

TESIS DE DOCTORADO

"EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO"

PADRINO DE TESIS:

DR. CARLOS E. AMBROSIONI.-

ALUMNO:

Abogado Esther Edith D'Esposito de  
de Aspro.-

La Plata, Octubre de 1971.-

-----oooOooo-----

## BIBLIOGRAFIA

- AMBROSIONI Carlos E.      "El Proceso Romano", en Anales F.C.J. y S. La Plata, T° XXII, 1963.-
- "Lecciones de Derecho Romano"  
                                 La Plata, 1955.-
- ARANGIO RUIZ V.      "Instituciones de Derecho Romano", Ed.1946.-
- AULO GELIO      "Noches Aticas".-
- BERETTA Pietro      "Condemnatio in bonum aequum"  
                                 Studi Solazzi,1948.-
- BONGERT Yvonne      "Recherches sur les Récupérateurs", Varia, 1952.-
- BOYE A.J.      "Pro Pretonia Iusta", Mélanges H.Levy-Bruhl,1959.-
- CARRELLI O.      "Génesis del Procedimiento Formulario",Milán 1946.-
- CICERON      "Ad Attico"  
                                 "de Oratore"  
                                 "Los officios"  
                                 "Pro Caecina"  
                                 "Pro Flacco"  
                                 "Pro Murena"  
                                 "Pro Roscio Comoedo"  
                                 "Pro Tullio"  
                                 "Verres"
- DE MARTINO Francisco      "La jurisdicción en el Derecho Romano", Padua, 1937.-
- DI PIETRO Alfredo.-      "Notas a las Institutas de Gajo", La Plata, 1967.-
- KELLY J.      "Roman Litigation",Oxford, 1966.-

/.

BIBLIOGRAFIA (continuación)

- LENEL Otto.- "L'Edit Perpetuel".-Paris, 1901 y 1903.-
- LEVY BRUHL H. "Recherches sur les Actions de la Loi".-Paris, 1960.
- MAGDELAIN André. "Les Actions Civiles".-Paris, 1954.-
- MONIER R. "La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporeales et incorporales".- Studi Solazzi, 1948.-
- PONCE DE LEON Mario J. "El Negocio Jurídico".- Ed. Centro Estudiantes Derecho.
- PUGLIESE Juan "El Procedimiento Civil Romano", Milán, 1963.-
- SAUTEL G. "Essai sur la notion romaine de commercium á l'époque arcienne", Varia, 1952.-
- SAVIGNY Carlos "Derecho Romano Actual", Tº IV, Ed. Madrid 1879.-
- SCIALOJA V. "Procedimiento Civil Romano" Ed. E. J. E. A., 1954.-
- SUETONIO "Los Doce Césares".-
- TITO LIVIO "Historia de Roma".-
- WATSON Alan "The Law of Obligations in the Later Roman Republic". Oxford, 1965.-
- "The Law of Property in the Later Roman Republic".- Oxford, 1968.-
- WENGER L. "Actio Iudicati".- Ed. E. J. E. 1954.-

/.

FUENTES Y OTRAS OBRAS CONSULTADAS

CORPUS IURIS CIVILIS

Traducción de García del Corral.-

INSTITUTAS DE GAYO

Traducción y comentario del Dr. Alfredo Di Pietro.-

TABULAE HERCULANENSES

Publicadas por Arangio Ruiz-Pugliese Carratelli en "La Parola del Passato"

SCRIPTI DI DIRITTO ROMANO  
in onore di CONTARDO FERRI  
NI

Milán, 1946.-

STUDI IN ONORE DI SIRO SOLAZZI

Nápoles, 1948.-

-----oooOooo-----

## SUMARIO

### CAPITULO I.-

#### ORIGENES DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.

- a) Epoca pre Aebutia.-
- b) Influencia del proceso Provincial y las fórmulas del Pretor Peregrino.-
- c) Las leyes Aebutia e Iulia.-

### CAPITULO II.-

#### ORDENAMIENTO JUDICIAL

- a) Los Magistrados.-
- b) La iurisdictio y el imperium.-
- c) Competencia.-
- d) Los jueces.-

### CAPITULO III.-

#### LA FORMULA.- CONCEPTO.- PARTES DE LA FORMULA.-

- a) Partes ordinarias.-
- b) Presencia de las partes en la fórmula.-
- c) Partes extraordinarias de la fórmula.- Exceptiones y praescriptiones.-
- d) Plus y minus petitio.-

### CAPITULO IV.-

#### LA FORMULA Y LA ACCION .-

- a) Clase de acción y de fórmula.-
- b) Transmisión y acumulación de las acciones.-

### CAPITULO V.-

#### LA ETAPA IN IURE.-

- a) Actividad del Magistrado.- Iudicium dare, iudicare ig bere.-
- b) Actividad de las partes.-

1.

SUMARIO (continuación)

- c) Capacidad: formas de actuación en nombre propio y ajeno.-
- d) Editio actionis.-
- e) In ius vocatio.- Vadimonium.-
- f) Interrogatio, confessio e iusiurandum in iure.-
- g) Litis contestatio.-

CAPITULO VI.-

LA ETAPA IN IUDICIUM

- a) Intervención del Juez.-
- b) La sentencia y extensión de los poderes del Juez.-
- c) Responsabilidad del Juez.-
- d) Actividad de las partes en la etapa in iudicio.- Prueba.-
- e) Satisfacción al actor entre la litis contestatio y la sentencia.-
- f) Sanciones contra los litigantes temerarios.-
- g) La cosa juzgada.-

-----0000000-----

## INDICE GENERAL

### ORIGENES DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

#### CAPITULO I.-

- a) Epoca pre Aebutia.....1
- b) Influencia del proceso Provincial y las fórmulas del Pretor Peregrino.....7
- c) Las leyes Aebutia e Iulia.....14

### ORDENAMIENTO JUDICIAL

#### CAPITULO II.-

- a) Los Magistrados.....17
- b) La iurisdictio y el imperium.....20
- c) Competencia.....26
- d) Los jueces.....30

### LA FORMULA.-CONCEPTO.-PARTES DE LA FORMULA.-

#### CAPITULO III.-

- a) Partes ordinarias.....36
- b) Presencia de las partes en la fórmula.....39
- c) Partes extraordinarias de la fórmula.- Exceptiones y praescriptiones.....44
- d) Plus y minus petitio.....52

### LA FORMULA Y LA ACCION

#### CAPITULO IV.-

- a) Clase de acción y de fórmula.....60
- b) Transmisión y acumulación de las acciones.....95

### LA ETAPA IN IURE

#### CAPITULO V.-

- a) Actividad del Magistrado.- Iudicium dare iudicare iubere.....90
- b) Actividad de las partes.....102

/. INDICE GENERAL (continuación)

c) Capacidad: formas de actuación en nombre propio y ajeno.....106

d) Editio actionis.....108

e) In ius vocatio.- Vadimonium.....110

f) Interrogatio, confessio e iusiurandum in iure.....114

g) Litis contestatio.....117

LA ETAPA IN IUDICIUM

CAPITULO VI.-

a) Intervención del Juez.....122

b) La sentencia y extensión de los poderes del Juez..124

c) Responsabilidad del Juez.....125

d) Actividad de las partes en la etapa in iudicium.  
Prueba.....126

e) Satisfacción al actor entre la litis contestatio y la sentencia.....130

f) Sanciones contra los litigantes temerarios.....131

g) La cosa juzgada.....134.-

-----0000000-----

## INDICE   TEMATICO

### ACCIONES:

adiecticiae qualitatis.....	78
acumulación.....	95
arbitrarias.....	55, 78.-
civiles.....	60
de la Ley.....	4, 13.-
honorarias.....	60.-
in personam.....	69.-
in rem.....	69.-
mixtas.....	85, 89.-
penales.....	85.-
præiudiciales.....	71.-
reipersecutorias.....	85
sine lege.....	63
transmisión de las.....	95

### ACTIO

ad exemplum institoria.....	85
ad exhibendum.....	75
annalis de peculio.....	82
condictio furtiva.....	91
de eo quod certo loco.....	55, 78.-
de peculio et de in rem verso.....	59, 79.-
depositi de peculio etc.....	81
exercitoria.....	84
funeraria.....	77
furti.....	91
injurias.....	41, 77.-
institoria.....	84
iudicati.....	134
iudicati de peculio.....	136
petición de herencia.....	63
Publiciana in rem.....	66
quod iussu.....	80
rei uxoria.....	78
tributoria.....	83

AGERE PER CONCEPTA VERBA.....2

ARBITRO.....32

AUSENTE.....112

CENSOR.....22

CENTUMVIROS.....30

COGNITORES.....106

<b>1.                    <u>INDICE TEMATICO (continuación)</u></b>	
<b>COMPETENCIA.....</b>	<b>26</b>
de magistrados municipales.....	28
territorial.....	27
<b>CONDEMNATIO in bonum et aequum.....</b>	<b>9,41,77.-</b>
<b>CONFESSIO IN IURE.....</b>	<b>115</b>
<b>CONSUL.....</b>	<b>17</b>
<b>CUESTORES.....</b>	<b>20</b>
<b>DAMNUM</b>	
Concepto.....	87
decidere y praestare.....	87
mortem causam praestare.....	93
<b>DOMINIUM.....</b>	<b>63</b>
<b>EDICTO</b>	
de los Ediles Curules.....	26
del Pretor.....	61
del Pretor Peregrino.....	25
del Pretor Urbano.....	25
<b>EDILES CURULES.....</b>	<b>17,26.-</b>
<b>FORMULA</b>	
Concepto.....	36
con transposición de sujetos.....	69,78
del Pretor Peregrino.....	7
ficticias.....	11,68,78.-
in factum.....	36,43,65.-
Octaviana.....	50
Partes de la.....	36
<b>GENESIS DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.....</b>	<b>1</b>
<b>HOSPITIUM</b>	
privado.....	8
público.....	9
<b>IMPERIUM.....</b>	<b>20</b>
domi.....	22
militae.....	22
mixtum.....	21
<b>INFITIATIO LITIS.....</b>	<b>47</b>
<b>IN IUS VOCATIO.....</b>	<b>110</b>
<b>INTERROGATIO IN IURE.....</b>	<b>114</b>

/.	<u>INDICE</u> <u>TEMATICO</u> (continuación)	
IUDEX UNUS.....		31
IUDICARE IUBERE.....		100
IUDICIA		
bonae fidei.....		10, 76
stricti iuris.....		6, 76
IUDICIUM DARE.....		99
IURIDICUS.....		20
IURISDICTIO.....		20, 29
IUS DICERE.....		60
JUEZ		
que hace suyo el litigio.....		125
sortitio.....		34
JUICIOS		
contenidos en el imperio.....		16
legítimos.....		16
LATITANTE.....		112
LAUDATORES.....		129
LEGATI AUGUSTI.....		19
LEX		
Acilia rubria.....		33
Aebutia.....		5, 6, 14
Agraria.....		17
Aquila.....		88
Aurelia iudiciaria.....		33
Colonia Gen Iul.....		15, 34
Iulia.....		14, 34
Liciniae Sextiae.....		17
Rupilia.....		12, 34
Servilia Glaucia.....		33
LICTORES.....		21
LITIGANTES TEMERARIOS		
Sanciones.....		131
LITISCONTESTATIO.....		16
concepto.....		102
efectos.....		117
MANCIPIUM.....		63
NOXA		
deditio.....		40
sarcire.....		87

/.

INDICE TEMATICO (continuación)

OPORTERE EX FIDE BONA.....	10,13
PENA.....	39
concepto.....	90
PLUS PETITIO.....	52
Causa.....	56
demonstratio.....	56
intentio.....	53
loco.....	55
re.....	53
tempore.....	53
POTESTAS.....	22
PRAESCRIPTIONES.....	51
PRAEFECTUS	
Aegypti.....	19
Iure dicunto.....	19
PRAEIUDICIA.....	72
PRAESIDES.....	19, 30
PRETOR	
Peregrino.....	10,17,26
Urbano.....	8, 17,26
PROCONSUL.....	19,28
PROCURADOR.....	106
PRUEBA.....	126
RECUPERATIO.....	10
RECUPERADORES.....	10,31
RES	
corporales e incorporales.....	64
mancipi.....	67
SACRATIO CAPITIS.....	40
SATISFACCION AL ACTOR ENTRE LA LITISCONTESTA- TIO Y LA SENTENCIA.....	130
USUFRUCTO.....	64
VADIMONIUM.....	73,110
VINDICATIO.....	63

-----000o000-----

## INTRODUCCION

En el presente trabajo, se trata la génesis del procedimiento formulario y los aspectos más salientes de este complejo tema, a través de la fuente más importante que se posee, las Institutas de Gayo y, lo que puede extraerse -pese a las interpolaciones- de la compilación de Justiniano, donde se encuentran importantes trazas del peculiar sistema procesal Romano.-

El procedimiento formulario, nacido como consecuencia del despliegue de la jurisdicción de equidad del Pretor Peregrino, fue elaborándose a través de varios siglos por la obra fecunda de Magistrados y Prudentes, hasta culminar en la más refinada técnica procesal.-

La actividad de los sujetos procesales, del Magistrado y del Juez, dan las pautas de la conjunción del elemento privatístico y publicístico que se hacen evidentes, por un lado, por la libertad de las partes para someter sus diferencias a un Juez privado, elegido de común acuerdo, y por el otro, la amplia facultad del Magistrado, con poder para dar o denegar la acción, que representa la función tutelar del Estado, pone fin a la venganza privada y lleva paulatinamente a un orden y a una solución pacífica de los conflictos de intereses "inter privatos".-

Los actos "magis imperium quam iurisdictionis", como la "missio in bona", la "in integrum restitutio" y las "stipulaciones pretorias", se tratan incidentalmente y cuando tienen íntima conexidad con el "ius dicere".-

Quiero manifestar, que para el desarrollo de esta tesis, he tenido no solo en cuenta la bibliografía que se menciona, sino también y muy especialmente, las valiosas en-

/señanzas que me brindaron a través de la Carrera Docente en Derecho Romano, el querido maestro Dr. Guillermo Allende y los distinguidos Profesores Dres. Carlos E. Ambrosioni, Alfredo Di Pietro y Mario J. Ponce de León, quienes estimularon mi vocación, despejaron mis dudas e hicieron posible mi acceso a la Cátedra.-

A todos ellos, mi gratitud.-

Esther Edith D'Esposito de de Aspro.-

-----oooOooo-----

## CAPITULO I.-

### ORIGENES DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

#### a) Epoca pre-aebutia.-

El sistema procesal romano conocido con el nombre de procedimiento formulario, que coexistió con el de las "legis acciones", nació según mayoría en doctrina, de la jurisdicción de equidad desplegada por el preter peregrino y emanado de su "imperium" y del "ius edicendi", para mitigar el desamparo en que se encontraban los extranjeros, por falta de "modus agendi" que tornaba ilusorio el ejercicio de sus derechos, por estarles vedado el uso de las "legis acciones".-

En efecto, en tal sentido nos dice el Doctor Carlos Ambrosioni: "La circunstancia de que las acciones de la ley y por ende el procedimiento por jurados sólo involucraban a los ciudadanos romanos, dentro de territorio romano y para cosas contempladas por el derecho quiritarario, venía a excluir no sólo a los extranjeros, sino también a las regiones que no eran consideradas prolongaciones jurídicas de la ciudad del Tiber y a los objetos que no regulaban las normas del derecho civil.-

"De manera que la única vía abierta para la tutela de esas situaciones la constituía el procedimiento extra ordinem que por no estar basado sobre el derecho y si sobre el "imperium" admitía mayor número de posibilidades que las contempladas por el "ius civile".-

"Sin embargo, se creyó necesario extender también a los peregrinos y luego a éstos en sus controversias con ciudadanos romanos, el régimen del juicio por jurados, aunque éste, como hemos advertido ya, difi

✓rió esencialmente de las "acciones de la Ley", por cuanto se elaboró en virtud de las fórmulas que se preparaban con antelación en el tribunal del pretor peregrino.-

"Es indudable que no se llegó a esta etapa si no relativamente tarde, por lo que cabe presumir que se arbitrara alguna solución intermedia hasta que se creó la referida magistratura peregrina.- Y consistió la misma en la ficción de los requisitos que faltaban, a saber la ciudadanía o la territorialidad o bien el carácter de mancipi de la cosa que no lo era.- Desde luego que la ficción no tuvo lugar en todos los casos, sino que fue un recurso utilizado por el magistrado en determinados supuestos".- (1).-

Mientras que para los extranjeros se elaboró un sistema procesal elástico, basado en consideraciones de equidad y utilidad práctica, los ciudadanos seguían sometidos al régimen rígido del procedimiento civil.- No tardó en verse la conveniencia de adoptar el procedimiento formulario ("agere per formulae").-

El pretor "vel supplendi, vel corrigendi, vel adiuvandi iure civile", tuteló ciertas situaciones de hecho marginadas por el derecho civil, pero cuya protección se hacía necesaria dada la evolución de los negocios jurídicos.-

Gayo nos dice, sin referencia cronológica, en el párrafo 30 del Libro IV de sus "Instituciones", lo siguiente: "Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, -namque ex nimia subtilitate ueteum qui

---

(1) AMBROSIONI Carlos.- "El proceso romano".- Pág.14 y ss.en Anales F.C.J.y S.- La Plata, T° XXII, 1963.-

/ .tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset litem perderet. itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus".-

En la nota a este párrafo, el Doctor Alfredo Di Pietro (2) señala los posibles orígenes del procedimiento formulario atribuido por la doctrina: a) a la ya mencionada actividad jurisdiccional del pretor peregrino; b) a la imitación de instituciones Provinciales y, c), otros autores que marcan la aparición a partir de la lex calpurnia que creó el procedimiento de la conditio.-

Si bien creemos que el procedimiento ha nacido de la elaboración del pretor peregrino y lo ubicamos cronológicamente antes de la ley Aebutia (Siglo II A.C.) y posterior al año 241 A.C. (fecha de creación de la magistratura peregrina), no nos convence ubicar su origen o ver los gérmenes de la institución en la lex Calpurnia, mas bien vemos el embrión en la Iudicis Postulatio, donde el actor era autorizado por el magistrado para la designación de un tercero que debía dirimir la controversia conforme al derecho profano (3).-

La división de la instancia tiene su origen en esta acción de la ley y se mantiene a través de todo el procedimiento formulario.-

En ninguna fuente se habla de reforma procesal brusca y radical, sino mas bien se deduce un sistema opcional que acabó por dar preeminencia al "agere per concepta verba", dado los inconvenientes señalados para las

---

(2) DI PIETRO Alfredo.-Nota al párr.30,L.IV de las "Instituciones" de Gayo.-Ed.Lib.Jur.1967.-

(3) Ver sobre la Iudicis Postulatio a H.Levy-Bruhl en "Recherches sur les Actions De La Loi".- Pág.251.-Ed. 1960.-

/ .legis acciones.-

El procedimiento formulario, de carácter mixto, con connotaciones publicísticas y privatísticas, llamado procedimiento híbrido (4) por algunos autores modernos, marca el rumbo hacia la transformación enteramente pública del derecho procesal.-

El procedimiento formulario es pre-ebuciano y se aplica a personas que no pueden utilizar las acciones de la ley.-

Numerosos romanistas exponen la hipótesis de que el procedimiento formulario es una evolución interna del procedimiento de las acciones de la ley, de ahí la semejanza de las fórmulas "in ius conceptae" con las "solemnia verba" de las legis acciones.- (Sólo cambia de primera persona a tercera en la fórmula del Pretor).-

Ihering en su obra "El Espíritu del Derecho Romano" dice: "La ley de la economía lógica es una de las fundamentales de la técnica jurídica...La economía jurídica explica los fenómenos que son resultado de esa tendencia y que consiste en agotar el uso de los medios existentes, hasta los límites mas extremos o sea el arte de ayudarse mañosamente por los medios que se tienen a disposición..."

Así por ejemplo, Keller (5) deriva de la estructura de la legis actio per conditionem, desarrollada entre el siglo III y II A.C. algo similar a la fórmula pues piensa que en la acción mencionada, luego de los treinta días, el magistrado le habría dirigido una instrucción al iudex.-

---

(4) CARRELLI O.- "La Genesi del procedimiento formulare".- Milán, 1946.-

(5) Citado por Juan Pugliese en "El Proceso Civil Romano" pág.25.-Ed.Milán,1963.-

/. H uvelin ve el origen de la fórmula en la legis actio per iudicis arbitrive postulationem.- Esta acción de la ley habría servido para diferir a un árbitro, la determinación de la suma que debía pagar el demandado luego de haber sido vencido en una precedente legis actio sacramenti, in rem o in personam relativa a un incertum.- El árbitro habría sido instruido a la manera en que Gayo describe la demonstratio en el Libro IV, párrafo 40.- El arbitrium litis aestimandae, sería semejante a la condemnatio incerta a la que Gayo alude en el párrafo 51 del mismo Libro.-

La mayoría de los romanistas enseñan acerca de la coexistencia de los dos sistemas procesales: el de las acciones de la ley y el procedimiento formulario.-

La ley Aebutia habría dejado a los litigantes el derecho de optar entre los dos sistemas, teoría de - Wlassak y que fue adoptada por los autores de la primera mitad del Siglo XX.-

H. Levy Bruhl dice que sería un hecho insólito que la ley mencionada del siglo II A.C. hubiera tomado una medida general que tuviera por objeto reglamentar en conjunto el procedimiento civil, salvo el caso de todo punto de vista extraordinario de la Ley de las XII Tablas, y que tal circunstancia no se va a dar hasta el Principado.- Todas las leyes, plebiscitos, Senado-Consulto, se dan sobre medidas o para casos particulares.-

También comenta este autor, que si se examinara los textos de fines de la República, se notaría que la condictio, no está ya en uso, por eso algunos romanistas dicen que la ley Aebutia tuvo el modesto papel de introducir la fórmula en ciertos procesos: las condictio-

nes.- Esta idea pertenece a Eisele, Cuq y Kaser.-

Levy Bruhl (6) observa que la *condictio* es la acción de la ley mas reciente y como es posible que el legislador suprima a ésta y deje vigentes a las mas antiguas y formalistas?.-

Biscardi (7) dice que ha sido descuidada por los romanistas, una categoría de acciones, que son las acciones formularias *quae ad leges actionem exprimuntur*.-

Según este autor la redacción de las fórmulas con ficción, semejantes son a una acción de la ley pre-existente.-

Cuando la *condictio* dejó de ser una acción de la ley para entrar en el sistema formulario, su forma se modeló sobre aquélla, y es así que Cicerón en *Pro Roscio Comodo*, 5-15 llama a la *actio certae pecuniae, iudicium legitimum*.-

Existen otras acciones, ejercidas por medio de fórmula pero son de creación pretoriana, sin base legal.-

De manera entonces que la hipótesis de que la fórmula se plasmó sobre las *legis actiones* no puede ser concluyente ni excluyente, y -- en algunos casos se pudo haber tomado el esquema pero no el *modus agendi*, como lo prueba el hecho de que los particulares no están autorizados para crear fórmulas, y si pueden elegir la acción, lo será luego de un *edere* obligatorio.-

Las fórmulas *stricti iuris*, se habrían modelado mas ajustadamente a las *solemnia verba* de las antiguas acciones de la ley, pues no exigían al *iudex* pautas de valo-

---

(6) H. Levy Bruhl.- Ob.cit. pág.325 y ss.-

(7) Citado en la obra anterior, pág.335.-

/ración tales como la buena fe y el bonum et aequum.-

Además a lo largo de su evolución, el procedimiento formulario ha sido aplicado fuera del campo de las legis acciones, por la imposibilidad de adaptar tales esquemas para relaciones totalmente diversas de aquéllas para las que fueron concebidas.-

b) Influencia del proceso provincial y las fórmulas del pretor peregrino.-

Es de destacar la labor del Senado y de los pro-magistrados en la organización de los territorios provinciales, y es lógico que en el enfrentamiento entre ciudadanos Romanos y provinciales, ó de provinciales entre sí, el procedimiento encuentre su fundamento en el imperium.-

Algunos testimonios, documentos e inscripciones prueban, que se utilizaba la fórmula en el ámbito internacional y se relacionaban con las prerrogativas Senatoriales.-

Tito Livio (39-26-14) refiere que en el año 185 A.C. el legado Romano, encargado por el Senado para dirimir una controversia entre Tesalios y Macedonios, ordenó que estos últimos se retiraran a sus antiguos confines y para decidir en torno a la ofensa inferida, se debía construir una "formula iuris".-

Esa fórmula pudo haber sido tomada del Magistrado en el ejercicio de la iuris dictio entre privados y haberse transferido a la controversia internacional, y de haber sido así la fórmula se habría modelado sobre las del Pretor Peregrino.-

Pugliese (8) dice que antes del año 242 A.C. pu-

(8) PUGLIESE Juan.- Ob.cit. pág.35 y ss.-

/.dieron existir procesos entre Romanos y peregrinos, y que las cuestiones sólo podría dirimir las el único Pretor existente en Roma, el Urbano, y esto mediante un procedimiento de tipo formulario.-

Esta posibilidad, se derivaba de los tratados concluidos por Roma, por ejemplo el Foedus Cassianus con los latinos y los foedera con los Cartagineses.- El tratado con Cartago remite la obligación derivada de la compra venta a la Fides (509 A.C.).-

Sin embargo es dudoso que Roma, concluyera tratados donde las partes estuvieran en pie de igualdad.-Charveau (9) dice "la convención internacional se transformó en un acto unilateral, en una decisión soberana emanada del gobierno de la República, que los otros pueblos se veían constreñidos a aceptar pasivamente".-

Además si se tiene en cuenta que por el hospitium privado, se trataba en Roma de realizar una protección elemental al extranjero pero no se le concedían derechos, ni medios para realizar operaciones jurídicas en territorio romano, convendremos que hasta la aparición del ius gentium, los extranjeros que traficaban con Roma sólo podían obtener protección emanada de los tratados.-

"Para nuestra moderna concepción del derecho, sería anormal la situación de un extranjero que no fuera protegido por las leyes del país donde reside.- No era lo mismo en las civilizaciones primitivas donde el rol del Estado se superpone poco a poco a los grupos sociales.-

"Cuando el Estado va tomando conciencia de sí mismo, no protege mas que a sus ciudadanos, pero no por e-

---

(9) Charveau.- Cit. por Bongert en "Recherches sur les Recupérateurs".-

/.so ordena matar al extranjero ni reducirlo a la esclavitud; conserva hacia los extranjeros una actitud de indiferencia que se traduce en la no participación de ellos en las instituciones de protección de grupo y especialmente la protección judicial".- (10).-

El hospitium público por el que se acuerdan ciertos privilegios a los extranjeros, aparece mucho después y es asegurado por tratados.-

Una inscripción de Magnesia, traducida por Arangio Ruiz en "Parola del passato" dice: "uti M.Aemilius M. praetor populum liberum det qui inter oes convenerit"... "ut M.Aemilius M.f. praetor eundem iudicem iudicare iubeto qui de terras datus sit, isque de iniuriis iudicet: si factae sint a Magnetibus, quantum bonum aequum videbitur aestimato".- Llama la atención la referencia al bonum et aequum propia del Pretor peregrino, pero no se trata de conflictos entre privados resueltos en un proceso provincial, porque la inscripción es del año 190 A.C., cuando Priene y Magnesia eran independientes.-

De manera que cualquiera fuesen los medios arbitrados por Roma para respetar los tratados, tomada o no sobre el modelo formulario, es indudable que no se trata de conflictos "inter privatos", sino derivados de una relación internacional.- Y es en ese dominio que nace la recipratio que según Aelio Galo, jurisconsulto del primer siglo A.C., es "cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur" (testimonio conservado por Festo).-

---

(10) SAUTEL Gerard.- "Essai sur la notion romaine de Commercium a l'époque ancienne".- Varia, 1952.-

/.

