que explica que Paulo, en D. 47, 23, 2, nos diga que, si varios solicitan la acción, *praetor eligat idoneiorem*, pues nos estamos moviendo, como he dicho, en el terreno de los intereses posibles, y no de derechos concretos. Quizá pueda pensarse que esto que digo está en contradicción con Juliano, D. 47, 12, 6, que dice que la acción popular *de sepulchro violato* se dará *in primis ei, ad quem res pertinet*. Pero ni tan siquiera en este supuesto existe un derecho lesionado, pues el *ius inferendi* en cuanto tal no se ve lesionado por la profanación de la sepultura; de ahí que el titular no pueda acudir al interdicto cuando se profane una sepultura que le pertenezca, sino a la *actio de sepulchro violato*, de la que, por ser el titular del *ius inferendi*, será el actor más idóneo. En D. 47, 12, 6, por tanto, Juliano no hace sino aplicar *ad casum* el principio general establecido por Paulo de que si varios solicitan la acción, *praetor eligat idoneiorem* (D. 47, 23, 2).

Ulpiano, por su parte, concreta más este criterio de idoneidad, pues establece que *is cuius interest praefertur* (D. 47, 23, 8), es decir, que debe ser preferido el que quede afectado personalmente por la infracción del demandado. Ahora bien, así como el legitimado en la *actio ex interdicto* es el que solicitó en su día el interdicto, aquí el más interesado –y, por eso, legitimado– no es necesariamente el solicitante del decreto del magistrado municipal, puesto que es posible que el magistrado municipal otorgue decretos sin que nadie los solicite previamente. En efecto, si el edificio ruinoso de Ticio amenaza caerse sobre la vía pública y Cayo solicita el decreto del magistrado municipal para que Ticio lo destruya tirando los escombros hacia su predio, si Ticio desacata el decreto, el más interesado en ejercitar la acción por el desacato no es necesariamente Cayo, aunque él haya solicitado personalmente el decreto, sino, quizá, por ejemplo, un tercero, Sempronio, que todos los días pasa con el ganado por esa vía. Esto es debido a que el interdicto sólo se da cuando alguien lo solicita, en tanto que el decreto no requiere solicitud previa; de ahí que en nuestro ejemplo el propio magistrado municipal, si

tiene conocimiento del peligro, pueda decretar directamente que se destruya el edificio, sin que nadie se lo solicite.

Llama la atención que, en D. 47, 23, 4, Paulo diga, a propósito de la *actio de albo corrupto*, que *popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet*. En principio, esta *integritas* no tiene nada que ver con el *idoneior* de Paulo, sino que se refiere más bien a la persona no excluida de la *postulatio actionis*. Kaser comenta que la remisión al edicto *De postulando* descansa más en una determinada cláusula edictal que en una mera interpretación jurisprudencial¹⁰⁹.

Distinta cuestión es la de si el magistrado municipal estaría legitimado activamente para ejercitar ante el pretor la acción por desacato a su propio decreto, pues es posible que también él tenga cierto interés particular. Aunque las fuentes no nos digan nada al respecto, me parece que el magistrado municipal, por analogía con el procedimiento romano clásico, no estaba legitimado para el ejercicio de nuestra acción. En efecto, si el adversario no acata una orden interdictal y el solicitante del interdicto no pide la *actio ex interdicto*, el pretor no podrá ejercitarla por sí mismo, pues no tiene ningún interés en ello, aunque se haya desobedecido una orden suya, ya que su *imperium* no ha quedado mermado por el desacato. En efecto, como el desacato del decreto del magistrado municipal no disminuye su jurisdicción, *stricto sensu* no tiene el *dunvir* ningún interés en ejercitar la acción por el desacato. Sí lo tienen, en cambio, los demás munícipes, ya que pueden temer que el munícipe o residente que desacata una orden actual, pueda también desacatar una orden futura en la que ellos tengan verdadero interés, pero esto tampoco le sucede al magistrado municipal, ya que él nunca actuará como magistrado y parte en sus propios litigios. Esto, aparte la temporalidad de la magistratura.

109. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, en SZ. 73 (1956) 249. Vid. también LOZANO, *Legitimación popular*, pp. 110-113 y bibliografía citada.

Por último, debemos plantearnos si sólo los munícipes estuvieron legitimados activamente para la acción popular por desacato o si también la pudieron ejercitar los *incolae*¹¹⁰. Me parece que, aunque en sus comentarios Ulpiano, Paulo y Gayo no digan nada al respecto, hay que pensar que estaban activamente legitimados, salvo especial exclusión¹¹¹, tanto unos como otros¹¹². Así parece desprenderse de Gayo, 1 *ad ed.* - D. 50, 1, 29, que dice que el *incola* está sometido a la jurisdicción del magistrado municipal y debe cumplir sus *munera*, no sólo en el municipio de donde sea *cives*, sino también en el que resida. En efecto, si un *incola* se equipara al munícipe en estos dos extremos tan importantes, como son la jurisdicción y los *munera*, es natural que se equipare también en otros de menor entidad, como la legitimación activa de una acción popular. Cosa distinta es que si un munícipe y un *incola*, con intereses idénticos, solicitan la acción por desacato, el magistrado municipal elija al munícipe, por considerarlo más idóneo¹¹³.

Sabemos por Ulpiano, D. 47, 23, 3 pr., que *si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur*. Por tanto, si ha tenido lugar la *litis contestatio* en una ac-

110. Vid. apartado IV de esta segunda parte.

111. En la *lex Imitana* (capp. 26, 45, 48, 62, 67, 74, 75, 90) se emplea para las acciones populares una cláusula de estilo que excluye a los *incolae: municipi eius municipii qui volet*. Según D'ORS, "cuando la ley atribuye expresamente derechos a los munícipes (por ejemplo, para el ejercicio de una acción popular), hemos de considerar implícitamente excluidos a los *incolae*" (cfr. *LFM.*, p. 182). Otra es la opinión de MURGA, que piensa que los *incolae* de Irni podían ejercitar la acción popular, pues "tanto en la *lex Malacitana* como en la *Imitana* se reconocen a los *incolae* derechos de más envergadura que el que pudiera suponer el simple ejercicio de unas acciones populares. Así, según el cap. 53 de ambas leyes, estos residentes, tanto si gozaban de la ciudadanía romana como si eran simples latinos, disfrutaron del *ius suffragii* para la elección de los magistrados municipales" (cfr. MURGA, art. cit., en *BIDR.* 88 [1985] 235).

112. Vid. LOZANO, *Legitimación popular*, pp. 97 s.; y MURGA, art. cit., en *BIDR.* 88 (1985) 234-236.

113. Cfr. Paul., D. 47, 23, 2.

ción popular por desacato tramitada ante el pretor, como el efecto consuntivo de las acciones *in factum opera ope exceptionis*, el demandado –ante cualquier otra reclamación similar, realizada por el mismo u otro demandante distinto– se verá defendido por la *exceptio vulgaris rei iudicatae*¹¹⁴.

Aunque esté situado en el libro 1 *ad edictum* y Lenel lo refiera al comentario de la acción que nos ocupa, muy pocos datos, por no decir ninguno, aporta D. 44, 7, 35, en el que Paulo habla de los diversos tipos de acciones. Lenel dice que “verisimile est Paulum haec iniecit in ea actione, a qua exordium cepit edictum praetoris”¹¹⁵, y considera que está parcialmente interpolado¹¹⁶. Según Kaser, y pienso que con fundamento, todo el fragmento pr. está alterado¹¹⁷. Me parece que la única parte del fragmento que puede considerarse no interpolada es la que se atribuye a Casio: *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum*. En efecto, el resto del fragmento parece una aclaración compilatoria, impropia de Paulo. De todos modos, este texto poco aporta a nuestro estudio, salvo el dato, ya conocido por lo demás, de que la acción por desacato, como no era reipersecutoria, fue anual. A su vez, el § 1 de este mismo fragmento se refiere, no a la acción por desacato al decreto del *dunvir*, sino a una acción contra los *dunviros* por los contratos que realicen, que nada tiene que ver con nuestra acción por desacato. Por esta razón Kniep pensó que Lenel debía introducir el edicto al que se refiere este fragmento detrás del § 33 (*Quod adversus muni-*

114. Vid. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (Buenos Aires 1954) p. 480. El problema que se plantea, como bien observa Scialoja, es el de si en la excepción de cosa juzgada de una acción popular deben o no figurar los nombres del demandante y del demandado, ya que, si figurasen, se debería añadir, en la excepción, alguna frase especial, de modo que el *non bis in idem* se produjera, no sólo frente al demandante primero, sino también frente a cualquiera –*quilibet ex populo*– que volviere a reclamar.

