

## **II.4 DERECHO ROMANO**

**EN TORNO AL *ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM***

Por D. ANTONIO SILVA SÁNCHEZ  
*Profesor Asociado de Derecho Romano de la Universidad de Extremadura*

## SUMARIO

- I. IDEAS GENERALES DEL *ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM*
  - A) INTRODUCCIÓN
- II. SISTEMA PROCESAL DE LAS *LEGIS ACTIONES*
  - A) INTRODUCCIÓN
  - B) CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO
  - C) EXPOSICIÓN DE LAS DISTINTAS ACCIONES DE LEY
    - 1.º. **Acciones declarativas**
    - 2.º. **Acciones ejecutivas**
  - D) DESARROLLO DEL PROCESO: FASES *IN IURE-APUD IUDICEM*
    - 1.º. **Fase *in iure***
    - 2.º. **Fase *Apud iudicem*: sentencia y ejecución**
- III. PROCEDIMIENTO FORMULARIO
  - A) INTRODUCCIÓN
  - B) LA FÓRMULA: CONCEPTO Y ESTRUCTURA
  - C) DESARROLLO DEL PROCESO: FASES *IN IURE-APUD IUDICEM*
    - 1.º. **Fase *in iure***
    - 2.º. **Fase *Apud iudicem*: Sentencia y ejecución**
- IV. CONCLUSIONES

## I. IDEAS GENERALES DEL *ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM*

### A) INTRODUCCIÓN

Los derechos que pertenecían a las personas (derechos de familia, derechos reales y derechos de crédito) podían ser violados y todo aquel que fuese víctima de esta violación debía tener un medio de obtener reparación bien mediante una respuesta de tipo privado (autodefensa) o bien una respuesta por parte del Estado (proceso<sup>1</sup>), dependiendo del nivel de desarrollo cultural de un pueblo determinado.

En Roma, el proceso civil no va a permanecer uniforme durante toda su historia y va a presentar modelos distintos, si bien su aplicación no va estar separada de un modo tajante sino que desde la caída en desuso de uno y el creciente auge del otro coexistirán ambos modelos. Los distintos procesos son tres: *Legis actiones*, proceso *formulario* (constituyendo ambos el denominado *ordo iudiciorum privatorum*, cuya característica más importante es la bipartición del proceso<sup>2</sup> como tendremos ocasión de ver) y *cognitio extra ordinem*.

Por tanto, dada la división del procedimiento romano en dos fases, se distinguirán, a su vez, dos categorías de personas que intervendrán en ellas: los magistrados y los jueces. El poder de los magistrados jurisdiccionales estaba designado bajo el nombre general de *potestas* o de *imperium*<sup>3</sup>, que sería en relación con la potestad jurisdiccional, aquel poder supremo de mando de que están investidos determinados magistrados mayores: Dictador, Cónsul, Pretor.

---

<sup>1</sup> Existen diversas teorías en cuanto al origen del proceso civil en Roma: Wlassak lo atribuye a la recepción por el Estado del arbitraje privado; Ihering plantea la hipótesis de que el proceso civil romano nació de la defensa privada.

<sup>2</sup> No conservándose esta bipartición en la *cognitio extra ordinem*; si bien, incluso en relación con los primeros tipos de procesos, este tema ha sido también muy discutido por algunos autores, por lo que podemos decir que, a pesar de la opinión generalizada sobre la existencia de dos partes claramente diferenciadas en el *ordo iudiciorum privatorum*, esto no ha sido obstáculo para que haya autores que afirmen la no existencia de esa bipartición, abogando por la unidad de todo el proceso considerando, por ejemplo –en el caso de Kaser– que el magistrado y el juez son ambos la misma persona salvo en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*; resolviendo, por tanto, el magistrado la gran mayoría de los litigios. M. Kaser, «Ausgewählte Schriften», t. II, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, Camerino, 1976, págs. 406 y ss. Otras teorías son las representadas por Wenger, Weiss, etc. A. Torrent, «Manual de Derecho Privado Romano», edit. Mira, S. A., Zaragoza, 1988, pág. 112.

<sup>3</sup> *Ulpiano*, divide el *imperium* del magistrado en *merum* y *mixtum*: «*Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*». D. 2.1.3 (*Ulpiano, de officio Quaestoris*). Algunos autores como U. Álvarez

*Iurisdictio*<sup>4</sup> en sentido estricto<sup>5</sup>, es el poder del magistrado de organizar la instancia y de enviar las partes ante un juez (*iudicare iubere*) o de juzgar él mismo el asunto (*iudicare*).

En cuanto a los jueces, hemos de distinguir dos clases diferentes: jueces permanentes y jueces designados para un litigio concreto. En cuanto a quiénes pueden serlo en los procesos civiles, sus funciones y demás, lo veremos de forma más desarrollada a lo largo de los distintos procesos.

## II. SISTEMA PROCESAL DE LAS *LEGIS ACTIONES*

### A) INTRODUCCIÓN

El sistema procesal de las Acciones de Ley se remonta al origen mismo de Roma, permaneciendo en vigor durante los seis primeros siglos. Gayo<sup>6</sup> define las *legis actiones* diciendo que «*las acciones que usaban los antiguos se denominaban acciones de Ley bien porque habían dimanado de las leyes (sin duda porque todavía no habían surgido los edictos del pretor mediante los cuales se han introducido muchas acciones) ya porque se ajustaban puntualmente a los términos de las leyes, y por esta razón eran observadas con la misma inmutabilidad que si se tratase de las mismas leyes*».

