

CARACTER ARBITRARIO DE LA ACCION EXHIBITORIA*

La posibilidad de exhibir ante el juez gracias a la cláusula arbitraria de la *actio ad exhibendum* tiene por complemento el *iusiurandum in litem* por el cual se agrava la condena en caso de resistencia a la facultad de exhibir.

1. Con base en las fuentes¹ podemos afirmar que la fórmula de la acción *ad exhibendum* tiene una cláusula exhibitoria, en virtud de la cual el juez estaba autorizado a dar el *iussum de exhibendo* quedando subordinada la condena pecuniaria al incumplimiento de tal *iussum*.

Según nos atestigua:

D. 10, 4, 9, 5 (Ulp. 24 ed.):

Quantum autem ad hanc actionem attinet, exhibere est in eadem causa praestare, in qua fuit, cum iudicium acciperetur, [ut quis copiam rei habens possit exsequi actione quam destinavit in nullo casu quam intendit laesa], quamvis non restituendo, sed de exhibendo agatur.

* Este trabajo es complementario de BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico*, en *SDHI*, 26 (1960), 190-281.

1. LENEL, *EP*, 220; D. 10,4, 11,2; D. 49,1; 28,1; I. 4, 17,3; 4, 6,31. Lo admiten Rudorff, Demelius, Lenel y Marrone en las diversas reconstrucciones de la fórmula que presentan, así como la mayoría de la doctrina, por ej. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, en *ZSS*, 36 (1915); SCHÖNBAUER, *Vom Wesen der iudicia arbitraria*, en *Studi Riccobono*, 2 (1936), 408 s.; KASER, *RPR* 1 (1954), 410; ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*⁶, (1954), 183, n. 214; ALVAREZ, U., *Curso de Derecho Romano* (1955), 412 s.; IGLESIAS, *Derecho Romano*⁴ (1962), 183.

El actor debería quedar en las mismas condiciones en que hubiera quedado si el demandado hubiese exhibido en el momento de la *litis contestación* ².

También parece cierto que el *exhibere* de la acción exhibitoria comprendía la *causa rei*, doctrina que se afianzó paulatinamente: Labeón ³ y Gayo ⁴ precisaron que sólo la restitución comprendía la *causa rei*: sin embargo el primero proporcionó un punto de partida para la doctrina de la *causa rei* en la acción exhibitoria en D. 10, 4, 11, 1, y después de él Sabino opinó que la exhibición de la esclava que hubiera dado a luz después de la *litis contestatio* comprendía también el *partus* ⁵; Neracio manifestó la idea de que la estimación, debiendo referirse a *id quod actoris interest*, debía incluir cualquier *utilitas actoris* ⁶.

Consideremos algunos casos particulares en los que se aplica el principio expresado por Ulpiano en D. 10, 4, 9, 5, y en los que se ve que el dolo necesario para la condena es el dolo anterior, el dolo en el momento de la *litis contestatio*, y no el actual.

D. 10, 4, 9, 6 (Ulp. 24 ed.):

Proinde si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse, [cum petitor intentionem suam perdidit, et ideo absolvi eum non oportere, nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere, ita ut fructus secundum legem aestimentur].

En el estado actual del texto, Ulpiano examina un caso en que el demandado exhibe la cosa litigiosa, que había adquirido por usucapión, después de la *litis contestatio*. En estas circunstancias, como el actor no se encuentra con respecto a la

2. La parte señalada puede considerarse como interpolación porque, aparte los defectos de forma, implica el carácter preparatorio de la *actio ad exhibendum*. Cfr. BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen Rechtsquellen*, 1 (1910), 40; PRINGSHEIM, *Animus donandi*, en *ZSS*, 42 (1921), 313, n. 2.