La *reciperatio*, presupone la existencia de un tratado, pues *lex* debe ser entendida como tal y *convenit indica* que existe mas de una parte (11).-

Los recuperadores, árbitros de origen internacional, intervienen luego para dirimir controversias públicas (procesos de *repetundae*) y privadas.- Este acuerdo de tipo arbitral, lo recepcionó el Pretor peregrino en virtud de su *imperium* y los juicios recuperatorios serán llamados mas adelante juicios contenidos en el *imperium*.- Gayo, IV-105.-

Entre los siglos III y II A.C. se desarrollan una serie de relaciones *iuris gentium*, que comenzaron a considerarse jurídicamente vinculantes (por derecho honorario).-

El *oportere ex fide bona* es anterior a la ley *Aebutia* y sólo se apreció en sus comienzos ante el tribunal del Pretor peregrino, pues no era un *oportere* obligatorio desde el punto de vista del derecho civil.-

Los *iudicia bonae fidei* son conexos con la aparición de los contratos consensuales.- Con respecto a la antigüedad del *oportere ex fide bona*, Cicerón en una carta a Atico, escrita en febrero del año 50 A.C., cuando fue Procónsul en Cilicia, dice que algunas disposiciones de su Edicto las ha tomado del Edicto de Quinto Mucio Scaevola dado para la provincia de Asia cerca de cincuenta años antes.- Entre ellas, las que interesan son: "*extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona*".-

Se refiere Cicerón además a determinados casos que por su origen, naturaleza o tipo de intereses que debía proteger, para los que se inspiró en su Edicto, en costumbres o leyes locales y que él llamó provincial (es de-

---

(11) Ivonne BONGERT.- "Recherches sur les Récupérateurs".- *Varia*, 1952.-

/cir instituciones propias de los provinciales).- Para los demás casos proveía acomodándolos al Edicto urbano.- "Dixi me de eo genere decreta ad edicta urbana accomodaturum".-

Otro testimonio también proveniente de Cicerón lo encontramos en su libro los Oficios, donde dice (3-66) "debiendo los augures hacer sus observaciones en la torre del Capitolio, ordenaron a Tito Claudio Centumalo, quien tenía una casa en el monte Celio, que la demoliese porque su altura estorbaba la vista... Claudio puso en venta su casa y la compró Publio Calpurnio Lanario,- Volvieron a intimar a éste los augures y luego de haberla demolido, llegó a su conocimiento que Claudio, vendió su casa luego de la orden dada por los augures,... arbitrum illum adedit quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona M.Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater..."

Catón murió entre el 95 y el 91 A.C. y la fórmula estaba ya elaborada.-

Las fórmulas ficticias también nacen del imperium del Pretor peregrino, es muy difícil pensar que sean anteriores al año 241 A.C.

Acercas del origen del procedimiento formulario en el procedimiento provincial, diremos que si el mismo mantiene a veces semejanzas con el Edicto del Pretor, tanto urbano como peregrino, difiere en su aplicación y tiene ciertas características que le son peculiares; el procedimiento provincial no es uniforme.-

Es de notar que en las provincias se podían desarrollar procesos, a los que el Magistrado Romano permanecía

/.extraño y eran precisamente los que se desenvolvían en aquellas ciudades a las que Roma había reconocido cierta autonomía (ciudades federadas *liberae, liberae et immunes, stipendiarias*).-

Cicerón, a través de sus discursos contra Verres, muestra las características que el procedimiento, organizado por la ley Rupilia, tenía en Sicilia, primera provincia Romana.-

Y así nos dice en Verres, acción segunda, Libro II, XII, 31 y siguientes: "Iudicia eius modi: qui cives Romani erant iudicabant si Siculi essent, cum Siculorum legibus dari oporteret; qui Siculi, si cives romani essent. XIII: Siculi hoc iure sunt ut, quod vivis cum cive agat, domi certe suis legibus, quod Siculus cum Siculo non eiusdem civitatis, ut de eo praetor iudices ex P. Rupili decreto, quod is de decem legatorum sententia stavit, quam illi legem Rupilianam vocant, sortiatur".-

"...quod privatos a populo petit aut populus a privato, senatus ex aliqua civitate qui iudicet datur, cum alternae civitates relectae sunt; quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus iudex, quod Siculus a cive Romano, civis Romanus datur; ceterarum reum selecti iudices ex conventu civium Romanorum proponi solent.- Entre aratores y decumanos se aplica la ley frumentaria que llaman también Hierónica.-"

En Cirenaica el Edicto de Augusto, regulaba las controversias entre griegos de distinta ciudad, y salvo que se tratase de delitos capitales, el gobernador Romano debía dar jueces griegos, provenientes de ciudad distinta a la de los litigantes, pero estaba admitido tanto para el actor,

/.como para el demandado elegir un juez Romano.-

Cicerón en su discurso contra Verres, cuando habla del proceso contra Heraclio, dice que se le notifica la acción que contra él se intenta por escrito; y de acuerdo con la Ley Rupilia procede el sorteo de los jueces treinta días después de la notificación.- La misma ley admite el derecho de recusar.-

Es decir que se encuentran vestigios de la legislación helenística mezcladas con el procedimiento que se utilizaba en Roma, y la elección prevista por la ley Rupilia era de cinco jueces (recuperatores).-

Prosperaron en las provincias los actos emanados del imperium, con las cognitiones, que eran distintas de las que se hacían en Roma.- El pretor no conocía el asunto en una sola fase, sino que lo organizaba en dos etapas y daba jueces para la segunda.-

Por ejemplo hubiera sido imposible intentar una querrela por testamento inoficioso en provincia, porque en Roma se hacía ante los Centumviro, y resulta razonable que antes se realizara la legis actio per sacramentum,-ante el Pretor urbano o peregrino (Gayo, IV-31, la alusión al Pretor peregrino probablemente se deba a que luego de la ley Aebutia la diferente competencia no tuviera importancia).-

Indudablemente, que en la provincia debía realizarse por vía de cognitio extraordinem.-

La Ley Rubria para la Gallia Cisalpina contiene una ficción, para el caso de que no se haya dado la cautio damni infecti, como si la promesa se hubiera hecho y la fórmula se remite al quidquid dare facere oportere ex fide bo-

/.na, y dice expresamente que está tomada del album del Pretor peregrino.-

Lo expuesto nos permite concluir que son numerosos los testimonios que se refieren a la jurisdicción del Pretor peregrino, donde por primera vez se aplicaron las fórmulas (oportere ex fide bona, juicio recuperatorio, fórmulas ficticias) y que es lógico pensar que el procedimiento del que se trata haya surgido de esa jurisdicción.-

c) Las leyes Aebutia e Iulia.-

La ley Aebutia y las dos leyes Julias abolieron el sistema de las acciones de la ley, según testimonio de Gayo (IV-30).-

La referencia de Gayo es general, las tres leyes abolieron el sistema procesal quirritario?.-

Al parecer es mas modesto el papel de la ley Aebutia.- De élla sólo tenemos referencias de Gayo y de Aulo Gelio (Noches Aticas, 16-10).-

Llama la atención el silencio de Cicerón sobre esta ley, que de haber producido una revolución procesal, no se le hubiese pasado por alto.-

Es decir que no creó un procedimiento ex novo, porque el procedimiento de las acciones de la ley coexistió en el período que va desde la ley Aebutia hasta las leyes Julias.-

Así, por citar algunos ejemplos, Cicerón nos hace referencia a la ley legis actio per sacramentum, en pro Murena 12-26, criticando precisamente la precisión exagerada (Gayo IV-30)... "fundus sabinus meus est" "Immo meus" deinde iudicium, noluerunt. "FUNDUS" inquit "QUI EST IN AGRO QUI

6. SABINUS VOCATUR" Satis verbose: cedo qui postea? "EUM EGO EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO" Quid tum? "INDE IBI EGO TE EX IURE MANUM CONSERTUM VOCO" Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille unde petebatur non habebat.- Transit idem iuris consultus tibicines modo "UNDE TU ME" inquit "EX IURE MANUM CONSERTUM VOCASTI, INDE TIBI TE REVOCO" Praetor interesse ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est cum ceteris rebus absurdum..."SUIS UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRAESSENTIBUS ISTAM VIAM DICO; ITE VIAM... Isdem ineptiis fucata sunt omnia: "Quando TE IN IURE CONSPICIO" et haec (sed) "ANNE TU DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS" Quae dum erant - acculta, necessario ab eis qui ea tenebant petebantur; postea vero pervolgata atque in manibus iactata et excussa inanissima prudentiae reperta sunt, fraudis autem et stultitiae plenissima..."

De la legis actio per Iudicis arbitrive post de Orat. I-56-237...qui quibus verbis herctum cieri oporteat nesciat, idem herciscundae familiae causam agere non possit.-

De la legis actio per Pignoris capionem en Cicerón, Verres II-3,11, 27 y Gelio 6-10-2 y de la Manus iniectio la lex col. Gen.Iulia.-

La legis actio per conditionem no se menciona en este período, por lo que algunos romanistas piensan, que solo se aplicó la fórmula a esa acción de la ley .-

Gayo menciona a dos leyes Julias, las demás fuentes se refieren a la lex Iulia iudiciorum privatorum, y a otra ley Julia que se refiere a los iudicia pública.- Posiblemente Gayo se refiera a las dos, porque habían nacido

✓.juntas, contenían disposiciones paralelas y formaban un solo cuerpo.- Son de la época de Augusto.-

Por lo que refiere Gayo parece que la Ley Julia con respecto a los juicios privados, fijó la duración de los "iudicia legitima" en dieciocho meses, y sólo mantuvo a las acciones de la ley para dos casos de excepción: causas centumvirales y legis actio damni infecti (Gayo, IV-30, 104).-

Es muy difícil decir que estas leyes hayan legalizado el procedimiento formulario, pues legalizar significa establecer el proceso sobre una base legislativa que sustituya el fundamento que reposaba en el imperium del magistrado y atribuir a los actos procesales todos los efectos de una legis actio.-

Sin embargo vemos que es distinto el efecto consuntivo de la litis contestatio en los distintos tipos de juicio.-

El efecto civil es crear una verdadera obligatio a cargo del condenado, y eso ocurría solo en los juicios legítimos, en cambio en los contenidos en el imperio, se puede accionar de nuevo de pleno derecho por lo que es necesario utilizar una excepción (Gayo IV-106).-

La ley Julia contenía, además, disposiciones acerca de recusaciones y de las nóminas de los recuperadores.-

-----oooOooo-----

## CAPITULO II.-

### ORDENAMIENTO JUDICIAL

#### a) Los magistrados.-

En el año 367 A.C. se crea la Pretura urbana por las leyes Licinia Sextiae y en el año 242 ó 241 A.C. la Pretura peregrina.- El Pretor es el magistrado que tiene para nosotros verdaderamente relevancia como magistrado "iusdicente".-

Según nos refiere Tito Livio, Lucio Sextio fue el primer Cónsul plebeyo.- "...concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio, a plebe nobilitate de praetore uno, qui ius in Urbe diceret.- ...recusantibus id munus (se refiere a la celebración de los ludi Romani) aedilibus plebis, conclamatum a patriciis est invenibus-sed id honoris deum immortalium causam libenter facturum ut aediles fierint- Quibus cum ab universis gratiae actae essent, factum senatus consultum, et duoviros aediles ex Patribus dictator populus rogaret, patres auctores omnibus eius anni comitiis fierint".-

Como magistrado con imperium e iurisdictio el Cónsul, reviste poca importancia para el procedimiento formulario.- Ejerce la jurisdicción llamada voluntaria y la lex Agraria del año 111 A.C. le atribuía el ius-dicere en las controversias relativas a los fundos públicos.-

Los Ediles Curules que intervenían en cuestiones relativas a las ventas de esclavos o animales en

/el mercado y en casos de muerte o lesión de un hombre libre por parte de ciertos animales, plantean un interrogante porque la generalidad de la doctrina está de acuerdo en que son magistrados sin imperium.-

En efecto, en las *Tabulae Herculanaenses*-Arangio Ruiz-Publiese Carratellien *La Parola del passato*" 9-1954, figura la frase: "vel quantam pecuniam ex imperium aedilium curulium uti adsolet hoc anno de mancipis emundis vendundis cauta comprehensa que est dari".-

Podríamos explicarlo de esta manera: si bien los Ediles Curules no eran magistrados con imperio, tendrían la fuerza que emanaba de su "potestas" para imponer sus decisiones.-

Y ello lo explicamos así por lo expresado por Javoleno en D.2-1-1-2: "A quien se le dió jurisdicción se considera que se le concedieron también aquellas cosas sin las cuales no puede ejercerse la jurisdicción".

Resta saber si la competencia le fue conferida por ley o usurpada.-

Impallomeni en su obra "L'Editti degli Edili Curuli" (Padua 1955) sostiene que el ejercicio de la actividad jurisdiccional de los Ediles Curules, no previsto por una ley ni justificado por el imperium, se habría hecho necesario para la cura de los intereses públicos y habrían obtenido convalidación en la práctica, pero delimitada a sus funciones específicas.-

Los magistrados municipales, existían en los *municipia foederatae* (ej Tusculum, Aricia, Lanuvium).-

Las ciudades sine sufragio, carecían de magistrados jurisdiccionales propios, la jurisdicción era e-

/jercida por el Praefectus iure dicunto, delegado del Pretor que a veces lo nominaba él mismo y otras eras elegido por el Populus, sin que por ello perdiera el carácter de Delegado.-

Luego de las guerras sociales (89 A.C.) se extendió a toda Italia la autonomía jurisdiccional, a semejanza de la que gozaban los municipia foederatae.- El fundamento del poder jurisdiccional de estos magistrados, llamados IIIIviri, IIIviri, IIviri iure dicunto, que carecían de imperium, reposaba sobre una ley especial.- Así la ley Rubria de Gallia Cisalpina.-

En las Provincias tienen a su cargo las iurisdictiones los magistrados a los que se les prorroga el imperium.- Eran los pro-Cónsules y los pro-Praetores a quienes se les denominaba pro-magistrados y tenían el comando de los ejércitos, la iurisdictione y la represión penal.-

Con Augusto, se distinguen las Provincias del Senado y las del Principe.- Las primeras, reservadas al gobierno de los "praesides" y las del Principe estaban a cargo de funcionarios delegados (pertenecientes al orden Senatorial) llamados legati Augusti pro praetore, y procuratores (del rango ecuestre) por ejemplo en los Alpes Marítimos, Nórico, Retia y los Alpes Peninos.-

La culminación de la carrera de caballero, era la obtención de la nominación por parte de Augusto para el cargo de Praefectus Aegypti.- La duración de sus funciones era de un año, pero debía permanecer en el cargo, hasta que llegara su reemplazante.- D.1-16-10 Pr.De off. proconsulis: Convendrá que el Procónsul tenga presente que debe concluir todos sus negocios hasta la llegada

de su sucesor...deberá por lo tanto administrar justicia hasta la llegada de su sucesor.-

En las Provincias Senatoriales, los cuestores tenían una competencia semejante a la de los Ediles Cures en Roma, no así en las del Príncipe, por lo que el Edicto edilicio no se aplicaba allí.- (Gayo I-6).-

Al iuridicus residente en Alejandría, delegado del Praefectus Aegypti, se le concedió por ley, facultad para que ante él se hagan adopciones y por una constitución de Marco, la dación de tutor.-

En la época de Hadriano, ejercían la jurisdicción cuatro "Consulares" y en tiempo de Marco Aurelio les fue confiada a los iuridici.-

En cuanto a las Colonias, que podían ser civium Romanorum o Latinas, gozaban de autonomía jurisdiccional en cuestiones de menor entidad, mientras que las de importancia eran sometidas al magistrado provincial.-

b) La iurisdictio y el imperium.-

La distinción entre imperium e iurisdictio es un tanto intrincada, debido a la particular concepción de la Constitución Romana.-

Mencionaremos la definición de los conceptos que queremos explicar tomándolos de la referencia que hace el Dr. Ambrosioni (12) en su libro "Lecciones de Derecho Romano: "...Pothier nos enseña que la iurisdictio propiamente dicha, es la notio que por derecho compete al Magistrado y consiste en discernir y dar jueces".-

"Para Gluck iurisdictio en sentido estricto es

---

(12) Ambrosioni Carlos E.- "Lecciones de Derecho Romano".- La Plata, 1965.-

/el poder que corresponde a un magistrado en virtud de su oficio, de examinar y resolver conforme a las leyes las controversias jurídicas de los ciudadanos o bien de asignar un juez a las partes si en la decisión de la controversia se hace necesario investigar además, la verdad de las circunstancias particulares del hecho".-

"Consideróse por fin que la resolución de la litis por el magistrado, era también un acto jurisdiccional con lo que se extendió la esfera de acción de la jurisdicción, a la cognitio extraordinem.- También se extendió el término iurisdictio a la potestad del magistrado, de publicar edictos, con los cuales podía establecerse un derecho nuevo...la iurisdictio va acompañada de una módica coercitio, que era la coacción y la potestad de ordenar algo y ejecutarlo".-

"Imperium, según Gluck, es el poder directo y ejecutivo de un magistrado superior en virtud del cual a tal magistrado le era dado, en los límites de su oficio, no solo mandar y prohibir, sino adoptar las medidas coercitivas contra los desobedientes y castigar a los delincuentes.- Los magistrados superiores contaban con lictos encargados de hacer efectivos los castigos...Cuando fue necesario distinguir la iurisdictio de los magistrados municipales se habló de otra categoría: imperium mixtum..."

"El imperium mixtum tenía correlación con una decisión judicial: missio in poss., estipulaciones pretorias, interdictos".-

Habiendo hecho referencia a los conceptos diríamos cristalizados, y casi únánimemente admitidos, ve-

✓.remos la evolución de los mismos.-

Por imperio, se entiende el poder absoluto del magistrado, que en Roma siempre fue admitido en favor - del Jefe del Ejército.- En tal sentido el dictador, el Cónsul y el Pretor, ejerciendo sus funciones militares, tenían derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*), a ese derecho se le llamó *imperium militae*.-

Cuando esos magistrado ejercían en Roma sus funciones civiles se llamó a su autoridad *imperium domi*, mucho mas restringida pues se ejercía dentro de los límites del *ius provocationis* y de la *intercessio* del colega en receso, e *intercessio tribunicia*.-

Paulo en el Digesto 50-16-215 dice: "Potestatis verbo plura significantur: in personam magistratum imperiu..."

A primera vista pareciera que los términos potestas e imperium son sinónimos pero creo que mas bien se quiere significar que potestas es un término genérico y que dentro de la potestas se encierra la autoridad reconocida a los magistrados, tanto con imperio con sin él.-

Festo decía que "con imperio" entre los antiguos se alude a aquél a quién expresamente le era dado el imperio por el pueblo y "cum potestate" a aquél que era designado por el pueblo para alguna cosa.- En el primer caso el imperio le era dado al magistrado con carácter militar, por una ley (*lex curiata de imperio*).-

Todos los magistrados adquirirían la potestas por el hecho de ser nombrados, salvo el censor, al que

que le era acordada por una ley especial.-

El imperio lo adquiere no por el mero hecho de su nombramiento, sino por una ley especial de manera que dentro de la potestas reconocida a todo magistrado, había una particular, llamada imperio, exclusiva de los magistrados que el pueblo elegía para mandar los ejércitos y que se traduce en un amplio poder sobre las personas.-

De manera que podemos explicar los actos que tienen relación con el proceso o con una decisión o con controversias entre particulares, de esta forma: actos emanados del imperio los que se encuentran dentro del poder discrecional del magistrado y que son conexos al officio ius dicente, esto para los magistrados con imperio.- Para los magistrados sin imperio, son actos emanados de la potestas, la que como hemos dicho alude a la autoridad reconocida a los magistrados y que le otorga el suficiente poder de coerción para imponer sus decisiones.-

Dejamos el término iurisdictio para aludir a las decisiones del magistrado en controversias privadas que contengan la dación de juez, refiriéndonos al iudex unus, es decir al iudicem dare, iudicare iubere.-

Recordando a tal efecto lo manifestado por Gayo, IV-104: "Los juicios legítimos son aquéllos que tienen lugar en la ciudad de Roma o dentro del radio de una milla, entre partes que son todos ciudadanos Romanos y celebrados bajo un solo iudex".- En el párrafo siguiente Gayo nos dice que son juicios contenidos en el imperio los recuperatorios, y los que aún celebrándose con un solo juez intervenga un extranjero.-

Entendiéndolo así podemos explicarnos la im-

posición de la stipulatio duplae por los Ediles Curules.- Si bien estos magistrados carecen de imperio el acto emana de su potestas.-

Ulpiano en Digesto 2-1-1 dice: "El cargo del que administra justicia es muy lato porque puede dar la posesión de los bienes, poner en posesión y nombrar tutores a los pupilos y dar jueces a los litigantes".-

En el párrafo segundo, Javoleno dice: "A quien se le dió jurisdicción se considera que se le concedieron también aquéllas cosas sin las cuales no puede ejercerse la jurisdicción".-

Esto explicaría el porqué los Ediles Curules podían imponer las estipulaciones duplae.- Si bien no serían las mismas creación del Edil, éste tendría la vis que emana de la potestas para imponerlas.-

Sin embargo reiteramos como curiosidad lo que se dice en el tríptico de Herculano: "ex imperio aedilium curulium".-

Arangio Ruiz pone de relieve el uso del término imperio referido a los Ediles Curules.- Quizá se refiera a la jurisdicción en sentido lato, tal como nos lo explica Ulpiano en el párrafo del Digesto antes transcrito.-

A veces debemos asignarle valor relativo a las fuentes, por cuanto el proceso de diferenciación y especialización de la función que tenía sus razones técnicas en la época republicana, es decir a causa de la división de la competencia entre los distintos magistrados, se renueva por razones esta vez, de carácter político, duzan-

de el Principado .-

En efecto, la posición del Príncipe estaba fundada sobre el imperio y la potestad tribunicia, pero no le compete, por lo menos en sentido técnico, la iurisdictio.- Aunque interviene en las controversias privadas, su conocimiento se funda en el imperio, de ahí la confusión de los términos.-

Si bien en el Digesto se habla de la iurisdictio del Praefectus urbi, esta es una terminología post clásica, que bien pudiera ser producto de interpelación, como parece pensarlo De Martino (13).-

En los primeros tiempos del Principado, cuando el nuevo orden no había roto aún con los viejos esquemas republicanos, se presentó un problema a los juristas para clasificar ciertos actos y ellos son los "magis imperio quam iurisdictionis" que no hacen sino referencias a actos que se relacionan con el poder discrecional del magistrado.-

En tal sentido Ulpiano en Digesto 2-1-4 dice: "El mandar que se de caución por la estipulación pretoria y el poner en posesión es mas del imperio que de la jurisdicción".-

En el catálogo de los actos magis imperio quam iurisdictionis que nos presenta Ulpiano, no se clasifica a la ductio, ni a la bonorum possessio ni a los interdictos, si bien estos actos no constituyen estrictamente un "ius dicere".-

La razón de la no inclusión de los actos mencionados según Pugliese (14) sería la siguiente:

---

(13) DE MARTINO Francisco.- "La jurisdicción en el Derecho Romano".-Pág.225.-Padua,1937.-

(14) PUGLIESE C.- Ob.cit.pág.122.-

6. El *duci iubere* se conectaba con la antigua *ad-ditio*.-

La concesión de la *bonorum possessio* con el *vin-dicias dicere* de la *legis actio sacramentum*.-

Y los interdictos porque son muy antiguos y estaban en uso en el período de las acciones de la ley.-

Si bien puede ser cierto lo expresado por el autor mencionado, también es cierto que en la época de aparición de los institutos fuera del catálogo de Ulpiano, toavía no había aparecido nítidamente la distinción entre imperio y jurisdicción, teniendo en cuenta que el *agere per formulam* que perfeccionó el *ius dicere*, estaba en plena formación y evolución.-

c) Competencia.-

El Pretor tenía una jurisdicción general.-

Para el Pretor urbano y para el peregrino, después del año 242 A.C., la competencia estaba fijada por la ciudadanía de las partes.- Cuando el procedimiento formulario fue accesible a los ciudadanos, no tuvo razón de ser la distinción.-

La competencia de los Ediles Curules se limitaba a las ventas de esclavos o animales en el mercado y a la muerte o lesión de un hombre libre por parte de ciertos animales, que en el Edicto Edilicio se prohíbe tener "si no pudieren estar sujetos de manera que no causen daño", tales como perros verrendos, jabalíes, lobo, oso, pantera o leones (D. 21-1-40 y 41).-

Si se ha obrado contrariamente a lo dispuesto por el Edicto Edilicio, se fijan las penas correspondien-

/tes por la muerte de un hombre libre, para casos de daño de un hombre libre, se prevé una condemnatio in bonum et aequum y para el daño en las demás cosas Quantum damnum factumve sit, dupli (D.21-1-42).-

Los magistrados municipales tenían limitada su competencia a determinadas materias y por un cierto monto, la lex Rubria lo fijaba en quince mil sextercios.-

Por lo tanto, los juristas se han planteado el problema cuando alguien litigare contra otro con varias acciones que independientemente no superan el límite de competencia, pero que sumadas lo exceden.- Para este caso dice Gayo en D.2-1-11-pr. siguiendo a Sabino, Cassio y Próculo que pueden ejercitarse y que fue esta opinión confirmada por Rescripto del Emperador Antonino.-

En el párrafo 2, Gayo plantea el caso de acciones divisorias, común a varios: se ha de atender a cada una de las partes con respecto a la competencia o al todo pues puede serle adjudicada a uno sólo? y dice que esta última es la opinión de Cassio y Pegaso, la cual merece aprobación.-

Para las cuestiones de libertad carecían los magistrados municipales de competencia, porque la libertad no tiene precio.- (Es decir, no es susceptible de estimación pecuniaria).-

Con respecto a las acciones infamantes, solo eran competentes si el demandado aceptaba.-

Referente a la competencia territorial, al lugar y tiempo de la jurisdicción, diremos brevemente que el Pretor urbano y el peregrino la ejercían en Roma, pe

/ro las provincias no constituían un territorio extraño a la jurisdicción de los mismos.-

"Es cierto que ellos no podían ius dicere en aquel territorio, pero permaneciendo en Roma, se encontraba en condiciones de ius dicere con relación a controversias correspondientes a la competencia de un magistrado provincial" (15).-

El procónsul tiene las insignias Proconsulares en todas partes, aún cuando salga de la ciudad, pero no ejerce su potestad sino en aquella provincia que le está asignada.- (D.1-16-1. Ulp.)