Por tanto, de esta definición podemos concluir que las *legis actiones* consistirían en ciertos procedimientos compuestos de palabras y de hechos rigurosamente

---

Suárez, creen que este texto está interpolado. U. Álvarez Suárez, «Curso de Derecho Romano», t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 197. También D. 1.21.1.1 (*Papiniano, lib. I Quaestionum*), dice a este respecto: «... *verius est enim, more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur non posse transire; quare nemo dicit, animadversionem legatum Proconsulis habere mandata iurisdictione. Paulus notat: et imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est*».

<sup>4</sup> Los postglosadores nos dejaron una clasificación de la jurisdicción en Roma: *voluntaria* (llamada así porque las personas se presentan ante el magistrado espontáneamente sin obligarse a comparecer ante él y no existe entre ellas un choque de intereses), *contenciosa* (implica la existencia de un choque de intereses económico o moral y la no comparecencia ante el magistrado supone la pérdida del litigio), *plena* (que va a corresponder a los altos magistrados: *rey, cónsul, emperador, senador, tribuno, pretor, prefecto*) *minus plena* (la que concierne a los magistrados inferiores: magistrados provinciales, incompetentes para conocer de litigios superiores a determinadas cuantías y materias), *ordinaria* (si el magistrado se limita a oír a las partes enviándolas posteriormente ante un juez para que dicte su parecer o *sententia*), *extraordinaria* (cuando es el mismo magistrado el que dicta la sentencia), *delegada* (en el caso de que por determinadas razones –recusación, por ejemplo– el magistrado no pueda atender a un juicio determinado), *retenida* (la que compete únicamente al magistrado pero que puede delegar en parte o en su totalidad a jueces o particulares en un asunto concreto). H. Cuenca, «Proceso civil romano», ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, pág. 2 y ss.

<sup>5</sup> En sentido amplio, los atributos de la *iurisdictio* estaban resumidos en tres palabras: *do, dico, addico*. *Dare*, es dar un juez a las partes. *Dicere*, es publicar una regla general en un edicto. *Addicere*, es reconocer un derecho en beneficio de una parte.

<sup>6</sup> Según Gayo, *Instit. IV. 11*: «*Acciones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris quibus complures actiones introductae sunt nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur*».

determinados que debían realizarse ante el magistrado y en los que predominaba la oralidad durante todo el procedimiento<sup>7</sup>.

## B) CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

Los ritos de cada acción se realizaban oralmente ante el magistrado. Las partes, cuya presencia era necesaria, intervenían a sus riesgos y peligros: las palabras que se pronunciaban debían determinarse con gran precisión y según los términos de la Ley, pues el error más mínimo traía consigo la pérdida del proceso<sup>8</sup>. Como características más importantes de las *legis actiones* podemos citar las siguientes:

1.º. Sólo se podía proceder a los ritos de las acciones de la ley durante los días fastos, con la excepción de la *pignoris capio* que podía celebrarse incluso en un día nefasto y fuera de la presencia del magistrado: era de carácter extrajudicial.

2.º. Este procedimiento (*legis actiones*), al parecer, se reservó a los ciudadanos romanos, es decir, dejando al margen de la jurisdicción a aquellas personas que no poseían el *status* de *cives*, estando su monopolio bajo los pontífices.

3.º. Además, nadie puede en asuntos de justicia figurar por otro, salvo los casos especiales de incapacidad en que actuaría bien el *tutor* bien el *curator*; aunque, en la práctica, el empleo del *adstipulator*<sup>9</sup> atenúa los inconvenientes de esta regla.

En cuanto a los principales magistrados que conocerán de los litigios durante los dos sistemas del *ordo iudiciorum privatorum* serán:

En Roma, esta autoridad jurisdiccional perteneció primero a los reyes y después a los cónsules. En el año 367 (tras las Leyes *Liciniae-Sextiae*) esta *iurisdictio* fue confiada al pretor (*praetor urbanus*). Pero la afluencia de peregrinos a Roma hizo necesaria la creación de un segundo pretor (*praetor peregrinus*, año 242 a. C.) encargado de la jurisdicción entre peregrinos o entre peregrinos y ciudadanos<sup>10</sup> romanos.

<sup>7</sup> Estas acciones se pueden dividir en dos tipos (Gayo, IV. 12): acciones *declarativas*, es decir, aquellas en que se nombra un juez con el fin de que determine si existe el derecho pretendido por una de las partes, pero sólo esa declaración (*legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per condictionem*); y acciones *ejecutivas*, mediante las que se persigue llevar a cabo un derecho indiscutido (*legis actio per manus iniunctionem*, *legis actio per pignoris captionem*).

<sup>8</sup> Gayo, *Instit.* IV. 11, cita el famosísimo ejemplo del contendiente que ejercita una acción en virtud de la Ley de las XII Tablas, porque sus cepas habían sido cortadas: «Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem pedidisse, quia debuisset arbores nominaret, responsum est pedidisse eo quod Lex XII Tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur». Como puede comprobarse a tenor del texto, al referirse a las cepas mediante la palabra *vites* en lugar de haberlo hecho –como debiera– empleando la palabra *arbores*, hará que pierda el pleito tal y como opinaban los juristas de la época.

<sup>9</sup> Casos del *adsertor libertatis* (en procesos sobre libertad) o del ausente que ha sido robado, siendo representado por otro en el proceso. P. Fuenteseca, «Derecho Privado Romano», edit. Gráficas, S. L., Madrid, 1978, pág. 54.