3. D. 50, 16, 246.

4. D. 50, 26, 22.

5. D. 10, 4, 9, 7.

6. D. 10, 4, 9, 8.

cosa en la misma situación en que se encontraría si hubiera exhibido en el momento de la *litis* contestación, el juez debe actuar como si no hubiera ocurrido la *exhibitio*, y debe, por lo tanto, pronunciar la condena, salvo que el demandado se muestre dispuesto a entrar en un proceso vindicatorio con una fórmula que permita averiguar al juez si la cosa pertenecía al actor en el momento de la *litis contestatio* sobre la *actio ad exhibendum*. De esta manera el demandado sería tratado como si hubiera usucapido la *res* después de la *litis contestatio* sobre la reivindicatoria. De ahí que para obedecer al *iussum de restituendo* debería transferir al adversario la cosa en litigio. La doctrina concuerda con ligeras variantes en esta interpretación⁷, teniendo en cuenta las interpolaciones⁸. Nosotros suponemos espurio desde *cum* hasta el final por el empleo de *intentio* en el sentido de demanda lo cual es propio del lenguaje procesal postclásico (no se emplea en el sentido de *intentio* de la fórmula clásica); la expresión *cum petitor intentionem suam perdidit* está inspirada en la concepción postclásica de la *actio ad exhibendum* como preparatoria: *repetita die* indica la posibilidad de aceptar un juicio ante el juez, lo cual es imposible en época clásica porque la aceptación de un juicio ha de llevarse a cabo ante el pretor⁹: *perdere intentionem* no vuel-

7. D. 6, 1, 18; h. t. 20; h. t. 17, 1; h. t. 21; D. 41, 4, 2, 21; Cfr. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand* (1932), 158. La doctrina concuerda en la interpretación de D. 10, 4, 9, 6; DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht* (1872), 207; KASER, *Restituere*, 164; RATTI, *Dupli fructus*, en *Studi Riccobono*, 2 (1936), 423 s.; BONIFACIO, *Studi sul processo formulare. I. Translatio iudicii* (1956), 16 ss.; LUZZATO, *recensión a BONIFACIO, Studi sul processo...* en *IVRA*, 8 (1957), 457; MARRONE, *Actio ad exhibendum*, en *An. Palermo*, 26 (1958), 177 ss.

8. DUGUESNE, *La translatio iudicii dans la procedure civile romaine* (1910), 102 ss., opina que hay manipulaciones; BESELER, *Miszellen*, en *ZSS*, 45 (1925), 462, suprime desde *cum oportere*. Vid. KASER, *Restituere*, 165, n. 2.

9. Contra DUGUESNE, *La translatio*, 10 s.; BONIFACIO *Studi sul processo*, 16 s., que creen genuina la posibilidad de entablar un juicio *repetita die* en estas condiciones.

ve a encontrarse en ningún pasaje jurisprudencial ¹⁰; *secundum legem* ¿a qué ley se refiere?

De ahí que con estos presupuestos creamos que la opinión de Ulpiano sería que cuando se ha exhibido una cosa usucapida después de la *litis contestatio*, el demandado tiene que ser condenado puesto que no ha exhibido la cosa en las condiciones en que se hallaba al tiempo de la *litis* contestación, sino que ha exhibido una cosa de su propiedad, puesto que la usucapión en época clásica no queda interrumpida *por la litis contestatio*, si bien no perjudica al demandante en la acción reivindicatoria.

Ya hicimos una referencia a

D. 10, 4, 9, 7-8 (Ulp. 24 ed.):

Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur, Sabinus putavit partum quoque restituendum sive praegnans fuerit mulier sive postea conceperit: quam sententiam et Pomponius probat.

8. Praeterea utilitates, si quae amissae sunt ob hoc quod non exhibetur vel tardius quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt: et ideo Neriatius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit.

Según el 7 la exhibición debe comprender también el parto de la esclava *post litis contestationem*, tanto si la concepción tuvo lugar antes como después de tal trámite procesal ¹¹.

El 8 también se refiere, probablemente, a la exhibición arbitraria antes de la *pronuntiatio* y no a la condena ¹² como puede deducirse de su situación en el comentario de Ulpiano y del hecho de asignarse al juez la estimación pecuniaria; si se hubiese referido a la condena, se hubiera asignado tal estimación al actor mediante *iusiurandum in litem*. En el texto, para evitar que el demandado sufriera la condena se encargó al juez la función de valorar las *utilitates*, de manera que el ven-

10. *Voc. Iur. Romanae*, s. v. *intentio*

11. BESELER, *Beiträge*, 1, 17 suprime *quia-restituitur*, y pone *aestimandum* en vez de *restituendum*.

12. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht*, 209 y BESELER, *Beiträge* 1.17, lo refieren a la condena.

cido en el proceso pudiera realizar la exhibición de la cosa junto con una cantidad de dinero equivalente a las *utilitates amissae*.