Los procónsules tienen jurisdicción si hubiesen salido de la ciudad no para las causas contenciosas sino la voluntaria, de modo que ante ellos se pueden hacer adopciones o manumisiones.- (D.1-16-2-Ulp.).-

El lugar donde el magistrado administraba justicia se llamaba "ius".-

El Pretor peregrino y el urbano constituían su tribunal en el Comitium o sea la parte del Foro destinada a la reunión de los comicios.-

El Pretor urbano se constituía en el Foro de Augusto, durante el Principado, al igual que los Centunviro.  
viro.-

Se sentaba en la silla curul, asistido por los lictores, que portaban las insignias.-

Los Ediles Curules, se reunían primero en el Foro y luego en la zona del Velabro.-

Los magistrados municipales, en el Foro del Municipio o Colonia.-

---

(15) PUGLIESE Juan.- Ob.cit. pág.156.-

/.  
Los magistrados provinciales, con insignias y lictores, en la principal ciudad de la Provincia.-

Durante el Principado, los Procónsules de Asia y Africa, tenían tres legados a la cabeza de una diócesis.-

El Promagistrado, solía viajar para constituir se en los principales centros de la Provincia, formando así distritos, donde se reunían las personas interesadas en el proceso; dicha reunión fue llamada "conventus" y por extensión así se llamó al distrito.-

La sede de los "conventus" eran en Sicilia: Siracusa, Mesina, Lilibeo, Agrigento y Palermo.-

En la España Baetica, los "conventus" estaban en Cadiz, Sevilla, Asturias y Córdoba.-

En cuanto al tiempo de la jurisdicción, había que atender al calendario de "dies fasti et nefasti".- Los dies fasti son aquéllos en los que está permitido al Pretor pronunciar la "tria verba: do, dico y addico".-

Los días fastos y nefastos fueron sustituidos luego por los "dies iudicarii", "feriae" y "dies feriati".-

Los días fijados para las demandas judiciales forman el llamado "rerum actus", es decir el tiempo en que se despachan los asuntos por orden de lista.-

Augusto había establecido tres días de feria para las Saturnalia y agregó según Suetonio (August.32) treinta días al "rerum actus", "qui honorariis ludis occupabantur accomodavit".-

Marco Aurelio reformó el calendario judicial

/ .fijándolo en 230 días ; en los otros días se podían cumplir actos de jurisdicción voluntaria.-

Para los casos de extraordinaria cognitio, como un fideicomiso se puede reclamar en cualquier época; en cambio si se trata de legados, los días fijados para las demandas judiciales. (Gayo-II-279).-

Los presidentes de las Provincias, suelen señalar según la costumbre de cada lugar, tiempo para la recolección de las mieses y para la vendimia.- En ese tiempo no se administraba justicia ni tampoco según Ulpiano en sus Comentarios al Edicto en vísperas de las calendas de Enero. (D.2-12-4- y 5).-

d) Los jueces.-

El procedimiento formulario, se caracterizaba por la división del juicio en dos etapas, una delante del magistrado, "in iure" y otra que se desarrollaba delante del juez, denominada "in iudicio".-

Una de las características del "ordo iudiciorum privatorum" consiste en que las partes eligen de común acuerdo a los jueces.-

Había colegios de jueces estables, los que posiblemente no pudieron ser elegidos por las partes, pero sí tenían derecho de recusar.-

Estos colegios de jueces eran el de los decenviros stlitibus iudicandis, centumviro y colegios de recuperatores.-

Los primeros de acuerdo a lo que dice Tito Livio (3-55-y 56) y Cicerón (Pro Caecina, 3-97) intervenían en las controversias sobre causae liberalis.-

/ . Luego fueron absorbidos por el tribunal de los centumviro, a quienes presidieron hasta que fueron sustituidos por el Pretor Hastarius.-

Los centumviro parecen haber tenido competencia según Cicerón, en asuntos concernientes a las herencias, propiedad, derechos reales, tutela y estado de las personas.-

También los encontramos, de acuerdo con Gayo (IV-95) en la preparación del procedimiento per sponsio nem.-

Pero no nos interesa estudiarlos con detalle, porque pertenecen al procedimiento de las legis acciones.-

En cambio sí resulta de interés el colegio de los recuperatores que según un estudio profundizado de Ivonne Bongert (16) fué en su origen una institución de carácter internacional.- Los litigios internacionales con toda seguridad eran presentados al Senado Romano, quien confiaba el estudio del asunto a jueces llamados "recuperatores".-

Mas tarde y siempre con referencia a las prerrogativas Senatoriales encontramos a los recuperatores interviniendo en "questiones de repetundae".-

En la segunda mitad del siglo II A.C. los recuperatores pierden su carácter de comisarios designados directamente por el Senado, y es por eso que en adelante no se distingue netamente la diferencia con el "iudex unus".- En ciertas materias ambos tienen competencia concurrente.-

En el proceso privado aparecen los recuperato-

---

(16) BONGERT I. Ob.cit. págs.104 y ss.-

/res en la "Actio iniuriarum aestimatoria" según testimonio de Aulo Gelio: "Propterea, inquit (Labeo) praetores postea hanc abolescere et relinqui censerunt injuriisque aestimandis recuperatores se daturos edixerunt" (Noches Aticas, 20-1-13).-

También los encontramos en la "actio sepulchri violati", y en el caso de que un liberto haya llamado a juicio a su patrono, en contra del Edicto del Pretor.- (Gayo, IV-46).-Igualmente en el caso de vadimonium desertum (Gayo IV-185).-

Lenel (17) comentando el título "Si ingenuus esse dicetur" habla de dos praeiudicia de origen pretoriano: An NsNs libertus AiAi sit y an AsAs ingenuus sit y trae a colación un texto de Suetonio (Vesp. c.3) que dice que los recuperatores podían tener para estos casos la función de jueces.- Pero esta es una cuestión que él mismo deja sin respuesta.-

La función de juez en los interdictos ha sido confiada al iudex unus o a los recuperatores (Lenel II pág.195) y Cicerón, pro Tullio (III-7): "Iudicium vestrum est, recuperatores, QUANTAE PECUNIAE PARET DOLO MALO FAMILIAE P. FABI VI HOMINIBUS ARMATIS COACTISVE DAMNUM DATUM ESSE M.TULLIO. Eius rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; iudicium datum est in quadruplum".-

Aunque los recuperatores formaban un colegio era éste de carácter privado.- Probablemente los eligiera el magistrado por sorteo.-

El iudex unus y el árbitro subsistieron luego del procedimiento de las acciones de la ley.-

---

(17) LENEL Otto.- "L'Edit Perpetuel", Tº II, pág.62.-  
Ed.Paris, 1901.-

/.

No resulta muy nítida la distinción entre ellos, aunque el juez propiamente dicho tiene un campo de apreciación limitado y el árbitro una mayor amplitud, según Cicerón en pro Roscio Comedo (IV-10): "Una cosa es el juicio y otra el arbitrio.- El juicio es de dinero cierto, el arbitrio de incierto.- Acudimos al juicio para ganar o perder toda la litis; vamos al arbitrio con ánimo de conseguir, no nada, pero tampoco tanto como pedimos.- Las mismas palabras de la fórmula son testimonio de esto".-

El árbitro intervenía también en los juicios divisorios y en los de buena fe, comprendiéndose también la actio rei uxoria, de forma anómala pero comprendida dentro de estos juicios.-

El iudex, desde Rómulo hasta los Gracos, era elegido por las partes de la lista de Senadores; de los Gracos hasta Sila, la lista estaba integrada por Caballeros y luego fue mixta.-

Pugliese (18) opina que Cayo Graco se limitó a igualar en los privilegios a Caballeros y Senadores.- Y tratando de remediar la inexperiencia de los primeros, por la ley Acilia Rubria, eliminó de la lista a los que ejercían el comercio y a los banqueros.-

Fue la ley Servilia Glaucia del año 111 A.C. la que habría excluido de la lista de jueces a los Senadores.-

La ley Aurelia Iudiciaria del año 70 A.C. fue la que impuso la lista mixta, desde esta ley la misma era confeccionada por el Pretor.-

---

(18) PUGLIESE Juan.- Ob.cit. pág.223.-

/ . Los jueces debían ser ciudadanos Romanos, no importa si sui o alieni iuris (el Status familiae tenía incidencia en la modificación de la capacidad en el campo del derecho privado pero en el del officio público).-

Llama la atención y es de difícil interpretación el párrafo de Gayo en IV-105 con respecto a la intervención de un extranjero como juez.-

El acuerdo de las partes acerca de la elección del juez, es necesario.- La aceptación era llamada sumere o capere iudice.-

Otro método es la sortitio, establecido por ejemplo por la lex Rupilia que Levy Bruhl considera como ordalía, pues no existe azar sino voluntad divina (19).-

Con respecto a las causales de excusación, la Ley de las XII Tablas decía: "Morbus soticus status dies cum hoste...quid horum fuit unum iudici arbitro reove, eo dies diffisus esto".-

La lex de colonia Gen, dice: "Si Iivir praefectusve qui ex re colonis petit non adent ob sem em, quot ei morbus soticus vadimonium sacrificium, funus familiare, feriave denicales erunt...ex hac lege nihilum rogatur".-

La Ley de las XII Tablas autorizaba a los jueces para aplazar el día, la ley de colonia Gen. los eximía.-

El demandado podía recusar a los jueces, pero si lo hacía por espíritu de chicana, debía atenerse a las consecuencias de la indefensio.-

La ley Julia concede al juez menor de 20 años

---

(19) LEVY BRUHL.- Ob. cit. pág.33.-

4. una excusatio.-

El Edicte del Pretor contiene una genérica promesa de excusación a aquéllos que no estuvieren en condiciones de juzgar (D.50-5-13-pr.).-

Ulpiano nos dice además, que si sobreviene para el juez una justa causa para que sea excusado, aunque sea temporalmente, no debe ser transferido a otro el juicio, porque es preferible esperar un tiempo al juez que conoce el asunto, que encomendar el negocio a un nuevo juez.-

Sin perjuicio de éllo, el Pretor tiene facultad para cambiarlo si el juez nombrado no puede conocer el pleito por sobrevenirle enfermedad, ausencia necesaria o peligro de sus propios intereses familiares (D.50-5-13-3 y D.5-1-18-pr.).-

-----ooo0ooo-----

### CAPITULO III.-

#### LA FORMULA.- CONCEPTO.- PARTES DE LA FORMULA.-

- a) Partes ordinarias: demonstratio; intentio; adiudicatio y condemnatio.-

La fórmula o molde jurídico abstracto enunciado por el Pretor en el Edicto, contiene los requisitos formales de la demanda, las defensas del demandado, el nombramiento del juez, los términos dentro de los cuales se deberá dictar sentencia.- Sobre este esquema se plasmará la futura actividad de las partes y del juez.-

Una vez que el magistrado acoge la pretensión jurídica de los sujetos procesales, adecúa el caso concreto al esquema que se transforma en un instrumento procesal mediante el decreto emitido por aquél, al que se denomina iudicium (20).-

Gayo en el Libro IV, párrafos 39 y sgts., nos habla de las partes constitutivas de la fórmula y ellas son: la demonstratio "...est ea pars formulae quae principio iudeo inseritur ut demonstretur res de qua agitur..."

La intentio "...est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit..."

La adiudicatio "...est ea pars formulae qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare..."

La condemnatio "...est ea pars formulae qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur..."

La demonstratio se encuentra en todas las fórmulas "in factum conceptae", en las cuales sustituye a la

---

(20) CARRELLI Eduardo.- "La Génesis Del Procedimiento Formulario".- Ed.Milán 1946, pág.102.-

/intentio.-

Savigny (21) considera a la intentio como el elemento que contiene lo esencial de la acción y debe necesariamente encontrarse en todas las fórmulas.-

Ello no es así como lo veremos mas adelante, sine que la intentio podría considerarse la mas importante parte de la fórmula, porque tiene valor autónomo.-

Así por ejemplo, las acciones praesudiciales no tienen sino intentio y "sólo por extensión pudieron ser llamadas acciones; mas bien eran formas de procedimiento" (22).-

La adiudicatio que aparece en las acciones divisorias o de partición, llamadas mixtas y la condemnatio, no valen por sí mismas.- Solo son consecuencias de sus antecedentes demonstratio y/o intentio.-

La intentio puede ser certa o incerta, tiene su importancia para el caso de plus petitio, que luego trataremos.-

A su vez la condemnatio puede ser certa, incerta et infinita, y tasada.-

Gayo (IV-48) dice que en todas las fórmulas que tienen una condemnatio, está redactada en términos que implican una estimación pecuniaria.- Así si nosotros reclamamos algun objeto corporal, como por ejemplo un fundo, un esclavo, un vestido, (el oro), la plata, el iudex no condena al accionado por la cosa misma, como se solía hacer antiguamente, sino que estimada la cosa, lo condena por su valor pecuniario.-

Algunos autores, creen que el texto de Gayo está interpolado en cuanto a la "condemnatio in ipsam rem".- No

---

(21) SAVIGNY C.- "Derecho Romano Actual", T° IV.- Ed. Madrid 1879.-

(22) DI PIETRO Alfredo.- "Nota al párrafo 44 del Libro IV de las Institutas de Gayo", pág.302.-

/así Wenger y de Zulueta que lo consideran auténtico.- Este último señala que Gayo pudo haber tenido en mente a la legis actio sacramento in rem, en la cual el resultado práctico de la decisión habría sido atribuir la propiedad a aquél de quien se hubiera declarado que el sacramentum era iustum. (23).-

Wenger está de acuerdo en aceptar en el período de las legis actio la condemnatio in ipsam rem, puesto que la condemnatio pecuniaria era casi imposible en el período anterior a la introducción de la moneda corriente, ocurrido alrededor del año 338 A.C.-

Pero pese a lo afirmado por el último de los nombrados, ya la Ley de las XII Tablas contenía ciertas penas fijadas en dinero.-

Orestano en el prólogo a la traducción de las Instituciones de Wenger, dice que la condemnatio pecuniaria en una sociedad agraria, donde el dinero escaseaba, debió representar la mas deseable satisfacción para el demandante.-(24).-

Kelly, siguiendo a Ihering que también se refiere al aspecto penal de la condena pecuniaria, dice que ésta tenía por su propia naturaleza un efecto penalizante (25).-

Asimismo, afirma que a primera vista se podría suponer que la condemnatio pecuniaria era en general y en una época de escasez de moneda, un peso que debían soportar con igual inconveniencia todas las clases sociales.- Pero el mundo Romano no es igual que el mundo moderno y que el resultado de esta condena pecuniaria, tendía a golpear a la parte mas débil de la sociedad, aquéllos para quienes sería mas duro conseguir créditos y para los que el pago en efectivo resultara un verdadero sacrificio.-

---

(23), (24), (25): KELLY J.M.- "ROMAN LITIGATION", págs.69 y ss.- Oxford 1966, quien cita a los restantes autores.-

/.

Y consiguientemente con lo expuesto concluye que en la época que siguió a los Gracos y hasta casi comenzado el Imperio "the administration of civil justice contained an element whose effect was to bear with especial economic force upon the poorer half of the Roman world, and ultimately to transfer more and more wealth into fewer and fewer hands".- (26).-

Es posible lo que dice Kelly, pero no vemos que la *condemnatio* sea de naturaleza penal ni tampoco creemos que necesariamente tenga que ser rico el actor y carente de recursos el demandado.- Bien podría ser a la inversa, donde a causa de la equidad se restablecería este injusto orden social.-

El mismo autor dice que actualmente el principal obstáculo para que un pobre hombre pueda litigar, es el alto monto de las costas, en especial los honorarios profesionales que invariablemente debe desembolsar si resulta vencido.-

Este problema era desconocido en el mundo Romano.-

Además no es posible sostener que la *condemnatio* pecuniaria tenga carácter penal, porque muy distinta es la función de la pena en el derecho Romano.-

Se suele sostener que la pena encuentra su origen y razón de ser en la necesidad de venganza.-

Como consecuencia de un proceso evolutivo muy complejo y muy largo, se llega a concebir a la pena como una institución jurídica prescindente totalmente del hecho de la venganza.-

En la edad arcaica, el sistema represivo Romano

---

(26) KELLY J.M.- Ob.cit. pág.80.-

/se caracterizaba por el dualismo existente entre pena pública y privada.-

La primera (sacratio capitis) tiende a la restauración de la "pax deorum" y la otra (noxia deditio) trata de restablecer la paz de los grupos gentilicios.-

Cuando las civitas se superponen a los grupos mencionados, pasa a convertirse en meras relaciones internas y en adelante deja de ser la manifestación de la venganza y viene a asumir un carácter aflictivo.- La función de la pena privada era de carácter ordenador y no por cierto retributiva.-

"Y todavía en época clásica avanzada las penas dentro del ordo iudiciarum se presentan muchas veces como fijas e insusceptibles de modificación teniendo en cuenta la gravedad del delito quasi residuo de una concepción de la pena que prescindía totalmente de toda idea de retribución".

"Es innegable que ya al comienzo de la edad clásica sin embargo los Romanos comenzaron a vislumbrar a la pena en función retributiva que como concepción mas reciente demuestra una mayor vitalidad y capacidad de adaptación a las transformaciones del ambiente." (27).-

Como vemos entonces la idea de la pena con carácter preventivo y retributivo que responde mas a una exigencia social de justicia que a un sentimiento personal de venganza, aparece en una etapa muy avanzada y posterior a los orígenes del procedimiento que tratamos, por lo que de ninguna manera consideramos que la condemnatio pecuniaria tenga carácter penal, por muy difícil que haya sido conseguir dinero amonedado en esa época.-

---

(27) DE ROBERTIS Francisco.- "La Función de la Pena en el Derecho Romano", en Studi In Onore Di Siro Solazzi.-Ed.1948, pág.169 y ss.-

/.

b) Presencia de las partes ordinarias en la fórmula.-

Gayo dice que las partes de la fórmula no se encuentran simultáneamente y que la demonstratio adiudicatio y condemnatio no se hallan solas.- La demonstratio nada vale sin la intentio y no tiene ningún valor la condemnatio sin la demonstratio o la intentio, ni la adiudicatio sin la demonstratio.-

La intentio puede encontrarse sólo, caso de las acciones prejudiciales (G.IV-44).-

De todo esto se desprende que la intentio solamente tiene valor por sí misma.-

El párrafo es confuso.- Puede haber fórmulas sin intentio y que sólo contengan demonstratio?.- Así parece creerlo Audibert (28).-

De acuerdo a lo manifestado por Gayo la demonstratio comienza con quod; la intentio certa: si paret y la incerta quidquid paret.-

La fórmula de la acción de injuria según la reconstrucción de Lenel (29) es la siguiente: "Quod dolo malo Ni Ni Ao Ao pugno mala percussa est, q.d.r.a. quantam pecuniam uobis bonum aequum uidebitur ob eam rem Nm Nm Ao Ao condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat HS...si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores, Nm Nm Ao Ao c.s.n.p.a".-

La primera parte es evidentemente una demonstratio, la fórmula contiene una condemnatio tasada concedida in bonum aequum y la exceptio annalis.-

Lenel sostiene que la cláusula estimatoria es

---

(28) AUDIBERT .- "Formules Sans Intentio" en Melanges Girard, 1912.-

(29) LENEL.- Ob.cit. Tº II, pág.62.-

**/una especie de intentio.-**

Pero el *bonum aequum* no se refiere a la *intentio* sino a la *condemnatio*, pues el daño no tiene carácter patrimonial; la suma debe ser proporcional a la ofensa inferida.-

El Pretor manda a condenar según un criterio de equidad, que contemple los variables elementos de índole moral y material (30).-

En efecto, Ulpiano dice (D.9-3-1-5) "...Quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest".-

En la acción de injurias no es posible hablar de *intentio* pues se trata de demostrar un hecho.-

La pena de las "*iniuriae*" era de acuerdo con la ley de las XII Tablas: *membrum ruptum* el talión; *os fractum* aut *conclisum*: 300 ases cuando se trataba de un hombre libre y 150 si era un esclavo; por causa de otras injurias: 25 ases.- (Gayo-III-223).-

Parece ser que la Ley de las XII Tablas tiene en cuenta dos figuras de injurias calificadas y otra general.

Pugliese (31) sin embargo sostiene que el caso de *membrum ruptum* y *os fractum* no son especies agravadas, sino delitos autónomos y que luego fueron unificados con el nombre común de injurias.-

De manera que la *actio iniuriarum aestimatoria*, es única, pero se fue perfeccionando a través de un número sucesivo de fórmulas propuestas en distintas épocas y por diversos Edictos, en razón del número creciente de hechos injuriosos, y extendido por algunas leyes como la *lex Cornelia de iniuriis*, que contempla los siguientes supuestos:

---

(30) BERETTA Pietro.- "*Condemnatio in bonum aequum*", en *Studi In Onore Di Siro Solazzi*, pág. 264 y ss.-

(31) PUGLIESE Juan, mencionado por el anterior.-

/ .pulsare, verberare y domun introire.-

Todas estas formas se distinguen por la demonstratio, los Jurisconsultos la llamaron actio iniuriarum y también el Pretor en el Edicto, dando orden al actor de precisar los hechos injuriosos.-

D.47-10-7-pf. "Praetor edixit: "Qui agit iniuriarum, certum dicat, qui iniuriae factum sit."

Gayo (IV-46) explica que en las fórmulas in factum conceptae, no hay redacción de la intentio, sino que al comienzo de la fórmula se expresan los hechos ocurridos, luego de lo cual se agrega la condemnatio.-

Como regla general la plus petitio en la demonstratio no perjudica.-

Pero hay ciertos casos en que sí hace perder el litigio: la acción de depósito y otras infamantes.-

Si alguien expusiera haber depositado dos o más cosas y lo alega falsamente, lo mismo si en la acción de injurias expresara faltando a la verdad que se le ha golpeado en la cara o en otra parte del cuerpo, hay que atender así la fórmula está redactada in ius o in factum.-

En el primer caso la plus petitio en la demonstratio no tiene importancia y la intentio es incerta (quidquid ob eam rem dare facere oportere), mientras que por el contrario en la fórmula in factum se pierde el litigio, ya que se considera que hay una plus petitio en la intentio (G.IV-60).

Hay contradicción entre el párrafo de Gayo IV-46 y IV-60?.- Este último carece de dos folios enteros, unas cuarenta y ocho líneas, según comentarios del Dr. Di Pietro a este autor.-

/.

Si Gayo en el párrafo 60 dice que en la fórmula redactada *in factum*, desde el comienzo de la *intentio* el objeto del litigio es designado con determinadas palabras y en el párrafo 46 refiere que no hay redacción de la *intentio* en las fórmulas *in factum*, sino que a continuación de los hechos sigue la *condemnatio*, es posible pensar que existieran fórmulas *in factum* con *demonstratio* e *intentio* (caso de la acción de depósito) y otras sin intentio (caso de la acción de injurias) donde la *demonstratio* debía ser muy precisa y haría las veces de *intentio*, con las consecuencias que acarrea la *plus petitio*.-

En apoyo a lo sostenido en cuanto a la posibilidad de fórmula sin *intentio*, también se lee en Gayo que la *adiudicatio* no vale sin la *demonstratio*.- (G.IV-44).-

c) Partes extraordinarias: excepciones y praescriptiones.-

Encontramos en la fórmula elementos accidentales: son las defensas que pueden ser tanto "pro actore" como "pro reo" y según su ubicación en la fórmula se llaman *praescriptiones* ó *exceptiones*.-

Trataremos primero las excepciones.-

Se trata de remedios procesales, medios de defensa que fueron dados al demandado para evitar condenaciones inicuas.-

De origen pretoriano fueron otorgados luego estos medios de defensa por leyes, Senadoconsultos y Edictos del Emperador.-

El Pretor anunciaba en su Edicto las excepciones que otorgaría, ello sin perjuicio de crear nuevos remedios adaptables a un caso concreto una vez oídas las partes.-

/ .Estas excepciones son in factum, según la terminología de Savigny.-

"Todas las excepciones se redactan en forma contraria a lo que afirma el actor..." (Gayo, IV-119).-

Las excepciones han tenido su origen en el Edicto del Pretor, como ya lo dijimos y fueron puestas en uso "después del establecimiento del ordo iudiciorum, pues no existía en las antiguas legis actiones.- Podría también afirmarse que su origen fue posterior en mucho al comienzo del procedimiento formulario; sin embargo es poco verosímil que los Romanos hubiesen desconocido largo tiempo una forma tan apropiada a su objeto y tan fácil de encontrar" (32).-

En base a las enseñanzas de Gayo, podríamos hacer las divisiones en los siguientes cuadros sinópticos, para luego explicar brevemente los efectos que cada una de ellas produce.-

Clasificación según su origen

<u>Excepciones Pretorianas</u> (Gayo IV-116 a. 116 b, 117, 118)	{ Pacti conventi Doli mali Metus causa Utilis o in factum (dadas por analogía)
<u>Excepciones Civiles</u> (Gayo IV, 117 a)	{ Ley: ej. ex lege Cinciae Senado Consulto: ej. S.C. Macedoniano Edicto del Emperador: ej. excep. rei litigiosae

Con respecto a esta clasificación Shulz observa que las excepciones son siempre pretorianas y que la única excepción civil que conoce es la exceptio domini ~~ip~~ ip ~~ti~~ ti.-

---

(32) SAVIGNY.- Ob.cit. pág. 111.-

/.

Continúa diciendo que algunas excepciones fueron puestas en el Edicto por ordenarlas algunas leyes y Senado consulto, pero estas normas no crean ius civile (33).-

Mantenemos esta distinción entre honorarias y civiles, llamando honorarias o pretorianas a las creadas por el Pretor, emanadas en su origen de su jurisdicción de e-quidad.-

Clasificación según el tiempo en que pueden hacer-  
se valer.-

Excepciones  
perentorias

Gayo IV, 121.-

Metus causa

Doli mali

La que se opondrá contra la violación de una ley o S.C.