<sup>10</sup> Junto a los pretores estaban los ediles, con funciones administrativas (policía de la ciudad y ciertas atribuciones jurisdiccionales). Había varias clases: ediles plebeyos, ediles curules, importantes estos últimos en materia procesal por su vigilancia de mercados y quienes podían imponer medidas disciplinarias (multas, castigos corporales). L. García de Valdeavellano, «Curso de Historia de las Instituciones Españolas», edit. Revista de Occidente, Madrid, 1973, pag. 152.

En los municipios, para impartir justicia, se encuentran unos magistrados locales (*duumviri* o *quattuorviri iurecundo*) sin perjuicio de que aquí también actuase el pretor peregrino<sup>11</sup>. Hacia el fin de la República fue limitada la jurisdicción de los magistrados municipales a los procesos cuyo valor no excedía de 15.000 sestertercios<sup>12</sup>. Por encima de esta suma era llevado el asunto a Roma ante el pretor urbano.

Por último en las provincias, la justicia se impartirá por la autoridad competente teniendo en cuenta los diferentes tipos de las mismas: así, en las *provincias privilegiadas* (provincias *caesaris* o imperiales), la competencia jurisdiccional corresponderá al Gobernador; en las *provincias senatoriales*, dicha actividad la desempeñará un Procónsul; y en el resto de las provincias será un representante de los anteriormente vistos: el *procurator*.

En cuanto a los jueces, hemos de decir que bajo los dos primeros procedimientos civiles romanos (*Legis actiones* y proceso *formulario*) hay dos tipos de jueces: los simples particulares designados para cada asunto y cuya misión termina en cuanto han pronunciado la sentencia, y los jueces que componen los Tribunales permanentes.

En el primer caso, se distinguen el *iudex*, el *arbiter*, y los *recuperatores*. Veamos cada uno de ellos:

Casi siempre la palabra *iudex* se emplea en un sentido general para designar indistintamente el juez o el árbitro; pero en sentido propio el *iudex* difiere del *arbiter*<sup>13</sup>. Así, nunca había más de un juez para un asunto, en cambio se podían nombrar varios árbitros<sup>14</sup>. Los jueces<sup>15</sup> eran escogidos por las partes (exclusivamente de entre los senadores permitiendo, más tarde una *Lex Sempronia* del año 122 a. C., la elección también de ciudadanos distinguidos —*equites*—, pudiéndose escoger, finalmente, a cualquier ciudadano normal<sup>16</sup>) para cada proceso sobre las listas confeccionadas por el pretor<sup>17</sup> y expuestas en el Foro: *Album iudicum*.

<sup>11</sup> A. Torrent, *op. cit.*, pág. 119.

<sup>12</sup> *Lex Rubria*, 21: «A quoquamque pecunia certa credita, signata forma publica populei Romanei, in eorum quo oppido municipio colonia praefectura foro veico conciliabulo castello territoriove, quae sunt eruntue in Gallia Cisalpina, petetur, quae res non pluris HS XV erit, sei is eam pecuniam in iure apud eum, qui ibei iure deicundo praerit...».

<sup>13</sup> Si bien es cierto que, con el paso del tiempo, llegan a conocer de temas similares llegando a confundirse entre una y otra figura: Cicerón, *pro Murena*, XII, 27: «... per tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum diem tertium an perendium, iudicem an arbitratum, rem an litem dici oporteret».

<sup>14</sup> La Ley de las XII Tablas exigía tres para las acciones de partición. Otra diferencia entre ambos la encontramos en que mientras que el *arbiter* se desplazaba al lugar donde se encontraban las cosas con el fin de examinarlas, el *iudex* emitía su parecer desde el *Comitium* o el *Forum*.

<sup>15</sup> Quienes, hasta la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, serían probablemente los sacerdotes o pontífices.

<sup>16</sup> Sobre la elección por acuerdo entre las partes de un *iudex* (comprendido en el *album iudicum* o no), ver J. Paricio, «Sobre la administración de la Justicia en Roma», edit. Civitas, Madrid, 1987, págs. 27-37. Proponiendo Paricio los textos de *Gayo*, IV.15; IV. 17a; pareciéndonos a nosotros más claro *Gayo*, IV. 17b. En contra del acuerdo entre las partes, F. La Rosa, «Decemviri e centumviri», *LABEO*, 4 (1958), 1, págs. 14-54.

<sup>17</sup> Que será el encargado de escoger al juez en caso de que no lo hicieran las partes.

Los *recuperatores* lo más probable es que fueran establecidos para juzgar los procesos entre ciudadanos y peregrinos<sup>18</sup>. En origen, incluso eran tribunales mixtos de romanos y extranjeros, y cuyas competencias, se sabe que en sus comienzos trataban de disputas internacionales en que hubiera un interés público, extendiéndose más tarde –ya en época imperial– también a los procesos civiles romanos en que se ventilaran cuestiones tales como los *sacrificia*, *sacra religiosae*, *balnea*, etc.<sup>19</sup>.

Por otra parte, los jueces que componían los Tribunales permanentes eran los denominados *decemviri stilitibus iudicantis* y los *centumviri*. En cuanto al origen y competencia de los primeros, existe una gran oscuridad<sup>20</sup>. Por lo que respecta a los segundos, se sabe que su tribunal se componía de miembros elegidos por las 35 tribus: cada una nombraba tres (había por tanto, 105 al principio), elevándose el número a 180 posteriormente<sup>21</sup>. Bajo el Imperio, estaban divididos en cuatro secciones llamadas *consiliae* o *hastae*. Su competencia se extendió a las contiendas sobre el estado de las personas, la propiedad y las sucesiones. Desaparecieron al mismo tiempo que el procedimiento formulario.

