

LAS "LEGIS ACTIONES" COMO ETAPAS DEL PROCESO ROMANO

1. *Finalidad de este estudio.*—Nuestro propósito es poner de manifiesto un aspecto sobre el cual no se ha insistido ni profundizado suficientemente en materia de *legis actiones*. Concretamente, nuestra finalidad es demostrar que las denominadas *legis actiones* significan etapas históricas distintas —cada una de ellas un *modus agendi* nuevo— dentro de la evolución progresiva general del Proceso romano. Cada nueva *legis actio* no solamente se diferencia de la anterior, sino que implica un cambio siempre renovador en la configuración del Proceso, hasta desembocar en el procedimiento formulario sin apenas solución de continuidad. La concepción procesal que cada *legis actio* encierra se diferencia de las demás de tal modo que la única nota común entre ellas es el hecho de tratarse de un sistema procesal sobre el cual gravita la concepción republicana de la *lex* a partir de las XII Tablas.

2. *Modi lege agendi.*—Es indudable hoy que la información de Gayo acerca de las *legis actiones* es deficiente e insegura. Gayo no distingue claramente entre *legis actio* y *actio*; por otra parte, las cinco *legis actiones* son claramente cinco *modus agendi* (*modi lege agendi*), aunque Gayo no lo diga con claridad¹. Asimismo, al aludir a otras *legis actiones*, el mismo Gayo² deja un tanto inde-

1. La *actio de arboribus succisis* que Gayo (IV, 11) pone como ejemplo de *legis actio* es una *actio ex lege*. Cfr. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, París, Sirey, 1954, pág. 37, y respecto a *modi lege agendi*, págs. 24 y ss. Refiriéndose a la *actio furti* y a la *formula* correspondiente que encerraba la *fictio civitatis*, dice Gayo (IV, 37) que ello se hacía cuando *nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi*. Aquí, en cambio, *actio ex lege constituta = actio*.

2. IV, 31 (*legis actio damni infecti*); II, 24 (*idque legis actio vocatur = in iure cessio*). Igualmente en Gayo, III, 154 b, aparece mencionada otra *legis actio*: *alii quoque qui volebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praectorem certa legis actione*.

finido el concepto de *legis actio* y no se distingue claramente de un amplio y posible *lege agere*. Este es un punto todavía no claro en el que no podemos entrar ahora³.

Tampoco queremos entrar en el discutible concepto de *iurisdictio* que depende en gran parte de la concepción que se encierre en el *agere ex lege*. Sin embargo, nos inclinamos a creer que la *iurisdictio* pretoria está en estrecha relación con la actividad pontifical y que el discutido momento originario de la pretura hay que buscarlo en relación con el *pontifex maximus* y el colegio pontifical. Ahora bien, en época republicana histórica el *praetor* es el órgano público que controla la actuación —*agere*— de las partes conforme a las *leges* en la realización del *ius*. Este concepto de *iurisdictio* de una parte de la doctrina sirve en sus términos más amplios para entendernos en este punto⁴ en tanto no se esclarezca más la figura del pretor históricamente.

3. Vid. NOAILLES, *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris, Sirey, 1949, págs. 45 y ss. (en donde se afirma que la mayor parte de las instituciones del *ius civile* guardan relación con las XII Tablas, y en este sentido serían *ex lege*). BROGGINI, *Iudex Arbitræ (Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters)*, Böhlau, Köln-Graz, 1957, pág. 13, nota 18, afirma que Gayo entiende por *legis actio* un "procedimiento judicial" (ein gerichtliches Verfahren). El originario *lege agere* podría significar, según BROGGINI —loc. cit—, solamente *certis verbis agere* y nunca "hacer el proceso con arreglo a la ley" (gesetzliche Prozessieren). Quizá este punto requiera una más profunda aclaración en relación con el concepto republicano de *lex* desde las XII Tablas.

4. La figura del *praetor* espera todavía una aclaración bajo dos aspectos: a) momento de aparición como magistrado; b) relación con el colegio pontifical, frente al cual significa la secularización de la *iurisdictio*. Las ideas de J. PAOLI, *Verba Praeire dans la legis actio*, RIDA, Mém. De Visscher IV, 281 ss., significan un camino fecundo. Igualmente la relación *imperium-iurisdictio* ofrece todavía posibilidades de estudio. Frente a la unidad radical de ambos conceptos propugnada por LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im röm. Staatsrechts*, München, 1914, págs. 124 ss., hasta la profunda diferenciación de los mismos sostenida por LAURÍA (cfr. *Iurisdictio*, Studi Bonfante II, págs. 481 ss.) no se ha logrado una aclaración histórica del problema en sus diversas etapas. La relación original *imperium-iurisdictio* está vinculada a la instauración e historia de la pretura y la secularización del Derecho. Creada la pretura parece necesario admitir que había una actuación jurisdiccional basada en el *imperium* y otra *ex lege*, como se desprende de la distinción *iudicia legitima-iudicia imperio continentia*. Sobre

No nos parece del todo exacta la idea tradicional en la doctrina romanística que coloca el origen del Proceso en la justicia privada (justice privée, autodifesa, difesa privata, Selbsthilfe). Ello es admisible únicamente en cuanto la iniciativa de defensa del propio derecho ha de ser tomada por la parte que pretende hacerlo valer. Pero la decisión judicial, el proceso en su fase arcaica, se centra en el *sacramentum*, que es un modo indirecto de acudir a la sanción —*sacratio*— de la divinidad, como veremos más adelante. La realización de la justicia está enraizada en la esfera religiosa, y no es justicia privada bajo este aspecto. La regulación de la *in ius vocatio* por las XII Tablas forzando a la comparecencia *in iure*, hace que la idea de defensa privada no sea admisible ya para la época de las *legis actiones*. En cambio, la venganza privada en materia de delitos está todavía subyacente en época de las XII Tablas. No consideramos tampoco admisible la tesis de Noailles⁵ antitética a la idea de defensa privada, según la cual el rito crea el Derecho.

Si bien rechazamos la tesis extrema de Noailles, tampoco admitimos como enteramente correcto el planteamiento actual de los estudios de Derecho procesal romano desde el ángulo de la concepción moderna que distingue el Proceso y el Derecho sustancial. En Roma, en época arcaica, y todavía en el momento inicial de las *legis actiones*, el Derecho sustancial y el Proceso forman una unidad inescindible. No es que los ritos formales creen el Derecho, pero dichos ritos, que para los investigadores modernos son aspectos procesales, para el romano de aquella época serían una forma o medio de afirmar su derecho; éste no sería un dato preexistente a probar, sino que, precisamente, existía en cuanto podía someterse a la prueba del rito afirmativo (lo que hoy llamaríamos Proceso). De esta visión moderna sale la distinción entre *legis actiones* declarativas y ejecutivas que no es válida históricamente. Asimismo, pertenece a este enfoque el ver la *iurisdictio* pretoria como una nove-

iurisdictio, vid. DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto Romano*, Padova, 1937; GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*. Milano, Giuffrè, 1947, págs. 9 ss. Id. *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, Apollinaris. 1955, págs. 173 ss.

5. Cfr. NOAILLES, *op. cit.*, págs. 80 ss., en donde contrapone la concepción del acto ritual creador del Derecho a la justicia privada.

dad frente a las *legis actiones*; mejor dicho, el *Album* pretorio como una fuente enteramente nueva del *ius* frente a las antiguas *legis actiones*. En nuestra opinión, el núcleo inicial del Edicto estuvo formado por las *legis actiones* precisamente. La *iurisdictio* pretoria no significó la creación, inicialmente, de un *ius novum*. Los autores que tienden a ver en la *iurisdictio* pretoria originariamente un control de la actuación de las partes, idea sin duda cierta, no han percibido esta probable incrustación de las *legis actiones* en el *Album* mismo del Edicto inicial.