115. LENEL, *Palingenesia* I, c. 966 n. 10.

116. En *EP.*³, pp. 112 y 466, LENEL advierte que [*ut tamen... similibus*] es itp.

117. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand* (München 1932) p. 24 n. 3.

cipes agatur)¹¹⁸; sin embargo, Lenel, aunque la da como posible, no incorporó esta sugerencia a su tercera edición del Edicto Perpetuo¹¹⁹. Me parece que la opinión de Lenel es correcta, ya que, si bien es cierto que el contenido de D. 44, 7, 35, 1 está relacionado más con el título VIII del Edicto que con el título I, también lo es que este texto de Paulo está tomado del libro 1 *ad edictum* donde se comentaba el título I y no el VIII. Es muy probable que Paulo, con ocasión de la primera acción del Edicto –que era anual–, comentara extensamente el tema de la caducidad de las acciones y trajera a colación una acción típicamente municipal como es la de este fragmento.

Gran interés tiene, en cambio, el capítulo 84 de la *lex Irnitana*, que nos ofrece un nuevo dato sobre la acción por desacato al magistrado municipal. En efecto, en la columna B de la IX Tabla se transcribe una nueva lista de acciones infamantes, excluidas de la jurisdicción municipal, entre las cuales se encuentra nuestra acción por desacato al decreto del magistrado municipal¹²⁰:

neque ea res agetur qua in re vi factum sit quod non ex interdicto decretove iussuve eius qui iure dicundo praeit factum sit.

No cabe la menor duda de que este texto se refiere a la acción por desacato, que, por tanto, era no sólo popular, sino también infamante, como la *actio de sepulchro violato*¹²¹, por ejemplo.

Queda todavía pendiente la cuestión de si la acción por desacato fue ante un *iudex unus* o ante un tribunal de *recuperatores*. Rudorff pensó que la acción debía tramitarse ante un tribunal de *recuperatores*¹²², y,

118. KNIEP, *Societas publicanorum* I (Jena 1896) 375.

119. LENEL, *EP.*³, p. 100.

120. Vid. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* VI (Nápoli 1984) pp. 2575-2590.

121. Cfr. Ulp., D. 47, 12, 1.

122. RUDORFF, *EP.*, pp. 25 s.

por eso, incorporó en su reconstrucción del primer edicto¹²³ la frase tomada de Valerio Probo (5, 8)¹²⁴: *quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denunciandi potestatem faciam* (Q.E.R.E.T.P.I.R.D.T. Q.P.D.T.D.D.P.F.).

Sin embargo, esta frase edictal plantea un problema, como ya he tenido ocasión de señalar, y es que nos dice que la fórmula de la acción es *quanti ea res erit*, en tanto que Ulpiano, D. 2, 3, 1, 4, dice expresamente que era *quanti ea res est*. De todas formas, cabe pensar que la inicial “E” vale tanto para *ERIT* como para *EST* y que, al ser Probo un gramático y no un jurista, no debió de conocer estos matices jurídicos de carácter procesal. Este *quanti ea res est* debió de referirse a una pena fija, ya que se hace muy difícil pensar que el juez tuviera que hacer una *litis aestimatio* de un desacato y referirla al momento de la *litis contestatio*.

Lenel también dice que la acción es probable que fuera ante *recuperatores*¹²⁵. Nada dicen al respecto, en cambio, ni Schmidlin¹²⁶, ni Lozano¹²⁷. Kaser se plantea la posibilidad de que tanto la acción por desacato como la acción *de albo corrupto* o la del edicto *Si quis dolo malo fecerit* (§ 216) sean ante *recuperatores*, pero concluye diciendo: “Ich wage keine Stellungnahme”¹²⁸. También Danilovic afirma, basándose en el estudio de Schmidlin, que “la compétence des récupérateurs paraît probable pour les actions *de albo corrupto* et de l’édit *Si quis ius dicenti non obtemperaverit*”¹²⁹.

123. Cfr. apartado I de esta segunda parte, y p. 85.

124. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5, 8 (FIRA. II, p. 457).

125. LENEL, *Beiträge*, p. 20.

126. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren* (Freiburg i. S. 1963).

127. LOZANO, *Competencia de los “recuperatores” en la “actio de sepulchro violato” y en otras acciones populares*, en *Estudios en homenaje al Prof. J. Iglesias III* (Madrid 1988) pp. 1487-1496.

128. KASER, rec. Schmidlin, en *SZ.* 81 (1964) 385.

129. DANILOVIC, art. cit., en *Studi Grosso VI* cit., p. 33.

Naturalmente, excedería de mi investigación resolver esta cuestión. Sí puedo, en cambio, tomar posición a favor de Rudorff y de quienes opinan que esta acción pudo tramitarse ante un tribunal de *recuperatores*. La analogía puede jugar un papel importante en este caso, ya que: a) en la *lex Rubria*, cap. 21 *in fine*¹³⁰, se da una acción ante *recuperatores* contra los que no prometan el “*vadimonium Romam*” o no presenten fiadores solventes; b) en el cap. 129 de la *lex Ursonensis*¹³¹, se concede también una acción ante un tribunal de *recuperatores* contra los que no obedezcan los decretos de los decuriones; c) la acción *de sepulchro violato*, que es popular e infamante como la que nos ocupa, se tramitaba, al parecer, ante un tribunal de *recuperatores*¹³²; y d) las acciones relacionadas con la *in ius vocatio* eran ante *recuperatores*¹³³.

Así, pues, y como resumen de este apartado, se puede decir que la acción por el desacato al decreto del magistrado municipal era pretoria, concebida *in factum*, popular, penal, infamante, anual, intransmisible pasivamente, estaba referida a *quanti ea res est* y probablemente se tramitaba ante un tribunal de *recuperatores*.

C) EL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN *NON OBTEMPERARE*

Una vez estudiada la acción por desacato, nos corresponde analizar el alcance de la expresión *non obtemperare*, esto es, de la causa que justifica el ejercicio de la acción.

130. *FIRA*. I, p. 174.

131. *FIRA*. I, pp. 195 s.

132. Cfr. D. 47, 12, 3, 8, donde Ulpiano utiliza el plural (*qui iudicant, aestimabunt*), por lo que se ha pensado que esta acción era ante *recuperatores* (Cfr. SCHMIDLIN, *Rekuperatorenverfahren* cit., pp. 79-82; KASER, rec. cit., en SZ. 81 [1964] 385; LOZANO, art. cit., en *Estudios Iglesias III* cit., pp. 1490-1493).

133. SCHMIDLIN, *Rekuperatorenverfahren* cit., pp. 53-62, con apoyo en Gayo 4, 46.

Lo primero que hay que decir es que, para que tenga lugar esta acción, debe desacatarse un decreto del magistrado municipal¹³⁴. Así parece desprenderse del cap. 84 de la *lex Irnitana*¹³⁵ y de Ulpiano, D. 2, 3, 1, 1, que merece un comentario detallado. Dice así:

Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur.

Que nos encontramos ante un fragmento alterado lo evidencia la falta de coherencia interna de todo el fragmento. Ya Mommsen propuso, bastante acertadamente, incorporar el verbo *obtemperasse* después de *passus est*, de suerte que el alcance del *non obtemperasse* quedase reducido a la expresión *sequentia recusavit*¹³⁶.

Beseler utiliza este texto en apoyo de su hipótesis de que la acción reivindicatoria exige necesariamente la presencia de la cosa ante el pretor, que hace posible la *ductio*, y niega la *actio ad exhibendum* prevista con el mismo fin que el interdicto *quem fundum*, pero para los bienes muebles. Después del *non fecit* y antes de *veluti* añade al texto: *<qui vero quod antecedit non fecit, quod extremum est fecit, obtemperavit >*¹³⁷. Aunque esta hipótesis es poco probable, la corrección del texto es verosímil, si bien innecesaria, ya que *veluti* hubiera podido introducir el doble ejemplo que pone Ulpiano, aunque sólo el segundo ejemplo se correspondiera con la afirmación anterior.

Bonfante, por su parte, introdujo algunas modificaciones en el texto, a partir de *veluti* : *veluti si quis rem mobilem vindicari a se*

134. En su reconstrucción de la fórmula, RUDORFF, muy acertadamente, incorpora la palabra *decretum* (cfr. *EP.*, p. 16).