### C) EXPOSICIÓN DE LAS DISTINTAS ACCIONES DE LEY

Para realizar esta exposición, nos vamos a servir de la diferencia ya establecida entre acciones de ley declarativas y ejecutivas (ver nota a pie 7):

#### 1.º Acciones declarativas

\* *L. a. per Sacramento*: acción de carácter general utilizada siempre que la ley no hubiera previsto otra cosa. Hay dos tipos de *legis actio sacramento*: *in rem* e *in personam*. La primera, empleada para dirimir controversias sobre la propiedad de una cosa; la segunda, muy desconocida para nosotros debido –como señala Cannata<sup>22</sup>– a lo ilegible que resulta un pasaje de Gayo en las *Instituciones* (IV. 15), y que podría utilizarse para dirimir asuntos concernientes a derechos de crédito.

<sup>18</sup> A. Biscardi, «Lezioni sul Processo Romano Antico e Classico», G. Giappichelli Editore, Torino, 1967, pág. 200. Lemosse, ve el origen de éstos en la tutela de los intereses privados violados como consecuencia de las guerras. M. Lemosse, «Cognitio», edit. Lerma, Roma, 1971, pág. 175.

<sup>19</sup> J. M. Kelly, «Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic», Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1976, pág. 40 y ss.

<sup>20</sup> Algunos autores creen que los *decemviri* conocían de los casos en que la libertad de alguien estaba en litigio. Además de éstos, existieron otros tipos de *decemviri*, si bien no teniendo nada que ver con el proceso en Roma: *decemviri legibus scribundis* (encargados de redactar las XII Tablas) y los *decemviri sacris faciundis* (entendían de cuestiones religiosas). H. Cuenca, *op. cit.*, pág. 26.; O. Tellegen-Couperus, «A short history of Roman Law», edit. Routledge, 1993, Londres, pág. 58.

<sup>21</sup> Aunque esto no se sabe con seguridad, tal y como lo atestigua Paricio, quien incluso propone la alternativa de que el nombramiento de los mismos pudiera establecerlo el magistrado; siendo –ya en época imperial– este nombramiento realizado por sorteo (*sortitio*). J. Paricio, *op. cit.*, pág. 47.

<sup>22</sup> C. A. Cannata, *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano*, t. I: *Legis Acciones*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1980, pág. 25.

El ritual en este caso era el que sigue: estando presentes ambas partes *in iure*, tratándose de acción real y habiendo llevado la cosa o símbolo que la represente ante el Pretor; el que reivindicaba, portaba en la mano una vara, aferraba la cosa que reclamaba (Gayo<sup>23</sup> nos pone el ejemplo de un esclavo), y decía: «*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui*», y simultáneamente le ponía la vara encima al esclavo (*et simul homini festucam inponebat*); por su parte, el contrario actuaba diciendo y haciendo lo mismo (... *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*...). Tras haber reivindicado ambas partes (si es que el demandado tenía algún derecho que alegar) el pretor decía: «*Mittite ambo hominem*» y los oponentes lo soltaban. El que primero había reivindicado decía a su oponente: «*Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*»; el oponente, por su parte, respondía: «*Ius feci sicut vindictam inposui*». Lo replicaba entonces el contrincante: «*Quando tu inuria vindicavisti quingentis assibus ad sacramento te provooco*». Contestando el adversario que decía a su vez: «*et ego a te*».

Acto seguido se provocaban mutuamente a una apuesta (*sacramentum*). Dicha *summa sacramenti* (suma que era de 50 ases en el caso de que el valor de la cosa litigiosa no superase la cifra de 1.000; y de 500, si superaba ese montante<sup>24</sup>) se depositaba en un principio inmediatamente; más tarde sólo se prometía pero asegurando la promesa con fiadores. Aquél en cuya posesión quedaba la cosa litigiosa interinamente mientras el pleito se tramitaba, también aseguraba la devolución de la misma, en su caso, por medio de fiadores. Hecho el depósito o la promesa afianzada de la suma, se procedía a la designación del *iudex* o árbitro<sup>25</sup>.

Nombrado el juez, terminaba la fase *in iure* con una promesa (*comperendinatio*) de presentarse ante aquél para seguir la fase *in iudicio*, promesa acompañada de una invocación solemne a testigos (*litis contestatio*) para que diesen fe de que se había efectuado la tramitación ante el magistrado y de los términos en los que el litigio había quedado planteado —ya que hemos de tener en cuenta que el proceso es oral—.

\* *L. a. Per Iudicis Arbitrive Postulationem*<sup>26</sup>: acción en la que el ritual oral por parte del demandante era: «*Ex sponsione te mihi x milia sestertium oportere aio: id postulo aies an neges*», el demandado negaba, y el demandante continuaba: «*Quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*».

Tenía aplicación en cuestiones como las acciones divisorias o procedimientos de liquidación en dinero (*litis aestimatio*<sup>27</sup>); pero tras el descubrimiento en 1933 de unos nuevos fragmentos de las *Instituciones* de Gayo en El Cairo, se demuestra que

<sup>23</sup> Gayo, *Instit. IV. 16*.

<sup>24</sup> Gayo, *Instit. IV. 14*: «*Poenam autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. Nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII Tabularum cautum erat...*».

<sup>25</sup> Tras una *Lex Pinaria*, tal designación se demoraba hasta treinta días después: Gayo, *Instit. IV. 15*: «*... ut autem die xxx iudex detur per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex...*».