La *iurisdictio* pretoria no pudo haber creado en sus primeros tiempos un *ius* distinto del que venía regulando la vida de la *civitas* republicana dentro del marco de las *leges* y su *interpretatio*. El *Edictum* recogió y reflejó inicialmente el sistema de las *legis actiones* —del *ius legitimum* podríamos decir— hasta que el *agere per formulas* agilizó el ritualismo procesal *in jure*. La continuidad progresiva del *Edictum* y de la *iurisdictio* pretoria —se llegó a calificar al *Edictum* como *lex annua*— hizo que fuesen aflorando una serie de normas edictales más progresivas frente al conjunto de conceptos derivados del *ius legitimum* y que los *iuris prudentes* elaboran como *ius civitatis* o *ius civile*. Hasta la actividad de los *iuris prudentes* del último siglo de la República no surgió contraposición conceptual, ni debió de verse el *Edictum* como lo que hoy llamaríamos nueva fuente del Derecho. Lo que motivó seguramente la contraposición fue el hecho de que los *iuris prudentes* siguieron elaborando el viejo núcleo de conceptos como *ius civile*, el cual *in sola interpretatione prudentium consistit*. Hoy se admite sin ningún género de dudas que la contraposición teórica de conceptos *ius civile-ius honorarium* fue obra de la Jurisprudencia del siglo II. Aquí queremos, simplemente, hacer notar que no pudo haber existido sensible contraposición entre el sistema de las *legis actiones* y el que inicialmente emanaba del *Album* edictal, y que uno de los motivos de la contraposición fue el hecho de la continuidad de los *iuris prudentes* en una elaboración o *interpretatio* basada en los conceptos fundamentales del *ius civile* como un saber reducible a ciencia (*ars*), con arreglo a categorías de raíz filosófica.

3. *Manus injectiones y vindicationes*.—Parece indiscutible que la *manus injectio* fue originariamente un acto de aprehensión de

una persona por otra, previo un hecho flagrante, que, testificado, servía de justificación⁶. Con las XII Tablas la *manus injectio* se convierte en *legis actio* en los casos de *in jus vocatio* (caso discutido en la doctrina) y en los del *confessus* y del *iudicatus*⁷. Los romanistas en general han venido considerando la *manus injectio* como una *legis actio* ejecutiva con arreglo a un criterio procesal moderno. En realidad la *manus injectio* acaso sea un eslabón más de los que median entre la defensa privada y la intervención estatal o justicia pública. En el fondo del rito de la *manus injectio* está la idea de *manus* como poder o *potestas* del jefe de familia. La expresión *manus* simboliza este poder originario o primer derecho en una sociedad primitiva. En una serie de supuestos, con anterioridad a las XII Tablas, se permitiría la aprehensión de un sujeto, probado un hecho que le convertía en *damnatus*. Creemos que la *manus injectio damnati*, difícil de precisar y de dudosos contornos, hay que considerarla existente acaso para los *nexi*, para los que habían quedado vinculados (*damnati*) a una responsabilidad material de carácter primitivo. La relación entre *nexum* y *damnatio* nos parece extremadamente probable, como igualmente el hecho de que la *damnatio* fue, además, consecuencia de determinadas *leges*⁸.

En el mismo orden primitivo de ideas surge la figura del *vindex*, tan discutida en el pensamiento romanístico, y que no ha hallado todavía una explicación unánimemente aceptada, quizá por no haber colocado su actividad en el plano histórico adecuado⁹. A nuestro entender, este marco histórico es el ambiente de la prisión por deudas en que se movían los *nexi* y de la lucha entre

6. Cfr. LUZZATTO, *Procedura civile romana*. II (*Le legis actiones*), Bologna, Zuffi, 1948, pág. 74.

7. Cfr. Tab. I. 2; Tab. III, 1-2.

8. Sobre la ejecutividad del *nexum* y el problema de la *damnatio*, vid. von LÜBTOW, *Zum Nexumproblem*, SZ 67 (1950), 130 ss. Cfr. con bibliografía, KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1949, págs. 232 ss. La *manus injectio damnati* tiene su apoyo en Gayo, IV, 21; III, 174, y en el gran número de autores que siguieron a HUSCHKE, *Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846. En contra, LUZZATTO, *ob. cit.*, 40 ss.

9. Sobre la discutida figura del *vindex*, vid. con amplia bibliografía, BROGGINI, *Vindex und Iudex*, SZ 76 (1959), 113 ss.

patriciado y plebe en torno al logro de normas objetivas y humanizadas; en definitiva, la lucha inmediatamente anterior a las XII Tablas. El *vindex* vendría a ser el vengador, el que pagaba la deuda y liberaba del *nexum*, o bien respondía del sujeto aprehendido —como rehén probablemente— por el acreedor, que hacía valer su *manus injectio*¹⁰. Y ello nos explica la exigencia de las XII Tablas respecto al *adsiduus* (Tab. I, 4), que probablemente se refería al hecho de que la liberación del rehén aprehendido mediante la *manus* exigía una cierta equivalencia de posición económica.

Nos inclinamos a pensar que la actuación del *vindex* implicaría la imposición simbólica de la *vindicta* y, por tanto, una especie de acto adquisitivo, intermedio entre las ideas de rescate y compra. Y en este sentido nos parece muy probable la etimología que hace relación al gesto o rito de imposición de la varita o *vindicta* (*vindex* = *vimen dic*)¹¹. *Vindicta* es símbolo de liberación, adquisición, rescate. Y la *manumissio vindicta* acaso antes que a los esclavos se aplicó a los *nexi*¹². En todo caso, el efecto inmediato de la actuación del *vindex* es un *manum depellere*. He aquí siempre la idea de *manus* en acción.

La función del *vindex* se contrapone a la *manus injectio* y trae consigo la aureola político-social de liberador y vengador, sentido éste que ha de predominar en el lenguaje literario posterior. Pero en la *manus injectio vocati* el *vindex* se va convirtiendo, quizá, en un primitivo y primario garante y representante procesal a la vez.

La actuación del *vindex* es un *vindicare*, y de ahí salió la *vindicatio* como afirmación de poder, potestad o adquisición, frente a personas, y más tarde frente a cosas. Las *vindicaciones* fueron las primeras formas ritualizadas de afirmación de un poder o potestad

10. Cfr. LIVIO, VI, 20; VI, 14. Vid. asimismo GAUCKLER, *NRH*, 1889, pág. 609.

11. Vid. JURET, *Mémoires de la Société de Linguistique de Paris*, 22 (1920), 68 ss. (*Vimen-dic* = el que dice la fórmula con la varita.) Más bien creemos posible: "el que afirma con la varita". Así *vimen-dic* > *vindex* > *vindicta*. Cfr. Plaut. *Curc.* 212: *istoc verbo vindictam para, si amas eme* = *vindicta*, símbolo de compra (*emptio*) o adquisición.

12. Cfr. Ch. APPLETON, *L'affranchissement vindicta ne s'appliquait anciennement qu'aux esclaves pour dettes*. Mélanges P. Fournier, París, Sirey, 1929, págs. 1-16.

familiar (*manus*) frente a personas (*fili, uxor, servi*), utilizando para ello el rito consistente en el acto de *vindictam imponere*. Esta acción ritual es un momento decisivo todavía de la *vindicatio* en el *agere sacramento*. No hace mucho, Kunkel ha puesto de manifiesto una aplicación de la *vindicatio* como afirmación frente a la persona del delincuente por el ofendido en virtud de la idea de venganza privada de parte de éste, que a su vez sería vista como pena por el delincuente¹³. Kunkel cree hallar así una confirmación de las ideas de venganza y pena que la *vindicatio* lleva consigo. Según Kunkel, esta *vindicatio* sobre la persona persistiría hasta avanzada la República¹⁴.