Ulpiano hace referencia a la condena sólo en la segunda parte del texto donde transcribe una opinión de Neracio, en la que se dice que también en la *condemnatio* debe considerarse la utilidad del actor y une el principio de las *utilitates* en la exhibición y el de las *utilitates* en la condena y presenta el segundo como consecuencia del primero ¹³.

Ulpiano después de aclarar que la exhibición debería comprender las utilidades perdidas considera la hipótesis de

D. 10, 4, 11 pr. (Ulp. 24 ed.):

Sed et si hereditas amissa sit ob hoc, quod servus non exhibeatur, aequissimum est aestimari officio iudicis damnum hereditatis.

Muy probablemente el texto ha sido reelaborado pero la sustancia puede ser clásica. Y el texto no se refería a la condena por estar situado en un contexto dedicado a la cláusula exhibitoria.

En el mismo sentido ¹⁴

D. 10, 4, 11, 2 (Ulp. 24 ed.):

Si de pluribus rebus quis conveniatur et litis contestatae tempore omnes possedit, licet postea quasdam desierit [quamvis sine dolo malo] possidere, damnandum, [nisi exhibeat eas quas potest].

Se trata de una decisión, en un caso de *actio ad exhibendum* que tiene por objeto varias cosas poseídas por el demandado al tiempo de la *litis contestatio*, en el sentido de que si después de este trámite procesal el demandado pierde no dolosamente la posesión de algunas, evita la condena exhibiendo las restantes. Esto en el estado actual del texto. Pero creemos interpolaciones lo indicado en el pasaje: lo primero por ser una aclaración de una insistencia inútil para el derecho clásico,

13. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit. *supra* n. 7, 657.

14. Acerca de D. 10, 4, 11, 1, tratamos en *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit. *supra*, 224

propia de los compiladores; lo segundo por ser una mitigación del régimen del derecho clásico puesto que el dolo que se tiene en cuenta es el del momento de la *litis contestatio* y, por consiguiente, no se cumplía exhibiendo los que fueran posibles ¹⁵.

La opinión de Paulo respecto a este problema aparece expresada en

D. 10, 4, 12, 4 (Paul. 26 ed.):

Si post iudicium acceptum homo mortuus sit. [quamvis sine dolo malo et culpa possessoris] tamen [interdum] tanti demandus est quanti interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc iudicium acciperetur homo exhiberetur: [tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse. qui non incidisset. si tunc exhibitus fuisset] ¹⁶.

Opina Paulo que para exigir responsabilidad al demandado por la pérdida no dolosa de la posesión después de la *litis contestatio*, era preciso que pudiera imputarse al mismo el no haber realizado la exhibición en el momento de la *litis contestatio*. Es decir que, lo mismo que Ulpiano, tiene en cuenta el dolo en el momento de la *litis contestatio*.

También otra expresión del sentir de Paulo es

D. 10, 4, 10 (Paul. 26 ed.):

Si optione intra certum tempus data iudicium in id tempus extractum est, quo frustra exhibetur, [utilitas petitoris conser-

15. BESELER, *Romanistische Bausteine*, en *Studi Albertoni*, 1 (1935), 437, lo condena enteramente.

16. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem*, en *ZSS*, 34 (1913), 273; KRÜGER, *Dig. ad h. l. supprime et copā*; GRADENWITZ, KRÜGER, II, cc., y BIONDI, *recensión a Etudes Girard* (1913), en *BIDR*, 29 (1916), 244. suprimen *interdum*. PERNICE, *Labeo*, 2, 2, (1900), 140, n. 1. KRÜGER, *Dig. ad h. l.*; SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, en *ZSS*, 32 (1911), 88; GRADENWITZ, BIONDI, II, cc. BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi* (1919), 42; HERDLITZKA, *Zur Lehre vom Zwischenurteil <pronuntiatio> bei den sogenannten actiones arbitrariae* (1930), 53, n. 130; KASER, *Besitz und Verschulden*, en *ZSS*, 51 (1931), 120; VOCI, *Risarcimento del danno e processo formulare* (1955), 43.

vetur): quod si per heredem non stetit quo minus exhiberet tempore iudici accipiendi absolvendus est heres¹⁷.