<sup>26</sup> Gayo, *Instit. IV. 17 b y ss*.

<sup>27</sup> Hay autores que creen que al lado de esta acción se desarrollaba un proceso de estimación judicial (*arbitrium litis aestimandae*) en el que ya no se decidía sobre el «*an*» sino sobre el «*quantum*».



además se utilizaba respecto a la división de la herencia (en virtud de las XII Tablas) y para reclamar créditos procedentes de un contrato verbal: la *sponsio*. Las diferencias esenciales con la *actio per sacramentum* consisten en la ausencia de la apuesta, que hacía a aquélla más gravosa, y en que no se aplicaba el plazo de la *Lex Pinaria* sino que se designaba al juez<sup>28</sup> en el acto, resultando más breve la tramitación *in iure*.

\* *L. a. per Conditionem*<sup>29</sup>: lo peculiar de esta acción es, entre otras cuestiones, su carácter abstracto, es decir, que no va a ser necesario que se exprese la causa jurídica con base en la cual se reclama por parte del demandante; bastando con la simple afirmación por éste del derecho que le asiste<sup>30</sup>.

Esta acción fue introducida por una *Lex Silia* (250 a. C.) para créditos consistentes en una suma cierta de dinero, y extendida por la *Lex Calpurnia* (alrededor 200 a. C.) para los de otras cosas ciertas no consistentes en dinero.

La *actio* se desenvolvía ante el magistrado de un modo parecido a la *iudicis postulatio*, con una diferencia importante como que después de la negativa del demandado no se pedía la designación del *iudex*, sino que el demandante formulaba una solemne citación para volver a los treinta días con este objeto. Citación que se hacía ante el magistrado.

## 2.º. Acciones ejecutivas

\* *Legis actio per manus iniunctionem*<sup>31</sup>: se utilizaba la aprehensión corporal (*manus iniunctionem*), tal y como acabamos de ver, en aquellos supuestos previstos por alguna Ley, como, por ejemplo, para la ejecución de sentencia en virtud de lo dispuesto en la ley de las XII Tablas.

Pasados 30 días desde la sentencia, el litigante victorioso llevaba al *iudicatus* ante el magistrado y allí expresaba el crédito que tenía contra dicho condenado y la falta de pago del mismo. Para detener el procedimiento, el *iudicatus* debía o

---

En esta línea encontramos a Kaser, «Das römische Zivilprozessrecht», München, 1966, pág. 97. Trabajo en el que además se citan en esta posición a autores tales como Perozzi, Scritti III 417 y ss; Bertolini, «Il processo civile» I, Torino, 1913, pág. 176 y ss., etc. Sin embargo, también hay autores como C. Gioffredi, «Su l'origine della *condemnatio pecuniaria* e la struttura del processo romano», SDHI XII (1946), pág. 138, que niegan la relación del *arbitrium litis aestimandae* tanto con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* como con la *L. a. per conditionem*, alegando el silencio que sobre ello guarda *Gayo* (IV. 17) y las distintas funciones de dichas acciones en relación con el arbitrio, por cuanto éstas regulan el «*an*» y no el «*quantum*».

<sup>28</sup> Según V. Arangio-Ruiz, el juez intervenía en litigios tales como la reclamación de créditos contraídos por *stipulatio*, designándose al árbitro para casos de división de cosas. V. Arangio-Ruiz, «Las acciones en el derecho privado romano», edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pág. 43.

<sup>29</sup> *Gayo*, *Instit.* IV. 17 y ss.

<sup>30</sup> *Gayo*, *Instit.* IV. 21 y ss. En esta acción de Ley, el demandante debía decir: «*Aio te mihi sestertium x milia dare oportere: id postulo aies an neges*»; el demandado negaba, y el demandante continuaba diciendo: «*Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico*».

<sup>31</sup> *Gayo*, *Instit.* IV. 21. Esta acción de ley se desarrollaba así: El acreedor no pagado aprehende al deudor y delante del pretor pronuncia las siguientes palabras: «*Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sextertium x milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sextertium x milium iudicati manum inicio*», con lo cual indica el poder adquirido sobre el deudor.

pagar inmediatamente<sup>32</sup> o presentar una tercera persona (*vindex*) que negase la validez de la sentencia y se comprometiese a participar él en un nuevo proceso tratando de demostrar la no existencia de deuda alguna, en el que, si no lo lograba, sería condenado a pagar el doble<sup>33</sup>. Es de advertir que la *manus iniectio* presupone siempre una deuda de dinero<sup>34</sup> por lo cual era necesario, cuando el crédito consistiese en otras cosas, un procedimiento previo de liquidación (*litis aestimatio*) cuyos detalles no son bien conocidos.

\* *L. a. per pignoris capionem*; tiene un carácter excepcional, porque se utiliza sólo para hacer efectivos determinados créditos<sup>35</sup> y no se verifica ante el magistrado, por lo que podría considerarse en este punto como un medio extraprocesal, si bien se tiene como *legis actio* ya que para que fuera efectiva esta toma de bienes, el demandante debía pronunciar unas palabras determinadas y solemnes que se desconocen<sup>36</sup>.

En cuanto a sus formalidades, sabemos que la *pignoris capio* debía hacerse pronunciando ciertas palabras no conocidas, pero sí se sabe que no era necesario hacerlo *in iure*. Consistía en un simple apoderamiento de bienes del deudor, sin que tampoco sepamos lo que el acreedor podía hacer con ellos. Como el Estado hacía frecuente uso de estos embargos de bienes, los intérpretes suelen explicar los casos de *pignoris capio* como delegaciones que de sus facultades hacía el Estado en favor de tales acreedores.