Rei iudicata

Pacti conventi (cuando se alega haberse pactado que no se reclamaría la cosa)

Excepciones  
dilatorias

Gayo IV, 122,  
124.-

Pacti conventi (cuando se pactó el plazo dentro del cual no se reclamará la cosa).-

Litis dividuae

Rei residuae

Cognitorias

Las excepciones perentorias se pueden oponer perpetuamente y tiene como efecto destruir la acción a la que se oponen.-

Una vez que la causa está en manos del iudex puede volver al magistrado en razón del efecto de esta excepción, que retrotrae el estado del juicio y para éllo el magistrado acuerda un remedio extraordinario, "in integram restitutio" (Gayo, IV-125).-

---

(33) SCHULZ F. "Derecho Romano Clásico", pág. 53, Ed. 1960.-

/ . Pueden dar lugar también a una litis infitiatio.-  
Al respecto dice Ulpiano en el Digesto (D.44-1-2 párr.4):  
"...solemos decir que unas excepciones son dilatorias, o-  
tras perentorias: así, es dilatoria la que aplaza la ac-  
ción, como lo es la de procurador; pues quien dice que no  
se puede accionar a título de procurador, no niega entera-  
mente la litis, sino que recusa a la persona".-

Interpretando este pasaje, Wenger dice que "pa-  
rece seguro que Ulpiano quiere expresar la idea de que en  
la presentación de una excepción perentoria hay una infi-  
tatio litis".- (34).-

La exceptio doli al igual que la actio doli, fue-  
ron introducidas por Aquillius Gallus, según testimonio de  
Cicerón: (de nat.deorum 3-30-74) "...iudicium de dolo malo,  
quod C.Aquillius familiaris noster protulit...", en igual  
sentido Cicerón Off.3-14-60, no se sabe si como jurista o  
como magistrado, ya que fue Pretor Peregrino en el año 66  
A.C.-

Dado el carácter stricti iuris que tenía la sti-  
pulatio, no había remedio en el derecho civil, cuando una  
persona era fraudulentamente inducida a estipular; éllo -  
hasta el año 66 A.C.

"Los efectos del dolo variaron según las épocas.-  
En el derecho primitivo, el dolo procedente de una de las  
partes no determinaba la nulidad del negocio, salvo que las  
partes incluyesen la cláusula doli; mediante la cual una de  
las partes se hacía prometer por la otra que no cometería  
dolo" (35).-

De igual carácter striti iuris es el contrato li-  
teral, por lo que Canius en el caso que nos narra Cicerón

---

(34) WENGER Leopoldo.- "Actio Iudicati", pág.28, Ed.E.J.E.A.  
1954.-

(35) PONCE DE LEON Mario J.- "El Negocio Jurídico".- Ed.Cen-  
tro Estudiantes de Derecho,  
pág.28.-

/en Los Oficios, Libro III/58, nada pudo hacer para remediar el fraude del banquero Pitio hasta que Aquilius Gallus introdujo la excepción del dolo.- El caso es el siguiente: Canius, ciudadano Romano, había ido a Siracusa y manifestó su deseo de comprar una casa de campo.-

Como se corriera la voz un tal Pitio, que era banquero, le dijo que él tenía una pero no para venderla, ofreciéndosela para servirse de ella.- Al mismo tiempo lo invitó a visitarla.-

Aceptó Canius el convite y el banquero mandó a llamar a unos pescadores, a quienes le pidió que fuesen a pescar delante de su casa de campo, dándoles instrucciones acerca de lo que debían hacer.- Cuando Canius llegó tuvo ante su vista una multitud de barcas y los pescadores traían pescados que echaban a los pies de Pitio.- Como Canius quedara admirado, Pitio le respondió que en ese lugar se concentraba toda la pesca de Siracusa.-

Canius comenzó a insitir para que se le vendiera la casa "...Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos; nomina facit, negotium conficit..."

"Pero todo había sido un engaño del banquero, alguien le informó a Canius que en ese lugar nadie iba a pescar.- Comenzó el hombre a encolerizarse.- Pero que había de hacer?.- Si todavía no había publicado las fórmulas sobre el dolo malo mi compañero y amigo Aquilio..."

Otra noticia de Aquilius la da Valerio Máximo en sus Memorias (8-2-2) "C. Visellius Varre gravi verbo correptus trescenta milia nummum ab Otacilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam

/summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosa liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde ex illa tempestate adversus vota Otaciliae. Quae offensa quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito destrictam feneratoricem agere coepit, nummos petendo, quos ut fronte inverecunda, ita inanis stipulatione captaverat, de qua re C. Aquilius vir magnae auctoritatis et scientia iuris civilis excellens iudex adductus adhibitis in consilium principibus civitatis prudentia et religione sua mulierem repulit. Quod si eadem formula Varro et damnari et ab adversaria absolvi potuisset, eius quoque non dubito quin turpen et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc privatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni vindicandum reliquit".-

El problema consiste en saber si la acción se basaba en una stipulatio o en un contrato literis.-

Alan Watson cree que no hay ninguna razón para pensar que la obligación no haya surgido de un contrato literal. "There seems no reason why a woman could not be creditor in the literal contract if she kept account books as Otacilia obviously did...expensa ferri sibi passus est, occupies a very prominent place in the text, far more prominent than that according to inanis stipulatio...".-

El segundo problema es saber porque Otacilia fracasó en su acción. "The most plausible explanation is that she was repulsed by the exceptio doli..."(36).-

La excepción de dolo se utiliza también como substitutiva de la exceptio pacti para el procurator omnium bonorum.-

---

(36) WATSON Alan.- "The Law of Obligations in the Later Roman Republic".- Oxford, 1965, pág.35.-

/ . D.2-14-10-2 (Ulpiano, comentarios al Edicto):  
"las más de las veces solemos decir que la excepción de dolo es en subsidio de la excepción de pacto; y finalmente escribe Juliano y otros muchos convienen con el, que los que no pueden usar de la excepción de pacto, habrán de valerse de la de dolo, por ejemplo si mi procurador pactase, me aprovechará la excepción de dolo, según parece a Trebacio, quien opina, así como me perjudica el pacto del procurador, así también debe aprovecharme".-

Otro pasaje del Digesto da la idea de que cuando las partes han actuado fraudulentamente, es preferido el demandado.- Dice Marcelo, que contra la excepción de dolo no se da réplica.- Labeon es también de la misma opinión; porque dice que es injusto que la común malicia le sirva de premio al demandante y de pena a aquél contra quien se litiga, pues es muy justo que el actor nada consiga de lo que se hizo con perfidia.-

Alrededor del año 80 A.C. aparece la fórmula Octaviana, que prometía la in integrum restitutio y la actio quod metus causa.- La exceptio quod metus causa apareció mas tarde y es tratada en el Edicto como un apéndice de la exceptio doli.-

Ulpiano dice que Casio no había propuesto la excepción quod metus causa, contentándose con la excepción de dolo que es general (D.44-4-33).- También dice Ulpiano que esta excepción in rem scripta est: SI IN AE RE NIHIL METUS CAUSA FACTUM EST.-

Las excepciones dilatorias se pueden oponer dentro de cierto tiempo, por ejemplo: si se convino que no se reclamaria la cosa durante un año y antes de vender el

/término se inicia la acción, en tal caso se puede oponer la excepción de pacti conventi.-

El efecto de esta excepción es el de paralizar la acción, pero no la destruye si el acto retira su demanda.- Si insiste en su pretensión, la acción queda consumada y por efecto de la excepción perderá la litis y el demandado será absuelto.- (Gayo, IV-123).-

Gayo en el párrafo 124 del Libro IV, dice que las excepciones dilatorias se entienden no sólo en virtud del tiempo, sino también en virtud de la persona, tal como ocurre con las excepciones cognitivas...

Lenel le da a esta excepción una redacción afirmativa: Si AsAs Lucii Titii procurator est.- "En ningún lado se dice que deben ser negativas, sino que Gayo en IV-119 dice que deben ser concebidas en sentido contrario a lo que afirma el actor.- La pretensión negativa que el demandante no tiene poder o que él no es tutor debe de acuerdo con esta misma regla, llevar una excepción afirmativa" (37).-

Praescriptiones: Son también medios de defensa que se otorgan tanto en favor del actor como del demandado y se llaman de esa manera aludiéndose a su ubicación antes de la fórmula y sirven para determinar o limitar su contenido.-

Praescriptiones pro reo: Gayo las menciona en el Libro IV, párrafos 133 y siguientes.-

La "praescriptio si hereditati praeiudicium non fiat" se otorga en favor del demandado para evitar que la reivindicación de una singular res lo perjudique en la petitio hereditatis.-

---

(37) LENEL Otto.- Ob.cit. pág.251, Tº II.-

/. "Las praescriptiones se ponen a veces como subrogación de la demonstratio o sea...para explicar el hecho en que se funda la acción" (38).-

Por ejemplo, se da una praescriptio en favor del demandado cuando se acciona contra el dominus, por estipulación hecha con una persona bajo su potestad dominical, su patria potestad o cuando se trate de una persona que el dominus tenga "in mancipio" (Gayo, IV-133, 134 y 135).-

Praescriptiones pro actore: En caso de obligación con prestaciones periódicas, cuando se quería accionar por las cuotas vencidas, era manester insertar en favor del actor la praescriptio "ea res agatur cuius rei dies fuit", para evitar la consuntio de la acción, con respecto a las cuotas futuras (Gayo IV-131).-

Cuando se accionaba por compra, la mancipación de un fundo se insertaba la praescriptio "ea res agatur de fundo mancipando".- Se distinguen dos momentos: la mancipación del fundo y la entrega del mismo, por éllo se insertaba esta praescriptio para luego poder demandar por la traditio (Gayo IV-131 a).-

Se insertaban praescriptiones, a manera de explicación de la intentio cuando se estipulaba en forma indeterminada y había vencido el plazo del asunto (Gayo, IV-136).-

Si existía sponsor, la praescriptio se hacía con respecto a su persona.- (Gayo, IV-137).-

d) Plus y minus petitio.-

Para que el actor tenga éxito al ejercer la acción, es necesario que la fórmula no esté viciosamente concebida.-

---

(38) SCIALOJA V.- "Procedimiento Civil Romano", pág. 166.-  
Ed. E. J. E. A., 1954.-

/. Gayo nos dice que si la intentio contuviera un exceso, la causa cae, y el Pretor sólo en casos excepcionales otorga una in integrum restitutio (por ejemplo, a un menor de veinticinco años, error excusable, dolo, violencia, ausencia necesaria, etc.) (Gayo IV-53).-

Pero la plus petitio se va a producir si la intentio es certa.-

El mismo Gayo nos dice que de cuatro modos se puede pedir de más: en relación con la cosa (re), con el tiempo (tempore), con el lugar (loco) y con la causa (causa) (IV-53 a.).-

La plus petitio con relación a la cosa, no presenta demasiados problemas, pero sí se han planteado algunas dudas con respecto a las otras tres, debido a la restitución que fue necesario hacer a los párrafos 53, b. y c. de Gayo cuyo sentido fue completado con las Institutas de Justiniano.-

"Tempore plus petitur, veluti si quis ante diem (vel ante condicionem) petierit..." (G.53 b).-

Lo transcripto entre paréntesis, según Scialoja, (39) no debe incluirse en el texto de Gayo, sino que hay que seguir a Krüger en la reconstrucción de este párrafo.-

Si el acreedor demanda antes del plazo es evidente que exige algo que realmente se le debe y al deducirlo en juicio, por el efecto de la litis contestatio en el período formulario, consume su acción.-

Pero, si reclama antes de la condición, pierde la litis pero no el derecho.-

---

(39) SCIALOJA V.- Ob.cit. pág.263.-

/. "Antes de verificarse la condición suspensiva, en efecto, no se puede decir que exista realmente el derecho del acreedor; existe un derecho a que no sea me noscabada la propia expectativa, pero no existe aún el derecho que forma el contenido de la relación condicionada. (V. Scialoja. *Negozi giuridici*, Roma, 1933)".-

Numerosos textos del Digesto dan testimonio que el acreedor condicional que ha accionado antes del cumplimiento de la condición, pierde la litis, pero puede volver a accionar.-

D. 20-1-13-5: "Si se hubiera obligado la hipoteca por razón de lo debido bajo condición, se ha de decir, que no se demanda convenientemente antes de cumplida la condición, pues nada se debe mientras tanto; pero si se hubiese cumplido la condición de lo debido bajo condición, podrá demandar de nuevo..."

D. 11-1-13-9: "Si hubiera sido comprado un esclavo bajo condición, inutilmente se intenta la acción redhibitoria antes de cumplida la condición, porque la venta aún no perfeccionada no puede hacerse imperfecta por arbitrio del juez; y por esto, si antes se hubiere ejercitado la acción de compra, o la de venta, ó la redhibitoria, podrá intentarse nuevamente, cumplida la condición"

D. 7-3-1-4: "Pero antes de adida la herencia no solamente no empieza a correr el término del usufructo, sino que tampoco la acción de usufructo; y lo mismo, también si desde cierto día se hubiere legado el usufructo.- Dice Beccvola, que nada hace el que reclama antes del día del usufructo, aunque en otros casos reclama mal el que demanda antes de tiempo".-

/.  
Los compiladores podían fácilmente equiparar el plazo a la condición porque en el derecho Justiniano, la plus petitio no produce la consumación de la acción.-

Con relación al lugar, se reclama de más cuando se demanda en lugar distinto del estipulado.-

El Pretor soluciona este inconveniente otorgando la "condictio de eo quod certo loco".-

Es la actio arbitraria por excelencia.-

La redacción de la intentio es tomada por Lenel de la paráfrasis de Teófilo: "S p.NmNm AoAo decem Ephesi dare oportere condemnatio iudex arbitrato tuo NmNmAoAoc. s.n.p.a."

La fórmula reconstruida es así: "NmNmAoAo decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi tanto pluris minorive S.n.p.a."(40).-

D.13-4-1: "No parecía que competía facultad para intentar una acción en otro lugar, más que en aquél en cada cual hubiese estipulado, que se le diera una cosa, pero como era injusto si el que prometió no se presentara nunca en aquel lugar en que hubiese prometido que habría de dar, ya porque lo hiciera de intento ya porque por necesidad estuviera ocupado en otros lugares, que el que estipuló no pudiese obtener lo suyo, por esto pareció conveniente establecer esta acción útil para esta cosa".-

D.13-4-2, Pr.: "Esta acción arbitraria comprende la utilidad de uno y de otro, del actor como del reo.-Porque si le importa al reo, la condena se hace de menor cantidad, que la que se le reclamó, mas si al actor, se hará de mayor suma".-

---

(40) LENEL Otto.- Ob.cit. T° I, pág. 277.-

/.

D.13-4-3: "Por consiguiente esta acción se deja al arbitrio del juez, porque sabemos cuan diversos son los precios de las cosas en cada una de las regiones, del aceite, trigo etc. y también del dinero (en algunos lugares se encuentra con menores intereses y en otros con mayor usura)".-

Se pide de más por la causa si el actor no indica en la intentio la elección que por derecho corresponde al demandado.- Asimismo, si alguien hubiese estipulado un género y despues pide la especie.-

Paulo en Sentencias I-10, dice que cae la causa por la calidad, exigiendo una especie mejor de la misma cosa.-

Gayo (IV-58) manifiesta que la plus petitio en la demonstratio no perjudica y tampoco en la intentio incerta: "quidquid -paret- adversarium dare facere oportere" (IV-54).-

Sin embargo, habla de excepciones a la regla de la plus petitio en la demonstratio.- Así por ejemplo en la acción de depósito y en todas las otras en las que el demandado sufre la nota de infamia y en la acción de injuria perjudica la plus petitio en esa parte de la fórmula.-

Pero las acciones infamantes a las que se refiere Gayo en el párrafo 60, no tienen intentio certa, luego sólo se haya referido quizá a las acciones in factum conceptae.-

La razón sería que los juristas republicanos no conocieran la fórmula in ius conceptae para el depósito, ni el comodato.-

/.

En los textos de Cicerón, no se encuentran mencionadas entre las acciones de buena fe en la lista a que hace mención en Off.3-17-70.-

Estas figuras no aparecen tampoco en los libros de Quinto Mucio y Sabino.-

El Pretor quizá haya ordenado ser muy preciso en la redacción de los hechos en este tipo de fórmulas, como sabemos lo ha hecho en el caso de la acción de injurias dando orden al actor de precisar los hechos injuriosos. ( D.47-10-7 Pr.)-.

Gayo (IV-59) relata las consecuencias de la minus petitio aunque dice que la minus petitio en la demonstratio no hace perimir el pleito, puede perjudicar a una demonstratio falsa en acciones como la de comodato y la de depósito.-

Dice que si se ha comprado a Stico y a Eros se considera válida la demonstratio si se dice que se ha comprado a Eros y si se quiere se puede accionar por Stico en una segunda fórmula y que esa es la opinión de Labeon.-

Gayo habla de una compra y esta se trata de un contrato de buena fe con intentio incerta.-

La opinión prevaleciente entre los juristas ha sido la de Labeon, y entonces cuando el contrato tiene por objeto varias cosas distintas, se da acción por cada una de ellas.-

D.19-1-33: "También si muchas cosas hubieran sido compradas por un solo precio, puede ejercitarse respecto de cada una de ellas la acción de compra y venta".-

Gayo dice en el párrafo 59 que si alguien compra-

/ .ra un esclavo y acciona por dos, la demonstratio es falsa, mientras que como ya lo hemos visto si se compran dos esclavos y se acciona por uno, no se presenta ningún inconveniente pero como Gayo alude a que "tal ha sido sobre todo la opinión de Labeon", es indudable que en este último caso también se habrán presentado discusiones entre los juristas, quienes habrán visto que el contrato de un solo esclavo no es el contrato de varios y que cuando se trata de este último y se reclama uno solo, al no haber identidad es falsa la demonstratio.-

De todas maneras parece ociosa la discusión porque se trata de un iudicia bonae fidei.-

-----oooOooo-----

/.

## CAPITULO IV.-

### LA FORMULA Y LA ACCION

#### a) Clases de acción y clases de fórmula.-

Trataremos en este párrafo en forma conjunta a las acciones y a las fórmulas, indicando en cada caso cuando se trata de una o de otra.-

La clasificación de las acciones es muy numerosa por lo que nos referiremos sólo a las mas importantes.-

Gayo trata a la clasificación en el Libro IV de las Institutas, párrafos 1 a 10 y Justiniano hace lo propio en las Institutas, Libro IV título VI.-

En los textos del Corpus Iuris todo lo relativo a las acciones se encuentra diseminado, y no se ha hecho ningún intento de sistematización.-

El tema lo tratamos de esta manera porque es muy difícil separarlo, porque puede ocurrir que para una misma acción se den dos tipos de fórmula, por ejemplo el Libro 21, Título I párrafos 40 y 42 del Digesto señala lo que decimos, el caso de una sola acción con una condemnatio concebida en "quanti res erit y otro in bonum aequum".-

Y que para dos acciones se proponga una sola fórmula, como, por ejemplo, para la actio de peculio et de in rem y verso (Lenel, Tº I, pág.329).-

Debemos aclarar que en el primer ejemplo que pusimos, las fórmulas son dos, mientras que en el último, la fórmula es una sola con dos condemnatio alternativas.-

El término actio, se aplica en general, a los

/elementos de ataque del actor contra el demandado, esto es el derecho que el actor hace valer.- Luego, la palabra actio se va a consustanciar con el contenido del acto mismo.-

El concepto de derecho subjetivo moderno, no era usual en el Derecho Romano; se hablaba más de acciones que de derecho.-

"En el derecho moderno el legislador determina los derechos; y la defensa de los mismos, es mera consecuencia de aquélla determinación".-(41).-

La discusión entre actio y derecho fue evitada por los jurisconsultos, por considerarla mas propia de la filosofía que del derecho (42).-

En el procedimiento formulario actio en sentido concreto indica específica actividad del actor y en sentido abstracto medio otorgado por el Pretor, aunque no decía daré acción, sino "iudicium dabo".-

Si para el Pretor, el "ius dicere" significa organizar el proceso en base a la acción, la acción pasó a ser un modus agendi, según esquema prefijado.-

El sistema formulario no conocía como realidad jurídica positiva a la actio, sino a las "acciones" (43).-

Las acciones eran típicas, provenientes del ius civile o del honorarium; sin embargo en este último el rigor estaba atenuado por la posibilidad del Pretor para conceder acciones no previstas.-

Se nos presenta aquí una de las clasificaciones de las acciones: civiles y honorarias.-

---

(41) SCIALOJA V.- Ob.cit. pág.91 y ss.-

(42) Cfr. SCHULZ F.- Ob.cit. pág.24.-

(43) PUGLIESE J.- Ob.cit. pág.262.-

/.

Conforme las enseñanzas de André Magdelain en su obra "Les Actions Civiles" (Paris, Recueil Sirey, 1954) cuya obra reseñaremos, podemos decir que la oposición entre el derecho civil y el derecho honorario, no estaba aún sistematizada en la época Republicana.-

En efecto, en esa época el Edicto del Pretor no era mas que una ordenanza de carácter procesal.-

La jurisprudencia, tardó en encontrar en el Edicto una forma auténtica de derecho sustancial.- Los Prudentes no abandonaron esta actitud restrictiva hasta la época de Adriano.- Cuando se deciden a ver en el Edicto la fuente de un verdadero derecho, le dedicaron comentarios apreciables.-

Las acciones civiles eran llamadas legitimas.-

La historia de la expresión "actio civilis" es el resultado de una simplificación progresiva.- En tiempos de Nerón, el S.C.Trebelliano para designar a las acciones civiles, usa esta expresión: acciones que por el derecho civil competen al heredero... "Quae iure civilis competunt" (D.36-1-40 pr.).-

Aunque el S.G. habla que se transfieren las acciones que por derecho civil competen al heredero y contra el heredero y también las acciones honorarias, porque no hay ninguna separación.- La alusión a las acciones honorarias, no es feliz, porque el Pretor puede asegurar por si mismo la transmisión y quizá eso no lo haya dicho Paulo.-

Ulpiano en D. 9-3-5-12, dice: "Si lo que estaba puesto y hubiese caído y hecho daño compete acción contra el que lo puso no contra el que allí habitase... porque también cuando un pintor hubiese tenido expuesto en su pérgola una talla o un escudo y de ésta hubiese caído y causado

/ .daño a algun transeúnte, respondió Servio que debía darse acción a ejemplo de ésta; por que es evidente que no compete esta acción porque no había sido puesto ni en el cobertizo ni en el alero del tejado.- Lo mismo si hubiese caído un ánfora suspendida de una redecilla porque falta tanto la acción legítima como la honoraria".-

Servio, según testimonio de Cicerón, fue el primer jurisconsulto que comentó el Edicto del Pretor.-

La acción legítima es una acción que tiene por fundamento a una ley.-

Las acciones legítimas que pasaron al Edictor del Pretor, son:(44)

XII Tablas:

actio aquae pluviae arcendae:E.P.-177.-

de arboribus succisis:Gaius IV-11;E.P.pág.377

(place incertaine dans l'édit,)

de pastu:E.P.-76.-

de pauperie:E.P.-75.-

ex stipulatu:Gaius, IV-17a.;E.P.55.-

familiae erciscundae:G.IV-17a;E.P.-80.-

finium regundorum:Table VII,1;E.P.-79.-

furti nec manifesti:G.III-190,E.P.-128.-

furti concepti:G.III-191;E.P.150.-

furti oblati:G.III-191;E.P.129.-

de tigno iuncto:E.P.-131.-

rationibus distrahendi:E.P.-125.-

vindicatio:Table VI,5a;E.P.69.-

causa liberalis:G.IV-14;E.P.-178-179.-

auctoritatis:E.P.-290.-

de modo agri: E.P.-74

---

(44) MAGDELAIN André.- Ob.Cit. pág.13 y ss.-

- /.
- lei Publilia: actio depensi: Gaius, III, 127;  
IV, 22; E.P. 83/8.
  - lei Furia (de sponsi): actio legis Furiae:  
Gaius, IV, 22; E.P. 83-88.
  - Lei Licinnia: actio communi dividundo: Gaius,  
IV, 17 a.- E.P. 81.
  - lei Silia: condictio certae pecuniae: Gaius, IV  
19, E.P. 95.
  - lei Calpurnia: condictio certae rei: Gaius, IV,  
19; E.P. 95.
  - lei Aquilia: actio legis Aquiliae: Gaius, III,  
210; E.P. 77.
  - lei Cicereia: praejudicium legis Cicereiae: Gaius  
III, 123; E.P. 83-88.-

El Edicto del Pretor, contiene una serie de acciones que pueden considerarse "sine lege": petición de herencia, acciones confesoria y negatoria.-

Primitivamente, ellas no son mas que aplicaciones de la vindicatio decemviral.-

La petición de herencia, comenzó como una vindicatio aplicada al conjunto de la familiae-pecuniaeque.-

La acción confesoria y la negatoria, tuvieron su individualidad cuando las servidumbres incluyendo al usufructo, figuran como derechos reales de tipo nuevo y original.- Pero una vez lograda la independencia, no dejaron de ser vindicaciones (Gayo, IV-5).-

Dice Monier (45) que hacia el fin de la República hasta el comienzo del Alto Imperio, ciertas concepciones de derecho privado sufren grandes transformaciones.- La noción de "dominium" se va a sustituir paulatinamente a la de "mancipium" y de ahí la distinción entre "res corporales e incorporales", que pasan de la filosofía al de-

---

(45) MONIER R.- "La date d' apparition du "dominium" et de la distinction juridique des "res" en "corporales" et "incorporales".- En Studi In Onore Di Siro Solazzi, pág. 357.-

/recho.- Gayo (II-12): "Por otra parte las cosas son o corporales (res corporales) o incorporables (res incorporales).-

Gayo (II-13): "Son corporales aquéllas que se pueden tocar (quae tan gi possunt) como por ejemplo: un fundo, un esclavo, un vestigo, el oro, la plata y otras innumerables cosas".-

"Esta división concuerda con los principios estoicos que reduciendo todos los sentidos al tacto, definieron al corpus como "aquello que puede tocarse" (cf Séneca, ep. 106). Estos mismos filósofos afirmaron que solo los cuerpos tenían "ser" y que las res incorporales no "existían" sino que se "entendían" (cf. Cicer., Topic, 5), llamando a aquéllas "cosas" y a éstos "derechos"...(46).-

Como el mundo estoico, es esencialmente un universo de cuerpos, las conexiones causales no hacen intervenir ninguna idea, forma, u otro tipo incorpóreo.-

"Todas las cosas son corpóreas, ningún efecto puede ser producido por una causa incorpórea.- Así todos los cuerpos se hallan en una mutua interacción" ("El Estoicismo."- Bruns-Cuadernos de Eudeba).-

La aparición del usufructo se remonta según Monier a la época de Scaevola.-

La palabra "dominium" en el sentido de propiedad, no se conoce en la época de Cicerón y el primer texto que la usa en sentido práctico, es el de Alfenio Varus en D.8-3-30.-

Las acciones civiles en el procedimiento formulario, tienen una intentio concebida in ius y obedecía a la necesidad de adaptar las fórmulas a las instituciones contempladas por el "ius civile".-

---

(46) DI PIETRO Alfredo.- Nota a los párrafos 12-13 del Libro II de las Institutas de Gayo, pág.85.-

/ . Las acciones honorarias pueden ser, *in factum*, ú tiles, ficticias y con transposición de sujetos.-

En las acciones *in factum*, falta la mención de una relación jurídica, se las redacta en su fórmula, conforme a los "hechos" luego de lo cual sigue la *condemnatio* (Gayo IV, 46).-

El *ius civile* está dominado por el principio de la tipicidad, tanto en materia de delitos como de contratos.- En estos últimos, la "forma" y la "res", son elementos preponderantes frente a los cuales el acuerdo no es mas que un presupuesto de hecho, la tipicidad importa desconocimiento o indiferencia al principio de la autonomía de la voluntad.-

La convención privada que no entre en los esquemas prefijados, no puede esperar reconocimiento jurídico, pero por exigencias de la práctica el *ius honorarium* reconoce una serie de relaciones "*iuris gentium*" que durante mucho tiempo quedaron libradas a la "fides".-

Poco a poco el elemento convencional va perfilándose, la coexistencia es afirmada por Pedio en D.2-14-1-3: "*stipulatio quae verbis fit, si non habeat consensus nulla est*".-

Pascual Voci (47) afirma que la sanción de estos acuerdos se hacía mediante acciones *in factum decretalis*, que no son pocas sino que son numerosas, por la imposibilidad de prefijar determinados esquemas en este campo.-

Se concede acción contra el incumplimiento de los llamados contratos innominados, que Justiniano trata de agrupar dentro de los cuatro tipos conocidos por el derecho civil.-

---

(47) VOCI Pascual.- "La dottrina del contratto nei giuristi romani dell' eta classica", en Scritti Ferrani, pág.383.-

/.