Según este pasaje, el juicio se entabla en tiempo oportuno, pero el demandado lo ha diferido (*extractum est*) hasta que la exhibición resulta inútil para el demandante debido al transcurso del plazo concedido por el testador para el ejercicio de la acción. *Utilitas petitoris conservetur* sustituye a una frase en la que se diría que el demandado sería condenado siempre que hubiera habido dolo al tiempo de la *litis contestatio*. Si se ha perdido la utilidad de la exhibición ya no se permite una exhibición merced a la cláusula arbitraria, que sería inútil (*frustra*) y por tanto se condena, a menos que no hubiera habido dolo en la *litis contestatio* en cuyo caso el heredero debe ser absuelto. Por tanto se fija la *litis contestatio* como punto de referencia para el dolo.

2. Teniendo en cuenta que la *actio ad exhibendum* es una acción con cláusula arbitraria, sabemos que el valor de la condena se fijaba mediante *iusiurandum in litem* del actor, como lo confirman los textos que veremos a continuación y es este un punto en el que la doctrina concuerda¹⁸.

Los textos en la parte que declaran el *iusiurandum in litem* en la acción exhibitoria son sustancialmente genuinos.

D. 10, 4, 3, 2 (Ulp. 24 ed.):

Praeterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit [ei iudice quantitatem taxante].

Algunos autores suprimen desde *ei* hasta el final teniendo en cuenta que la *taxatio iudicis* depende de la fórmula *cum taxatione* y Gayo 4, 5 (infra) dice que es infinita¹⁹; BETTI supri-

17. Cfr. sobre el texto BONIFACIO, *Studi sul processo*, 51.

18. Cfr. SCHLOSSMANN, *Der Vindex bei der in ius vocatio*, en *ZSS*, 24 (1903), 316; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (1918), 74; PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem* (1953), 31 ss.; CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem* (1959), 140; 165 ss.

19. DE MEDIO, *I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro* en *BIDR*, 13 (1901), 224; *Di nuovo sui tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro*, en *BIDR*, 14 (1902), 279; KRÜGER, *Dig. ad h. l.*; SOLAZZI, *Del*

me *contumax*²⁰ y otros declaran interpolado todo el fragmento²¹.

D. 10, 4, 5, 2 (Ulp. 24 ed.):

Idem Iulianus scribit emptorem, qui *ruta caesa* non restituit, ad exhibendum teneri in quantum in litem iuravero: sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fecit quo minus possideat.

Beseler pretende eliminar la mención del *iusiurandum in litem*²² pero sin razón suficiente. La hipótesis formulada se refiere a un comprador que retiene los *ruta caesa* que fueron exciuidos de la venta. En este caso, el comprador podía ser demandado con la exhibitoria²³, como resulta también en D. 19, 1, 17, 6. El problema que plantea Ulpiano con una referencia de Juliano es mas bien el de si el demandado podía ser condenado a la cantidad jurada por el actor. Ello podía ocurrir si el comprador posee o deja de poseer dolosamente. Son los mismos presupuestos indicados por la jurisprudencia a propósito de la *rei vindicatio*, pero en el caso de la exhibitoria adquiriría también relevancia el dejar de poseer por dolo.

Igualmente aparece el *iusiurandum in litem* a pesar de la reelaboración²⁴.

D. 12, 3, 2 (Paul. 13 Sab.):

Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, vel uti cum

iusiurandum in litem, en *Arch. giuridico*, 65 (1900), 152; MARCHI, en *Studi Scialoja*, 1, 170, n. 1; LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, en *ZSS*, 36 (1915), 66 n. 2; BETTI, *La litis aestimatio in rapporto...* (1919), 1, 58; *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua genesi* (1919), 114.

20. BETTI, *La struttura della obbligazione*. 14.

21. BESELER, *Beiträge*, 1, 34; PRINGSHEIM, en *Festsch. Lenel*, 249. Lo creen genuino BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano* (1886), 222 ss.