## D) DESARROLLO DEL PROCESO: FASES *IN IURE-APUD IUDICEM*

### 1.º. Fase *in iure*

El proceso empieza por el acto que tiene por objeto llevar a las partes ante el magistrado: la *in ius vocatio*; siendo el mismo demandante quien ordena a su

<sup>32</sup> Pues en este tipo de *legis actio* se requiere que la extensión de la responsabilidad esté determinada numéricamente en dinero. La liberación de dicha responsabilidad se produce para el deudor pagando la cantidad determinada.

<sup>33</sup> No pagando en el acto ni presentándose el *vindex*, el magistrado hacía entrega del *iudicatus* al vencedor en la sentencia, quien pronunciaba unas palabras antes de agarrar simbólicamente al *iudicatus*. Éste, una vez *addictus*, es tenido preso por su acreedor hasta que con su trabajo hubiera pagado la deuda, siendo el mismo acreedor el que consideraba cuándo le había sido devuelta.

<sup>34</sup> El pasaje de *Gayo*, *Instit. IV. 48*, referente a la condena pecuniaria durante la vigencia del procedimiento formulario, parece aludir, sin embargo, a una *condemnatio in ipsam rem* anterior al proceso clásico (*iudex non ipsam rem condemnat... sicut olim fieri solebat sed aestimata re pecuniam... condemnat*). Pero el pasaje puede leerse sin la palabra «... sed» o colocando dicha palabra delante de «... sicut»; lo cual, alteraría el tipo de condena –específica o patrimonial–, que se seguía en el procedimiento formulario; tema éste objeto de profuso debate y reflexión por la doctrina romanística. En este sentido, véase M. Nicolau-P. Collinet, «Gaius, Institutes IV. 48; la condamnation pécuniaire sous les Actions de la loi», *RH* 16 (1937), pág. 549.

<sup>35</sup> Por ejemplo: el soldado contra el *Tribunus aerarum* por el pago de su sueldo, o el vendedor de un animal destinado al sacrificio religioso (*hostia*) contra el comprador por el precio no pagado. *Gayo*, *Instit. IV. 27-28*.

<sup>36</sup> Ello, junto con que no se exigía la presencia *in iure* del demandado, hizo que algunos juristas rehusaran encuadrar la *pignoris capionem* entre las acciones de ley.

adversario seguirle *in ius*. El demandado debe obedecer y acudir a la reunión o dar un *vindex* que garantice su presencia el día fijado, de lo contrario, el demandante toma testigos –*antestatur*– y desde entonces puede obligarle por viva fuerza a pesar de su resistencia. Llegadas las partes ante el magistrado tienen que cumplir el rito de la acción de la Ley que se aplica al proceso. Más tarde se procede a la designación inmediata de un juez retrasándose, tiempo después, a treinta días como consecuencia de una *Lex Pinaria* fijó –como ya se dijo en la nota 25–. Para garantizar su nueva presencia, las partes establecían ciertas cauciones y este compromiso se llamaba *vadimonium*.

Todo el procedimiento ante el magistrado se hacía oralmente. Para comprobar el total cumplimiento de las formas exigidas, las partes, antes de salir del auditorio del magistrado, tomaban por testigo a las personas presentes, diciendo: «*testes estote*»; con objeto de que esas personas pudiesen, en caso necesario, suministrar delante del juez el testimonio de lo que había ocurrido ante el magistrado. Esta elección de testigos se llamaba *litis contestatio*, que señalaba el fin de la primera parte de la instancia y producía dos efectos fundamentales, pues va a impedir que las partes modifiquen la petición asumida *in iure* y las va a obligar a someterse al pronunciamiento del juez.

Las consecuencias de la no comparecencia van a ser distintas dependiendo de la fase del proceso en que ésta se produzca: la incomparecencia del demandado en la fase *in iure* (tanto del proceso *formulario* como en el de las *legis actiones*) determina la imposibilidad de la celebración del litigio<sup>37</sup>, dado el carácter privado de este tipo de proceso, no pudiendo celebrarse ni el ritual ni la *litis contestatio*.

La no comparecencia<sup>38</sup> en la fase *apud iudicem*, implica el fallo a favor de la parte presente. Esta no comparecencia del demandado sin causa justificada es lo que se denomina *indefensio*<sup>39</sup>. Concepto éste, que engloba (siguiendo a Gómez-Iglesias<sup>40</sup>) tres modos distintos:

<sup>37</sup> Se tienen indicios, sin embargo, de pleitos contumaciales en las provincias ante los magistrados locales. J. A. Ramos-J. A. Arias Bonet, «Derecho Romano», t. I, edit. Revista de Derecho Privado, 14.ª edición, Madrid, 1977, pág. 165; J. Iglesias, «Derecho Romano, Historia e Instituciones», 11.ª edición, Barcelona, 1993, pág. 192; M. J. García Garrido, «Diccionario de Jurisprudencia Romana», 2.ª edición, Madrid, 1992, pág. 422, nota 41; V. Scialoja, «Procedimiento Civil Romano», ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, págs. 303-311. Muy superficial y escasa (por ser un estudio de derecho procesal moderno), aunque de cierto interés, es la referencia hecha por G. Serrano Hoyos en su Tesis Doctoral «El alcance de la indefensión», Cáceres, 1995, págs. 42-44.