En las *vindicatioes* primitivas se ventilaba inicialmente un poder (*manus*) sobre personas. La aplicación de la *vindicatio* a las cosas fue producto de una evolución paralela, pero quizá más tardía. También aquí la *manus* como poder o derecho primario (*manu capere*) fue, en cuanto originado en la aprehensión de cosas, el paralelo de la *manus* respecto a personas. Las cosas y animales susceptibles de domesticación y utilización al servicio de la *domus* se adquirirían inicialmente aplicando la *vindicta* como símbolo de poder y adquisición dominical en época muy primitiva. Con el tiempo se adquirieron por compra mediante metal pesado en la balanza (*per aes et libram*), y más adelante mediante el pago de un precio con el cual se declaraba *empta* la cosa al mismo tiempo que se hacía el rito —*imaginaria venditio*— de la pesada fingida. La idea de adquisición y propiedad estaba ya en marcha y el acto —*mancipatio*— se había convertido en acto formal adquisitivo sin duda para engendrar una *auctoritas* en el adquirente. Así se crea una categoría de cosas *res Mancipi*, primero *servi, animalia quae colo dorsove domantur*, y posteriormente *servitutes, fundi in solo italico*; el núcleo de cosas fundamentales que integraban la economía agrícola de la *domus* o de la familia. Es el conjunto de adquisiciones o *mancipium* frente a los bienes raíces del grupo familiar.

Cuando se discutía sobre la pertenencia de una de estas cosas, como de una persona, a la *manus* de un jefe de familia, y surgían

13. W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, págs. 111-113.

14. *Op. cit.*, pág. 107.

dos *vindicationes* contrapuestas, nos hallamos ante el *agere in rem*, del que nos ocuparemos seguidamente. Las *vindicationes rerum* debieron ir surgiendo paralelamente a las *res Mancipi*; la última, por tanto, habría sido la *vindicatio fundi*, cuyo rito de la *manum consertio*, Gayo omite porque nos muestra solamente el ejemplo de una *vindicatio servi*¹⁵.

4. *Agere sacramento*¹⁶.—Hay mucho que aclarar todavía en la historia del *agere sacramento*, que significa un primer tipo de proceso declarativo en el cual la realización de la justicia se halla vinculada a la idea religiosa del perjurio frente a la divinidad. No se trata de una ordalía o juicio divino, sino del riesgo de una *sacratio iurisiurandi* frente a *Jupiter Lapis*. Quizá pueda admitirse hoy este sentido único para interpretar las menciones de las fuentes e incluso el *sacramentum* de los soldados, que se ha creído

15. Que la *vindicatio* se aplicó en principio a las *res Mancipi* fue admitido por KASER, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, SZ 68 (1951), 147 ss. Cfr. asimismo, KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau, 1956, 224 ss., acerca de la no aplicabilidad inicial de la *vindicatio* a los fundos y el rito de *manum conserere*. Es claro que Gayo, IV, 16, nos transmite exclusivamente el modelo de ritos aplicables a una *vindicatio servi*, y de ahí que no aparezca la *manum consertio*.

16. No hemos querido prejuzgar la significación de esta *legis actio*. Siguiendo la terminología general (*legis actio: per manus injectionem; per iudicis arbitrive postulationem; per pignoris capionem; per conditionem*) quizá sería conveniente admitir en este caso *legis actio per sacramentum*, o bien *per provocationem sacramento*. (En este sentido, KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio*, I Band, Breslau, Koehler, 1887, págs. 213 ss., *sacramento = ad sacramentum*.) Se trataría de una *provocatio ad sacramentum* y, por tanto, *provocare sacramento* sería dativo y no ablativo. Una expresión paralela sería, como KRÜGER (*op. cit.*, págs. 215-6) señala, la *vocatio* en caso de *manum consertio* (Varro, 6, 64: *ex iure manum consertum vocare*). La *provocatio sacramento (ad sacramentum)* constituiría la esencia de esta *legis actio = legis actio per provocationem ad sacramentum*. En definitiva, de modo abreviado, no habría inconveniente en admitir *legis actio per sacramentum*; del mismo modo Gayo (IV, 93) dice *per sponsionem agere*. Respecto a la naturaleza de dativo o ablativo de la expresión, *sacramento*, cfr. bibliografía en LUZZATO, *op. cit.*, págs. 103-4. Cfr. asimismo, sobre *sacramentum* en paralelo con *vestimentum, alimentum (sacramentum = forma o medio con la cual se realiza la sacratio)* Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, Teubner, Leipzig, 1874, p. 361.

distinto: *sacramentum* es el acto que conduce a una *sacratio iurisiurandi*¹⁷.

17. KUNKEL, *Untersuchungen* cit., pág. 106, ha explicado la definición contenida en Festo s. v. *sacramento* (*Sacramentum dicitur, quod [iuris iurandi sacratio] ne interposita actum est*), incorporándola a las demás fuentes acerca del *sacramentum*. No se trata de que éste signifique juramento, sino que a través de un *iusiurandum* se incurre en una *sacratio*.

Así interpretada la noción de *sacramentum* adquiere sentido unitario en las fuentes: *sacramentum aes* es ya la *poena sacramenti*, último período del *agere sacramento*: Festo (s. v.): *sacramentum aes significat quod poena nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur. Id in aliis rebus quinquaginta assium est, in aliis rebus quingentorum inter eos, qui iudicio inter se contenderent. Qua de re... Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur id in rebus divinis* (pág. 468 ed. Lindsay).

Un momento importante hacia la secularización del *sacramentum* es la institución de los *tres viri capitales*, que requiere una aclaración en relación con los *decemviri stilibus iudicandis*. La última parte del fragmento informa claramente que el *sacramentum consumebatur in rebus divinis*, debido a la escasez de medios del Erario y las numerosas obligaciones en materia de *sacra publica*. Es discutible, en cambio, la explicación etimológica que nos da, según la cual *sacramentum* está en relación con este destino a los *sacra publica*.

Varrón se refiere, asimismo, al *sacramentum* como *poena sacramenti* o apuesta pecuniaria (*de l. l.* 5.180): *Ea pecunia quae in iudicio venit in litibus, sacramentum a sacro; quis petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pontem deponabant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui iudicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.*

En definitiva, el sentido unitario de la expresión *sacramentum* se ha aclarado fundamentalmente. No es un simple juramento (*iusiurandum*), sino que *sacramentum* es aquello que se realiza (*quod actum est*) interpuesta una *sacratio iurisiurandi*. Sin embargo, la expresión *sacratione interposita* quizá tenga todavía mayor densidad de contenido. Es muy posible que, originariamente, el *sacramentum* implicase dos aspectos diferenciados; de un lado una *sacratio* (originariamente, quizá de una persona, *capitis*) de algún animal o cabezas de ganado, y de otro, el *iusiurandum* a Júpiter, que no era en sí, según Paoli, más que una *execratio*. Esta idea del *sacramentum* como acto mixto de *consecratio* desde el punto de vista de los pontífices y del magistrado, y de *piaculum* desde el punto de vista de las partes, resulta sugestiva, pero sin suficientes pruebas. Que el *sacramentum* implicaba diversos ritos se deduce de Livio 10, 38, que ha de ser tenido en cuenta para una valoración unitaria del concepto. Cfr. para la relación *sacramentum-iusiurandum*, AMIRANTE,

Como acto religioso, el *sacramentum* se enraiza en el mundo de ideas religiosas primitivas de los romanos y, por otra parte, nos sitúa ante el nacimiento del proceso declarativo como acto religioso. Es probable que en época muy remota la *sacratio* afectase a la parte cuyo juramento era falso en cuanto cometía perjurio a juicio de los pontífices (Plauto, *Rudens* V.3.21: *tum meo pontifex perjurio est?*). Más tarde se haría, quizá, una *consecratio* de animales al Erario público para finalidades de sacrificio religioso, puesto que, como J. Paoli ha puesto de manifiesto, parecen darse en el *sacramentum* todos los ritos de aquella¹⁸. Que las cantidades que Gayo nos transmite como *poena sacramenti* responden a una valoración pecuniaria de cabezas de ganado es indiscutible. Asimismo, la *depositio ad pontem* nos pone en la línea evolutiva que conduce de la *sacratio iurisiurandi* a la *poena sacramenti* o apuesta sacramental. Primero, en muy remota época, quizá *sacratio capitis* por perjurio, después *sacratio iurisiurandi*, en la cual quizá junto al *iurandum* a Júpiter se hacía una *consecratio* de animales como sugiere Paoli. Más tarde se sustituye por el *aes sacramentum*, en cuya recaudación debió de comenzar a intervenir el Erario público aun cuando el dinero se dedicase, quizá, a finalidades religiosas o de culto. Entonces la parte vencida en el juicio pierde la cantidad *poena nomine* y la apuesta sacramental es una *poena sacramenti*¹⁹.