135. Vid. apartado IV, B de esta segunda parte.

136. MOMMSEN, *nota ad Digesta*, c. 48 n. 4.

137. BESELER, I, pp. 13 s.

*passus [—] est, sed duci eam vel ferri passus <non> est: ceterum si et sequentia recusavit, <adhuc> [—] non obtemperasse videtur*¹³⁸.

Esta interpretación del texto que propone Bonfante no me parece correcta, ya que el decreto de *duci vel ferri* es sustitutivo de la acción reivindicatoria, por lo que no tiene razón de ser este decreto —en contra de lo que parece opinar Bonfante— cuando el demandado acepta esta acción.

La reconstrucción que ofrece De Martino es perfectamente verosímil, pues al incorporar un <non> después del decreto de *duci vel ferri*, dando por supuesto que el demandado ha querido aceptar la reivindicatoria, la segunda parte del texto pasa a ser una consecuencia de la primera:

Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: veluti si quis <cum> rem mobilem vindicari a se passus non [est] <esset>, [sed] duci eam vel ferri passus <non> est [—]¹³⁹.

Me parece, sin embargo, que la mejor solución para guardar la coherencia interna del fragmento consiste en suprimir las dos negaciones del comienzo del texto de Ulpiano: *Is videtur ius dicenti [non] obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est [non] fecit*. De esta forma, la primera y segunda parte del fragmento quedan perfectamente coordinadas. Esta supresión de los dos *non* se justifica si entendemos que el copista pensó que se comentaba el *non obtemperare* edictal, por lo que añadió una negación al principio del texto, que quiso neutralizar con otra posterior.

Mención aparte merece la expresión *extremum in iurisdictione*, ya que es D. 2, 3, 1, 1 el único lugar del Digesto donde se encuentra.

138. BONFANTE, *Digesta* (edición italiana de Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono y Scialoja) (Milano 1908) p. 60 nn. 2, 3 y 4.

139. DE MARTINO, *La giurisdizione*, p. 247.

Cuyacio advirtió que esta expresión era sinónima de *in extrema linea iurisdictionis* y de *in executione ultimi decreti sui*¹⁴⁰. También la romanística del siglo pasado se ocupó de este giro¹⁴¹, y más recientemente lo ha hecho De Martino. En efecto, este autor, después de estudiar con detalle la doctrina anterior a él, llega a la conclusión de que “*extremum in iurisdictione* è appunto il rimedio che il magistrato può adoperare contro il convenuto, il quale, col suo contegno passivo impedisce la possibilità del processo e contro il quale non è possibile adoperare i soliti mezzi di coercizione. Ed appunto perchè *extremum* il rimedio non è giurisdizionale, ma resta ai confini della *iurisdictionis*, perchè si pronuncia in virtù dei poteri di coercizione del magistrato, proprio in mancanza dell’esercizio del potere giurisdizionale. Esso rientra in quella serie di provvedimenti fondati sull’ *imperium* del magistrato che non pregiudicano i diritti soggettivi delle parti inadempienti nel processo, ma ne pregiudicano fortemente l’interesse concreto”¹⁴².

La opinión de este romanista, que me parece bastante acertada, merece un comentario, a saber: que D. 2, 3, 1, 1 se trata de un texto referido a los magistrados municipales, y no a los magistrados romanos. Por eso, la expresión *extremum in iurisdictione* no se refiere a los límites existentes entre la *iurisdictionis* y el *imperium*, del que carecen los magistrados municipales, sino más bien a los límites entre la jurisdicción del magistrado municipal y la jurisdicción e *imperium* del pretor.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la expresión *extremum in iurisdictione* no es un término técnico al que haya que darle un contenido jurídico preciso, sino un giro utilizado por Ulpiano para aclarar el alcance de la acción por desacato. Así, pues, lo que Ulpiano

140. CUYACIO, c. 26.

141. GLÜCK, I, 3, p. 336, que opina que *extremum* hace referencia a la sentencia definitiva; vid. también WLASSAK, *Die Addictio kein Vollstreckungsbescheid*, en SZ. 25 (1904) 121; y KÜBLER, rec. Siber, en SZ. 29 (1908) 487, para quienes *extremum* equivale a la *litis contestatio*.

142. DE MARTINO, *La giurisdizione*, pp. 248 s.

ha querido significar con la expresión *extremum in iurisdictione* es que, mientras el magistrado municipal tenga recursos propios –es decir, la posibilidad de dar decretos para hacer valer su jurisdicción frente a terceros–, aunque haya desacato, no ha lugar la acción que estudiamos, pues el magistrado municipal todavía no ha llegado al *extremum in iurisdictione*. Así, pues, desde un punto de vista procesal, el *extremum in iurisdictione* se concreta en un decreto del *dunvir*. Esta ausencia de decreto explicaría por qué no se da la acción por desacato contra el que es *in ius vocatus*, pero no se persona porque considera que el magistrado municipal no tiene jurisdicción en ese asunto concreto¹⁴³, por citar un ejemplo que se encuentra en las fuentes; o contra el que no quiere defenderse en una reivindicatoria de cosa mueble, como es el caso del fragmento que nos ocupa. En efecto, en el ejemplo que nos ofrece Ulpiano se considera que acata el que tolera el decreto de *duci vel ferri*, aunque previamente no haya querido defenderse en una reivindicatoria de cosa mueble, en tanto que se considera que no acata el que *sequentia recusavit*¹⁴⁴.

Como los magistrados municipales no pudieron dar *actiones ad exhibendum* es posible que éstas fueran sustituidas por un decreto de exhibición, anterior al de *duci vel ferri*, para el caso de que el demandado no quisiera llevar la cosa *in iure*. Naturalmente el desacato de este *decretum ad exhibendum* daría lugar a la acción por desacato.

Nada nos dice el texto de Ulpiano de lo que sucede en caso de que el demandado no acepte una reivindicatoria de cosa inmueble. Cabe pensar en dos posibilidades:

a) que el magistrado municipal pueda otorgar un interdicto *quem fundum*, como el pretor en Roma, y que ante su desacato se dé una *actio ex interdicto*;

143. Cfr. Paul., D. 2, 5, 2, 1.

144. Sobre sanciones procesales, vid. ahora GÓMEZ-IGLESIAS, *Las sanciones pretorias en la fase inicial del proceso*, en *REHJ.* 13 (1989-90) 17-38.

b) que el magistrado municipal conceda un decreto de carácter no interdictal, cuya desobediencia dé lugar a la acción popular de desacato, como en el caso de las cosas muebles.

Naturalmente, la acción reivindicatoria no quedaría excluida por el decreto, pero ante la acción frustrada, lo único que interesaría es la posesión del que pretendía demandar, y esto no lo daría el decreto por sí mismo, ya que el efecto de la *actio ad exhibendum* y de la *actio ex interdicto (quem fundum)* es distinto del que produce la acción popular por desacato.

Esta segunda posibilidad me parece más incierta, pues con la acción popular por desacato se consigue sólo muy indirectamente el fin pretendido por el demandante, que es vencer en una reivindicatoria, y no que se condene al demandado por desobedecer el decreto del magistrado municipal.

D) EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS DECRETOS DEL MAGISTRADO MUNICIPAL

1. Interdictos

La pregunta que debemos plantearnos ahora es la de si cualquier decreto del magistrado municipal justificaba la *actio* por desacato; pero, para ello, debemos antes tomar posición en el discutido tema de si el magistrado municipal podía o no dar decretos interdictales.

En efecto, esta cuestión ha ocupado desde antaño la atención de los romanistas, y, con carácter general, la respuesta ha sido

negativa¹⁴⁵, por considerar que los interdictos eran actos *magis imperii quam iurisdictionis*.

En 1973, Simshäuser abrió brecha en este campo al decir: “Es inadmisibles que los romanos, por amor a un resultado deducido a través de criterios lógicos y formales del concepto de *imperium*, exigieran en todo caso a los ciudadanos de sus municipios el viaje a Roma para conseguir un interdicto con el fin de tramitar asuntos urgentes y cotidianos”¹⁴⁶. En este mismo sentido se ha pronunciado Betancourt, para quien el magistrado municipal, por delegación pretoria, podía dar interdictos¹⁴⁷.