22. BESELER, *Beiträge*, 1, 18. Contra CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, 174 s. que pretende insertar entre *teneri* e *in quantum*, la cláusula *et si iussus a iudice non exhibeat*.

23. Cfr. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit. *supra*, 219.

24. Cfr. *Index Interp.*

culpa non restituendis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

y en

D. 12, 3, 5 pr. (Marc. 4 *reg.*):

In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.

En otros textos se declara la posibilidad de deferir el juramento en caso de frustrada exhibición de documentos:

D. 12, 3, 10 (Call. 1 *quest.*):

In instrumentis, quae quis non exhibet, actori permittitur in litem iurare, quanti sua interest ea proferri, ut tanti condemnatur reus: idque etiam divus Commodus rescripsit²⁵.

Calistrato afirma la aplicabilidad del juramento en caso de no exhibición dolosa de documentos imputable al demandado, e invoca un rescripto de Cómodo para reforzar su opinión.

Tengamos en cuenta que la condena de la *actio ad exhibendum* según nos han transmitido las instituciones de Gayo 4, 5 era el *quanti ea res erit*:

Vel incerta est vel infinita, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus. id est, si in rem agamus vel ad exhibendum nam illic ita est: quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemna. si non paret absolvito.

Y conviene observar que en hipótesis de exhibición de documentos el *quanti ea res erit* debería valorarse según el interés del actor por la exhibición de los mismos como claramente aparece en el texto de Calistrato.

El *quanti ea res erit* indica tanto a valoración de una *res* como la valoración de un *interesse*. Como ha puesto de relieve Voci²⁶, en la valoración del resarcimiento del daño eran ya posibles en derecho clásico dos métodos de estimación: el de *id quod interest* y el de la *rei aestimatio*. Normalmente una

25. SOLAZZI, *Del iusiurandum in litem*, en *Scritti*, 1 (1955), 77.

26. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., n. 16, 14 s.

condemnatio a quanti ea res erit tenía por objeto la *aestimatio rei*, pero en casos particulares podía tener por objeto el *id quod interest*: y al contrario, una *condemnatio* al *quidquid dare facere oportet*, que se refería normalmente al *id quod actoris interest*, podrá tener por objeto de la *aestimatio*. Sustancialmente, y en esto consiste la originalidad de Voci²⁷, la diferencia en el método de estimación no sólo dependía del tipo de fórmula, sino también de la naturaleza del derecho del actor. Kaser²⁸, con especial referencia a las acciones con condena al *quanti ea res erit*, ha sostenido que se trataba de condena en la verdadera *aestimatio rei*, en hipótesis de juicios de derecho estricto o dirigidos a un *reddere*, mientras que se condenaba al *id quod actoris interest* en casos de acciones arbitrarias. Por el contrario Voci, también ha tenido en cuenta para la solución del problema el contenido económico de la demanda del actor porque cuando ésta implicaba una relación (de hecho o de derecho) con la cosa, de tal tipo, que el atribuir la estimación al actor significaría darle un resarcimiento que no corresponde al contenido económico de la demanda, entonces la condena al *quanti ea res erit* atribuiría el *id quod interest*. La *actio ad exhibendum* es un ejemplo de acción en la que una condena al *quanti ea res erit* atribuiría al actor el *id quod interest*²⁹ por su mayor elasticidad.

Esta doctrina, de que no obstante el *quanti es res erit* debía procederse a la estimación del *interesse* que tenía el actor en la exhibición ya existía en la época clásica³⁰ antigua puesto que era conocida al jurista republicano Servio Sulpicio³¹ cónsul el año 51 a. C.

27. PROVERA *Contributi allo studio del iusiurandum in litem* (1953), 34, n. 49.

28. KASER, *Quanti ea res erit. Studien zur Methode der litisaestimatio im klassischen röm. Recht* (1935).

29. KERLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 (1892), 452; PROVERA, *Contributi*, 34, n. 49.

30. D. 10, 4, 9, 8; 12, 4; D. 12, 3, 2; D. 12, 3, 10; D. 49, 1, 28, 1; I 4, 17, 3; D. 33, 6, 2, 1; MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., 665.