Según Kunkel, se daría, hasta muy avanzada época republicana, un *sacramentum* en procesos criminales, concretamente, en materia de proceso capital, como previo a la entrega del culpable, que habría de realizarse precisamente como *tradere sacramento*²⁰. Este *sacramentum* era una *sacratio iurisiurandi* o juramento a *Jupiter Lapis* sin apuesta sacramental, es decir, sin *poena sacramenti*. No se trataba, pues, de un *agere sacramento in rem ni in personam*. Sin embargo, esta hipótesis choca con la afirmación de Gayo cuando parece contraponer al *agere sacramento* la *legis actio per iudicis*

¹⁸ *Il giuramento prestato prima della "Litis contestatio"*, Nápoles, Jovene 1954, 174 ss.

18. Cfr. J. PAOLI, *Verba praeire*, op. cit., págs. 319 ss.

19. Aplicando la conversión de cabezas de ganado en dinero respecto a multas realizada por la *lex Aternia Tarpeya*, resultaría: 50 ases = 5 ovejas; 500 ases = 5 bueyes. Cfr. LUZZATTO, *Procedura* cit., pág. 104.

20. Cfr. *Untersuchungen* cit., págs. 103 ss.

arbitrive postulationem como un *litigare sine poena*. Quizá pueda pensarse que la *sacratio iurisiurandi* en materia de delito capital se ha mantenido al margen del proceso o decisión judicial en el sentido contencioso. Este sentido surge únicamente cuando se dan dos juramentos contrapuestos; es decir, dos *sacramenta* en que se afirman dos *vindicationes* antitéticas. Precisamente el mismo Kunkel nos dice que la víctima del delito tenía frente al delincuente una *vindicatio* como producto de la idea de venganza privada. Si el delincuente se oponía entraba en juego el *sacramentum*. Es probable, pues, que aquí se tratase precisamente de una aplicación del *sacramentum* en que no había lugar a la apuesta ni a la *poena sacramenti*. Kunkel piensa que por tratarse de cosa inestimable, como es la persona humana, no se llegaría a la apuesta sacramental. En nuestra opinión, la apuesta o *poena sacramenti* solamente tiene lugar ante una situación contenciosa de dos *sacramenta* contrapuestos. Así nació el *agere sacramento* desde sus raíces religiosas mismas. Por tanto, hablar de *sacramento agere* equivale a hablar de *poena sacramenti*, y puede considerarse como caso distinto la *sacratio iurisiurandi* que se le exige a un delincuente si quiere discutir la *vindicatio* a que está legitimado el ofendido en virtud de la venganza privada. Quizá ello signifique una *provocatio sacramento* unilateral, mientras el *agere sacramento* era una *provocatio sacramento* bilateral (*Sacramento te provoco... et ego te*) en virtud de que se trataba de dos *vindicationes* contrarias. Para el caso de *vindicationes* contrarias el *agere sacramento* fue una *legis actio generalis*, pero no en el sentido de que cualquier reclamación *in rem* o *in personam* fuese viable a través del mismo. Únicamente se decidía entre dos *vindicationes* y no hay lugar para un *agere sacramento in personam* que la doctrina tradicional admite. (Cfr. frente a esta doctrina tradicional nuestra opinión bajo el título: ¿Existió la denominada “*legis actio sacramento in personam*”? *AHDE* 25 (1955), págs. 543-566.)

El *agere sacramento* es el puente de enlace entre un orden de ideas sacras impregnado de la noción de justicia de origen divino (*sacratio*) contra el perjurio y la secularización del proceso —*poena sacramenti*—, aunque no total, porque queda un residuo de la sanción (*poena*) contra el que afirma sin razón. La justicia en este

sentido es consecuencia de una falta frente a la divinidad (perjurio) y no privada ni pública.

El *agere sacramento* queda circunscrito ya desde las mismas XII Tablas con el nacimiento de la *postulatio iudicis*, que implica una nueva concepción procesal en que la realización de la justicia se desliga de toda relación con la divinidad y de la idea de *poena sacramenti*; es el paso definitivo en la secularización de la justicia y, por tanto, el nacimiento del deber jurídico laico como tal en los casos de *sponsio-stipulatio*.

Quedaría el *agere sacramento* vinculado al tribunal de los *centumviri*, sobre el cual hay grandes enigmas todavía, pero cuya antigüedad hay que admitir²¹. También parece admisible que su competencia era general en materia de *vindicationes* y no limitada a materia hereditaria. El *agere sacramento* tuvo en este tribunal su refugio duradero. Ahora bien, es dudoso si su competencia era compatible y electiva con el *iudex unus*, como Wlassak, no sin fundamento, ha pretendido. El *iudicium centumvirale* exige todavía un estudio profundo; creemos que se trataba de un *iudicium* especial y no simplemente de un tribunal específico.

5. *Postulatio iudicis arbitrive*.—Este *modus agendi* significa una nueva concepción y un avance fundamental en la historia del Proceso romano que podemos resumir en tres puntos: *a*) desaparece la *poena sacramenti* y con ella la sanción religiosa inherente históricamente a la misma; *b*) las partes pueden pedir directamente un *iudex* o un *arbiter* en caso de *sponsio* y en otros previstos específicamente en *leges*; se instauraba un *iudicium* o un *arbitrum* para decidir el litigio, y así nació la bipartición del proceso *in jure-apud iudicem*; *c*) surge por vez primera la idea de deber jurídico específico —con base en la *sponsio*— y, consiguientemente, el concepto jurídico de *obligatio* como deber de dar (*dare oportere*). No hay afirmación de poder (*manus*) ni huella de la idea de venganza o de pena; la idea de la *vindicatio* ha quedado superada en esta nueva *legis actio*. Ahora se trata de que se ha reconocido un acto —la *sponsio*— como generador de un deber jurídico exigible *ex lege* en virtud de la

21. Recientes investigaciones se inclinan a la tesis hace tiempo sostenida de la antigüedad de los *centumviri*. Cfr. LA ROSA, *LABEO* 4 (1958), 14 ss. y KUNKEL, *Untersuchungen* cit., pág. 117.

solemne promesa verbal de las partes sobre cuya existencia y cuantía podrían decidir un *iudex* o un *arbiter* (*condemnatio*). Veamos cada uno de estos aspectos con más amplitud.

La desaparición de la *poena sacramenti* significa que el Proceso romano ha perdido toda huella de carácter sacro. No es que, dado el probable origen religioso y de juramento de la *sponsio*, no se haya podido añadir a la misma el *agere sacramento* por la dificultad de añadir un juramento sobre otro, como algunos autores piensan. Esta explicación supone el negar capacidad de progreso y evolución al pensamiento romano, aparte de que es una hipótesis fuera de la línea de ideas a que responden los *modi lege agendi*. En efecto, la *iudicis postulatio* obedece, en nuestra opinión, a la idea de que un *iudex* o *arbiter* decidan sobre los supuestos de hecho y la cuantía de una prestación nacida en virtud de un acto solemne —*sponsio*— en donde las palabras empeñadas —*verba*— obligan por sí mismas. La decisión del *iudex* o del *arbiter* constituye una valoración desligada ya de toda huella religiosa. En este sentido la *iudicis postulatio* implica la secularización definitiva del Proceso en su ámbito de aplicación y la sanción de la palabra o promesa verbal como fuente de obligación (*verborum obligatio*).