El hallazgo de la *lex Irnitana* nos permite, sin duda alguna, inclinar la balanza a favor de los que opinan que el magistrado municipal pudo otorgar interdictos, pues, como bien señala d’Ors, “en esta ley parece presuponerse la posibilidad de que los magistrados locales den, no sólo decretos (como puede ser el de *duci iubere*), sino también interdictos”¹⁴⁸. También Simshäuser, después del hallazgo de la *lex Irnitana*, ha vuelto a pronunciarse a favor de los interdictos municipales: “Contrairement à une doctrine jadis répandue, il faut aujourd’hui considérer que les magistrats municipaux étaient certainement habilités, à l’époque républicaine tardive, à délivrer des *interdicta*”¹⁴⁹.

145. Vid. por ejemplo, BERGER, *Interdictum*, en *RE*. IX, 2 (1916) 1610; DE MARTINO, *La giurisdizione*, pp. 235 s.; BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano* (Padova 1938) p. 21 n. 2; BONFANTE, *Storia del diritto romano*⁴ I (Milano 1958) p. 501; KASER, *ZPR.*, p. 129; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* (München 1988) p. 482.

146. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 225. Vid también la larga recensión de este autor sobre Bruna, *Lex Rubria*, en *SZ*. 93 (1976) 384-387. Precisamente en los capítulos 19 y 22 de la *lex Rubria* encuentra Simshäuser un apoyo para afirmar que los magistrados municipales pudieron otorgar interdictos (cfr. ahora *La jurisdiction municipale*, p. 647).

147. BETANCOURT, *Recursos supletorios*, pp. 106 s. y 121.

148. D’ORS, art. cit., en *Sodalitas. Scritti Guarino VI* cit., p. 2585. Vid. también *LFM.*, pp. 173 s.

149. SIMSHÄUSER, *La jurisdiction municipale*, p. 647.

En efecto, en el ya citado capítulo 84, que versa sobre la competencia del magistrado municipal en razón de la materia y de la cuantía, se utiliza la expresión *ex interdicto decretove iussuve eius qui iure dicundo praeit*, de donde parece deducirse claramente que el magistrado municipal pudo dar interdictos.

En el capítulo 85 de esta ley vuelve a aparecer en dos ocasiones la palabra “interdicto”: una vez para disponer que los interdictos que tenga publicados el gobernador de la provincia y que afecten a la jurisdicción del magistrado municipal deben ser anunciados también en el municipio; y otra para advertir que deben tramitarse los juicios en el municipio conforme *ad ea interdicta, edicta easque formulas, sponsiones, stipulationes, satis acceptiones, exceptiones, praescriptiones*.

A la luz de estos dos capítulos de la *lex Irnitana* se entiende mucho mejor por qué los interdictos no figuran ni en D. 2, 1, 4 ni en D. 50, 1, 26, donde Ulpiano y Paulo enumeran respectivamente los actos que son *magis imperii quam iurisdictionis*¹⁵⁰, así como el capítulo 19 de la *lex Rubria*, que, en materia de *nuntiatio novi operis*, concede al magistrado municipal la facultad de *decernere* y de *interdicere*¹⁵¹.

Frente a estos textos, existen otros dos –Gayo 4, 139 y Juliano, D. 43, 8, 7– que constituyen un apoyo para los que niegan la competencia de los magistrados municipales en materia interdictal. En efecto, en este texto Gayo nombra sólo al “pretor” y al “procónsul” como personas competentes para dar interdictos, y omite a los magistrados municipales. Sin embargo, hay que pensar que no se trata de una relación exhaustiva de quienes podían dar interdictos, sino más bien de

150. Sobre esta expresión, vid. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo “extra ordinem”* (Bologna 1965) pp. 118-137; TORRENT, *La “iurisdiction”*, pp. 97-113; y SIMSHÄUSER, *Iuridici*, pp. 201-277.

151. Cfr. *FIRA*. I, pp. 170 s.

una simple mención. De ahí que no se cite, por ejemplo, a los gobernadores de las provincias imperiales o a los magistrados municipales. Por otra parte, advierte Simshäuser con razón que “precisamente Gayo, que en sus Instituciones no trata ni una sola vez de la jurisdicción municipal, es, como se puede imaginar, un mal punto de apoyo para deducir que los magistrados municipales no podían dar interdictos”¹⁵².

El fragmento de Juliano D. 43, 8, 7 ¹⁵³ me parece, siguiendo a Simshäuser¹⁵⁴ y en contra de Torrent¹⁵⁵, que no aporta ninguna prueba negadora de la posibilidad de que los magistrados municipales den interdictos, porque que Juliano hable del *praetoris imperium* a propósito del desacato al interdicto del pretor no significa que deba ser esto también trasladado a la concesión de interdictos por el magistrado municipal.

En resumen, se puede afirmar que los magistrados municipales pudieron dar interdictos en la época clásica. Que esto se deba a una especial delegación del pretor o a que la concesión del decreto no es un acto *magis imperii quam iurisdictionis* excede de mi investigación, pues lo que interesa es que, *de facto*, los daban, y que la desobediencia a un decreto interdictal quizá podía dar lugar a la acción por desacato al decreto del magistrado municipal; en efecto, supuesta la existencia de interdictos en los municipios, surge la cuestión de si la acción que se da contra el que desacate la orden interdictal es la *actio ex interdicto* o la nuestra por desacato.

152. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, pp. 223 s.

153. Juliano 48 *dig.* - D. 43, 8, 7: *Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.*

154. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 223.

155. TORRENT, *La “iurisdictio”*, p. 147.

Aunque las fuentes no nos aporten ningún dato al respecto, pienso, de acuerdo con lo dicho anteriormente, que se puede afirmar que el desacato al interdicto del magistrado municipal daba lugar a la *actio ex interdicto* ante el pretor, ya que:

a) Si bien es cierto que existen interdictos populares, también lo es que de un interdicto no puede derivarse una acción popular –como es el caso de nuestra acción por desacato–, pues, como he dicho, de un interdicto surge un “derecho” y no un interés; de ahí que sólo pueda estar legitimado a la acción que nace del interdicto el propio solicitante, y no *is cuius interest* (cfr. Ulp., D. 47, 23, 3, 1).

b) La acción por desacato es supletoria, es decir, sólo se aplica cuando se desacata un decreto y no hay una acción *ad casum*. Que sea una acción general supletoria no significa que sea subsidiaria, pues una acción subsidiaria, como la acción de dolo, supone una concurrencia de acciones por la misma causa, y ésta por desacato supone una causa distinta de la interdictal.

2. *Intertium*

Por su carácter novedoso, conviene detenerse tan siquiera brevemente en el significado de este concepto, antes de ponerlo en relación con nuestra acción por desacato.

El término *intertium*¹⁵⁶ lo conocemos sobre todo por los capítulos 90 y 91 de la *lex Irnitana* (*De intertium dando y Quo iure intertium*

156. Vid. D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, en *SDHI*. 49 (1983) 40-44; *LFM.*, pp. 177-181; GIMÉNEZ CANDELA, *La lex Irnitana. Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, en *RIDA*. 30 (1983) 135; *Una revisión de Pap. Ant. 22*, en *Estudios de Derecho Romano en honor de A. d'Ors I* (Pamplona 1987) pp. 557-577; *Los llamados cuasidelitos*, pp. 12-29; CROOK, JOHNSTON,

denuntietur..., respectivamente), pero también por el verso de *Papyrus Antinopolis* 22¹⁵⁷, por un fragmento de la ley municipal¹⁵⁸, así como por algunas tablillas¹⁵⁹.

Se trata de un vocablo técnico típicamente judicial que se emplea para expresar el señalamiento ante el juez *in tertium diem*, es decir, al tercer día, o, como bien traduce d'Ors, "pasado mañana"; como en la expresión *tertio quoque die* (del interdicto *de glande legenda*), el cómputo es completivo. Sin embargo, *intertium* se utiliza como sustantivo para referirse al decreto mismo del magistrado municipal mediante el cual, una vez hecha la *nominatio iudicis*¹⁶⁰ y puestas de acuerdo las partes con el juez, se señala dicha comparecencia. Como bien dice Giménez-Candela, el *intertium* constituye "el ensamblaje entre la fase *in iure* y *apud iudicem*"¹⁶¹, y vino a desempeñar un papel semejante al de la *litis contestatio*. El decreto de *intertium* debía estar expuesto la mayor parte del día¹⁶² y tenía que poderse leer *de plano recte*, es decir, sin dificultad para el transeúnte¹⁶³.

STEIN, *Intertiumjadg and the Lex Irnitana*, en *ZPE*. 70 (1987) 173-184; JOHNSTON, *Three Thoughts on Roman Private Law and the Lex Irnitana*, en *JRS*. 77 (1987) 70-77; SIMSHÄUSER, *La jurisdiction municipale*, pp. 629-637; RODGER, *The Lex Irnitana and Procedure in the Civil Courts*, en *JRS*. 81 (1991) 74-90.