Esta es una tarea de los compiladores, en la época clásica no existe la *actio praescriptis verbis* y es un error hablar de *actio civilis in factum* que según Schulz para los clásicos es una expresión absurda.-

El Pretor conforme lo relatado concede para el incumplimiento de determinado acuerdo acciones *in factum decretales* y para otros supuestos acciones *in factum edictales* en el *id quod interest*, tales como acciones ficticias y *adiecticiae qualitatis*.-

Las acciones ficticias, se modelaban generalmente sobre las civiles y el Pretor finge que se ha cumplido un requisito que falta.-

Un ejemplo es la *actio Publiciana in rem*, introducida por un Pretor *Publicius* sobre el modelo de la reivindicatio, que según Alan Watson(48) se dice que puede ser *Quintus Publicius Pretor* en el año 67 A.C., porque Cicerón en *pro Cluentio* lo menciona como Pretor en ese año; aunque afirma que no existe evidencia de la existencia de esta acción antes de la época de *Neratius*, quien actuó en las últimas décadas del Siglo I A.C.-

El Edicto, según reconstrucción de Lenel (49) promete esta acción en su forma primitiva (pues los textos del Digesto están interpolados) a quien *ex iusta causa traditionis*, haya recibido una cosa *mancipi* y no hubiera transcurrido el término de la usucapición.-

Los compiladores dicen en D.6-2-1-Pr. "...Si quis *id quod traditur ex iusata causa a non domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*", cuando en realidad debió decir Ulpiano "...si quis quod *mancipio datur traditum ex iusta causa et...*"

---

(48) WATSON Alan.- "The Law of Property in the Later Roman Republic", pág.104.- Oxford,1968.-

(49) LENEL Otto.- Ob. cit. T° I, pág.190.-

/.

Justiniano agregó: "a non domino" y en lugar de "mancipio datur" la palabra "Traditur".- Donde los compiladores hablan de tradición los clásicos dicen mancipatio y combinando lo que extrae de los textos depurados del Digesto más lo que dice Gayo IV-36 reconstruye la fórmula:

SI QUEM HOMINEM A S A S BONA FIDE EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM q.d.a. EIUS EX IURE QUIREITUM ESSE OPORTERET, SI EA RES A O D O ARBITRIO TUO NON RESTITUETOR, Q.E.R.E.T.P. rel.

El Edicto se ocupa de la res mancipi y la jurisprudencia extendió esta acción al caso de adquisición de buena fe de una res nec mancipi.-

Es decir que la propiedad bonitaria es protegida por el Pretor con la fórmula ficticia, si es un tercero el que despoja al adquirente de buena fe.-

Si es el propietario quiritario el que intenta ejercitar la reivindicación, no está desprotegido si aún no hubiere transcurrido el plazo de la usucapión, pero en este caso el Pretor otorga una excepción rei venditae et traditae, que también puede funcionar como replicatio frente a la exceptio iustitiae dominii.-

De este duplex dominium, es decir el que se deriva del derecho quiritario y aquél protegido por el Pretor, nos habla Gayo en II-88: "...si un esclavo pertenece a una persona que lo tiene "in bonis" y a otra "ex iure Quiritium" toda adquisición que realice, es siempre para aquélla a quien pertenezca in bonis" y el mismo en III-166 dice: "quien tenga únicamente el "ius Quiritium" sobre un esclavo, aunque lícitamente sea su "dominus", está considerado como teniendo a este respecto menos derecho que el usufructuario o que el poseedor de buena fe..."

/.

Gayo, I-54: "...como entre los ciudadanos Romanos el "dominium" tiene un doble aspecto (ya que, en efecto, un esclavo puede ser considerado como comprendido "in bonis" de una persona o estar sometido al "dominium ex iure Quiritium" o en ambas situaciones a la vez), diremos que un esclavo está sometido a la "potestas" de su "dominus" y este lo tiene "in bonis", aún cuando no lo tenga a dicho esclavo "ex iure Quiritium", pues aquél que sólo tiene al esclavo conforme al derecho quirritario no tiene sobre él la "potestas".-

Este es un progreso maravilloso debido a la obra de la jurisprudencia del Siglo I, A.C., la cual ha transferido al poseedor protegido por el Pretor todos los poderes del dominus.- La explicación de este fenómeno, que se puede decir único, consiste en que la compra de esclavos sin la solemnidad de la mancipatio era frecuente, de donde resultaba un estado de cosas demasiado complicado.-

Para resolver este estado de cosas la jurisprudencia se define rápidamente por el poseedor que tenía in bonis al esclavo.-

Este ejemplo es de gran valor porque indica nuevas directivas en el desenvolvimiento del derecho, a causa de que el nudum ius Quiritium era ya una sombra sin ninguna realidad (50).-

Otro recurso ingenioso del que echa mano el Pretor son las fórmulas donde finge que un extranjero tiene la ciudadanía Romana, tanto si es actor como demandado, cuando se acciona por furtum (Gayo IV-37).-

Asimismo se finge que el adversario no ha sufrido "capitis deminutio", (arrogatio, coemptio) para evitar los fraudes al acreedor, porque la persona que se da en arroga-

---

(50) RICCOBONO Salvador.- "La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano", en Scritti Ferrini, pág. 17.-

/cción y la que hace la conventio in manu transmite al pater o marido todos sus bienes, pero no las deudas.-(Gayo IV-38).-

El "bonorum emptor" también acciona mediante fórmula ficticia, fingiéndose heredero y a esta acción se le llama Serviana (Gayo IV-35).-

Gayo advierte que en ninguna fórmula se expresa una ficción respecto de la condictio (IV-33).-

Otro tipo de fórmula contiene transposición de sujetos, caso del procurador o cognitor in rem suam, donde aparece en la intentio el nombre del "dominus litis" y se transfiere la condemnatio a nombre del procurador o cognitor.-(Gayo IV-86).-

También aparecen las fórmulas con transposición de sujetos, en las acciones adiecticiae qualitatis, que veremos luego y por la fórmula Rutiliana el bonorum emptor (Gayo IV-35).-

#### Acciones "in rem e in personam".-

De acuerdo con Justiniano, la división principal de todas las acciones son de dos clases: in rem o in personam.-(Institutas de Justiniano, IV-6-1).-

La actio in rem es aquella por la cual pretendemos que una cosa es nuestra, o que nos compete un derecho cualquiera, como, por ejemplo, el de usus, el de usufructus, el de paso, el de aquam ducendi, el de altius tollendi o el de vista.- El adversario tiene una acción contraria que es la "actio negativa" (Gayo IV-3).-

"La actio in personam es aquella por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya en virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir cuando reclamamos "QUE SE NOS DEBA DAR, HACER O PRESTAR ALGO"

/.(Dare facere praestare oportere)".- (Gayo IV-2).-

El doctor Ambrosioni (51) señala que Ulpiano en D.39-6-75 dice que la acción de desvío del agua no es "in rem", sino personal.- Y que tampoco los textos clásicos con tienen la afirmación de Justiniano, en el sentido que la - máxima división de las acciones es la que las agrupa "in rem e in personam".-

La clásica definición de Celso con respecto a la acción, es la siguiente: "actio autem nihil aliud est, quam ius persecuendi in iudicio, quod sibi debetur".-

Celso parece referirse solo a la actio in personam.- "La actio in rem que al principio se creó y servía para la tutela de la propiedad, se extendió luego para garantizar cualquier situación que no fuera una obligación" (52).-

La generalización que hace Justiniano con la definición de Celso, no existía en la época clásica, por ello es posible que esté interpolado el texto de Ulpiano en D.50-16-178-2: "La palabra acción es especial y general; porque se llama acción toda petición, ya sea contra persona, ya contra una cosa; pero de ordinario solemos llamar acciones a las personales, y se considera que con la palabra petición se significan las acciones reales; yo creo que con la palabra "persecutio" se comprenden las persecuciones extraordinarias, como las de los fideicomisos, y otras que haya, las cuales no tienen ejecución de derecho ordinario".-

Paulo en D.44-2-14-2, manifiesta: "Las acciones personales difieren de las acciones reales, en esto, cuando la misma cosa se me deba por uno mismo, cada una de las causas sigue a cada una de las obligaciones, y ninguna de ellas se

---

(51) y(52): AMBROSIONI Carlos E.- "Lecciones...págs.278 y 277.-

/vicia por la demanda de la otra; pero cuando ejercite una acción real sin haber expresado la causa, por la que digo que la cosa es mía, todas las causas están comprendidas en esta sola petición; porque una cosa no puede ser mía mas que una vez, pero se puede deber muchas cosas".-

En el procedimiento formulario se distinguen por la redacción de la intentio. Las acciones in rem se dan "ex ga bmes" por lo que en la intentio no aparece el nombre del demandado.-

Como las acciones reales se desprenden del tronco común de la vindicatio, transcriberemos la fórmula reconstruida por Lenel: "IUDEX ESTO. S.P.REUM Q.D. A. EX IURE QUIRITIUM A' A' ESSE NEQUE EA RES ARBITRATU TUO AoAo RESTITUETUR, QUAM TI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM, IUDEX NmNm AoAo c.s.n.p.a."

Justiniano en Institutas IV-6-2- expresa que son reales las acciones relativas a los derechos de usufructo y de servidumbre (rústicas y urbanas) y también son reales las negatorias como cuando se afirma que el adversario no tiene derecho de usufructo o de alguna servidumbre.- Como ejemplo de la fórmula de la acción negatoria, cuando alguien niega que a otro le corresponde el usufructo, se libra de esta manera: "SI PARET NoNo IUS NON ESSE EO FUNDO q.d.a. UTI FRUI IN VITO AoAo NEQUE EA RES ARBITRIO TUO AoAo RESTITUETUR, q.e.f. e. et rel."(53).-

Las acciones prejudiciales parecen ser acciones reales: tales son aquéllas por las que se examina si uno es libre o liberto, que tienen por objeto hacer reconocer la filiación...(Institutas de Justiniano, IV-6-13).-

La naturaleza de la praesudicia es muy discutida, porque no se sabe si eran consideradas como acciones in rem

---

(53) LENEL Otño.- Ob. cit. pág.210 y 216.-

/o in personam.-

Gayo en III-123 habla de un preiudicium establecido por la ley Cicereia para el caso de que quien tomara "sponsores" o "fidepromissores" y no lo hubiere proclamado públicamente, les está permitido a aquéllos interponer dentro de un plazo de treinta días una acción prejudicial, para averiguar si la proclama de dicha ley ha sucedido... y en IV-44, dice que a veces la intentio se encuentra sola como por ejemplo en la fórmula prejudiciales.-

Lenel reconstruye a dos praeiudicia de origen pretoriano:

"an NsNs libertus AiAi sit".-

"an AsAs ingenuus sit".-

Para Savigny los praeiudicia eran in rem, pero sostiene el Doctor Ambrosioni que en la época clásica difícilmente se los concibiera como acciones... La misma palabra praeiudicium, nos indica que es algo anterior al juicio... La división de las acciones in rem e in personam, no ultrapasaba los límites del derecho civil en sentido propio, razón por la cual se explica que tratándose de instituciones paralelas elaboradas por el derecho honorario, fuera necesario recurrir a la ficción o a las acciones in factum (54).-

Las Tablas de Herculano, publicadas por Arangio Ruiz y Pugliese Carratelli, dan testimonio escrito de un praeiudicium, presumiblemente, Si ingenuus esse dicetur, conocido como el proceso de Petronio Justa.-

Justa reclamaba su estado de ingenuidad, reconociendo haber nacido de padre desconocido (spurii filiae) aunque su filiación materna era segura.-

---

(54) AMBROSIONI Carlos E.- "Lecciones...pág.280 y ss.-

/ . Su madre era Petronia Vitalis, esclava manumiti-  
da de C. Petronius Stephanus.-

Calatoria Themis, mujer de Petronius Stephanus,  
luego de la muerte de éste pretende tener sobre Justa dere-  
cho de patronato, probablemente por haber surgido entre é-  
llas un conflicto de intereses o por celos.-

Justa trata de probar que nació libre y Calatoria  
lo contrario.-

"V(adimonium f(actum) Calatoriae Themidi in III  
Non.Dec.prim.Romae in foro Augusto ante tribunal  
praetoris urb.hora secunda,HS M dari stipulata  
est ae quae se Petroniam Sp.f.Justam esse dicat,  
spondit Calatoria Themis,tutore auctore C.Pe-  
tronio Telesphoro.V.f.C.Petronio Telesphoro in  
eum diem locum horam HS M dari stipulata est Pe-  
tronia Justa,spondit C.Petronius Telesphorus.  
Act.VIIIIdus Sept.C.Pomponio L.Manlio Petruino -  
cos.(Corresponde al 7 de Diciembre 75 esa fe-  
cha consular)Trip.XIII y XIV.(55).-

Los vadimonios suponen para este praeiudicium la  
competencia del Pretor urbano.-

A.J.Boyé,que comenta el caso de Justa,excluye a  
la idea de que se trate de una cognitio extraordinaria,el  
proceso está sometido a las reglas del "ordo".-

Por otra parte ya hemos dicho que Lenel,le atri-  
buye origen pretoriano.-No obstante el D.40-14-5:La oratio  
que prohíbe que uno reclame la ingenuidad ante los Cónsu-  
les o los Presidentes de las Provincias después de un quin-  
quenio desde el día de la manumisión,no exceptúa a ninguna  
causa o persona.-

Suetonio en Vesp.3-...olim latinae condiciones

---

(55) BOYE A.J.- "Pro Petronia Iusta", pág.29 y ss.en "Melan-  
ges Henri Levy-Bruhl",Sirey,1959.-

*/.sed mox ingenuam et civem Romana reciperatio.-*

Según Boyé, de acuerdo a los textos transcritos la competencia en la época clásica pertenecía al Pretor y textos tardíos pudieron atribuírsela a los Cónsules.-

Los tripticos probatorios tenían la forma de chirographa y estaban escritos de puño y letra de los mismos testigos con excepción de uno analfabeto y sellado por todos.-

Los testimonios fueron prestados bajo juramento, haciéndolo por Júpiter y el Genio de Vespasiano.-

De los trípticos reconstruidos se conoce que tres testimonios le fueron favorables a Petronia Justa pues se declaró por su ingenuidad y dos testigos declararon que era liberta.-

No obstante que Justa carecía de la testatio de su nacimiento, Calatoria no pudo producir como prueba la tábula manumisiones.-

Como muchos trípticos no pudieron restituirse no se sabe el pronunciamiento, pero además de la prueba favorable antes mencionada, se conoce que Justa se pudo prevalecer de la possessio ingenuitatis, conforme lo dice Ulpiano en D.22-3-14: "...pero si estuviera en posesión del estado de ingenuidad y se dijere que es liberto, de aquél que le promueve la controversia, debe probar esto el que dice que él es liberto suyo..."

Algunas acciones se dan erga omnes no obstante ser in personam, por eso la doctrina las llama in rem scriptae como la actio ad exhibendum y la actio quod metus causa.-

/.  
D.10-4-1-: "Esta acción (de exhibición) es muy necesaria y su eficacia es de uso cotidiano, fue introducida principalmente a causa de las reivindicaciones".-

La fórmula de esta acción contiene la cláusula arbitraria y corresponde palabra por palabra, a la reivindicatio; en la fórmula está dicho expresamente que la posesión del demandado es una condición a la que está subordinada la condemnatio.-

La cláusula arbitral puede dejar sin efecto la condena.-

El propósito de ella es preparar para una acción principal, que Ulpiano califica de directa.- Es personal, Ulp.D.4-3-3-3.-

Es una acción híbrida no obstante lo manifestado por Ulpiano, porque Paulo en D. 12-3-2 Pr. y 1, dice: "Ya pidamos alguna cosa nuestra (sive nostrum petamus), ya se ejercite la acción de exhibición".- No se suele jurar in litem.-

Son demasiadas semejanzas con la actio in rem, corresponde la fórmula a la de la reivindicatio según Lenel y tampoco se jura como en las acciones in rem.-

#### Actio quod metus causa.-

El único texto que habla de actio in rem scripta es D.4-2-9-8: "Mas como esta acción es in rem scripta, y no castiga a la persona del que hace la coacción, sino que tiene por objeto que se dé contra todos la restitución de lo que se hizo por causa de miedo..."

Esta acción fue introducida por la fórmula Octaviana.- Es arbitraria y la condemnatio es por el cuádruplo

/si se ejercita dentro del año.-

Iudicia stricti iuris, bonae fidei, fórmulas con cláusula arbitraria y acción arbitraria.-

Los iudicia stricti iuris se modelan sobre las acciones ex lege.-

El dare facere praestare oportere ex fide bona, se funda en la equidad.-El oportere pretoriano está cargado de potencial ético.-

La cláusula ex fide bona es una adiectio que modifica a la intentio incerta y no tiene efectos sobre la condemnatio.-Es un arbitrium, en la intentio se deja libertad de apreciación al iudex.-Son arbitrarias ex officio iudicii, no ex fórmula.-Además en este tipo de acciones, el iudex se encuentra autorizado a suplir la exceptio doli.-

La cláusula doli incorporada a un iudicia stricti iuris, no cambia su naturaleza.-

Las acciones de buena fe se encuentran en el dominio libre de los contratos consensuales.- No son reservadas exclusivamente a los ciudadanos, sino que desde muy antiguo se aplican también a los peregrinos, salvo la actio tutelae por las características especiales de esta institución.-

De acuerdo a las Institutas de Justiniano, IV-6-28, son de buena fe las acciones de compra-venta, arrendamiento, gestión de negocios, mandato, prenda, partición de herencia, partición de bienes indivisos y hace mención a la actio praescripti verbis que no existe en el derecho clásico y tampoco era de buena fe, en la época clásica, la partición de herencia.-

Es de buena fe la actio rei uxoriae en la época

/clásica.-

La *actio depositi* y *comodati*, son tardías oportere *ex fide bona*.- Las relaciones emergentes del depósito y del comodato, son tuteladas en principio por acciones *in factum*, talvez porque no fueron tratados como contrato por la Ley de las XII Tablas.-

Pero, como Labeon conoce en su tiempo la fórmula *depositi in ius conceptae*, significa que para entonces era una institución civil (D.16-3-34).-

Son acciones con cláusula arbitraria las que dependen del arbitrio del juez y contienen la frase "nisi o neque restituas o nisi o neque arbitrato tuo exhibebitur".- Contiene esta cláusula las acciones reales, la *actio quod metus causa*, la *actio doli* y la *actio ad exhibendum*.-

La cláusula arbitraria, puede impedir el efecto de la condena.-

Fórmulas con *condemnatio in bonum et aequum* (56).-

Se utilizan para los casos en que el daño no tiene carácter patrimonial, por lo que el monto de la *condemnatio* debe guardar proporción con la gravedad de la ofensa inferida.- Tienen este tipo de *condemnatio* la *actio iniuriarum*, la *actio rei uxoriae* y la *actio funeraria*.-

La *actio iniuriarum* de acuerdo con la reconstrucción de Lenel, tiene la siguiente *condemnatio*: "...quantam pecuniam vobis bonum aequum bidebitur ob eam rem NmNm AoAo condemnari, tantam pecuniam dumtaxat HS...,"

En el D.21-1-40 y 41, tenemos un ejemplo de la misma acción que para diferentes supuestos, tiene una *condemnatio* en el *quanti res erit* y otra *in bonum aequum*.-

---

(56) Cfr. Beretta Pietro, ob.cit.-

/. La segunda contempla el caso de un daño no patrimonial, "...in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potes".-

La actio rei uxoriae, es un caso raro porque la condemnatio es in bonum aequum, no obstante ser bona fide.- Es una acción con fórmula anómala, cuya condemnatio se reduce al quantum facere potes.-

D.7-14-6: "La actio funeraria es in bonum et aequum...entiéndese lo de aequum con arreglo a la dignidad del que fue enterrado, a las circunstancias, al tiempo y a la buena fe, de suerte que ni se compute por razón de gastos mas de lo que se hizo, ni tanto como se hizo, si se gastó immoderadamente..."

Beseler y De Francisci, citados por Bereta, han demostrado que la expresión ex causa en el texto que transcribimos se debe a los compiladores.-

Justiniano agrupó a las acciones de buena fe, arbitrarias in bonum et aequum y divisorias en las Institutas porque no estaba sujeto a la particular estructura de las fórmulas.-

La acción arbitraria es la actio de eo quod certo loco.-

Aunque ya la hemos tratado diremos que si Lenel la llama la actio arbitraria por excelencia, es porque ese es el nombre técnico de la acción, "aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur".-

#### Acciones adiecticiae qualitatis.-

Éstas acciones tienen fórmula ficticia a veces y otras con transposición de sujetos.-

/.

Aparecieron para responder a necesidades impuestas por el tráfico comercial y por esa circunstancia el Pretor debió atenuar los efectos rigurosos del "Ius Civile", para el que la idea de representación directa no tenía cabida.-

"Per extraneam personam non acquiritur" (Gayo II-95).- En el párrafo 87 del Libro II del mismo, se lee: "Así lo que los "liberi" sometidos a nuestra potestas o nuestros esclavos reciban por la "mancipatio" o adquirieran por "traditio", ya sea que provengan de una "stipulatio" o de cualquier otra causa, es adquirido por nosotros, ya que aquél que está sometido a nuestra potestas, no puede tener nada suyo..." D.50-17-133. Gayo: "Por medio de los esclavos se puede hacer mejor nuestra condición, pero no se puede hacer peor".-

El sometido a potestas carece de patrimonio y son meros instrumentos de adquisición para el pater o dominus.-

Este principio, se va a atenuar con la aparición del peculio profecticio, en adelante, el filius familiae y el esclavo podrán administrar libremente una suma de dinero o ciertos bienes que provienen del pater o dominus, lo que hace necesario tutelar a los terceros de las consecuencias de esa administración, responsabilizando al conferente.-

Sin oponerse al Derecho Civil, el Pretor creó remedios, consecuencia de esta nueva evolución.- Y estos fueron las llamadas acciones adiecticiae qualitatis.-

Cuando se demanda al hijo y luego se quiere hacer la adiectio para responsabilizar al pater se recurre a la translatio.-

La actio de peculio et de in rem verso, hace responsable al pater o dominus, por las personas bajo su potes-

/tas hasta el límite del peculio (se entiende que profectio) al tiempo del juicio.- Gayo, IV-72-a.-

D.15-1-Pr.y 1: "Ulpiano, Comentarios al Edicto: Juzgó en el orden el Pretor exponer primero los contratos de los que están sujetos a ajena potestad, que dan acción in solidum, y de este modo llegar despues al punto en que se da la acción de peculio".-

"Mas es triple este Edicto pues de él nace la actio de peculio aut de in rem verso aut quod iussu".-

Para Lenel (57) "les deux clauses de peculio et de in rem verso n'engendraient qu'une seule formule".-

Luego vendría la frase "quando de peculio actio annalis est" y luego para finalizar el Edicto triple, del que habla Ulpiano, la frase "Quod iussu eius cuius in potestate erit".-

La unidad de fórmula existe en la actio de peculio, pero tiene la particularidad de presentar dos condemnationes y por ella sólo se diferencian.- La intentio no se ocupa ni de la existencia ni de la consistencia del peculio y se encuentra confirmado por D.15-1-3- Pr: "Se preguntó obligará la acción de peculio, aunque nada haya en el peculio cuando se ejercitase, si lo hubiera al tiempo de ser juzgada la cosa?.- Próculo y Pegaso dicen que no obstante se queda obligado.- Porque se intenta rectamente aunque nada haya en el peculio, lo mismo plugo...respecto de la acción ad exhibendum e in rem..."