31. D. 10, 4, 19. VOCI, *Risarcimento*, 19, atribuye a Neracio la invención del criterio por el cual la condena en la *actio ad exhibendum*, debería calcularse según el interés del actor.

Todavía podemos aportar dos textos en los que se admite el *iusiurandum in litem* en casos de no exhibición de documentos.

D. 49. 1. 28, 1 (Scaev. 25 dig.):

Iussus a iudice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae rationes, quas apud se esse caverat, instrumentorum gratia data dilatione nec postea exhibuit ideoque secundum constitutionem recitatam quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat. cum petitor quanti sua interesset exhiberi iurasset, facta erat condemnatio. quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponere possit. respondit nihil proponi, cur denegandum esset appellationis auxilium³².

C. 3. 42. 4 (Agric. et Clem. a. 230):

Non ignorabit iudex, instrumenta tui iuris, quae penes diversam partem fuisse probaveris, si ab eisdem non exhibeantur, iurisiurandis in litem facultatem deferri tibi oportere.

Un problema interesante, que sólo pretendemos plantear, es el del origen del *iusiurandum in litem*. De su solución podría surgir un argumento a favor del origen penal de la acción *ad exhibendum*. Brevemente puede simplificarse la historia del juramento in litem en dos aplicaciones típicas con distinta función: en la *actio furti* y en la reivindicatoria³³.

En la *actio furti* serviría para fijar la estimación de la cosa robada con el fin de calcular el múltiplo en que consiste la pena.

En la reivindicatoria el juramento está en conexión con la cláusula arbitraria —que viene a ser un recurso con el fin de evitar las consecuencias de la condena pecuniaria que tratándose de acciones reales pueden ser grandes, para lograr la restitución *post litem contestatam*.

Generalmente se dice que el origen del *iusiurandum in litem* está en la reivindicatoria en relación con la cláusula arbitraria.

32. LENEL, EP, 220, cree sospechoso este texto; VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, en *BIDR*, 38 (1930), 142 ss., suprime *quia-exhibuerat*.

33. PROVERA, *Contributi*, 4.—En un estudio reciente, de gran interés, BROGGINI, *Sulle origini del iusiurandum in litem*, separata de *JVS* (1960), explica el *iusiurandum in litem* fuera de las *vindicationes*, cfr. especialmente 22 ss.

Pero es posible que esta aplicación del juramento *in litem* a las acciones reales no sea muy antigua, porque es una reacción contra la *condemnatio pecuniaria*; por tanto el *iusiurandum* en las acciones reales provendría del procedimiento formulario.

En cambio, la *actio furti* que relaciona el *iusiurandum in litem* con el *damnum decidere* supone una aplicación anterior al procedimiento formulario. De ahí que es probable que la primera aplicación del *iusiurandum* sea en la *actio furti*.

Y hemos dicho que esto tiene interés porque atribuye al *iusiurandum* un carácter penal ya que en su origen se trataría de un castigo contra una persona que ha cometido un delito, aunque luego se haya aplicado con el fin de coaccionar a la restitución en las acciones reales. Originariamente tiene como finalidad una ventaja para el que sufrió un daño y un castigo contra quien ha cometido el delito.

Vemos atestiguado el *iusiurandum* no sólo en las acciones reales sino también en algunas personales como la *actio rerum amotarum*, la *actio depositi in factum* y la misma *actio ad exhibendum*. Como hipótesis de trabajo podemos inclinarnos a derivar el *iusiurandum in litem* en estas tres acciones, no de aplicación a la reivindicatoria como hacen actualmente la mayoría sino de la aplicación de la *actio furti*. Las tres son acciones *in factum* que se destinan a la devolución o a la presentación de una cosa, son acciones dirigidas a un *reddere* o un *exhibere* que suponen *dolus malus* en el demandado y que tienen cierta similitud con la acción del hurto³⁴.

JESÚS BURILLO.

34. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem* 147, ss., relaciona este juramento con la contumacia, de tal manera que en derecho clásico, juramento *in litem*, contumacia y fórmula con cláusula restitutoria o exhortoria —cfr. p. 166 eiusdem— son instituciones estrictamente ligadas, interdependientes e inescindibles.