157. Vid. D'ORS, *Litem suam facere*, en *SDHI*. 48 (1982) 376 n. 8; GIMÉNEZ-CANDELA, art. cit., en *Estudios d'Ors I* cit., pp. 557-577; y *Los llamados cuasidelitos*, pp. 21 s.

158. Cfr. D'ORS, *EJER.*, p. 345; y *FIRA*. I, p. 219. Este fragmento se puede integrar hoy en el texto de la ley Flavia municipal, pues coincide con el final de la ley Irnitana.

159. Cfr. D'ORS, art. cit., en *SDHI*. 48 (1982) 376 n. 8.

160. Cfr. *Lex Irnitana*, cap. 90, línn. 31-37.

161. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, p. 27.

162. La expresión *diei maior pars* –que utiliza Paulo, D. 50, 16, 2, 1, y que LENEL no sabe dónde colocarla en su reconstrucción (cfr. el irrubricado edicto § 5, *EP*.³, pp. 54 s.)– aparece en la *lex Irnitana* con un sentido técnico referido a la exposición de anuncios públicos. (Cfr. también cap. 85 de la *lex Irnitana*).

163. Cfr. la traducción de Á. y J. D'ORS, en *Lex Irnitana*, p. 76. Quizá con la expresión *de plano recte* se quería evitar algo semejante a lo que Suetonio nos cuenta de Calígula, que –ante la insistencia del Pueblo que no la conocía y por tanto

Contra el magistrado municipal *qui debuerit dare intertium neque dederit* o que *proscriptum non habuerit* se da, en el cap. 90 *in fine*, una acción popular por una multa de 1.000 sestercios. En cambio, contra el juez nombrado que no da un *iudicatum* o que no pide el aplazamiento de la causa (*diffissio*) se da una *actio in factum (lis iudici arbitrove damni sit*¹⁶⁴), semejante a la existente en el procedimiento clásico urbano¹⁶⁵.

Aquí se ve claramente el carácter supletorio –repito, no subsidiario– de la acción por desacato al decreto del magistrado municipal, pues contra el juez o árbitro que desacatare el decreto de *intertium* y no diere sentencia se podía ejercitar nuestra acción, y, sin embargo, se da una especial *ad casum*, como es la *actio adversus iudicem qui litem suam facit*.

Ahora bien, ¿procede la acción por desacato cuando, ya sea el demandante ya sea el demandado, no comparecen ante el juez en contra de lo establecido en el *intertium* ?

Prima facie parece que sí, ya que nos encontramos ante un supuesto de desacato a un decreto del magistrado municipal. Incluso podría verse un fundamento textual en Ulp., D. 2, 3, 1, 3: *Non solum autem reum, qui non obtemperavit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petitozem*. Sin embargo, debemos tener en cuenta que:

la infringía continuamente– mandó publicar la ley de impuestos, pero lo hizo *minutissimis litteris et angustissimo loco, uti ne cui describere liceret* (cfr. Suetonio, *De vita Caesarum, Caligula* 41).

164. *Lex Irnitana*, cap. 91, lín. 8.

165. Cfr. D'ORS, art. cit., en *SDHI*. 48 (1982) 368-394; CREMADES-PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico*, en *AHDE*. 54 (1984) 179-208; BIRKS, *A new Argument for a narrow view of "litem suam facere"*, en *TR*. 52 (1984) 373-387; PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid 1987); GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, pp. 3-59.

a) Si bien es cierto que el *intertium* era un decreto del magistrado municipal, también lo es que su finalidad era la de formalizar el acuerdo de las partes y el juez de comparecer al tercer día ante éste, destinatario del *iussum iudicandi* del magistrado. La no-comparecencia del demandante o del demandado ante el juez no era propiamente un acto de desacato al decreto magistradual, pues la comparecencia procedía de un convenio entre las partes, y la única competencia que tenía el magistrado municipal era la de formalizarlo. Sí podía, en cambio, dar lugar a desacato la no-justificada no-comparecencia del juez, pues el origen de su deber radicaba, no en el acuerdo de las partes con él, sino en el *iussum iudicandi*; de ahí precisamente que se concediese una acción *qui litem suam facit* contra el juez que no cumpliera su *officium*.

b) Existe una gran semejanza entre la *litis contestatio* –que también originaba un decreto¹⁶⁶– y el *intertium*. Por analogía con el procedimiento formulario, podemos pensar que si el decreto de *iudicium accipere* no obligaba de suyo a comparecer a las partes ante el juez, tampoco obligaría el *intertium*. Es más: precisamente porque las partes no estaban obligadas a comparecer ante el juez, la fase *apud iudicem* podía celebrarse en contumacia. Esto no ocurría, en cambio, en la fase *in iure*, donde las partes debían acudir ante el magistrado, pues de lo contrario, o se denegaba la acción al demandante, o se acababa decretando una *missio in bona*. Con razón, por tanto, advierte Giménez-Candela, a propósito del *intertium*, que “si las partes no comparecen al tercer día, no hay sanción..., pues comparecer ante el juez no es un requisito indispensable para la prosecución de las actuaciones”¹⁶⁷.

c) El silencio de la *lex Irnitana* sobre la posible acción contra el demandante o el demandado que desacataren el *intertium* hay que

166. Cfr. D’ORS, *DPR*.⁸, § 102; y KASER, *ZPR*., pp. 222 ss. En p. 222 n. 48, afirma Kaser, con fundamento en la *lex Rubria*, cap. 20, línn. 19 ss., que el decreto de *iudicium accipere* pudo ser aproximadamente así: “*Inter Aulum Agerium et Numerium Negidium iudicium do itaque iudicari iubeo in haec verba: Lucius Titius iudex esto. Si paret...*”.

167. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, p. 28.

interpretarlo en el sentido de que efectivamente no existió tal acción más que en el de que se silenció por ser la acción supletoria del edicto que nos ocupa.

d) El texto ulpiano D. 2, 3, 1, 3 no tiene necesariamente que referirse a la no-comparecencia ante el juez, ya que hay otros supuestos posibles de desacato por parte del demandante o del demandado; así, por ejemplo, la negación del demandante o del demandado a dar una caución decretada; o contra el solicitante del *interdictum demolitorium* que no acatare la *remissio* después de que el demandado haya dado la caución; o en un interdicto *de tabulis exhibendis*, cuando el solicitante, no sólo se limita a ver el contenido de las tablillas, sino que se las lleva, etc.

Así, pues, en mi opinión, aunque el *intertium* era un decreto del magistrado municipal, su desacato por parte de los litigantes no daba lugar a la acción por desacato, ya que el único que podía desobedecerlo era el juez, y contra él se daba la actio *qui litem suam facit*, y no la que aquí estudiamos.

3. Decreto *ex cautione damni infecti*

Con carácter general, la romanística¹⁶⁸ viene afirmando desde antaño que, aunque *iubere caveri stipulatione praetoria* y *mittere in possessionem* son actos más propios del imperio del pretor que de la jurisdicción¹⁶⁹, los magistrados municipales, por delegación del pretor, pudieron exigir la caución del daño temido y decretar la *missio in possessionem ex primo decreto*. El llamado segundo decreto, que sirve

168. Vid. LENEL, *EP.*³, p. 53; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*² II, 1 (Milano 1966) pp. 412 s.; KASER, *ZPR.*, p. 129; SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 208; BETANCOURT, *Recursos supletorios*, p. 107.

169. Cfr. Ulp., D. 2, 1, 4.

como título de usucapión, quedó en cambio reservado al pretor. Así parece deducirse de Ulp., D. 39, 2, 4, 3:

Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit.

Prima facie habría que pensar que nada tiene que ver la acción por desacato con el trámite municipal de la *cautio damni infecti*, ya que si el propietario de la casa que amenaza ruina no quiere dar la caución exigida por el magistrado municipal, a petición del propietario vecino, se concederá la *missio ex primo decreto*, y no la acción por desacato, que es, en todo caso, supletoria.

Si, a pesar del *primum decretum*, el propietario del fundo que amenaza ruina persiste en su negativa, el adversario solicitará al pretor –o al magistrado municipal, si ha habido delegación *ad casum*¹⁷⁰– que conceda el *secundum decretum* de la *missio*. Como es sabido, contra el que impide entrar al *missus* se dará el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, cuya infracción origina una *actio ex interdicto*, que puede llevar a la *missio in bona*. Así, pues, el trámite de la *cautio damni infecti* municipal, delegado o no en el magistrado municipal, forma un ciclo procesal cerrado, que comienza con la negativa de dar caución y termina, si se persiste en esa actitud, en la *missio in bona*.