De la comparación que hace el texto de la acción de peculio con las dos últimas nombradas, saca Lenel la conclusión, que la intentio no se ocupa de lo que hay en el pe-

---

(57) LENEL Otto.- Ob. cit. T° I, pág.322 y ss.-

/culio.-

Así la actio ad exhibendum que contiene la cláusula arbitraria, una intentio "quiquid...exhiberi oportet" y la condemnatio incerta se encuentra subordinada a la condición de la posesión de la cosa por parte del demandado o la pérdida dolosa de la misma, sin influencia sobre la intentio.-

A semejanza de ésta la actio depositi de peculio et de in rem verso concebida in ius, tiene una intentio incerta ex fide bona, a la que sigue la condemnatio tasada y las cláusulas condicionantes de la misma.-

Aunque el pater responde hasta el monto del peculio, primero se deduce lo que a él se le debe o a la persona que esté bajo su potestas y se responde con el excedente.- Gayo IV-73.- De ahí la previsión de Próculo y Pegaso.- Pero no hay deducción cuando el acreedor forma parte del peculio (Servus vicarius).-

En esta acción el juez debe atender a si lo debido se invirtió en provecho del pater o dominus, si no es así solo responde hasta el monto del peculio, por lo que la situación de éste es ventajosa.-

No se pueden oponer privilegios al pater o dominus cuando son demandados por la acción de peculio (D.15-1-52-Pr.); tampoco existe una distribución proporcional para satisfacer a los varios acreedores.-

D.15-1-10: Gayo: "Pero si aún está pendiente el primer juicio de peculio y la cosa fuese juzgada en virtud del juicio posterior, de ningún modo debe tenerse cuenta del primer juicio en la posterior condena, porque en la acción de peculio es mejor la posición del ocupante.- Pero se entiende

/que ocupa, no el primero que contestó la litis, sino el que primero llegó a la sentencia".-

Se otorga la *actio annalis de peculio* si el *filius familiae* o esclavo mueren o salen de la potestad.- Labeon dice que dentro del año debe permitirse la acción de peculio y no la de *in rem verso*, porque a la primera sólo pertenece la excepción de un año.- D.15-2-1-10.- De lo que se desprende que la acción de peculio puede ser tratada independientemente.-

El fundamento de la responsabilidad es el siguiente: quien da un peculio a su hijo o esclavo induce a terceros a celebrar negocios con ellos y por lo tanto debe correr el riesgo respecto de todo lo que resultare de la transacción, hasta el monto del peculio o de lo que sea utilizado en su provecho.-

Actio quod iussu: Supone la autorización del pater o dominus de manera tal que induzca a celebrar negocios con el hijo o el esclavo.- Debe ser dirigida hacia el tercero, no hacia aquéllos, pues no sería suficiente para crear la responsabilidad del pater o dominus a menos que se desprenda una indirecta comunicación al tercero o se ratifique lo realizado por el hijo o esclavo.-

D.3-5-2: "Por lo que el esclavo compró para el dominus puede ejercitarse la *actio quod iussu*, si la compró con la verdadera voluntad de éste, si no es con su voluntad, si el dominus lo hubiera ratificado".-

Pero para que surja la responsabilidad la autorización debe ser seguida con exactitud.- D.18-1-63-Pr: "Cuando el dominus autorizara al esclavo que venda una cosa a cierta persona, si la hubiese vendido a otra contraponiéndolo-

/se a lo autorizado, no es válida la venta".-

Actio Tributaria: Gayo, 72: "Además, se ha instituido una "actio tributaria" contra el pater o el dominus para el caso de que el filius o el esclavo hubiesen hecho un negocio con capital de su peculio sabiéndolo el pater o el dominus.- En efecto, si alguien hubiera contratado con el filius o el esclavo algo referente a este peculio, el Pretor ha establecido lo siguiente: que todo este capital y las ganancias que se hubieran logrado sea distribuido en porciones a prorrata entre el pater o el dominus si algo se les debiera y los otros acreedores.- Y si los acreedores se quejaron que se les ha distribuido menos de los que se le debiera haber distribuido, entonces les es ofrecida esta acción..."

Tiene la ventaja de que el demandado no puede deducir primero lo que a el mismo se le debe y aparece por primera vez un tratamiento igualitario entre todos los acreedores.-

Esta acción fue quizá la última etapa de un elaborado proceso y procede si se ha obrado con dolo en la liquidación del peculio.-

No obstante el requisito del dolo para la viabilidad de la acción no tiene carácter penal, es reipersecutoria, perpetua y se da contra los herederos.-

D.14-4-1-1: "Tampoco es pequeña la utilidad de este Edicto, para que el dominus, que de otro modo tiene privilegios en los contratos de un esclavo, porque cuando se obliga solamente por el peculio, se hace estimación y deducción de lo que se le debe, por este Edicto es llamado a contribuir como acreedor extraño, si hubiere sabido que el esclavo negocia con mercancía del peculio".-

D.14-4-8-Juliano: "Porque no es de dolo, sino que

/contiene la persecución de la cosa.- Por lo cual aún muerto el esclavo, deberá estar obligado perpetuamente por el hecho del difunto el dominus, y también su heredero, aunque no competa de otro modo que interviniendo dolo".-

D.14-7-5: "Esta acción se da tanto perpetuamente, como contra el heredero, solamente por aquéllo que fue a poder de este".-

A quien competa la acción de peculio et de in rem verso, compete la tributoria.- Pero según indica Gayo, la primera es conveniente porque se responde con todo el peculio, mientras que con la tributoria solo con aquélla parte del peculio invertida en el negocio.-

El actor debe pues, elegir cuidadosamente su acción, porque elegida una no puede volver a la otra, a menos que se accione por causas distintas (D.14-4-9-1).-

Actio Exercitoria e Institoria: La primera tiene lugar en el caso en que el pater o dominus haya puesto a un filius o un esclavo al mando de una nave, y se realizara con el alguna transacción relativa al negocio y la Institoria es semejante pero se aplica cuando se ha puesto al frente de una tienda o negocio al filius o esclavo y tiene la particularidad de que también provoca la responsabilidad en el caso de que se haya puesto al frente de una tienda a alguien que no esté sometido a su potestas, es decir, un extraño.-

El requisito para que proceda es que los negocios esten íntimamente ligados o tengan estricta conexidad con las funciones de un "magister navis" o del encargado del negocio.-

D.14-1-1-3: "Se nombran magistri para dar en arriendo las naves, o para las mercancías o para conducir pasajeros,

/o para comprar aparejos; pero aunque hubiere sido puesto al frente para comprar o vender mercaderías, también por este motivo obliga al naviero".-

Con respecto a la actio institoria, para liberar de la responsabilidad por lo realizado por quien está al frente del negocio, deberá hacer pública manifestación o expresarlo en el contrato (D.14-3-11-2 y 5).-

Pero no queda exento de responsabilidad el naviero, aunque expresamente prohibiera a alguien nombrar magister, por que los que contratan con ellos corren mayores riesgos, de ahí que sea mayor la responsabilidad del naviero.-

Pero al que explota la nave no se le conceden acciones contra los que contrataron con el magister, porque no necesitaba del mismo auxilio.- Igual en la actio institoria, se mantiene la responsabilidad si no hay otra manera de evitar pérdidas.-

Lenel (58) hace saber que el Pretor al introducir la actio exercitoria, no quiso excluir la acción contra el propio magister y la intentio se basaba sobre la obligación de este.-

Actio ad exemplum institoria: Una analogía de gran importancia para el desarrollo del derecho, fue creada por Papiniano, quien sobre el ejemplo de la actio institoria, concede acción para los negocios concluidos por un procurador.- (D.14-3-19-Pr.y 13) (59).-

Acciones penales reipersecutorias y mixtas: Gayo, IV-6: "Accionamos a veces para conseguir solamente una cosa, a veces para conseguir solamente una pena, y en otros casos, para conseguir tanto una cosa como una pena".-

---

(58) LENEL Otto.- Ob.cit. pág.298.-

(59) RICCOBONO Salvador.- "La giurisprudenza classica come fattore de evoluzione nel diritto romano", en Scritti Ferrini", pág.42.-

/.  
Gayo, IV-7: "Se persigue solamente la obtención de una cosa, por ejemplo cuando ejercitamos las acciones nacidas de un contrato".-

Gayo, IV-8: "Se reclama solamente una pena, por ejemplo en la actio furti y en la actio vi bonorum raptorum, ya que respecto de la misma cosa nos compete tanto una vindictio como una condictio".-

Gayo IV-9: "Perseguimos en cambio la obtención de una cosa y una pena, por ejemplo cuando accionamos por el duplum contra un adversario recalcitrante, ... por la actio damni iniurae de la ley Aquilia..."

Las acciones reipersecutorias son las que nacen de los contratos, las acciones in rem, debiéndose hacer la salvedad de que con respecto a las primeras no lo es la acción que surge del depósito necesario o calamitoso.-

En esta clasificación presentan problemas las acciones penales y las llamadas mixtas.-

La acción penal según la doctrina de Savigny (60) tiende no solo a restablecer el equilibrio patrimonial, provocado por el hecho, sino también a conseguir una disminución en el patrimonio del demandado a título de pena.- A estas las llama bilaterales.-

Las acciones penales que llama unilaterales son aquellas que tienden a reparar el detrimento patrimonial sufrido, con carácter indemnizatorio.-

La dificultad, surge de acuerdo con esta distinción, para encuadrar a ciertas acciones, como la de la ley Aquilia que Gayo incluye entre las mixtas porque la "infittatio" da lugar al duplo.-

---

(60) Savigny, citado por Ambrosioni Carlos en ob.cit.pág.287.-

/.  
Prescindiendo de la infinitio, que naturaleza tie  
ne esta acción?.- La doctrina corriente está de acuerdo en de  
cir que es la acción por los "daños inferidos".-

En realidad el daño se comete no en el objeto (escla  
vo o cosa) sino que daño significa "pérdida para el dueño".-

Es muy interesante al respecto la teoría de Daube  
(61) de acuerdo con el cual la palabra damnum proviene de la  
raíz da= "to share out".-

Su significado básico es "wasteful expenditure",  
"loos".-

Otras veces en sentido general significa "ruin"  
"disaster": de todas maneras la idea de pérdida (loss) no es  
tá del todo ausente en estos casos.-

D.39-2-3.Paulo:"Damnum et damnatio ab ademtione et  
quasi deminutione patrimonii dicta sunt.-Ambos términos impli-  
can que se está siendo privado de algo, existe una disminución  
o pérdida.-

En la Ley de las XII Tablas Damnum decidere, desig-  
na la suma que debe desembolsar el ofensor a título de pena.

En la misma Ley, noxiam sarcire = to heal the damage

Los textos del Digesto 47-2-61-ly5 asimilan damnum  
decidere a damnum praestare.1..."aunque me hubiere hecho un -  
hurto el esclavo que me hubieres dado en prenda, conseguiré -  
ejercitando la acción pignoratitia contraria, que igualmente -  
transijas respecto al daño(damnum decidere)...5" Pero por lo  
que atañe a la acción de mandato, dice...que duda si se habrá  
de decir igualmente que de todos modos se debe responder del  
daño(damnum praestare).-

De acuerdo con la Ley de las XII Tablas, en los casos

---

(61) DAUBE David.- On the Use of the Term "Damnum".- En Stu  
di Solazzi

/o. mas serio no basta con reparar se adiciona un castigo, por lo que se llega a noxia que significa deterioro o pérdida de la cosa y damnum pérdida, generalmente en dinero que abarca múltiples reparaciones y poena es decir una suma de dinero fija a título de castigo.-

La ley Aquilia introdujo en el mundo jurídico el sentido de pérdida sufrida por la víctima de una ofensa, para el término damnum.- En adelante, damnum praestare va a significar "to make good the loss".-

(Make good:= compensate for; pay (expense); replace or restore (thing lost or damaged. The concise Oxford Dictionary-Ed.1961).- Y "damnum consequi" igual "to recover the loss".-

El daño no es el que se hace sobre el objeto afectado, sino el que se ha infligido al dominus; el objeto, no sufre damnum, sino uri, frangi o rumpi, etc.-

El texto de Paulo (D.9-2-33-Pr.) significa: lo que el propietario pierde..."in lege enim Aquilia damnum consequimur, et amississe dicimur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur".-

Cuando se habla de damnum corpore corporis tatum se quiere decir que la pérdida que alguien causa al propietario lo hace con sus propias manos.-

Gayo, III-127(y también Justiniano en Institutas 4-3-16) recalcan el amplio campo de aplicación de "rumpere" que incluye "quoquo modo vitiata aut perempta aut deteriora facta".- También Gayo III-219 (Justiniano 4-3-16) no es un caso de damnum dare corpore suo, si un hombre convence a un esclavo ajeno a que se trepe a un árbol y "mortus fuerit aut

/. aliqua parte corporis laesus sit".- Dice "laesus sit" y no "damno adfectus sit".-

El *damnum dare alicui rei*, es terminología que corresponde a los juristas medievales.- Ya hemos visto que se usa *damnum* aún en los casos en que el objeto de la propiedad no resulte físicamente deteriorado o ruinoso y no se puede hablar de injuria (D.39-2-25; D.43-8-2-11; D.39-2-26, etc.).-

Justiniano en las *Institutas* incluye a las acciones divisorias, entre las acciones mixtas y a tal respecto podemos decir que *damnum* se opone a lucro y que *indemnis* significa seguro o protegido de *damnum*.-

Tal vez por esto se hayan incluido estas acciones en esa división .- Gayo III-150, dice: "...si de partibus lucri et damni nihil...convenerit,...aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos comune".- Y, Gayo II-252, cuando habla de fideicomiso dice: "...eran también interpuestas entre el heredero y aquel al cual le era restituida la herencia, (estipulaciones)...el heredero estipulaba con aquel a quien le era transferida la herencia que por cualquier causa que a título hereditario fuese condenado, o por las cosas que hubiere entregado de buena fe a otro, no resultaría perjudicado (eo nomine indemnis esset).-

De acuerdo con las palabras de Ulpiano se reconstruye la *demonstratio* de la *actio communi dividundo* como conteniendo las palabras "si quid in communi damni datum factumve sit...".- Nada es considerado "ultra divisionem rerum ipsarum...et si quid in his damni datum factumve est".- (D.10-3-3-Pr.).-

D.17-2-47-1: "Si *damnum in re communi socius dedit*" daño es pérdida para el socio y no injuria concreta.-

/.

Esto significa que la correspondiente frase para la *actio familiae erciscundae* "deque eo quod in hereditate... gestum admissunve sit".-

Admittere se emplea para incluir toda la conducta que no corresponda estrictamente al *corrumpere Aquiliano*.-

D.10-3-10-Pr. Paulo explica "si defunctus in re communi admisit," su heredero puede ser demandado aunque no por la ley *Aquiliana*.-

Ninguna acción en la época clásica afirma Schulz(62) categóricamente es parcialmente penal y parcialmente *reipersecutoria*, con excepción de las que por causa de "infitiatio" crecen al *duplum*.-

Son indudablemente penales las acciones surgidas de delitos y estos son castigados con una pena, por lo tanto debemos hacer mención de la evolución de la pena.-

La función punitiva en los albores de la vida social, es necesaria para asegurar la cohesión y organización del grupo.- En sentido lato, la pena es reacción social contra el miembro de la sociedad que ha violado las normas de convivencia.- Tiende a restablecer el orden.- La venganza privada, corresponde a un estadio muy primitivo (cuando el hombre vivía de la caza y de la pesca), es una reacción provocada por el instinto de conservación (y que aún se mantiene para la legítima defensa).-

Al período de los pueblos pastores corresponde la expiación religiosa (la religión domina la vida social).- Cuando la *civitas* se superpone a los grupos gentilicios, la pena va adquiriendo poco a poco el carácter de venganza pública, son muy graves y va aumentando gradualmente el número

---

(62) SCHULZ Fritz.- Ob.cit. pág.40 y ss.-

/ro de delitos públicos al mismo tiempo que se va restringiendo y encausando la venganza privada y se busca la posibilidad de obtener el perdón del ofendido, con la composición voluntaria y luego con la composición obligatoria (penas fijas establecidas en un múltiplo).- Aún se mantiene el talión para algunos casos en la Ley de las XII Tablas, por lo que se puede presuponer que el talión no contenido dentro de sus límites no sería lícito.- Es una mezcla de supervivencia del talión (la venganza privada).- Furtum manifestum, membrum ruptum y composición.-

Más adelante en etapa mas avanzada, la función punitiva pertenece al Estado y la pena tiene carácter preventivo (mediante intimidación) y retributivo.-

En el sistema represivo Romano existe dualismo de pena pública y privada.- Sacratio capitis y noxa deditio.-

Cuando el hecho que motiva la acción penal lo comete un filius famili o un servus, no se da la acción de peculio sino la noxal.- Ver Gayo IV-75.-

Se da en casos de que las personas sujetas a potestas cometan furtum o damnum iniuria datum (proviene la noxa deditio de la Ley de las XII Tablas, de la ley Aquilia y del Edicto del Pretor: actio iniuriarum y vi bonorum raptorum.-

En los ilícitos pretorios, cuando se permite la noxa se dice "insciente domino".-

La actio furti se remonta a la Ley de las XII Tablas.-

La pena para el furtum manifestum era la pena capital.-

/.

La Ley de las XII Tablas permite matar al ladrón aprehendido de noche, con tal que esto se haga constar dando voces, pero al aprehendido de día permite matarlo solamente si este se defendiera con arma y de igual modo se haga constar dando voces (D.9-2-4-1, Gayo).-

Esta disposición es restringida en época de Ulpiano según consta en D.9-2-5-Pr.: "Pero si alguno hubiere matado a otro que le acometía a mano armada, tampoco se entenderá que lo mató con injuria, y si por miedo de muerte hubiere matado a algún ladrón no está obligado por la ley Aquilia, pero si pudiendo prenderlo, prefirió matarlo, se entenderá que lo hizo con injuria y por consiguiente quedará sujeto a la ley Cornelia".-

Para el furtum concepti et oblati la pena es del triple del valor de la cosa.- Y para el furtum nec manifestum la pena es del duplum.-

El furtum usus se desarrolló con posterioridad a la ley de las XII Tablas, y refiere Aulo Gelio (7-15-1-) que Scaevola decía que incurre en pena de robo el que usa el depósito que se le entregó para su custodia o que emplea una cosa para un uso distinto de aquél para el que lo recibió.-

Las cosas sagradas y las cosas del Populus no son objeto de furtum sino de sacrilegium y peculatus.-

El Pretor mantuvo las penas en un múltiplo del valor del objeto y para el furtum manifestum el múltiplo era el cuádruplo.-

En la lex Aquilia se abandonan las penas fijas y cada situación se examina de acuerdo a las circunstancias especiales del caso.-

IIIer Cap. "quanti ea res erit in triginta diebus

**/.proximis".-**

Ier.Cap. no se habla de ea res sino quanti is homo in anno plurimi fuisset (la condena es por el mayor valor en el año no por el interesse).-

Los bizantinos reemplazaron is homo por ea res.-

Quanti es res est segun Savigny quiere decir -este asunto- según Daube, "meants What this affair-scl.this affair on the wound-will amount to in 30 days".(63).-

El interesse a veces se podía hacer coincidir con el valor específico de la cosa.- Antes de la lex Aquilia cuando fue posible una reparación pecuniaria, en un primer estadio del derecho, en casos de pérdida o destrucción total de la cosa se crearon escalas de penas fijas.- La ley Aquilia abolió el sistema e introdujo como novedad el quanti ea res.-

En la actio de la ley Aquilia para los casos de "mortem causam praestare" se conceden acciones in factum.- D.9-2-9-Pr.: "Asimismo si una partera hubiere dado un medicamento, y de resultas hubiere perecido la mujer, Labeon distingue, que si verdaderamente lo aplicó con sus manos, se entenderá que mató, y que si lo dió, para que la mujer se lo aplicase, se ha de dar acción in factum; cuyo dictámen es verdadero, porque mas bien que mató, dió causa para la muerte".-

D.9-2-9-3: "Si habiendo hostigado al caballo hubieres hecho que mi esclavo que lo montaba se precipitase en un río, y por esto hubiere perecido, escribe Ofilio, que se ha de dar acción in factum."

Para la iniuria atento al número creciente de hechos injuriosos se avanza en el criterio de la pena y generalmente la condemnatio es in bonum et aequum concepta, a-

---

(63) DAUBE David.- Ob.cit. pág.146 y ss.-

/tento la imposibilidad de fijar de antemano el monto por el daño moral.-

Para la rapina de acuerdo al Edicto de Iucullus y Gayo IV-8, estos hechos son sancionados con la pena del cuádruple y luego del año in simplum.- Es una acción de carácter infamante.-

Entre los ilícitos sancionados por el Pretor tenemos a la actio quod metus causa y actio doli cuyas penas son fijadas en el cuádruple y en el quanti ea res erit respectivamente.- Son acciones infamantes pero arbitrarias.-

De servo corrupto D.11-3-11-1-Pr.: "El que fuere acusado de haber acogido a un esclavo o esclava ajeno y de haberle persuadido con dolo malo a alguna cosa, con lo que le hiciera peor a el o a ella, dare acción por el duplo".- No obstante el requisito del dolo esta acción no es infamante.-

También el Pretor otorga acción contra los que derramaren o arrojaren alguna cosa en un sitio donde se transita o donde la gente se detiene.- La acción se da por el duplo contra el que allí habitare.- La condena varía porque si del golpe de lo arrojado parece un hombre libre, la pena es fija: cincuenta aureos.-

Si se le hubiere lastimado una condemnatio in bonum aequum.-

Si el autor fuere un esclavo y su domino lo ignorara otorgará la noxa deditio.-

También el Pretor otorga acción contra el que hubiere puesto algo en el cobertizo o alero del tejado y de cuya caída pueda resultar perjuicio para alguien.- El Edicto dice: contra el que hiciere lo contrario daré acción por

/el hecho por diez sueldos, si se dijera que lo hizo un esclavo ignorándolo su dueño, mandaré que sea dado por noxa.-

Para los casos de incendio, ruina, naufragio, o nave expugnada la acción es del cuádruplo (D.49-7).- Esta acción es por el simplum después del año.-

Cuando se causa un daño formando parte de una turba la acción es por el duplo dentro del año y por el simple después del año (D.47-8).-

La acción de depósito in duplum surge del D.16-3-1-1-y se refiere a los casos de depósito necesario, es decir, el que se hace por causa de tumulto, incendio, ruina o naufragio.-

b) Transmisión y acumulación de acciones.-

Las acciones reipersecutorias, es decir las que surgen de contrato y las acciones in rem, son transmisibles activa y pasivamente a los herederos.-

Las acciones penales se dirigen solamente contra el autor o autores del hecho y no pasivamente contra sus herederos (en algunos casos se da acción contra los herederos hasta el límite de su enriquecimiento).-

En las acciones llamadas vindictam spirantes, que atañen a la venganza o que respiran venganza no se transmite activa ni pasivamente a los herederos, tal es el caso de la actio iniuriarum, la actio sepulchri violati, la acción dada a quien es citado a juicio en contra del Edicto del Pretor y otras.-

Estas acciones si bien no se transmiten activamente a los herederos, en caso de que el ofendido o el interesado-

/do concluya la litis contestatio puede transmitir la acción a su heredero, porque ya no depende de la primitiva causa obligatoria sino que en adelante el ofensor queda obligado en virtud de la litis contestatio.-

Las acciones adiecticiae qualitatis se transmiten activa y pasivamente al heredero.-

Cuando el hecho que motiva la acción penal lo comete el filius o el esclavo, no se da contra el pater o dominus la acción de peculio sino la noxal.-

La víctima de un delito privado cometido por varios autores, tiene en la época clásica, el derecho de reclamar de cada uno la entera composición.-

D.9-2-11-2: "Pero si muchos hubieren herido al esclavo, veamos si todos se obligan, cual si hubieren matado; y si ciertamente aparece por golpe de quien hubiere perecido, este queda obligado, como si hubiere matado; pero si no se averiguase, dice Juliano que todos quedan obligados, cual si hubieren matado, y aunque se ejercite la acción contra uno, los demás no quedan libres, porque en virtud de la ley Aquilia lo que uno paga no releva al otro, porque es pena".-

La reparación es integral e indivisible para cada uno de los autores.-

Pueden acumularse dos acciones penales.- D-9-2-27-Pr.: "Si un esclavo hubiere hurtado y matado a otro esclavo ajeno, escriben Celso y Juliano, que compete así la acción de hurto, como la de daño con injuria".-

Se pueden acumular también una acción penal con acciones reipersecutorias.-

Así a la actio furti se puede adicionar la vindic-

/catio, la actio ad exhibendum, y la condictio furtiva.  
(Gayo IV-4).-

D.13-1-7-Pr: "Si a favor del ladrón se hubiera transigido respecto al daño, es muy cierto que no se impide la condictio; porque con la transacción sobre el hurto se extingue la acción, pero no la condictio".1: "La acción de hurto reclama la pena legítima, la condictio la cosa misma...Así a quien se le hizo un hurto tiene la actio furti, la condictio furti, la vindicatio y la actio aexhibendum".-

D.13-1-7-2: "La condictio furti, como contiene la persecución de la cosa, obliga también al heredero del ladrón, y no tan solo si viviera el esclavo hurtado, sino también si hubiere fallecido...Lo que hemos dicho respecto al heredero, será igualmente aplicable a los demás sucesores".-

Se puede acumular a la ley Aquilia una acción reipersecutoria.-

D.19-2-30-2: "Uno que había dado en arrendamiento mulas para determinada carga, habiéndolas reventado el arrendatario con mayor carga, consultaba respecto a su acción, se le respondió que con razón ejercitaba la de la ley Aquilia, pero que esta podía ejercitarla solamente contra aquel que entonces hubiere andado con las mulas, y la de la locación con razón se ejercita contra el arrendatario.-"

De este texto y de lo dicho por Gayo en III-216 con referencia al segundo capítulo de la ley Aquilia, cuando dice que esta acción ha sido introducida a título de daño, pero que la prohibición no era necesaria, ya que la "actio mandati" bastaba a ese efecto, infiere Alan Watson:

/que la acción penal y la reipersecutoria no se acumulaban sino que eran alternativas.- De Gayo dice "Gaius could not say that it was not necessary since the actio mandati would suffice if it was given in addition to the actio mandati nor would it be reasonable to suggest as a justification for the existence of the chapter that double damages were given under the Lex Aquilia against a defendant who denied liability" (64).-

En primer lugar al leer el texto de Gayo nos salta a la vista esa conclusión un tanto artificiosa; no se advierte el inconveniente para la acumulación, Gayo habla de la actio mandati, porque existía en su época pero no en la de la ley Aquilia (65) y del texto del Digesto antes - transcripto lo primero que se me ocurre al leerlo, es que sí son acumulables; solo se ejercitará la acción de la ley Aquilia contra uno y la de arrendamiento contra otro, cuando persona distinta del arrendador, manejara y cargara las mulas; no hay inconveniente en acumularlas contra la misma persona cuando ella coincida con arrendador y despiadado cargador.-

-----0000000-----

---

(64) WATSON Alan.- Ob.cit. pág.248.-

(65) Crf. DI PIETRO Alfredo.-Nota al párrafo 216 del Libro III de las Institutas de Gayo.-

## CAPITULO V.-

### LA ETAPA IN IURE

#### a) Actividad del magistrado.- Iudicium dare.- Iudicare iubere.-

El proceso se pone en movimiento por una postulación del actor (edere et accipere iudicium para actor y demandado respectivamente), previo cumplimiento de la "in ius vocatio".-

El magistrado "causa cognita" tiene facultad para dar o denegar la acción.-

De donde surge esta facultad del magistrado?.- Indudablemente de su imperium.- Al tomar posesión de su cargo, en virtud del ius edicendi publica en el Edicto las situaciones que considera dignas de tutela judicial, enbase a "eo quod plerumque fit" (sin que ello implique que se niegue protección a situaciones no previstas pero a las que el magistrado, en virtud de su imperio, podía extender la tutela).-

Si se dan los presupuestos enunciados por el Pretor se otorga el modus agendi.- El Pretor en tal caso dice: iudicium dare in haec verba (recordemos que Gayo refiere: "litigaremos por concepta verba", párrafo 30, L.IV), de allí que los términos del litigio son fijados por el magistrado con lo que se llega a la redacción de un documento, el iudicium, plasmado sobre la fórmula o molde jurídico.-

La teoría clásica considera a la fórmula como una instrucción enviada por el magistrado al juez.-

/. La doctrina moderna por una parte sostiene que los sujetos procesales sobre la copia de la fórmula del Edicto, basan su *litis contestatio*, que es su obra exclusiva.-

El error proviene según Carrelli (66) en confundir fórmula (que es diminutivo de forma) y que se refiere solo al modelo o estereotipo inserto en el Edicto, con el judicium o decreto emitido por el magistrado, que acuerda al actor el medio para hacer valer su derecho, es decir, la acción y lo autoriza para el uso de la fórmula.-

Una vez redactado el documento sobre el modelo de la fórmula, este contiene el nombre del juez (elegido de común acuerdo por las partes), el contrato sobre el que se obligan las partes (*litis contestatio*) y el iussum iudicandi dirigido al juez.- Es decir que la actividad del magistrado la encontramos con respecto a las partes en el judicium dare y con respecto al juez en el iudicare iubere.-

El contrato formal consistiría en el edere y el accipere por parte de actor y demandado, respectivamente.-

La función del magistrado consiste en consagrar la voluntad concordante de las partes sobre el fundamento de la obligación procesal.- El Pretor aporta las modificaciones necesarias para adaptar la minuta que le presentan las partes, el caso concreto y, eventualmente, inserta los elementos accidentales (excepciones, réplicas, dúplicas, etc.).-

El Pretor puede no ser el autor del documento procesal, (comunmente las partes le presentaban el proyecto asesorados previamente por un jurista) pero de él debe ema-

---

(66) CARRELLI O.- Ob.cit.pág.47 y ss.-

/nar el decreto con elque iudicium dare, de donde deriva su derecho de controlar las concepta verba y si es necesario puede aportar modificaciones al proyecto de las partes.-

La fórmula inserta en el Edicto contiene los requisitos formales de la demanda, los elementos accidentales posibles y los presupuestos para el iussum iudicandi.-

El magistrado está facultado para rechazar in limine las pretensiones del actor, no solo por falta de requisitos formales, sino también causa cognita para denegar la acción si considera que no son susceptibles de protección.-

Otra intervención del magistrado podemos verla en el procedimiento de la fictio.- Al respecto Gayo nos dice en el párrafo 37 del Libro IV: "Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta et si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi, veluti si furti agat peregrinas aut cum eo agatur" y, en el párrafo 35: "Similiter et bonorum captor ficto se herede agit.."