Acaso mayor innovación que la secularización aludida sea el hecho de que las partes puedan pedir directamente al pretor un *iudex* o un *arbiter*. Esta *postulatio iudicis arbitrive* es la que da un sentido verdaderamente nuevo a este *modus agendi*. Una parte de la doctrina supone que la actuación del *iudex* se extendió al *agere sacramento* por influencia de la *iudicis postulatio* porque ésta vino a introducir la bipartición del Proceso romano²². Sin embargo, en este punto existe una gama de opiniones que, a nuestro juicio, no han dado en el más aceptable enfoque de esta cuestión. En primer lugar, los que afirman que el *iudex* pasó de este *modus agendi* al *agere sacramento* no atribuyen significación a la existencia de unos *iudices decemviri* que decidían en cada caso *utrius sacramentum iustum o iniustum sit* y que son, sin duda, antiguos. En segundo lugar, el problema de la bipartición *in jure-apud iudicem* está en íntima relación con la historia del magistrado jurisdiccional, es decir, con el momento de surgimiento del pretor y la

22. Cfr. KASER, *Festschrift Wenger*, I, pág. 124.

iurisdictio laica. En tercer lugar, la información de Gayo en este punto contribuyó a acentuar la duda debido a la laguna del manuscrito (IV, 15) al referirse a la innovación de la *Lex Pinaria* respecto al *iudex*.

En nuestra opinión, con la *iudicis postulatio* surge por primera vez la figura del *iudex privatus* como órgano judicial admitido *ex lege*, y en este sentido surge la bipartición procesal en cuanto existe legalmente una etapa *apud iudicem*. Es posible que ante los *iudices decemviri* se desarrollase una parte del *agere sacramento*, pero éstos no hacían una *condemnatio* decidiendo directamente el asunto, como lo hacía el *iudex privatus* nombrado para el caso concreto mediante la *iudicis postulatio*. Por otra parte, desde ésta el magistrado apenas intervenía en el procedimiento, puesto que parece más bien que se limitaba a dar el *iudex* o *arbiter*, simplemente, *nominata causa* (*ex qua agebatur*, Gayo, IV, 17 a); es decir, la *sponsio o leges* que se remitiesen a dicho procedimiento. Hay un cierto automatismo en el otorgamiento del *iudex*; en todo caso, el nombramiento había de ser *statim*. El nombrar el *iudex* en el acto de comparecencia prueba la escasa intervención del magistrado, que se limita a instaurar un *iudicium* o un *arbitrum*²³. En todo caso,

23. Que el *iudex* fuese dado *statim* quizá sea una característica exclusiva de la *iudicis postulatio*. No sabemos con seguridad qué ocurría con el *iudex* en el *agere sacramento* debido a la laguna de Gayo, IV, 15: *ut autem die XXX iudex daretur per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem... m dabatur iudex*. Las soluciones propuestas para integrar la laguna han sido dos: a) *stati > m dabatur iudex*. La *lex Pinaria* habría introducido el término de treinta días; b) *nondum > m dabatur iudex*. En este caso se entendería que hasta la *lex Pinaria* no se habría introducido el *iudex privatus* (cfr. LUZZARRO, *Procedura*, II, cit., pág. 112). En nuestra opinión, cabe admitir todavía otra posibilidad: una referencia a los *iudices decemviri* que decidirían, probablemente, en todos los casos —y no solamente tratándose de *causae liberales*— el *sacramentum*: *Xviru]m dabatur iudex*. La *lex Pinaria* vendría a sustituir los *decemviri* por el *iudex privatus* en materia de *sacramentum*. Esta posibilidad que sugerimos es una mera hipótesis. La expresión *X viru]m iudex* podría hallar apoyo en: *apparitor X virum* (CIL. XIV, 3492; cfr. DE RUGGIERO, *Diz. Epigrafico*, sub. v. *decemviri stilibus iudicandis*). Vid., asimismo, CATÓN, *Or. frag.* 40.3: *si trium virum sim* = uno de los tres varones. Mommsen (*Mon. Ancyranum* 1.7) ha reconstruido: *augur XVvirum sacris faciundis, VII virum epulonum*. Cfr. LEUMANN-HOFFMANN, *Lateinische Gramatik*, vol. I, München, 1963, pág. 196.

la etapa *apud iudicem* cobra aquí un sentido de segunda o ulterior parte del procedimiento.

Que la *iudicis postulatio* introdujo la bipartición en el sentido de que instauró la figura del *iudex privatus* que realiza una *condemnatio* hay que afirmarlo radicalmente frente a las antiguas hipótesis, sobre todo aquellas que atribuían a la *lex Aebutia* dicha bipartición, pero también frente a la idea de una primera época de bipartición voluntaria seguida de otra de bipartición forzosa²⁴.

El ámbito de aplicación de la *postulatio iudicis* —como *modus agendi*— nos parece mucho más amplio de lo que en general suele admitirse. En principio, según Gayo (IV, 17 a), la *iudicis postulatio* prevista en las XII Tablas se aplicaba respecto *de eo quod ex stipulatione petitur*, es decir, a todo aquello que se pidiese *ex stipulatione*, aunque luego nos pone como ejemplo una fórmula en que se menciona la *sponsio* y, precisamente, de cantidad de dinero: *ex sponsione te mihi decem milia sestertiorum dare oportere*. Por otra parte, la fórmula gayana menciona juntamente el *arbiter* y el *iudex*: *te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*. Esta información de Gayo da a entender —dejando aparte la posible mención de la *stipulatio* ya en las XII Tablas— que toda obligación nacida *ex sponsione* podría invocarse como causa, tanto de la *sponsio certa* como *incerta*. El ejemplo de la fórmula se refiere a *pecunia certa* como modelo; pero nada permite afirmar que una *sponsio* de *pecunia incerta* quedase fuera de este procedimiento, sobre todo teniendo en cuenta que la *postulatio iudicis arbiterve* aparece referida plenamente a la *sponsio*; es decir, que *ex sponsione* podía decidir tanto un *iudex* como un *arbiter*, y si alguna distinción cabe hacer entre ambas figuras es que el *iudex* parece decidir en casos de *pecunia certa* y el *arbiter* de *pecunia incerta*.

Creemos que a través de la *sponsio-stipulatio* la *postulatio iudicis* se convirtió en *modus agendi* de múltiples posibilidades de

El problema de la competencia de los *decemviri* se halla muy estrechamente relacionado con el *sacramentum* y requiere un nuevo análisis desde este punto de vista.

24. Vid., acerca de la valoración de la *lex Aebutia* por Wlassak, Girard y Wenger, la crítica de BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit., págs. 88-9. No compartimos, en cambio, la idea de Broggini de una primera época de bipartición facultativa o fáctica. Cfr. *op. cit.*, págs. 83 ss.

aplicación, incluso para exigencia de un *incertum*. Además de la acción de división de herencia desde las XII Tablas (Gayo, IV, 17 a) y de la división de cosa común desde la *lex Licinnia* (Gayo, IV, 17 a) y de algunos otros litigios, creemos que, en general, serían varias las *leges* que se remitirían a una *postulatio iudex arbiterve*, porque bastaría, como dice Gayo (IV, 17 a): *ut ita ageretur lex iussisset*. De modo especial en los casos en que la función decisoria consistiese en una *aestimatio*, y en general respecto de toda obligación nacida *ex stipulatione* si tenemos en cuenta la vinculación histórica *sponsio-stipulatio*.