Sin embargo, podría pensarse que tiene lugar la acción por desacato como recurso supletorio del régimen de la *cautio damni infecti*¹⁷¹ cuando el daño temido se produce efectivamente después del decreto de caución, pero antes de que el propietario del fundo que amenaza ruina haya dado la caución, una vez cumplido el plazo. También podría

170. Cfr. Ulp., D. 39, 2, 1 y 4; y LENEL, *EP.*³, p. 53.

171. Sobre los recursos supletorios de la *cautio damni infecti*, vid. BETANCOURT, *Recursos supletorios*, pp. 7-121; y *La defensa pretoria del "missus in possessionem"*, en *AHDE*. 52 (1982) 373-510.

tener lugar esta acción cuando se produce el daño después de haber concedido el magistrado municipal el primer decreto, pero antes de solicitar el adversario el segundo. En efecto, el desacato de estos decretos magistradales bien pudo ocasionar la acción popular que nos ocupa. Sin embargo, de Ulpiano, D. 39, 2, 7 pr. parece desprenderse que en los municipios –salvo especial concesión legal¹⁷²– se aplicó, en este caso, la misma acción *in factum* que en Roma¹⁷³, pues las palabras edictales que Ulpiano recoge parecen referirse, no sólo al pretor, sino también al magistrado municipal: “*de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est*”. Otro texto que apoya esta hipótesis es Ulp., D. 39, 2, 4, 2, que, a propósito de las acciones del pretor y del magistrado municipal, emplea la expresión *eadem actione utendum est*.

Así, pues, me parece que, a pesar de que el magistrado municipal concediera decretos en este campo de la *cautio damni infecti*, no se ejercitó, sin embargo, la acción por desacato, porque:

a) la acción por desacato es supletoria, y aquí cada ilícito tenía acción propia;

b) si el pretor hubiera delegado al magistrado municipal algunos trámites de la *cautio damni infecti*, también habría delegado los medios coactivos procesales pertinentes;

c) las fuentes dan a entender que la acción *in factum* que se aplicó en municipios para el caso de que se produjera el daño antes de la caución

172. Cfr. cap. 20 de la *lex Rubria* (FIRA. I, pp. 171-173), donde se concede una acción ficticia “como si se hubiera dado caución”, en caso de que se produjera el daño.

173. Muchos han pensado que esta acción *in factum* (de la que se habla expresamente en Ulp., D. 39, 2, 15, 36 y D. 39, 2, 17, 3), quizá por concomitancia con la acción ficticia del cap. 20 de la *lex Rubria*, debió de ser también ella ficticia (cfr., por todos, BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel Diritto romano* [Padova 1937] pp. 27 ss.; y más recientemente RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht* [Graz 1987] pp. 132-137). En contra, BETANCOURT, *Recursos supletorios*, pp. 77-90; y art. cit., en *AHDE*. 52 (1982) 429-445.

era la misma que en Roma, y no la acción *in factum* por desacato al decreto del magistrado municipal;

d) el hecho de que no haya ninguna referencia a la *cautio damni infecti* en los comentarios de Ulpiano, Paulo y Gayo al edicto por desacato ni ninguna referencia en el edicto de la *cautio damni infecti* a la acción por desacato hace pensar que esta acción fue ajena a este trámite.

E) LÍMITES TERRITORIALES, PERSONALES Y MATERIALES

El desacato a los decretos de los magistrados municipales está delimitado por criterios territoriales, materiales y personales. De los primeros nos habla Paulo, en D. 2, 1, 20:

Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere.

Que este texto se refiere a los magistrados municipales y no al pretor lo sabemos por su ubicación en el libro 1 *ad edictum*, por el uso de la expresión *ius dicens* –no exclusiva pero sí típicamente municipal– y por la palabra *territorium*¹⁷⁴, que no suele utilizarse para designar el territorio de la Urbe, sino más bien el que está fuera de Roma¹⁷⁵.

Como es sabido, el Edicto no precisó, al parecer, la cuantía a partir de la cual quedaba excluida la jurisdicción municipal; de ahí que ésta

174. Pomponio, en D. 50, 16, 239, 8, define el *territorium* como *universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis*.

175. Así lo vio ya CUYACIO, c. 8: “At quia haec lex proprie pertinet ad magistratus municipales, dicit extra territorium... Nec usquam ea appellatio terminis attribuitur urbis Romae vel provinciae cuiusquam qui longissimi sunt, sed municipii tantum circumsepto permodico”.

viniera determinada por cada ley municipal particular¹⁷⁶. Sabemos, por ejemplo, que en la *lex Irnitana* la cuantía máxima de los juicios municipales era de 1.000 sestercios¹⁷⁷; que en el Fragmento Atestino era de 10.000 sestercios¹⁷⁸, y que en la *lex Rubria* alcanzaba los 15.000 sestercios¹⁷⁹.

Esta exclusión de jurisdicción municipal de aquellos litigios que sobrepasen la tasa establecida no se aplica cuando existe acuerdo entre las partes¹⁸⁰. Así lo dice Paulo, esta vez en D. 50, 1, 28:

Inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur¹⁸¹.

En el capítulo 84 de la *lex Irnitana*¹⁸², que versa sobre qué asuntos y hasta qué cuantía hay jurisdicción en el municipio, se habla también de la jurisdicción convenida, pero en unos términos más amplios que en el comentario de Paulo, ya que el acuerdo de las partes, no sólo supera el límite de la cuantía, sino también otros, como el de la infamia¹⁸³.

176. Vid. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, pp. 186-195; y D'ORS, *LFM.*, p. 171.

177. Cfr. cap. 84 de la *lex Irnitana*. La escasa cuantía de la *lex Irnitana* denota la poca importancia del municipio.

178. Cfr. *Fragmentum Atestinum* (FIRA. I, p. 177).

179. Cfr. *Lex Rubria*, cap. 21 (FIRA. I, p. 173).

180. Vid. LAFFI, *I limiti della competenza giurisdizionale dei magistrati locali*, en *Estudios sobre la Tabula Siarensis* (Madrid 1988) pp. 141-156; SIMSHÄUSER, *La jurisdiction municipale*, pp. 643 ss.

181. LENEL da, sin motivo especial que lo justifique, el mismo número de colocación en su *Palingenesia* —concretamente el § 83— tanto a D. 2, I, 20 como a este fragmento que comentamos (cfr. *Palingenesia* I, c. 966).

182. Sobre este capítulo de la *lex Irnitana*, vid. SIMSHÄUSER, *La jurisdiction municipale*, pp. 621 ss.

183. Sobre jurisdicción convenida, cfr. también el cap. 69 de la *lex Irnitana*, donde se dice que *si privatim agetur, ibi invito alterutro actio non esset* (lín. 12 s.), así como Ulp., D. 5, 1, 1 y Jul., D. 5, 1, 74, 1. Un estudio sobre este cap. 69 de la *lex Irnitana* nos ofrece ahora LAFFI, *Le funzioni giudiziarie dei senati locali nel mondo romano*, en *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* 54 (Roma 1991) pp. 73-86.

Esta posibilidad de jurisdicción convenida me imagino que tuvo una importancia capital en el desarrollo de la jurisdicción municipal, ya que, de no existir, la función del magistrado municipal, sobre todo en municipios de cuantía pequeña como el de Irni, hubiera quedado absolutamente mermada.

Hay un fragmento del libro 1 del comentario de Paulo *ad edictum* que Lenel ubicó en el edicto § 5¹⁸⁴, y que, en mi opinión, está relacionado, no con este edicto § 5, sino con el edicto por el desacato, y más concretamente con los límites en razón de la cuantía. Se trata de Paulo, D. 50, 16, 4:

Nominis appellatione rem significari Proculus ait.

Podría pensarse que este fragmento está relacionado con Paul., D. 50, 16, 5 pr.¹⁸⁵ y Ulp., D. 50, 16, 6 pr.¹⁸⁶, pero el criterio formal del número del libro me hace dudar seriamente de esta hipótesis. En efecto, D. 50, 16, 4 está tomado del libro 1 de Paulo *ad edictum*; D. 50, 16, 5 pr., del libro 2 de Paulo, y D. 50, 16, 6 pr., del 3 libro de Ulpiano *ad edictum*. De ahí que me incline a pensar que D. 50, 16, 4 debe relacionarse, más que con estos textos, con Paul., D. 50, 1, 28, fragmento al que debe seguir en la reconstrucción palingenésica de los comentarios *ad edictum*.