<sup>38</sup> Se admitieron motivos de excusa (tanto a favor del demandante como del demandado) recogidos en el *Capítulo XCV* de la *Lex Coloniae Genetivae Iudiciae*: «*morbum soticum, vadimonium, sacrificium, funus familiae, ferias denicales, eumve propter magistratus potestatemve populi Romani atesse non posse*». J. A. Ramos-J. A. Arias Bonet, *op. cit.*, pág. 165.

<sup>39</sup> Concepto de *indefensio* (término que nunca emplearon los juristas romanos) lo encontramos en *D. 50.17.52* (Ulpiano, *lib. XLIV ad edictum*): «*Non defendere videtur non tantum, qui latitat, sed et is, qui praesens negat se defendere, aut non vult suspicere actionem*».

<sup>40</sup> A. Gómez-Iglesias Casal, «Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano», Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1984, pág. 128 y ss.

1.º. El demandado que mantiene una postura pasiva con respecto al juicio, en cuyo caso el pretor puede adoptar medidas coactivas hacia el demandado para que se decida por adoptar una postura activa y poder celebrar el juicio (*missio in bona, missio in rem*).

2.º. El que obstaculiza la marcha del litigio no realizando los actos necesarios.

3.º. El demandado que no se defiende correctamente.

Sin embargo, y, dadas las diferencias según se trate de una *actio in rem*<sup>41</sup> o *in personam*<sup>42</sup>, hemos de decir que en el primer caso Gómez-Iglesias es partidario de la plena libertad<sup>43</sup> que se concede al demandado para defenderse o no, lo cual, echaría por tierra (en el caso de ser negativa la postura adoptada) las expectativas del demandante de un posible embargo de los bienes del demandado, que se solucionaría –en la época arcaica– con la posibilidad de ser encarcelado por el demandante. Pero claro, esto supone un importante perjuicio para el demandante que el derecho romano intentará solucionar.

Por ello, aparte de casos excepcionales –recogidos por Gómez-Iglesias<sup>44</sup>–, la solución que adoptará finalmente el magistrado será la de conceder la posesión del objeto litigioso (si es que se presentó dicho objeto) al demandante quien, a juicio del pretor, «había demostrado más interés que el demandado en la posesión de la cosa».

Cuestión distinta es si el objeto no hubiera sido llevado delante del magistrado. En este caso, el pretor concederá al demandante la posibilidad de optar (dependiendo de la comparecencia o no del demandado) entre la *translatio possessionis* del objeto<sup>45</sup> y el embargo sobre los bienes del demandado –decretado por el pretor–.

En el caso de las acciones *in personam* y utilizando *sensu contrario* los textos vistos, el demandado que se mantiene en una postura de *indefensus* responderá con el embargo de todo su patrimonio<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Son acciones reales (*a. in rem*) las que protegen derechos absolutos sobre las cosas o amparan facultades que se derivan de los derechos de sucesión o familia (*revindicatio, hereditatis petitio, etc.*). U. Álvarez, *op. cit.*, pág. 372.

<sup>42</sup> Son acciones personales (*in personam*) aquellas por las que reclamamos contra aquél que nos debe dar o hacer alguna cosa.

<sup>43</sup> Así, el autor anteriormente citado destaca dos textos: *D. 50.17.156 (Ulpiano, lib.LXX ad edictum): «Invitus nemo rem cogitur defendere»; y D. 6.1.80 (Furio Anthiano, lib.I ad edictum): «In rem actionem pati non compellimur...».*

<sup>44</sup> A. Gómez-Iglesias, *op. cit.*, págs. 130-135.

<sup>45</sup> Lo cual sucedería con los bienes inmuebles que no son susceptibles de llevarse ante el magistrado o, como ya se ha visto, aquellos bienes muebles que fueron llevados a su presencia y cuyo resultado era el mismo. En el caso de presentarse el demandado y asumir la defensa y no presentar la cosa, podía ser condenado a lo que estimara, bajo juramento, el demandante (*quanti ea res est*); en caso del no pago de esa cantidad, de nuevo y al igual que sucedía en alguno de los casos ya contemplados, estaríamos ante la *missio in bona* mandada por el pretor. Ejemplos de ello los encontramos en el título 7, libro XLVI (*iudicatum solvi*) del Digesto.

<sup>46</sup> *Lex Gallia Cisalpina XXII: «... aut iudicio se non defendisset; praetorque isue quei de eis rebus Romae iure deicundo praerit in eum et in heredem eius de eis rebus omnibus ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscribere iue ueneireque iubeto».*

## 2.º Fase *apud iudicem*: sentencia y ejecución

En relación con la *litis contestatio*, se trata de un acto constitutivo de la relación procesal a diferencia con el procedimiento formulario en que ésta se constituye por el acuerdo de las partes sobre la fórmula y en la cual se pactaba entre ellas el objeto del litigio<sup>47</sup>. Con este acto terminaba la tramitación *in iure* y el proceso continuaba ahora ante el *iudex* hasta que éste emitía la sentencia; para lo cual, las partes podían aportar las pruebas que considerasen necesarias<sup>48</sup>, recayendo la carga de la prueba sobre la parte que hubiera realizado una afirmación.

En lo referente a la sentencia, se proclamará oralmente ante las partes por el juez o el presidente del tribunal si son varios los jueces. Por ella, se decide el derecho de las partes contendientes y el litigio queda zanjado. En cualquier caso, la sentencia debe contener una condena (*condemnatio*) o absolución (*absolutio*), en caso contrario sería nula.