Incluso consideramos muy probable que la sanción de los delitos pudiese realizarse a través de este *modus agendi*, principalmente mediante *postulatio arbitri*. No se ha hallado todavía una explicación que satisfaga unánimemente respecto a la sanción procesal del delito. El admitir como medio de sanción la discutible *legis actio sacramento in personam* obedece a una necesidad impuesta por la exclusión de otras posibilidades (no se veía posible la sanción del delito mediante *legis actio sacramento in rem*, cosa lógica, ni mediante la *iudicis postulatio*, cuyas perspectivas se presumían, sin análisis muy profundo, limitadas) y también al hecho de pretender separar —con ideas procesales modernas— dos fases distintas en la sanción del delito: la de fijación del hecho delictivo y la de estimación del mismo. Broggin²⁵ piensa, por ejemplo, que a través de la acción declarativa —que sería la *legis actio sacramento in personam*— el *iudex* fijaría el delito haciendo una *damnatio* del delincuente²⁶ y además determinaría la suma de reparación o indemnización; el *iudex* cumpliría en materia de delitos una doble función: *damnatio* y *damni decisio* (es decir, función de *arbiter* y de *iudex*, a la vez, según dicho autor).

Aparte de que una posibilidad desconocida de aplicar el *agere sacramento* a los delitos la ha puesto Kunkel de manifiesto en materia de pena capital, como hemos visto, y no hay necesidad de pensar en la *legis actio sacramento in personam* como apuesta sacramental, el *damnum decidere* tiene que basarse en una *damnatio*

25. *Op. cit.*, págs. 105 ss. Cfr., asimismo, págs. 148 ss.

26. BROGGINI piensa que ésta sería la única misión de esta *legis actio*; *op. cit.*, pág. 105.

no realizada por un *iudex*. No vemos la posibilidad de *damnatio* como función del *iudex*²⁷.

Ciertamente, para la fijación del hecho delictivo, si el delincuente negaba su realización, bastaría la petición de un *iudex* o *arbiter*. Más bien nos inclinamos a creer en una *postulatio arbitri*, para que fijase el hecho y estimase el *damnum*. Realizada una *in jus vocatio* del delincuente, la víctima del delito afirmaría: *AIO TE MIHI FURTUM FECISSE, ET OB EAM REM DAMNUM DECIDERE OPORTERE. ID POSTULO AIAS AUT NEGES*. Cabe imaginar formulaciones todavía más sencillas: *AIO TE MIHI (OB FURTUM, OB MEMBRUM RUPTUM, OB INJURIAM) DAMNUM DECIDERE OPORTERE* (cfr. fórmula del *furtum*, Gayo, IV, 37).

La *damni decisio* afirmada como deber —*oportere*— no puede ser muy antigua. Todavía en época de las XII Tablas nos parece prematuro hablar de *damnum decidere oportere* equiparable así al deber jurídico nacido de *sponsio*, que es una promesa solemne en que una parte empeñó su palabra en forma de *sponsio-stipulatio*. Por supuesto, si el delincuente había prometido la pena pecuniaria mediante *sponsio* tendríamos un medio de reclamación de la misma. Pero no se trata de esto, sino del hecho que la víctima del delito, llevado *in iure* el delincuente, pueda afirmar un deber: *damnum decidi oportet*. La mejor prueba de que esta posibilidad fue tardía está no solamente en el hecho de que las obligaciones *ex delicto* no son una formación originaria al lado de las obligaciones *ex contractu*²⁸, sino también en el significativo hecho de que Gayo

27. Admitimos, con KASER, *Altröm. Ius cit.*, págs. 127 ss., que la *damnatio* puede existir sin sentencia.

28. Respecto al problema de la prioridad de la *obligatio ex contractu*, vid., principalmente, BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Camerino, 1919; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, 13 ed. Nápoles, 1957, 287 ss.; BIONDI, *Istituzioni*, 2 ed., Milán, Giuffrè, 1952, pág. 312; SIBER, H., *Römisches Recht. II (Privatrecht)*, Berlín, Sack, 1928, págs. 158 ss. De modo especial interesa para nuestro objeto la argumentación de DE VISSCHER, *Los orígenes de l'obligation ex delicto*, *RH*, 1927, págs. 188 ss., y *Etudes de Droit Romain*, París, Sirey, 1931, págs. 257 ss., y de LAVAGGI, *Injuria e obligatio ex delicto*, *SDHI* 13-14 (1947-48), 141-98, que considera a la *obligatio ex delicto* mera creación de sistemática desafortunada.

nos presente todavía la *damni decisio* como una *intentio* distinta (tercera posibilidad) junto con las dos fundamentales de reclamación de cosas y de créditos. El *damnum decidere oportere* es el tipo de *intentio* en materia de delitos, inconfundible con las otras: Gayo, IV, 45: *quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dare oportere aut pro fure damnum decidere oportere...* No hay paralelo posible procesalmente entre el *dare oportere* y el *decidere oportere* para suponer realizables ambas afirmaciones a través de una *legis actio sacramento in personam*. El *dare oportere* surgió con la *sponsio-stipulatio* por primera vez —en las XII Tablas si admitimos, con Gayo, que éstas crearon la *postulatio iudicis*— y respecto a su existencia de hecho decidía un *iudex* mediante un *iudicium*. El *damnum decidere* quizá se realizó inicialmente a través de la decisión de un árbitro privado entre ofendido y ofensor. La posibilidad de una *postulatio arbitri in iure* afirmando un *oportere* pudo haber surgido primero por *lex*, como en las XII Tablas para las *vindiciae falsae* y para los casos de composición pecuniaria aludidos en las mismas. Posteriormente, como en el caso de la *lex Aquilia*, siempre que hubiese que hacer una *aestimatio damni*.

6. *Agere per conditionem*.—Gayo (IV, 17 b) no explica el motivo de haberse introducido este *modus agendi*, último en la serie de las *legis actiones*. Por otra parte, la afirmación que atribuye al demandante equivale a la que se hacía en la *iudicis postulatio* cuando se trataba de reclamación nacida de *sponsio*: *ait te mihi sestertiorum decem milia dare oportere* (Gayo, IV, 17 b). Únicamente aparece omitida la expresión *ex sponsione*, que figura en la *iudicis postulatio*. A primera vista, por tanto, la diferencia entre ambos *modi lege agendi* consiste en la no mención de la causa —*sponsio*— del débito. Ya a un glosador del manuscrito de las Instituciones de Gayo resultó inexplicable la razón de ser de esta nueva *legis actio*, y así lo hizo constar en una glosa (Gayo, IV, 20)²⁹. La doctrina romanística actual señala, en general, como

29. Cfr. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. italiana de Arangio-Ruiz, Sansoni, Florencia, 1946, págs. 87-88, que considera dicho pasaje postclásico. Vid., asimismo, de SCHULZ, *AHDO-RIDA* 1 (1952), págs. 557 ss., y DEFELEF, *SZ* 57 (1937), pág. 30, que rechaza *desiderare*.

característica del *agere per conditionem* su carácter abstracto frente a la *iudicis postulatio* en la que se invocaba la causa del *dare oportere* y, en efecto, esta diferencia entre ambas es muy cierta y la más notoria. Pero, en nuestra opinión, este *modus agendi* obedece, como cada uno de los anteriores, a razones históricas más profundas que conducen a este carácter abstracto del *agere per conditionem*.