Nomen, en un contexto patrimonial, significa crédito. Quizá Paulo utilizó esta afirmación de Próculo para advertir que los pleitos crediticios, como eran *res*, si había acuerdo de las partes, quedaban sometidos a la jurisdicción municipal, aunque se tratase de una *res maior*.

184. Cfr. primera parte de este trabajo, ap. I, D, 4.

185. D. 50, 16, 5 pr.: *Rei appellatio latior est quam 'pecuniae', quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae patrimonio sunt.*

186. D. 50, 16, 6 pr.: *'Nominis' et 'rei' appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet.*

Pero si de los límites territoriales y materiales tenemos noticia por Paulo, la información de los límites personales nos viene a través del único texto del comentario de Gayo que se nos conserva sobre este edicto. Dice así D. 50, 1, 29:

Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.

Por este texto de Gayo sabemos que los *incolae* estaban sometidos a una doble jurisdicción: a la del magistrado municipal del municipio donde residían y a la del magistrado municipal del municipio donde eran munícipes. Por tanto, los magistrados municipales tenían jurisdicción no sólo sobre los munícipes, sino también sobre los residentes.

En íntima conexión con este fragmento gayano está el brevísimo —exactamente once palabras— capítulo 94 de la *lex Irnitana*, rubricado precisamente *De incolis*:

Huic legi uti municipes parere debuerint, ita eius municipii incolae parento.

La diferencia entre munícipe e *incola*¹⁸⁷ estriba en que se es munícipe en razón del *origo*¹⁸⁸ e *incola* en razón del domicilio¹⁸⁹. Así, como bien explica Ulpiano, se es munícipe *aut nativitas, aut manumissio, aut adoptio*¹⁹⁰, en tanto que son *incolae*, según Pomponio, *qui alicuius oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se quasi in aliquam sedem recipiant*¹⁹¹.

187. Vid. BERGER, *Incola*, en *RE*. 9 (1916) 1249-1256.

188. Vid. NÖRR, *Origo. Studien zur Orts-, Stadt- und Reichzugehörigkeit in der Antike*, en *TR*. 31 (1963) 525-600; y *Origo*, en *RE*. Suppl. 10 (1965) 433-473.

189. Vid. KASER, *ZPR.*, p. 182 ; y D'ORS, *LFM.*, p. 182.

190. Cfr. D. 50, 1, 1 pr.

191. Cfr. Pomponio, D. 50, 16, 239, 2.

Conviene traer a colación un interesante rescripto de Diocleciano y Maximiano (CJ. 10, 40, 7 pr.-1):

Cives quidem origo manumissio adlectio¹⁹² adoptio, incolas vero, sicut et divus Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit, domicilium facit. (1) Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit.

El problema que plantea esta constitución es el de saber si *edictum suum* se refiere al Edicto Perpetuo codificado por orden de Adriano o, por el contrario, a uno de los muchos edictos que Adriano dio durante su gobierno¹⁹³.

Tanto d'Orgeval¹⁹⁴ como Nörr¹⁹⁵ piensan, con razón, que la expresión *edictum suum* se refiere, no al Edicto ordinario, sino a un edicto particular¹⁹⁶.

A favor de d'Orgeval y Nörr se puede argumentar que, en los textos post-clásicos, en tanto no se utilice la expresión *Edictum Perpetuum*, hay que pensar que se trata de un edicto particular. En contra de su parecer, sin embargo, está la posible conexión existente entre CJ. 10, 40, 7 pr. y Ulpiano, D. 50, 1, 1 pr., tomado precisamente del

192. D'ORS, *EJER.*, p. 151, cita un caso de *adlectio*. Se trata de Nigelio, nacido en Córdoba, que fue *adlectus in numerum civium* por los decuriones de un municipio próximo a Antequera llamado Singilia.

193. D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrien* (Paris 1950).

194. D'ORGEVAL, *Hadrien* cit., pp. 248-253.

195. NÖRR, art. cit., en *RE. Suppl.* 10 (1965) 444, para quien "beide Konstitutionen (Diokl., CJ. 10, 40, 7 und CTh. 12, 1, 5, a. 317) gehören in den Rahmen der hadrianischen Gesetzgebung über die Gemeindelasten".

196. Esta es también, al parecer, la opinión de Kaser, que, en carta de 27-7-1991, me decía: "Für die Vermutung, dass in CJ. 10, 44, 7 pr. mit *edictum suum* das *Edictum Perpetuum* gemeint sein könnte, sehe ich keinen Anhalt".

libro 2 *ad edictum*, que dice que *municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio*. De todas formas, si *edictum suum* se refiriera al *Edictum* ordinario –lo cual es poco probable–, no habría que ponerlo en relación con nuestro edicto por desacato, sino más bien con alguno de los comentarios del libro 2 *ad edictum* de Ulpiano, donde se habla profusamente de los límites jurisdiccionales, pues en el libro 1 *ad edictum* sólo se comenta este tema en la medida en que sirve para explicar el alcance del *non obtemperare*.

V. NUEVA PALINGENESIA DE LOS COMENTARIOS DE ULPIANO, PAULO Y GAYO AL EDICTO POR DESACATO

A la luz del estudio realizado, podemos ofrecer la siguiente Palingenesia de los comentarios de Ulpiano, Paulo y Gayo al edicto por desacato al decreto del magistrado municipal:

ULPIANUS, liber 1 ad edictum:

- D. 2, 3, 1 pr. (§ 173): Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.
- D. 50, 17, 102 pr. (§ 179): Qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur.
- D. 50, 16, 1 (§ 175): Verbum hoc ‘si quis’ tam masculos quam feminas complectitur.
- D. 2, 3, 1, 1 (§ 174): Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur.

- D. 2, 3, 1, 2 (§ 176): Si procurator tuus vel tutor vel curator ius dicenti non obtemperavit¹⁹⁷, ipse punitur, non dominus vel pupillus.
- D. 2, 3, 1, 3 (§ 176): Non solum autem reum, qui non obtemperavit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petitozem.
- D. 2, 3, 1, 4 (§ 177): Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur.
- D. 47, 23, 8 (§ 189): Omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur.
- D. 50, 17, 102, 1 (§ 179): Eius est actionem denegare, qui possit et dare.
- D. 47, 23, 3 pr.-1 (§ 188): Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur. (1) In popularibus actionibus is cuius interest praefertur.

PAULUS, liber 1 ad edictum

- D. 2, 1, 20 (§ 83): Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere.
- D. 50, 1, 28 (§ 83): Inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur.
- D. 50, 16, 4 (§ 94): ‘Nominis’ appellatione rem significari Proculus ait.
- D. 44, 7, 35 pr.-1 (§ 84): In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum

197. LENEL, *Palingenesia* II: *obtemperaverit*.

bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. (1) In duumviros et rem publicam etiam post annum actio datur ex contractu magistratuum municipalium.

- D. 47, 23, 2 (§ 85): Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.

GAIUS, liber 1 ad edictum:

- D. 50, 1, 29 (§ 53): Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.

VI. CONCLUSIONES SOBRE EL EDICTO POR DESACATO

Aparte la nueva ordenación palingenésica de los comentarios de Ulpiano, Paulo y Gayo al edicto por desacato, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1. El Pretor introdujo la acción por desacato en el Edicto para suplir la limitación del magistrado municipal de no poder dar acciones *in factum* que defendieran su propia jurisdicción. Así debe entenderse la expresión *iudicium poenale* de Ulp., D. 2, 3, 1 pr.

2. La acción por desacato al decreto del magistrado municipal era pretoria, concebida *in factum*, penal, popular, anual, intransmisible pasivamente, estaba referida al *quanti ea res est*, y, probablemente, era tramitada ante un tribunal de *recuperatores*.

3. Es *condicio sine qua non* para que se dé esta acción que el magistrado municipal haya dictado un decreto. Por eso, lo que Ulpiano ha querido significar en D. 2, 3, 1, 3 con la expresión *extremum in iurisdictione* es que, en tanto el magistrado municipal tenga recursos propios –es decir, la posibilidad de dar decretos sobre el mismo asunto– para hacer valer su jurisdicción, aunque haya desacato, no procede la acción por desacato. En efecto, el pretor lo que pretende con esta acción es defender la jurisdicción del magistrado, no evitarla.