Pues bien, el único encargado de legitimar una situación de hecho, mediante ficción, es el magistrado, de lo que se desprende que su obrar no se limita solo a dar acción sino que es mas complejo.-

En efecto, la intervención del magistrado era muy amplia.- En el caso de las legis acciones se limita a estar presente y a controlar que las partes pronuncien las palabras rituales conforme al ius civile.- Podríamos ver una intervención del magistrado en la legis actio per sacramentum cuando ordena: "mitite ambo hominem".-

/.

En el procedimiento de las legis acciones el Pretor debía dar el iudicium, mientras que para el Pretor peregrino hasta la ley Aebutia, era facultativo darlo (otra limitación encontraron los Pretores con la codificación del Edicto, pues a partir de ese momento incurría en responsabilidad el magistrado que denegara la acción arbitrariamente.-

La ley Aebutia transportó el fundamento del procedimiento por fórmulas, del imperio del magistrado a la ley.-

b) Actividad de las partes.-

La intervención de las partes que da al procedimiento las connotaciones privatísticas, podemos hacerla arrancar a partir de la "in ius vocatio".- Luego de este acto tiene lugar el edere et accipere por parte de actor y demandado.-

Una vez puestas de acuerdo sobre la designación del juez y fijados los términos sobre los que versará la controversia, que se hace delante del magistrado, este emite el decreto dando el iudicium y tiene lugar con efecto para las partes la litis contestatio o sea el negocio jurídico bilateral de naturaleza contractual.-

Al respecto cabe aclarar que para la antigua doctrina la litis contestatio es considerada de naturaleza cuasi contractual.- Keller así lo expresa y es su principal mantenedor: "...Imagine el procedimiento in iure...Las partes tratan entre si poniéndose en algo de acuerdo y discrepando en algo.- La fórmula con todas sus posibles partes componente, se redacta, a menudo enteramente y de ordinario al menos parcialmente, como consecuencia de su mutuo acuerdo; de manera que el Pretor coopera en ella mas bien

/como mediador, como en la iurisdictio voluntaria...  
Hasta aquí el trato es contractual.- La diferencia aparece despues; en un contrato, cada cual se separa sin haber concluído nada si no se ha llegado a un acuerdo; aquí, por el contrario, interviene la decisión del magistrado...En una palabra, esto es un contrato y a la vez un no contrato, mediante el cual se funda la nueva obligatio condemnari oportere, como está escrita en la fórmula.- No es este, pues, el caso en que se presente como nunca la idea del cuasicontrato? (67).-

La doctrina moderna está de acuerdo en ver a la litis contestatio como un contrato.- Arangio Ruiz, por ejemplo, admite que es un contrato pero integrado por la actividad conjunta del magistrado y las partes.- "Sobre la fórmula a comunicar al juez, deben estar de acuerdo no solo las partes sino también el Pretor y el acto del magistrado que autoriza la litis contestatio no tiene menos valor que la aceptación del demandado...ninguno puede ser sujeto del proceso contra su voluntad.- Si el demandado no comparece in iure o no acepta la fórmula...el proceso no tiene lugar..." (68).-

A esta altura del derecho procesal se desconoce el procedimiento en rebeldía, recién aparecido en el derecho justiniano con la ley de properandum.-

Carrelli al decir que las partes se obligan por contrato a estar a la decisión del juez que definirá la controversia, y cuyos términos son fijados irrevocablemente por el magistrado en un documento de el emanado y donde las partes manifiestan no solo la voluntad de ajustarse a la decisión del juez, sino también conformidad con cuanto

---

(67) KELLER.- Cit.por Scialoja en ob.cit.pág.233.-

(68) ARANGIO RUIZ.- "Instituciones de Derecho Romano",pág. 153 y ss.-

/el magistrado ha decidido, reduce el contrato de la *litis contestatio* a un mero contrato de adhesión.-

Creemos que si bien el magistrado fija los términos al controlar las "concepta verba" y de él depende dar el "iudicium" y el "iussum" al juez, las partes, en lo que a manifestación de voluntad respecta, tenían amplia libertad.-

La intervención del actor la notamos en la definición de la *intentio*: *Intentio est ea pare formulae qua actor desiderium suum concludit...* (Gayo IV-41).- La acción del verbo alude indudablemente al actor y no al magistrado.-

La intervención del magistrado está dada con su conformidad para vincularse procesalmente al actor y al solicitar su medio de defensa, la excepción.- "...*Exceptiones defendorum eroum gratia...*" (Gayo, IV-116).-

c) Capacidad de las partes. Formas de actuación en nombre propio o en nombre ajeno.-

La capacidad de las partes, se refiere a la capacidad para cumplir los actos procesales.-

La mujer y el pupilo maior infans, pueden actuar con la auctoritas del tutor. La mujer no necesita auctoritas para actuar en un juicio imperio continens.-

Los esclavos tienen capacidad de hecho y obligan a sus domini, en los negocios por ellos concluidos, pero tienen absoluta incapacidad procesal.- D. 50-17-107: Gayo: "No hay acción alguna contra un esclavo".-

El esclavo es sujeto pasivo en la acción noxal?

Biondi(69) sostiene que se asimila a la cosa objeto de la vindictio. Y nos parece que es así, pues ni aún en

---

(69) BIONDI, B.-Citado por Pugliese en ob.cit. pág. 284.-

Las causas liberalis, puede actuar por sí, necesita del adsertor libertatis, con mayor razón en las noxales, porque puede ser objeto de noxa deditio.-

El alieni iuris, no siendo titular de derechos no hay razón para admitirle capacidad. Sin embargo en las acciones adiecticia qualitatis, puede ser sujeto pasivo.-

D.5-1-57: "Tanto por los contratos como por delitos, compete acción contra el hijo de familia...".-

D.16-3-19: Ulpiano: "Opinan Juliano y Marcelo que con derecho puede ejercitar el hijo de familia la acción de depósito."

Estos textos son dudosos y quizá se deban a una generalización de Justiniano en D.44-7-13: "También los hijos de familia pueden ejercitar las acciones in factum".-

En D.9-4-33 se lee "Se le concede la facultad de asumir su defensa en la acción noxal al hijo de familia".

Pero este texto fué adaptado al derecho nuevo, habida cuenta de la supresión del abandono noxal para el filius, dispuesta por Justiniano.-

La regla es absoluta, pues el Pretor debe fingir en ciertos casos que no ha sucedido una capitis deminutio.

Los peregrinos, conforme a Gayo IV-104, pueden actuar en los juicios "imperio continens", y a veces se finge la ciudadanía Romana, como actor o demandado, cuando se ejercita la actio furti (Gayo. IV-37).-

La plena capacidad se determina por exclusión de acuerdo con el Edicto "De Postulando".-

D.3-1-3: "Mas el Pretor comenzó por aquellos a

7. quienes en absoluto se les prohíbe postular. Por razón de la edad, 17 años (interpolado) al sordo que no oye absolutamente nada."-

D.3-1-5: "Exceptuó el Pretor a personas a causa de su sexo... para que las mujeres no se mezclen contra la honestidad correspondiente a su sexo, en causas ajenas, ni desempeñen oficios propios de hombres. Y fué originada por Carfania... que abogando desvergonzadamente e importunando al Magistrado dió origen a este Edicto. El ciego..."-.

D.3-1-6: "Se prohíbe postular a "qui corpore suo muliebris passus est", el condenado a pena capital, al que se hubiera contratado para luchar con las fieras"-.-

D.3-1-8: "Los que por Ley, Plebiscito, Senado-Consulta tienen prohibición de postular, a no ser por ciertas personas, no postulen más que por las que les fuere lícito"

Tampoco los infames. D.3-2-1, donde se contiene una larga lista.-

El actuar per alios era necesario cuando el titular del derecho era incapaz. Pero este sustituto (llamémosle así y no representante) preexistía al proceso, tal el caso del tutor, curador furiosí o prodigi.-

El actuar en nombre ajeno era voluntario y su posición era la siguiente: D.3-3-33-3: "El que reclamare en nombre de otro que se le dé acción, defienda a éste a arbitrio de buen varón; y aquél contra quien litigare, dé fianza a arbitrio de buen varón. de que ratificará esto, el mismo a quien pertenece el negocio"-.-

El que acciona a nombre de otro se llama cogni-

**/tor o procurador.-**

La diferencia entre ellos según las palabras de Gayo, consiste en que el primero se sustituye para la litis en presencia del adversario y por medio de palabras especiales, no interesa si el cognitor está presente o ausente, pero en este último caso, será cognitor cuando conociere su designación y la aceptara.-(G.IV-83).-

En cambio no hay necesidad de palabras especiales para sustituir a un procurador, basta el mandato.-(G.IV-84).-

Ambos cognitor y procurador, podían ser "rei alienae" o "in rem suam", en este último caso se producía una cesión de la acción.-La fórmula que se utiliza es con transposición de sujetos.-

El cognitor no debe dar caución, si actúa por el demandado, éste, el dominus litis debe dar la cautio "iudicatum solvi", en cambio el procurador debe prestar la cautio de rato.-

La cautio "iudicatum solvi" corresponde desde luego a la fórmula petitoria y contiene las cláusulas: de re iudicata, de re defendenda y de dolo.-(D.46-7-6).-

La sanción para el caso de negarse a prestar las cauciones llamadas judiciales es la indefensio, con excepción de la cautio de rato, que debe prestar el procurador asegurando así, que el dominus ratificará lo actuado, no trae aquella consecuencia, el dominus litis siempre puede intervenir para contestar la litis personalmente, en todo caso negándose el procurador a dar caución, el Pretor no concede la acción.-

Los autores alemanes Wlassak, Wenger y Koschaker

/.(70) sostienen que el cognitor era un representante, o sea una persona que actuaba por otra y sus actos producían efectos directos sólo para el dominus.-Esta teoría fué adoptada poniéndose miras en el efecto consumptivo de la litis - contestatio concluída por el cognitor, y el hecho de conferirse la actio iudicati en favor del dominus litis o en su contra.-

Pero, acertadamente, observa Pugliese(71) que debe tenerse en cuenta que, la concesión de la actio iudicati, a favor o en contra del dominus litis, en los casos de actuación por cognitor (salvo que se trate de cognitor in rem suam), se produce "Iure pretorio".-

Se trata de una corrección aportada por el Magistrado, durante la historia del procedimiento que nos ocupa, y se operaba "causa cognita".-

"...Pertanto il cognitor avrebbe potuto intentare l'actio iudicati e avrebbe potuto essere convenuto con questa azione; e sarebbe toccato a lui o all'avversario, quale dei due avesse avuto la veste di convenuto, l'onere di provare, per ottenere la denegatio di quell'actio iudicati o l'assoluzione mediante exceptio, che il cognitor non era stato in rem suam datus...".-

#### d) Editio actionis.-

El actor debía cumplir preliminar al juicio, actos idóneos para constreñir a su adversario a comparecer frente al Magistrado.-

La "in ius vocatio", conservó durante el procedimiento formulario, el mismo carácter abstracto.-De manera

---

(70) y (71) PUGLIESE, J. Ob. cit pág. 323.-

/que con ella no se le hacía conocer al demandado las pretensiones del actor.-Por ello era menester otro acto de carácter extrajudicial, la "editio actionis".-

La editio precede a la "in ius vocatio".-

"Edere" quiere decir hacer saber la fórmula.-

Cuando Cicerón dice en Por Caecina:7-19 denunciar "fundum illum", quiere significar, le hizo conocer de qué acción intenta valerse(reivindicatio).-

El título edictal "De Edendo" estaba dividido en dos partes, la primera se refería a la obligación de edere que le corresponde a todo demandante y la segunda se relacionaba con la obligación de edere especial para los argentarios.-(72).-

D.2-13-1-1-Pr.:"El que quiera ejercitar una acción debe manifestarla; porque parece muy justo que el que ha de demandar produzca la acción, para que de esta suerte sepa el reo, si debe ceder o seguir contendiendo, y si juzga que debe litigar, comparezca instruido para defenderse...".-

D.2-13-1-1:"Producir es también permitir que se saque copia...Labeón dice que también produce el que llevara a su adversario ante el album y le demostrara lo que ha de dictar...".-

Además de la editio actionis encontramos a la editio instrumentorum.-D.2-13-1-3:"Debe presentarse todo aquello que cualquiera ha de producir ante el juez(interpolado)pero no de modo que sea compelido a presentar aún aquellos instrumentos de que no ha de usar".-

Pero qué instrumentos había que producir? Naber

Y

---

(72) LENEL, Otto, ob. cit. TI. pág. 67.-

/.supuso que la cláusula edictal se refería solamente a los documentos de la stipulatio y que los compiladores - la extendieron a todos los instrumentos, de acuerdo a la generalización que se encuentra en las fuentes.(73).-

En efecto, hacia el fin de la República, el uso de la escritura se introdujo en Roma, en los actos jurídicos, si bien con la simple función de asegurar la prueba y mantener la memoria precisa del acto.-

En el período clásico la escritura tuvo gran di fusión.-

No se sabe cuales son las consecuencias de la o misión de la editio, el único indicio que dan las fuentes lo encontramos en D.2-13-1-5: "Se auxiliará a los que, in ducidos a error por su edad o por su rusticidad o por su sexo, no hicieron la editio".-

El término subvenietur, significa intervención del Pretor, aquí no para sancionar sino para reparar.-

Aunque no sabemos de que manera lo hacía.-

La falta de información en las fuentes se debe a que durante la cognitio extraordinaria, la editio y la in ius vocatio se fusionaron en un solo acto procesal, el libelus conventionis.-

e) In ius vocatio Vadimonium.-

El acto inicial del proceso según la Ley de las XII Tablas, era un acto privado entre las partes, si bien se utilizaban palabras solemnes.-

El texto de la ley era el siguiente: "si in ius vocat, ito. Ni it antestaminor; igitur em capito".-

---

(73) NABER.-Cit. por Pugliese en ob.cit.pág.361 y ss.-

✓. Este acto se mantuvo durante el procedimiento formulario.-

Gayo comenta a la Ley de las XII Tablas, en D. 2-4-18: "Los más han opinado que no es lícito que de su casa sea nadie llamado a juicio, como quiera que la casa sea para cada cual segurísimo refugio".-

También Paulo en D.2-4-21, dice: "Pero aunque el que está en su casa puede ser a veces llamado a juicio nadie sin embargo debe ser extraído de su casa".-

Va de suyo que, de acuerdo a lo comentado, el domicilio era inviolable, y quien extrajera a alguien de su casa con violencia, caería bajo la sanción de la ley Cornelia de iniuriis.-

No se puede citar a juicio a los niños, a los furiosos, a las doncellas y a ciertas personas tampoco se las puede citar sin permiso del Pretor, tales como los padres, ascendientes, patrono y patrona, hijos del patrono o de la patrona; los que así lo hicieren están sujetos a una ley penal.-

Como no existía el proceso contumacial, si nadie defiende al ausente se llega a una missio in possessionem.-

Ausente, era el que no se encontraba en el lugar sede del magistrado competente.-

D.50-16-173-1: "El que está fuera de los suburbios de la ciudad está ausente..."

D.50-16-199-Pr.: "Debemos tener por ausente al que no está en el lugar en que se pide; porque no exigimos que el ausente esté "trans mare"; y si se hallara fue

/ra de los suburbios, está ausente..."

Un caso distinto al ausente es el de "latitante", que es el que se oculta "fraudationis causa".-

D.42-4-7-1: "...Mandaré que se posean y se vendan los bienes del que se ocultare por causa de defraudación, sino fuese defendido a arbitrio de buen varón".-

D.42-4-7-3: "Si alguno poseyere los bienes de uno, como si este se ocultara, no estando oculto, y los vendiere, será consiguiente decir, que no es de valor alguno la venta".-

En caso de latitanza cuando se es demandado por una actio in rem, que no tiene que defender la cosa, se presentaba el problema de si se podía otorgar la posesión de los bienes del latitante.-

En D.42-4-7-16 se dijo: "Veamos también, si ocultándose uno respecto del que tiene acción real, se puedan poseer y vender sus bienes.- La opinión de Neracio es que se han de vender los bienes; y esto se contiene en un rescripto de Adriano..."

Celso dio otra solución, aunque fue consultado con respecto a un ausente y no a un latitante, pero que de todas maneras es la más acertada porque aunque se concediera la missio in bona y después se presenta a defender el asunto el latitante, debe ser revocada.-

El nombrado opinaba: "...que si Ticio poseyera el fundo que yo quiero reclamar, y estando ausente no fuera defendido, es más conveniente que se de el fundo en posesión y no que se poseyeran sus bienes..." (D.42-4-7-17).-

La missio in possessionem ex secundo decreto,

/cum effectu venditionis podría tener lugar contra el latitante demandado por una actio in rem, cuando su ocultación es dolosa y lo hace para evitar que se posean sus bienes.- Para tal caso el mismo Celso opina que se han de poseer y vender los bienes del latitante.- (D.42-4-7-18).-

Suponiendo que la in ius vocatio se hubiera cumplido, el vocatus debe garantizar su comparencia, mediante vadimonium, prometiendo "se certo die sisti".-

Asimismo el vocatus debe dar un vindex (Gayo IV, 46).-

De acuerdo con Gayo IV-185, el vadimonium puede ser puro, con caución, con juramento y con interposición de recuperatores.-

La sanción para el caso de vadimonium desertus es una acción en el quanti ea res erit (caso de accionar por la actio depensi o iudicati).-

Cuando el vadimonium contiene sumas ciertas se acciona por la actio certae creditae pecuniae.-

Si no es suma cierta actio incerti ex stipulatu y se obtiene una condena en el id quod interest.-

En las causas noxales el vadimonio contiene para el dominus (pater) la obligación de exhibir al esclavo (hijo) acusado.-

En cuanto al vindex, tiene obligación de exhibir al vocatus, sino está sujeto a una acción in factum con condemnatio en el quanti res erit.-

El actor que rechaza a un vindex sin motivo justificado, se expone a una acción de injurias.-

D.2-8-5-1: "Puede haber acción de injurias con-

Contra aquel que no hubiere aceptado un fiador evidentísimamente abonado según la calidad del negocio o aprobado como tal, si se dudare..."

También el vocatus en caso de no comparecer puede estar sujeto a una *missio in possessionem*, igual que el ausente o latitante.- D.42-4-2-Pr.: "Mandaré que se entre en posesión de los bienes del que dió fiador de comparecer en juicio, si no compareciere ni fuere defendido".-

Contra el tercero que impida comparecer al vocatus otorga el Pretor una acción de carácter penal.-

D.2-10-1-Pr.: "Estimó el Pretor que era muy justo castigar el dolo del que impide que otro se presente a juicio".-

D.2-10-3-Pr.: "Por este Edicto compete acción por el hecho contra aquel que con dolo hizo que el vocatus no se presentase...en cuyo juicio se deduce lo que tal vez hubiere perdido el actor por esta causa..."

f) Interrogatio, confessio e iusiurandum in iure.-

El actor puede en presencia del magistrado interrogar al demandado, con respecto a ciertos hechos o circunstancias que tienen carácter prejudicial.-

Así es importante antes de la *hereditatis petitio* interrogar acerca de la calidad de heredero de alguien y a cuanto asciende su cuota.- En las acciones reales, preguntar al demandado si posee o no la cosa.- En las acciones noxales, interrogar si el hijo o el esclavo está bajo la potestas del que ha de ser demandado o no.-

D.11-1-1-Pr: "El heredero ha de ser interrogado *in iure* de que parte sea heredero, cuando se intenta ac-

/ción contra el...más es necesario la interrogación, cuando la acción es personal, y así si se pidiere cosa cierta,...no se experimente algún daño pidiendo de más".-

Ulpiano en el fragmento 11, párrafos 1 y 2 del título que comentamos, hace saber cuales son las consecuencias de mentir o callar ante la interrogación delante del magistrado.-

Así dice que si alguno no siendo heredero, al ser interrogado hubiere manifestado que sí, el Pretor le dará crédito contra sí mismo y así podrá ser demandado por toda la parte en que se hubiere manifestado heredero.-

Si siendo heredero de una parte se hubiere declarado heredero universal, será demandado por toda la herencia.-

El que calló ante el Pretor es demandado por el todo, igual que si hubiese negado que es heredero; el que no responde en manera alguna es contumaz y por ello debe sufrir la pena de ser demandado por el todo, y el que se niega, parece que desacata al Pretor (D.11-1-11-4).-

Lenel (74) opina que el libramiento de la acción no sigue a la interrogatio (refiriéndose a la respuesta falsa o ausencia de respuesta) de una manera inmediata, sino que cuando ella es contestada debe probarse in iudicio.-

La confessio in iure, tiene por objeto el reconocimiento total de la pretensión del actor.- El confesus se tiene por iudicatus.-

La Ley de las XII Tablas colocaba al confesus de una suma cierta en un mismo pie de igualdad que el iudicatus.- Por esa razón Lenel sostiene que la confessio in iu-

---

(74) LENEL Otto.- Ob. cit. T° I, pág.164.-

/.re que no verse sobre certa pecunia no puede equivaler a un iudicatus.-

D.42-2-6-Pr.: "El que confesó una cosa cierta será tenido por juzgado y no lo será el que una incierta".-

Pero el párrafo debe ser entendido no como certa res sino certa pecunia.-

En D.42-2-6-1 se lee: "Si alguno confesara una cosa incierta o hubiere confesado que el debía dar una cosa corpórea...debe ser urgido a que confiese una cosa determinada y asimismo si confesó la cosa para que confiese una cantidad cierta".-

Como el que confiesa in iure está asimilado al iudicatus (pro iudicatus habetur), tiene despues de la confesión el mismo término que por causa de cosa juzgada, es decir los treinta días justos, que establecía la ley de las XII Tablas.-

El juramento prestado in iure según Paulo, contiene una especie de transacción y tiene mayor autoridad que la cosa juzgada (D.2-2).-

El Edicto relativo al juramento está dividido en dos partes.- En la primera se ocupa del juramento prestado por el demandado a quien le es deferido.- Y la segunda parte promete una acción al actor.-

D.12-2-3-Pr.Ulpiano: "...si aquel, contra quien se litigare hubiere jurado habiéndosele deferido esta condición; por aquel contra quien se litigare debemos entender el mismo reo.- Y no se añade inutilmente habiéndosele deferido esta condición, porque si el reo juró sin que nadie le defiriese el juramento, el Pretor no amparará este

g) juramento, porque juró para sí..."

La segunda parte del Edicto surge de D.12-2-28-10: Paulo-"Asimismo, como...el juramento produzca acción y excepción-si acaso el reo defiriéndoselo el actor, hubiere jurado extrajudicialmente, que el no debía dar, y el actor, defiriéndoselo el reo, hubiere jurado, que debía dársele a el, o al contrario- la causa posterior del juramento será considerada más eficaz...porque no se inquirirá si el debe dar, sino que haya jurado el actor..." (75).-

Los casos de juramento necesario son los siguientes: *condictio certae creditae pecuniae*, donde el Pretor había establecido en el Edicto que el demandado debía pagar o jurar, el juramento absorbía todo el contenido de la litis; en otra acción en que se admitió el juramento necesario era la *actio rerum amotarum*, que en el fondo hacía las veces de acción de hurto pero en atención a la relación conyugal, se admitía que el marido robado pudiera obligar a la mujer a jurar y si esta no lo hiciera, se la consideraba como que había hurtado; en las acciones noxales se defería el juramento al pater o al dominus el cual si quería liberarse de la acción, tenía que jurar que el hijo o el esclavo que había cometido el hecho ilícito, no estaba bajo su potestas y por último, por la ley Cornelia de iniuriis, el demandado tiene que jurar que no ha injuriado.-

g) La litis contestatio.-

El contrato de la *litis contestatio*, cierra la etapa *in iure*.- En este punto nos referiremos a los efectos de la *litis contestatio*.-

---

(75) LENEL Otto.- Ob.cit. Tómo I, pág.168 y ss.-

✓. La misma, produce una novatio necessaria y la consumptio de la obligación primitiva. (Tratándose de un juicio legítimo).

"Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum, nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestationes..." (Gayo, III-180).-

Esta novatio necesaria se diferencia de la voluntaria: "...a) la nov.volunt. purga la mora de la deuda primera; en cambio, la lit.cont.no solo no la purga, sino que hasta la puede determinar (D.22-1-2-Pr.; D.id. 24-Pr.); b) la nov.vol. extingue todas las garantías accesorias; en cambio, la lit.cont. deja subsistente las prendas, hipotecas, etc. (D. 46-2-29); c) la nov.vol. de tiene el curso de los intereses de la deuda anterior; en cambio, la lit.contest. no los interrumpe (D.22-1-35; D. 46-2-18).- (76).-

Pero a los efectos de la consumptio, conforme lo señala Gayo en el párrafo transcripto, debemos tener en cuenta la diferencia entre los juicios legítimos y los contenidos en el imperio, señalados por el mismo jurista en el Libro IV-103, 104 y 105.-

Los juicios legítimos son los que tienen lugar en Roma o dentro de la primera piedra miliaria, entre ciudadanos Romanos y un iudex único.- En este caso, la consumptio de la obligación primitiva, se produce ipso iure.-

En los juicios contenidos en el imperio, que son los que se celebran ante los recuperatores o ante un

---

(76) DI PIETRO Alfredo.- Nota al párrafo 180 del Libro III de las "Institutas" de Gayo, pág.255.-

✓.iudex único pero con la intervención de un extranjero, ya sea extranjero el juez o una de las partes, la *consumptio* no se produce de pleno derecho sino "ope exceptione".- En efecto, el Pretor otorga la *exceptio rei iudicatae* ó *in iudicium deductae* con lo que se obtiene el mismo resultado.-

Pero si el demandado no cuida de hacer insertar la excepción, el efecto extintivo no se produce.-

Acerca de la *litis contestatio*, transcribiremos unas líneas de Carrelli que nos ha llamado la atención: "...si constata como Gaio venga in sostanza a dir-ci che, se noi iudicia quae imperio continentur la demanda giudiziale dell'attore, una volta proposta, non diventa per questo irriproponibile, in quanto sono mancati gli effetti estintivi della l. c. dato che la mancanza degli effetti si può spiegare solo con la mancaza della causa, in quei iudicia non si era avuto fra le parti quel contratto formale, conseguenza del quale era che *obligatio principalis dissolvebatur* e il convenuto non era piu tenuto a dare ma a condannari...

"...Mancava in questo procedimento la l.c., in quanto mancava nel procedimento avanti si recuperatores un effettive iudicium dare, fondandosi il procedimento stesso non sull'accordo fra la parti a stare alla sentenza che il giudice da loro scelto avrebbe emessa a deinizione di una controversia, i cui termini fossere stati già da loro stessi liberamente concordati, ma sulla volontà del magistrato di dare tutela giuridica a una pretesa, quale gli era stata descritta dal postulante, noi limiti dal magistrato stesso fissati..." (77).-

---

(77) CARELLI, O.- Ob.Cit. págs.157 y 158.-

✓. No creemos que las partes no celebraran su acuerdo, aún cuando este tuviera su fundamento en el imperio del magistrado y no en la iurisdictio.- Precisamente porque el fundamento era distinto, distintas eran las consecuencias, pero no "mancaba la causa".-

El Pretor "vel supplendi" el vacío, acordaba al demandado "tuitioe praetore" la misma consecuencia ope exceptionis.- Si tenía lugar el efecto es lógico suponer la causa; es decir la existencia del acuerdo de las partes.-

Por último cabe destacar, que en toda la edad pre Aebutia la distinción entre los juicios legítimos y los contenidos en el imperio, venía a coincidir con la división de las acciones civiles y pretorias y con el procedimiento de las legis actionis y el procedimiento por fórmulas; luego de la aparición de la ley estas categorías se confunden.-

Cuando la ley Aebutia admite el procedimiento formulario, cae el fundamento de la clasificación bipartita, de manera que la pretensión, ya sea fundada en el derecho civil o en el pretoriano, cuando se deduce en Roma o dentro de la primera piedra miliaria entre ciudadanos Romanos y un iudex único también Romano, el efecto extintivo de la obligación principal se produce de pleno derecho, por tratarse de un juicio legítimo.-

Cuando la pretensión fundada en el derecho civil o en el pretoriano se deduce ante los recuperatores o un iudex único con intervención de un extranjero, la extinción se produce por vía de excepción.-

La litis contestatio cuando se concluye con un

./pupilo "falso tutore auctore", el Pretor concede una in integrum restitutio.-

Observa Lenel (78) que en los casos en que la litis contestatio no tenga efecto consumptivo, no es necesaria una fórmula rescisoria.-

La litis contestatio tiene también como efecto hacer transmisible activamente las acciones "vindicta spirantes".-

-----0000000-----

---

(78).- LENEL Otto.- Ob.cit. Tº I, pág.137.-

///.121.-

## CAPITULO VI.-

### LA ETAPA IN IUDICIO

#### a) Intervención del juez.-

La actividad del magistrado con respecto a las partes, está dada por el iudicium dare y con relación al juez, por el iudicare iubere.-

El problema radica en determinar si el magistrado emite a tales efectos, uno o dos decretos y en el último caso si lo hace simultáneamente.-

La teoría clásica considera que el iussum iudicandi es consustancial con la fórmula.-

Según Wlassak, citado por Carrelli, el iussum es un decreto autónomo distinto del iudicium dare y dado simultáneamente con la fórmula.- Deduce la inconfundibilidad de los dos momentos de un pasaje de la lex Rubria que transcribimos: "...quod ita iudicium datum indicare-ve iussum indicatumve erit, ius ratumque esto, dum in ea verba, sei damnei infectei repromissum non erit, iudicium det itaque iudicare iubeat...aut sei damnei infectei satis datum non erit, in ea verba iudicium det..." (79).-

El autor citado concluye que son dos decretos porque con uno se concede y con el otro se ordena.-

Identifica el momento del iudicium dare con la autorización del Pretor al actor a tomar copia de la fórmula y al iudicare iubere con la formal aprobación de lo manifestado por las partes, transformando el proyecto de

---

(79) CARRELLI, O.- Ob. cit. pág. 52

↳.decreto, en decreto.-

Carrelli entiende que el decreto es uno sólo y que contiene tanto la autorización como la orden.-

Refutando a Wlassak, dice: "Appare chiaro come l'interpretazione del Wlassak sia per lo meno arbitraria: é evidente, infatti, come l'inciso in ea verba si ricollegli egualmente tanto a iudicium dare quanto a iudicare iubere, e siccome ea verba sono precisamente il testo della formula sotto riprodotto, é necessario concludere che tanto l'attività indicada con la frase iudicium dare quanto quella indicada con la frase iudicare iubere si esaurissero nella pronuncia di queste parole. In altri termini, el magistrato iudicium dat, consegnando all'attore il testo opportunamente modificato della formula, perche questi lo legga al convenuto e su di esso si contesti la lite, iudicare iubet trasmettendo lo stesso testo al iudex, perche in tal modo prenda conoscenza delle funzioni affidatagli e del criteri in base ai quali deve attuare queste sus funzioni".- (80).-

En realidad se distinguen dos momentos lógicos: uno en que el Pretor autoriza a las partes y otro en el que ordena al juez, pero que coinciden cronológicamente y se emite mediante un solo decreto.-

Podría decirse teniendo en consideración las conclusiones de Wlassak que quiera pensarse que una vez transformado el proyecto de las partes en decreto, la litis contestatio permanece inmutable y como el nombramiento del juez es parte de ella, el Pretor emita otro decreto con el iussum al juez quien a partir del momento en que es notificado, tiene la obligación de desempeñar

---

(80) CARRELLI O.- Ob.Cit.pág.135.-

4. el "offisio iudicii" (carga pública) y a partir de ese mismo momento adquiere el derecho de excusarse (por las causales de excusación previstas únicamente).- Mientras que si se emite simultáneamente autorización y orden, la litis contestatio inmutable podría sufrir con la negativa del juez las consecuencias que de ellas surgen (consumptio).-

Sin embargo esto no nos parece posible por cuanto el magistrado goza de la facultad de la "translatio iudicii".-

Las partes se ponen de acuerdo acerca del nombramiento del juez, pero el acuerdo para el iudex es "res inter alios acta".- Quien hace el nexo vinculante entre juez y partes, es el magistrado por medio del iussum cuando dice...si paret condemna si non paret, absolvet.-

El magistrado no solo impone la obligación de juzgar, sino que fija los límites de la condena.-

Así como la actividad de las partes surge de la definición de la intentio y la oposición de excepciones, la facultad del juez se ve claramente expuesta en la definición que da Gayo en IV-43: "Condemnatio est ea pars formulae qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur".-

b) La sentencia y extensión de los poderes del juez.-

Condemnatio certae: en caso que se reclame un certae creditae pecuniae, se dice: "Iudex...sestertium X milia condemna. Si non paret, absolvet".- Si se reclama, por ejemplo, diez mil sextercios y se llega a la conclusión de que solo se deben ocho mil, el juez no tiene la

/. posibilidad de adaptarlo y conforme al iussum debe ab solver.-

Incertae condemnatio: En los casos en que se reclama una suma indeterminada, la condena podía dictarse bien dentro de un monto tope establecido en el iudicium o bien podía ser ilimitada.- En el primer caso se dice: "Iudex...dumtaxat sestertium X milia condemnna. Si non paret, absolvite".-

En el último caso se expresa: "Quanti ea res erit, tantam pecuniam Iudex...condemna. Si non paret ab solvite".- El Juez debe pues, condenar por lo que valga la cosa.-

La sentencia es pronunciada por el juez oralmente y en presencia de las partes.- Con este pronunciamiento quedaba agotado su oficio.-

Si bien el magistrado impone al juez la obligación de aceptar el oficio de tal, no surge para el la obligación de emitir sentencia.-

Podía por libres convicciones, eximirse de la obligación de fallar pronunciando bajo juramento, el "si bi non liquet".- En tal caso, tenía lugar la "translatio iudicii".-

### c) Responsabilidad del juez.-

En caso de condena cierta o tasada, si el juez condena en más o en menos, hace suyo el litigio.-

El Pretor sanciona este ilícito con una acción de carácter penal con condemnatio in bonum et aequum concepta, porque es imposible hacer una tasación precisa del interés del demandado.-

4. El Pretor no indica grados de culpabilidad, y la responsabilidad del juez abarca la escala que va del dolo hasta la simple negligencia.-

d) Actividad de las partes en la etapa in iudicium.- Prueba.-

No existe disciplina edictal con respecto a la prueba.-

Los medios probatorios de que las partes podían valerse, no difieren en mucho de los admitidos por el derecho procesal moderno.-

La prueba admitida era la de confesión, juramento, testimonio y prueba documental (si bien con el carácter especial que tenía en el derecho clásico, porque la técnica instrumental no se desarrolla sino a partir de Constantino).-

Cicerón (81) nos dice que doble es la fuente que provee a la prueba.- La primera no la inventa el orador, se encuentra en los hechos a los que se les otorga valor, por ejemplo, testimonios, tabulae, e innumerables que el orador no puede imaginar.- Estos medios se los aporta al orador su propio cliente y la causa misma y los llama extrínsecos.-

Pueden servir estos medios para casos análogos.-

La segunda proviene de la dialéctica y de los argumenta; estas son intrínsecas, exigen un esfuerzo, un arte.-

Los extrínsecos, no son difíciles de encontrar, pero el orador debe presentarlos con claridad y elegancia.-

---

(81) CICERON.- De Oratore.- T° II-27, 116 y ss.-

/. A tal efecto el orador debe tratar de producir tres efectos capaces de persuadir: "...quibus ex locis ad eas tris res, quae ad fidem faciendam solae valent, ducatur oratio, ut et concilientur animi et doceantur et mouean tur; (haec sunt enim tria)..." (82).-

Cicerón indica además que las pruebas se pesan y no se cuentan y que en las causas criminales, la defensa consiste en negar los hechos.-

El testimonio parece ser la prueba más sólida, aunque a veces utiliza de argucias para invalidar los dichos del testigo, refiriéndose no sólo a la fama y a los rumores con respecto a su defendido, sino también con relación a los testigos de cargo.-

Así, en pro Tullio I-1, trata de invalidar un testimonio basándose en el parentesco del deponente con Aebutio.-

Así con respecto a la fama y rumores, dice en Verres, III-49: "...Haec uos antea, iudices, audistis, uerum fortasse ita audistis ut auctorem rumorem haberetis sermonemque omnium..."

Una manera de manejar la prueba documental y el sentido que tenía en su época, lo podemos extraer de Verres, "La Pretura Urbana"-128: "...Dixit Q. Tadius, homo familiarissimus patris istius, non alienus a matris eius genere et nomine; tabulas, protulit, quibus pecuniam se dedisse ostendit. Recita. Nomina Q.Tadi. Recita. Testimonium Q.Tadi. Ne Tadi quidem tabulis nec testimonio credemus? Quid igitur in iudiciis sequemur? Quid est aliud omnibus omnia peccata et maleficia concedere nisi

---

(82)  
CICERON.- Ob. cit. Tº II-121.-

hoc, hominum honestorum testimoniis et uirorum bonorum tabulis non credere?..."

Y en Cicerón pro Flacco-20: "...Duae rationes conficiendae pecuniae, aut uersura aut tributo; nec tabulae creditoris proferuntur nec tributi confectio ulla recitatur. Quam uero facile falsas rationes inferre et in tabulas quodcumque commodum est referre soleant..."

De la inexistencia de prueba tasada, se deduce que el juez puede valorarla de acuerdo con sus libres convicciones.-

Los medios admitidos son los siguientes: confesión, juramento, testimonio y prueba documental como ya habíamos visto y seguidamente los trataremos separadamente, previendo alguna omisión.-

Confesión: cabe distinguir a la confessio in iure de la confessio in iudicio.-

La primera no es un medio técnico probatorio.- Tiene graves consecuencias.- Pone término al proceso automáticamente y da lugar a la aplicación de rigurosas medidas de ejecución.-

En cambio, el reconocimiento ante el juez, es un medio probatorio común que será objeto de futura valoración.-

Con respecto a la confessio in iure, extraemos de Cicerón un párrafo: "...Itaque mihi certum est, recuperatores, ante quam ad meam defensionem meosque testis uenio, illius uti confessione et testimoniis; qui id confitetur atque ita libenter confitetur ut non solum fateri se etiam profiteri uideatur..." (83).-

---

(83) CICERON.- Pro A. Caecina-IX-24.-

✓. Juramento: de raíz religiosa.- La invocación a la divinidad constituye la esencia del juramento, y de esta evocatio a la persona divina surge el riesgo para aquél que la ha invocado en vano.-

El juramento in iudicio, de carácter voluntario debe distinguirse del juramento in iure.- En este último caso el juramento es necesario, las partes no pueden sustraerse a prestarlo y se puede referir mutuamente.- En tal caso lo contenido dentro de el, queda fuera de discusión por la fe del juramento.-

Testimonio: es la más antigua de las pruebas.- Los testigos antes de deponer deben prestar juramento.- El testimonio fue siempre garantizado con la institución del perjurio y antes le daba solidez la pena del talión.-

La obligación de testificar era una carga pública y quien se rehusaba sufría la infamia.-

No existió en este período limitación al número de testigos.- Debemos acotar, no obstante, que las constituciones imperiales dieron al juez facultad para reducir el número de los mismos.- La lex Mamilia limitó a diez el número de los que podían declarar ante los recuperadores.-

A veces se ofrecían laudatores que eran testigos de moralidad, que no hacían en cuanto a los hechos, semejantes a los llamados testigos de concepto previstos por la ley penal vigente y cuya única misión es poner de resalte las condiciones morales y de costumbres del acusado, a efectos de permitir al juez efectuar una equitativa evaluación de la pena.-

Documental: el actor podía acompañar a su "edi

litis actionis" la "editio instrumentorum", es decir valerse ante el Pretor de todos los documentos en su poder para conseguir el iudicium, mientras que el demandado no tenía obligación de acompañar documentos pues parece haber imperado el principio según el cual nadie puede ser constreñido a producir prueba en su contra.-

Realizada la causa coniectio, se cierra el período de prueba con los alegatos de las partes.-

De ordinario se hacen largas peroraciones comenzando los discursos el actor y su abogado, para luego hacerlo el demandado.- Otras veces se entabla un diálogo entre las partes y en este caso se denomina esta modalidad altercatio.-

e) Satisfacción del actor entre la litis contestatio y la sentencia.-

Conforme al texto de Gayo en IV-114, en tales casos los Sabinianos entienden que se debe absolver al demandado, cualquiera sea la clase de juicio, fundándose en lo que decían Sabino y Casio, que todas las acciones son absolutorias.-

En cambio los Proculeyanos no admitían la absolución cuando se trataba de iudicia stricti iuris, sí en cambio cuando los juicios eran de buena fe y cuando se trataba de acciones in rem, porque la cláusula arbitraria que contenían estas acciones, en caso de cumplirse el arbitratus, impedía la condena.-

Para estos últimos la posición de las partes quedaba fijada estrictamente en el momento de la litis contestatio.-

/. En efecto, tratándose de una "condictio certae creditae pecuniae, las partes solían hacer al momento de la litis contestatio, "stipulatio y restipulatio tertiae partis", en concepto de pena.-

De manera que, si el demandado era absuelto, el actor le debía la tercera parte de la suma reclamada, si el demandado era condenado, además de la suma reclamada, él debía un tercio más.-

Si paga en el momento que va de la litis contestatio y la sentencia, de acuerdo con la posición de los sabinianos, saldría beneficiado, porque se le debe absolver, y se libraría de pagar un tercio, y más aún, podría reclamárselo al actor, con lo que se llegaría a un absurdo.- Razón por la cual, es más equitativa la posición de los Proculeyanos; en estos casos, no debe ser absuelto el demandado aunque satisfaga antes de la sentencia.-

f) Sanciones contra los litigantes temerarios.-

Durante el período del procedimiento formulario se implantaron, con carácter preventivo, sanciones de tipo pecuniario y otras infamantes, ambas bastante gravosas, para quienes iniciaran o sostuvieran temerariamente un litigio.-

Sanciones pecuniarias, en contra del demandado: En caso que niege sin derecho la pretensión del actor, se produce un crecimiento de la litis estimado en el duplo.- Esta acción del duplum se da al actor cuando se acciona a título de: "actio iudicati", "actio depositi", "actio damni iniuriae", acción de legados "per damnationem" (Gayo, IV-171).-

En los casos en que por medio de un sponsio

El actor y demandado, se obligan de antemano a pagar en caso de ser vencidos una cuota parte de la litis, esta crece en un tercio en virtud del sponsio cuando se trata de la "actio certae creditae pecuniae" y en la mitad cuando se trata de la "actio de pecunia constituta" (Gayo, IV-171 "in fine").-

No estaban obligados a este sponsio los herederos, las mujeres y los pupilos.-

Un remedio general admitido por el Pretor consiste en la facultad del actor para exigir al demandado juramento de que no niega el derecho por calumnia, es decir, de mala fe.-

Están obligados a prestar este juramento incluso los herederos, mujeres y pupilos (Gayo, IV-172).-

En las causas por hurto la confesión o la negativa del demandado no tiene relevancia, pues desde un principio la acción se da: por el cuádruple si el hurto es manifiesto, por el duplo si no es manifiesto y por el triple si el ladrón es sorprendido in fraganti.-

Scialoja piensa que esto no es una sanción contra el litigante sino un verdadero derecho penal y que la inclusión en este capítulo es un error de método de Gayo.- "...tan es así, que sabemos que la pena del hurto manifiesto era la del cuádruplo porque el Pretor había sustituido la pena mas antigua, que era la pena capital, pues el robado tenía derecho a hacer esclavo al ladrón..." (84).-

Sanciones pecuniarias contra el actor.- Si el demandado es absuelto puede incoar contra el actor juicio

(84) SCIALOJA.- Ob.cit. pág.280

✓. por calumnia por haberse accionado en su contra de mala fe y obtener la décima parte del reclamo del actor.- Debe probar la mala fe del actor.- (Gayo, IV-175).-

Puede accionar también por "contrario iudicium", más grave que el juicio de calumnia, pues no debe probar la mala fe del actor, basta con ser absuelto.-

El juicio de calumnia y el contrario iudicio no pueden acumularse.- Elegida una vía no puede accionarse por la otra (Gayo, IV-179).-

El actor podía ser constreñido antes del resultado de la litis, a prestar juramento de que no acciona por calumnia.-

Condenas infamantes: En el párrafo 182 del Libro IV, Gayo nos habla de los juicios en los que a la condena va unida la infamia del demandado.-

Tratándose de acciones penales, el demandado no evita la infamia ni aún cuando este llegue a un arreglo para que la condena no se pronuncie.-

Tal es el efecto para la acción de hurto, de rapiña y de injuria.-

En las acciones civiles, cuando se incoa un juicio de sociedad, fiducia, tutela, mandato y depósito, es necesario que exista pronunciamiento de condena para que la infamia afecte al demandado.- En este caso la podríamos considerar como una pena accesoria.-

También se aplica la pena de infamia, cuando en un juicio actúa una persona a quien se le prohíbe pedir por otro, dar cognitor o tener procurador, como así también al que interviene en un juicio a título de pro-

curador o cognitor (Gayo, IV-182 "in fine").-

**g) La cosa juzgada.**-

Durante el procedimiento de las "legis actio nis" la intervención del vindex, en la "manus iniectio iudicati", produce la efectiva liberación del iudicatus; el vindex acciona su propia causa, si resulta vencido la condena es del duplo.-

Durante el procedimiento formulario, la "manus iniectio iudicati" fue desplazada por la "actio iudicati".-

Es una acción honoraria.- La eficacia de la sentencia, es prejudicial; no se había establecido aún la re-gla sustancial de hacer valer la sentencia con carácter autónomo, sino que una vez pronunciada era posible aún dis-cutir mediante la "actio iudicati" y obtener un pronuncia-miento confirmatorio o divergente.-

La máxima "res iudicata pro veritate accipitur" (D.1-5-25) se refiere a un procedimiento extra ordinem.-

Es que no había aparecido aún la apelación, que permite remediar la injusticia de la sentencia, dejando in-tacta la autonomía de la cosa juzgada.-

La actio iudicati es una de la acciones que ne-gadas crecen al duplum.-

Paulo Sententiae 1-19-1: "Algunas acciones si son negadas por el ree crecen al doble, como la iudicati y la depensi".-

Gayo, IV-173: "Hay otras acciones donde desde el comienzo se sobrepasa el valor del duplo..."

Sin embargo ha demostrado Wenger (85) que no

---

(85) WENGER Leopoldo.- Ob.cit.pág.19 y ss.-

△.siempre la actio iudicati crece al duplo.-

Las hipótesis que se pueden dar son las siguientes: absolutio rei, condemnatio rei in duplum y condemnatio rei in simplum modificada.-

El "agere iudicati" comienza con un edere.-  
Quien se presenta a hacer la editio tiene que demostrar la existencia fáctica de una sentencia.- Luego sigue la "in ius vocatio".-

El demandado, puede negar la existencia de la sentencia y también probar que ha pagado, en cuyo caso deberá ser absuelto.-

Hemos dicho, que el que concluye la litis contestatio con un pupilo "falso tutore auctore", el Pretor concede una in integrum restitutio.-

Pues bien, suponiendo que se hubiera enterado del falso tutor, luego de dictada la sentencia, si es demandado por la actio iudicati cabe la posibilidad de una denegatio actionis.-

Tampoco crecerá al duplo cuando el demandado pretenda hacer valer el beneficio de competencia.-

Como la actio iudicati va dirigida a un certum, la manera de hacer valer el beneficio será la exceptio doli, y la condena llevará la tasación en el "id quod facere potest".-

En la actio iudicati de peculio no crecerá al doble porque el pater o dominus solo puede ser condenado hasta donde alcance el peculio, de manera que la fórmula contendrá la taxatio respectiva.-

✓. El condenado en un proceso noxal, puede defenderse de la actio iudicati mediante la noxal datio.-

De igual manera quien tenga un crédito para compensar, caso de acreedores y deudores recíprocos donde ambos hubieran obtenido una sentencia favorable, (se entiende que ambos créditos son líquidos en atención a que la condena siempre es pecuniaria) si uno de ellos es demandado por la actio iudicati, podrá oponer la compensación por medio de una exceptio doli.-

En todos los casos señalados, vemos que la exceptio doli tiene una fuerza minutoria de la condena.- En general cuando se opone una excepción perentoria, se entiende que hay infinitatio, pero la exceptio doli es un caso de excepción.-

Porque también queda a salvo el dominus litis si su cognitor o procurador se dejó condenar, de la actio iudicati por medio de la exceptio doli.-

Cuando se opone una excepción cognitoria no hay infinitatio, porque solo se recusa a la persona (D.44-1-2-4).-

La exceptio pacti no se puede oponer conforme a lo que surge de las sentencias de Paulo (1-19-2): "No se pueden decidir por pacto las causas que por la negativa se elevan al duplo".-

Sin embargo en el D. 2-14-7-13, un párrafo atribuido a Ulpiano, dice: "...si se pacta que no se accione de cosa juzgada (pro iudicati) o de edificios incendiados, vale ese pacto".-

De acuerdo con la opinión de Lenel, Biesele, ci-

¿.tados por Wenger, es un texto muy dudoso y de origen bizantino, lo más probable es que Ulpiano en lugar de *pro iudicati* haya escrito *ne iudicati agatur*.-

La *actio iudicati* es perpetua, reipersecutoria, y por tanto se da en favor y en contra del heredero.-

El *cognitor*, en principio está legitimado activa y pasivamente, para ejercer o contestar la *actio iudicati*.-

No hay duda, cuando se trata de un *cognitor* "in rem suam", pero cuando es "rei aliena" el Pretor deberá hacer la "translatio".-

Cuando se actúa por procurador, no se da en favor o en contra del dominus.-

Quien debe pagar la deuda de *iudicatio* tiene a su favor el *tempus iudicati*, o sea los treinta días justos que provienen de la ley de las XII Tablas, luego de lo cual sigue la ejecución.-

Para los casos de contumacia procesal, es decir, ausencia que no esté justificada o latitanca *fraudationis causa*, se concede una *missio in bona ex primo decreto*, luego de lo cual si persistiera en su contumacia, se podría obtener una *missio ex secundo decreto* que sería *cum effectu venditionis*.-

Debemos destacar el adelanto que representó el *agere iudicati* con respecto a la *manus iniectio*; en esta última vencido el *tempus iudicati* se pronuncia la *additio*, de dramáticas consecuencias puesto que el deudor responde con su persona, en cambio, en el primer caso, la ejecución es de carácter patrimonial, que aunque trae aparejada la

/.tacha de infamia si se llega a la bonorum venditio, re-  
presenta sin duda alguna un avance en las ideas, ya que  
la ejecución patrimonial conduce poco a poco a la satis-  
facción simultánea de todos los acreedores.-

-----ooo0ooo-----