La *iudicis postulatio* introduce el *iudex privatus* y la bipartición del Proceso, pero no de modo general, aunque su ámbito de aplicación haya sido muy amplio, como hemos puesto de manifiesto. La idea de causa subsistía: era preciso para el otorgamiento del *iudex* o *arbiter* que el *oportere* se basase en una *sponsio-stipulatio*, en un delito que implicase *damnatio*, o que una *lex* concreta se remitiese a la *postulatio iudicis arbitrive*. Por tanto, era necesario un paso más en la evolución del Proceso para eliminar la alusión a la causa en dos supuestos en que el tráfico crediticio lo exigía aunque no mediase *sponsio-stipulatio*.

El préstamo o entrega de dinero (*mutui datio*) convertido en operación crediticia corriente, sin mediar *stipulatio*, requería que la exigencia de devolución (*reddere*) se convirtiese en deber jurídico exigible. Este avance en el ámbito del *creditum* vino dado por la *lex Silia*, que permitió la afirmación abstracta de un *dare (reddere) oportere* en caso de existencia de una deuda de *pecunia certa* (Gayo, IV, 19). Con ello, además de la *pecunia stipulata*, exigible mediante *iudicis postulatio*, ahora, en virtud de la *lex Silia*, podría pedirse la devolución de la *pecunia mutui data*, y se sancionaba así el negocio, que luego iba a ser contrato, de mutuo pecuniario. El demandante afirmaba simplemente: *Aio te mihi sestertiorum X milia dare (reddere) oportere*. Si el demandado negaba habría que probar ante el *iudex* la existencia de la *datio mutui* previa, de una cantidad determinada —cierta— de dinero. A la *stipulatio pecuniae* sancionada ya con la *iudicis postulatio* se añadía ahora la *datio pecuniae* como nueva causa, de la cual nacía el *agere per conditionem* abstracto, puesto que la causa no era ya necesario mencionarla. Pero todavía era necesario un paso más, complementario y necesario en el tráfico de los negocios en donde las partes operaban —*fidem sequi*— intercambios y promesas de

mercancías fungibles con base en la confianza mutua, en estrecho paralelo con el crédito pecuniario, por tratarse de *res certae*, esto es, de *res quae pondere numero mensura consistunt*. El *dare* (*reddere*) de *res certa* se hace exigible mediante la *lex Calpurnia* y se completa así el ámbito del *agere per conditionem*.

No obstante, en la conformación del *agere per conditionem* como *modus agendi* quedan aspectos todavía no suficientemente claros, cuyo análisis nos llevaría muy lejos y que únicamente dejaremos aquí esbozados. Uno de ellos es el hecho de que este *modus agendi* sea constituido a través de dos *leges* complementarias, como acabamos de decir. Que ambas *leges* —*Silia* y *Calpurnia*— den lugar a un *modus agendi* unitario resulta un tanto extraño. En nuestra opinión, hay detrás de estas dos *leges* un fenómeno de transformación del Proceso romano con apertura prácticamente a un *agere per formulas* probablemente común a *cives* y *peregrini*. Que el *agere per conditionem* significa prácticamente un paso hacia el proceso formulario no es ya novedad en la doctrina romanística que ha venido restando virtualidad a los efectos de la *lex Aebutia* antaño considerada fundamental en el cambio procesal. Pero nuestro punto de vista, que ahora esbozaremos levemente, es que el *agere per conditionem* significó el reconocimiento en dos etapas —*leges Silia* y *Calpurnia*— de un antiguo procedimiento enraizado en las XII Tablas —*status dies cum hoste*— de actuación judicial frente al *peregrinus*. *Condicere autem denuntiare est prisca lingua*, nos dice Gayo (IV, 17 b). Es probable que este *condicere* o *denuntiatio* proceda del ámbito de las relaciones con extranjeros y que haya sido un *modus agendi* para *peregrini*, ante el *praetor peregrinus* más tarde, acaso en relación con la *clarigatio*³⁰.

30. Algunos autores antiguos habían establecido el origen de la *legis actio per conditionem* en el *res repetere* internacional, Así HUSCHKE (*Richter's Jahrbücher*, 1837, págs. 801 y 892); VOIGT, *Ius naturale*, 2 (Leipzig 1859), pág. 183. Asimismo, FERNICE, *Labeo*, III, 1, pág. 233. Más recientemente Volterra (*Studi Carnelutti*, IV, págs. 245-254) se ha inclinado en el sentido de ver un cierto paralelo (siguiendo a Danz, *Der sacrale Schutz in römischem Rechtsverkehr*, Jena, 1857, págs. 181 ss.) entre la *clarigatio* y la *legis actio sacramento in rem*, si bien reconoce, en definitiva, que los orígenes de la primera son un misterio (*op. cit.*, pág. 254). Por último,

No podemos penetrar ahora en el problema de la relación entre el *agere per conditionem* y los medios procesales del *peregrinus* en Roma, cuya vinculación nos parece indudable. Incluso desde el punto de vista económico-social, prescindiendo de las líneas de evolución histórica del Proceso, parece lógico admitir que de algún modo los *peregrini* hayan tenido acceso al *agere per conditionem*, y casi nos atreveríamos insinuar que sería un *modus agendi* común a *cives* y *peregrini*. Bastaría, en efecto, pensar que el tipo de negocios sancionados en el mismo corresponde precisamente al tráfico crediticio más frecuente —*mutui datio*— de *pecunia* y cosas fungibles. El comercio con *peregrini* se nutría, sin duda, de tales negocios, en donde a su vez la *fides* jugaría un papel fundamental.

El *agere per conditionem* parece tener su esencia en la *denuntiatio ad iudicem capiendum*; concretamente en la expresión *quando tu negas in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico* (Gayo, IV, 17 b). De ahí que esta *legis actio proprie conditio vocabatur* (Gayo, IV, 18) como denominación genérica. Lo nuevo en la forma frente a la *iudicis postulatio* —en el fondo hemos visto ya que obedece a necesidad del tráfico y a razones histórico-jurídicas profundas— era la intimación al demandado —*condicere* o *denuntiare*— para que compareciese dentro de un plazo *ad iudicem capiendum*. Y esta novedad formal era también muy importante por múltiples razones; en primer lugar, se trataría de elegir un *iudex*; no se trataría ya de un *iudex datus*, sino más bien de *iudex* elegido y *addictus* por el pretor (o bien *recuperatores* si se trataba de *peregrinus*). El *capere iudicem* en el sentido de la elección es noción básica del *agere per conditionem*.

Este *modus agendi* ha significado un aumento o ampliación del *officium iudicis* en cuanto se remite al *iudex* la comprobación de la existencia de la causa del *oportere*. En la *iudicis postulatio* sería el magistrado el que, existente la causa, daba el *iudex* o el *arbiter*. Ahora las partes hacen una *denuntiatio*, un emplazamiento para el acto de *capere iudicem*. El *iudex* valorará si se ha producido una *datio* que, pensando en la *fides*, implique la exigencia de una *condemnatio*. No se ha visto el *agere per conditionem* desde este

DONATUTI (*Iura*, VI, págs. 31 ss.) tiende a ver el paralelo de la *clarigatio* en la *legis actio sacramento in personam* (*op. cit.*, pág. 46).

ángulo del *officium iudicis*, a nuestro modo de ver, fundamental, y uno de los motivos que colocan a esta *legis actio* como etapa de transición entre las *legis actiones* y el proceso formulario. En el fondo, si bien se mira, el *agere per conditionem* es el paso natural hacia el *agere per formulas*.