4. Con fundamento en las fuentes –sobre todo en el capítulo 84 de la *lex Irnitana*–, y siguiendo el parecer de algunos romanistas, se puede afirmar que los magistrados municipales pudieron decretar interdictos.

5. Ni el desacato al decreto de *intertium* ni el trámite municipal de la *cautio damni infecti* dieron lugar a la acción por desacato, ni tan siquiera, en este último caso, como recurso supletorio.

6. Es probable que las siguientes palabras pertenezcan al primer edicto del Edicto Perpetuo:

SI QUIS¹⁹⁸ I.D.P.E.¹⁹⁹ NON OBTEMPERAVERIT²⁰⁰ Q.E.R.E.²⁰¹ T.P.I.R. D. T.Q.P.D.T.D.D.P.F.²⁰² QUICUMQUE AGERE VOLET²⁰³ I.D.²⁰⁴

198. Cfr. Ulp., D. 50, 16, 1.

199. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5, 1 (FIRA. II, p. 456): I.D.P.E.: *Iure dicundo praeerit*.

200. Cfr. Ulp., D. 2, 3, 1, 1-3.

201. *EST* y no *ERIT* (cfr. Ulp., D. 2, 3, 1, 4).

202. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5, 8 (FIRA. II, p. 457): *Q.E.R.E.T.P.I.R.D.T.Q.P.D.T.D.D.P.F.*: *Quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denunciandi potestatem faciam*.

203. Cfr. Ulp., D. 47, 12, 3 pr., por analogía con nuestra acción, en relación con Ulp., D. 47, 23, 3; Ulp., D. 47, 23, 8 y Paul., D. 47, 23, 2.

204. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5, 6 (FIRA. II, p. 456): I.D.: *Iudicium dabo*.

ÍNDICE DE FUENTES

I. FUENTES JURÍDICAS

A) *Corpus Iuris Civilis*

Digesto:

1, 12, 3:	34.	2, 3, 1, 2:	43 ss., 83, 85 n. 200.
1, 16, 16:	34.	2, 3, 1, 3:	43, 45, 49, 72, 74, 83, 85 y n. 200.
1, 21, 1:	38.	2, 3, 1, 4:	42 s., 45, 49 ss., 60, 83, 85 n.201.
2, 1, 1:	38.	2, 5, 2, 1:	65 n.143.
2, 1, 2:	37.	2, 6, 1:	34.
2, 1, 4:	68, 74 n.169.	2, 6, 2:	34, 37.
2, 1, 7 pr.:	51 n.95.	2, 8, 8, 3-5:	38.
2, 1, 10:	41.	2, 12, 1:	38.
2, 1, 16:	38.	2, 14, 38:	38.
2, 1, 17:	38.	3, 2, 1:	37.
2, 1, 19, 1:	38.	3, 4, 7:	36 n.51.
2, 1, 20:	43, 45, 77 s. y n.181, 83.	3, 4, 9:	36 n.51, 38.
2, 2:	20.	4, 3, 15:	36 n.51.
2, 3:	20.	5, 1, 1:	78 n.183.
2, 3, 1:	42 n.57.	5, 1, 74, 1:	78 n.183.
2, 3, 1 pr.:	43 s., 46 ss., 82, 84.	5, 3, 4:	25, 31.
2, 3, 1, 1:	34, 43 s., 51, 62 ss., 82, 85 n. 200.	6, 3, 1, 1:	36 n.51.
		7, 1, 56:	36 n.51.

9, 2, 29, 7:	36 n.51.	47, 2, 31, 1:	36 n.51
9, 3, 5, 5:	51 n.98.	47, 12, 1:	59 n.121.
9, 3, 5, 13:	51 n.97.	47, 12, 3 pr.:	51 n.96, 85 n.203.
9, 4, 3:	29.	47, 12, 3, 8:	61 n.132.
10, 4, 7, 3:	36 n.51.	47, 12, 6:	55.
11, 4:	20.	47, 23, 2:	43, 45, 52 ss., 57
11, 4, 4:	38.		n.113, 84, 85 n.203.
11, 4, 5:	38.	47, 23, 3 pr.:	31, 43, 45, 52, 57 s., 83, 85 n.203.
13, 5, 5, 7-10:	36 n.51.		31, 43, 45, 52 ss., 70, 83, 85 n. 203.
22, 6, 9, 5:	36 n.51.	47, 23, 3, 1:	52 s., 56.
27, 8:	38.		31, 43, 45, 51 s., 55, 83, 85 n.203.
32, 76:	38.	47, 23, 8:	80 n.190, 81 s.
36, 1, 27:	36 n.51.		38.
36, 4, 12:	37.	47, 23, 4:	68.
38, 17, 2, 44:	36 n.51.	47, 23, 8:	43, 45, 78 s., 83.
39, 2, 1:	75 n.170.		43, 45, 57, 80 s., 84.
39, 2, 4:	75 n.170.	50, 1, 1 pr.:	38.
39, 2, 4, 2:	76.		38.
39, 2, 4, 3:	75.	50, 1, 11:	38.
39, 2, 7 pr.:	76.	50, 1, 26:	38.
39, 2, 15, 36:	76 n.173.	50, 1, 28:	20.
39, 2, 17:	36 n.51.	50, 1, 29:	36 n.51.
39, 2, 17, 3:	76 n.173.		
39, 4, 1:	11 n.5.	50, 4, 11 pr.:	
42, 1, 4, 2:	36 n.51.	50, 7, 9, 2:	
42, 1, 53:	43 s. n.68.	50, 7, 11:	
43, 8, 7:	68 s. y n.153.	50, 8:	
43, 23, 1, 1:	10 n.4.	50, 8, 5:	
44, 7, 35 pr.:	43, 46, 58 s., 83 s.		
44, 7, 35, 1:	43, 46, 58 s., 84.		

50, 16, 1:	33, 42 n.57, 43 s., 52 n.104, 82, 85 n.198.	50, 16, 6 pr.:	79 y n.186.
		50, 16, 85:	37.
50, 16, 2 pr.:	25, 31.	50, 16, 195, 3:	10 n.3, 28 n.32.
50, 16, 2, 1:	25, 31, 71 n.162.	50, 16, 225:	38.
		50, 16, 239, 2:	80 n.191.
50, 16, 4:	25, 31, 43, 45, 79 s., 83.	50, 16, 239, 8:	77 n.174.
		50, 17, 102 pr.:	43 s., 49, 82.
50, 16, 5 pr.:	79 y n.185.	50, 17, 102, 1:	43, 45, 83.
		50, 17, 104:	29.

Código:

2, 11, 18:	38.	10, 40, 7 pr.:	38, 44, 81 s.
5, 75:	38.	10, 40, 7, 1:	38, 44, 81 s.

B) Otras fuentes jurídicas

Basílicos:

7, 7, 1: 47 n.69.

Fragmenta Argentoratensia:

II, b, verso: 38.

Fragmentum Atestinum:

38, 78.

Instituciones de Gayo:

4, 46: 49 n.74, 61
n.133.

4, 139: 68 s.

Lex Irnitana:

cap. 26: 57 n.111.

cap. 45: 57 n.111.

cap. 48: 57 n.111.

cap. 62: 57 n.111.

cap. 67: 57 n.111.

cap. 69: 78 n.183.

cap. 74: 57 n.111.

cap. 75: 57 n.111.

cap. 84: 44, 59, 62, 68,
78 y n.177, 85.

cap. 85: 68, 71 n.162.

cap. 90: 57 n.111, 70 ss.

cap. 91: 70 s., 72 n.164.

cap. 94: 80.

Lex Rubria:

- cap. 19: 67 n.146, 68.
cap. 20: 38, 48 n.73, 73
n.166, 76 nn.172
y 173.
cap. 21: 38, 53, 61, 78.
cap. 22: 38, 67 n.146.

Pap. Antinopolis:

- 22: 71.

Probo, *De notis iuris fragmenta:*

- 5, 1: 85 n.199.
5, 6: 85 n.204.
5, 8: 42 n.58, 60, 85
n.202.

Lex Ursonensis:

- cap. 129: 53 n.106, 61.

II. FUENTES LITERARIAS

Apiano, *De bellis civilibus:*

- 1, 38, 172: 32 n.39.

Esparciano, *Vita Hadriani:*

- 22, 13: 32 s. nn.39 y 44.

Capitolino, *Antoninus Pius:*

- 2, 11: 32 n.39.

Suetonio, *De vita Caesarum:*

- 41: 71 s. n.163.

Vita Marci Antonini:

- 11,6: 32 n.39.