En efecto, el *agere certis verbis*, esencia de las *legis actiones* se halla en el *modus agendi per conditionem* reducido a la mínima expresión; las partes se expresan del modo más sintético posible, ni siquiera se alude a la causa. Tratándose de *pecunia certa* era valorar si el *oportere* existía o no; es decir, probablemente probar si había mediado *datio* o no, de cualquier modo que ésta hubiese tenido lugar. Luego el *iudex* debería *condemnare* a dicha cantidad. Si se trataba de *certa res* el *iudex* se vería en la necesidad de hacer una *aestimatio* pecuniaria y *condemnare a quanti ea res (tantam pecuniam dare)*. En todo caso, el *agere* formalista *certis verbis* se había reducido a un esquema sintético en que se encerraban en conceptos mínimos la actuación a la cual había de atenerse el *iudex* (*concepta verba*): *Si parat dare oportere condemna; si non parat absolve*. Con ello estamos ante el *agere per formulas*, es decir, *per concepta verba*; no por palabras rituales, sino por concreción de un esquema que se entrega al juez, que ha de llevar en definitiva el peso del *iudicium*. La labor del pretor se limita a señalar el esquema o fórmula que se encomienda al *arbitrium* u *officium iudicis*.

7. *Pignoris capio*³¹.—Hemos dejado para el final de nuestro estudio la denominada *legis actio per pignoris capionem* porque ya en época clásica se dudaba de su carácter de *legis actio*. Gayo (IV. 29) nos informa de que muchos estimaron que la toma de prenda era una *legis actio*, puesto que en la misma se pronunciaban palabras solemnes (*certis verbis*). Por algunos, sin embargo, no se consideraba como tal. Las razones de estos últimos eran las siguientes: en primer lugar, la *pignoris capio* se celebraba extrajudicialmente, sin la presencia del pretor, y muchas veces incluso en ausencia del adversario; en segundo lugar, podía hacerse una toma de prenda en día inhábil, es decir, un día en el cual *non lice-*

31. Cfr. una exposición de la problemática de esta *legis actio* en LUZZATTO, *Procedura*, II, cit., 78 ss.

bat lege agere. Así, pues, la alusión a este *lege agere per pignoris capionem* es una vacilación más de Gayo en la exposición de las *legis actiones* y quizá la prueba más clara de su concepción imprecisa en esta materia, como hemos puesto de manifiesto al principio de este trabajo. Ya supone una contradicción inicial el afirmar (IV, 16): “*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege*”. Hay un contrasentido claro en esta manifestación de Gayo. Kaser³² piensa que puede ser una tardía innovación la colocación de la *pignoris capio* entre las *legis actiones*.

En definitiva, la *pignoris capio*, si bien prueba la inseguridad de la información de Gayo en materia de *legis actiones*, por otra parte reafirma algunos aspectos de la noción de éstas: que se trataba de un *agere* reconocido *ex lege* (así la misma *pignoris capio* para algunos casos de las XII Tablas) y que, además, constituían un *agere certis verbis* (Gayo, IV, 29). Por último, que solamente parece posible hablar de *agere* precisamente *apud praetorem praesente adversario* (Gayo, *ibid.*). Con arreglo a esta misma información, no podemos considerar a la *pignoris capio* como una *legis actio*, y mucho menos, claro está, como un *modus lege agendi*. No se trata de una actuación judicial —*in jure*— ni, por tanto, de un proceso o forma procesal como las anteriores *legis actiones*, sino de un procedimiento ejecutivo extraordinario, como Kaser señala³³.

Conclusiones:

A) Las *legis actiones* constituyen cada una un *modus agendi ex lege* distinto de los demás en una línea evolutiva de progreso histórico del Proceso romano: *agere per* (*manus injectionem; sacramentum; iudicis arbitrive postulationem; conductionem*). La *pignoris capio* no es un *modus agendi ex lege*, sino más bien un procedimiento ejecutivo extraordinario, puesto que no constituye actuación procesal *in jure*. Resulta discutible su encuadramiento entre las *legis actiones*.

B) *Manus* es la expresión que designa originaria y simbóli-

32. *Das altrömische Ius* cit., pág. 73.

33. *Das altrömische Ius* cit., págs. 205-6.

camente el poder o *potestas*, quizá exclusivamente en referencia al núcleo familiar. *Manus injectio* es el acto de aprehensión de una persona vinculada por *nexum* o por la realización de hechos ilícitos flagrantes, y desde las XII Tablas respecto a los *in jus vocati*, *iudicati* y *confessi*. Frente a la *manus* surge la actuación del *vindex*, que impone su *vindicta* liberadora y realiza un *manum depellere*. En principio actuó como rescatador de los *nexi* en el ambiente de dificultades de los deudores plebeyos; de ahí la aureola de vengador y liberador que se manifiesta especialmente en el lenguaje literario. La acción del *vindex* fue una *vindicatio* sobre personas (*filii*, *uxor*, *servi*) que se extendió sucesivamente a las *res mancipi*. *Vindicare* equivale al rito simbólico, acompañado de una afirmación; de *imponere vindictam*, cuyo significado se halla probablemente entre las ideas de rescate y adquisición, sentido éste que quedó en la *mancipatio* como derivación de la *vindicatio*. Cabe, según Kunkel, una *vindicatio* en ejercicio de la venganza privada en caso de pena capital.

C) Dos *vindicationes* contrapuesta sobre personas o *res mancipi* implicaban una decisión *per sacramentum*. Este era una *sacratio* que en virtud de un juramento a *Jupiter Lapis* (*sacratio iuris iurandi*) afectó quizá primero al perjurio personalmente (*sacratio capitis*) y más tarde a animales domésticos con destino a un sacrificio religioso y, por último, se circunscribió a una cantidad de dinero como *poena* (*poena sacramenti*). Procesalmente la decisión tiene cierto carácter prejudicial. Este *agere sacramento* tiene claras huellas sacras y de vinculación de la justicia a la esfera religiosa, aunque hayan intervenido para decidir los *iudices sacramenti*, cuyo ámbito de acción hay que precisar todavía. Por tratarse de una decisión entre dos *vindicationes* no cabe hablar de un *agere sacramento in personam* tal como lo admite la doctrina tradicional.

D) El *agere per iudicis arbitrive postulationem* significa una novedad en varios aspectos: a) desaparece la *poena sacramenti* y con ella toda huella sacra en el Proceso romano, que se seculariza en un extenso ámbito; b) la actuación *in jure* se limita a una *postulatio iudicis* o *arbiter* (en caso de *sponsio* y otros previstos especialmente en *leges*) y se inicia la bipartición del proceso y la instauración del *iudex privatus*; c) se sanciona la promesa verbal laica

—*sponsio*— creando así la noción de *obligatio* como deber jurídico abstracto. La idea de la *vindicatio*, en donde se centró el *agere sacramento*, quedó superada; ahora no hay afirmación de poder ni huella de venganza o pena en este *modus agendi*. Probablemente a través de éste han quedado sancionados los delitos mediante una *postulatio arbitri* e igualmente, quizá, deberes nacidos de *stipulationes* de un *incertum*.

E) El *agere per conditionem* significa la simplificación máxima del Proceso: sin invocar la causa se puede exigir un crédito de dinero (*pecunia certa*) o de *res quae pondere numero mensura consistunt*. Eran los casos de *mutui datio* más frecuentes en el tráfico crediticio. La *fides* jugaba aquí un gran papel y acaso la *condictio* se hiciese *modus agendi* común a *cives* y *peregrini*. En todo caso, es muy probable su relación con formas o procedimientos aplicables a *peregrini* (*status dies cum hoste*, *clarigatio*, etc.). Esencia del *agere per conditionem* era el *condicere* o *denuntiare ad iudicem capiendum* y, por tanto, la actuación *in jure* era mínima. El papel del *iudex* era someter a prueba el hecho de la existencia o no de la *mutui datio* como base del deber de *dare* (*reddere*) *oportere* para condenar o absolver. Prácticamente el *iudex* recibe ya un esquema con una alternativa simple (*si paret-si non paret*) que significa ya la transición al proceso formulario (*agere per formulas*). El *officium iudicis* se convierte en factor decisivo en el Proceso, en cuanto el *iudex* podría admitir la *causa credendi* (en este caso *datio*) sin necesidad de que se hubiese manifestado a través de un acto formal consistente en *sponsio-stipulatio*.

PABLO FUENTESECA