Pero además, el juez podía renunciar a dictar su parecer (*sententia*) sobre un asunto (*iudicare*) previo juramento de no haber llegado a formarse una convicción sobre el asunto debatido (*iurare rem sibi non liquere*<sup>49</sup>), lo cual era bastante razonable, si tenemos en cuenta –como dice Paricio– que no cabía la apelación a la sentencia, por lo que el juez al dictarla debería tener las ideas muy claras prefiriendo abstenerse de dictar su parecer en caso contrario.

El cumplimiento de la sentencia –ejecución– se verificaba muchas veces voluntariamente por el que perdía el pleito. Así, el que perdía el proceso iniciado mediante la *legis actio sacramentum* perdía su parte de la *summa sacramenti* que iba en su totalidad a parar al vencedor aunque, probablemente, no era así inicialmente, quedando la apuesta para el templo y más tarde para el Estado.

En cuanto a la cosa reclamada, se le entregará al demandante vencedor, suponiendo que no la tuviera ya él en su poder de forma interina. En otras *legis actiones*, de no ocurrir así, había que recurrir al procedimiento de ejecución, que en esta época daba al litigante victorioso una intervención muy acusada, impregnada del recuerdo de los tiempos de la venganza privada (*manus iniectio*<sup>50</sup>).

<sup>47</sup> A. Biscardi, *op. cit.*, pág. 22; G. Sacconi, «Studi sulla *litis contestatio* nel processo formulare», Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 1982, pág. 47.

<sup>48</sup> La *confessio* y la aportación de testigos son los medios más importantes en esta época.

<sup>49</sup> Término escasamente recogido en las fuentes, en las que destacamos tres textos: *Aulo Gelio, Noct. Att. 14.2.25*: «... *iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum*»; *D. 42.1.36 (Paulo, lib.XVII ad edictum)*: «... *si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit, sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant...*»; *D. 4.8.13.4 (Ulpiano, lib.XIII ad edictum)*: «*Proinde si forte urgeatur a Praetore ad sententiam, aequissimum erit, si uret sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronuntiandum dari*».

<sup>50</sup> En la *Ley* de las *XII Tablas* se habla, incluso de la pena capital –ver nota 51– aunque éste ha sido un tema discutido por la doctrina en cuanto a la interpretación literal de dicha Ley o si debía interpretarse según su sentido genérico y no literal, significando la intervención de los acreedores en los beneficios que pudiera representar la venta de los bienes del ejecutado. Según *Quintiliano, Inst. orat.*

Cuando el que perdió el pleito tenía que entregar la cosa litigiosa, la ejecución estaría suficientemente garantizada con aquellos fiadores de que hablamos al tratar la *actio per sacramentum*. En los demás casos se utilizaban dos *legis actiones* ejecutivas: *manus iniectio*<sup>51</sup> y *pignoris capio*.

### III. PROCEDIMIENTO FORMULARIO

#### A) INTRODUCCIÓN

Como ya hemos visto en el sistema de las acciones de la ley, el poder de los pontífices y la rigidez de los ritos y palabras en el desarrollo del proceso, suponen un sistema poco flexible y nada dinámico ya que todo está fijado de antemano.

Con la aparición del sistema formulario, el pretor va a tener una mayor autonomía e intervención en el desarrollo del proceso, adquiriendo en ese mismo momento y, por ese hecho, mayor importancia su edicto (consistente en un programa de actuaciones que llevará el pretor a cabo de ser elegido). Es en el edicto, por tanto, donde el pretor corrige determinados aspectos del proceso que a su juicio puedan ser erróneos o excesivamente rígidos<sup>52</sup>. Va a surgir así un derecho (*ius honorarium*) que según la clásica expresión de Papiniano<sup>53</sup> tenía por fin «*ayudar, o suplir, o corregir el derecho civil*».

En cuanto al origen del procedimiento formulario, U. Álvarez Suárez<sup>54</sup> cree que se remonta a tiempos anteriores a la *Lex Aebutia* (h. 149-123 a. C.) si bien ésta lo equipara formalmente al procedimiento de las *Legis actiones* en cuanto a seguridad jurídica provocando, por su flexibilidad, la mayor utilización por las partes de este nuevo modelo y el consiguiente desuso del primitivo sistema, definitivamente abolido a partir de la promulgación en el año 17 a. C. de las *Leges*

3.6.51, se dice: «*Sunt enim quaedam non laudabilia natura, sed iure concessa: ut in XII tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit*». En este mismo sentido, Aulo Gelio, 20.1.46-49: «... *tertius autem nudinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant...*»; Tertuliano, *Apologetic.* 100.4: «*Sed et indicatos in partes secari a creditoribus leges erant: consensu tamen publico crudelitas postea erasa est, et in pudoris notam capitis poena conversa est bonorum adhibita proscriptio; suffundere maluit hominis sanguinem, quam effundere*».

<sup>51</sup> Como acabamos de ver —hechas las matizaciones pertinentes—, el vencido en juicio podía incluso ser matado por el vencedor, tal y como se recoge en la Ley de las XII Tablas: «*Tertius nudinis partis secanto*». En este sentido, hemos de decir que tras una *Lex Poetelia Papiria* (326 a. C.) se reguló la posición del *addictus* de manera que no pudiera ser matado o vendido como esclavo sino únicamente retenerlo hasta que con su trabajo hubiera devuelto la deuda, es decir, esta Ley va a suponer un paso importante en la sustitución de la ejecución personal de los deudores insolventes por la ejecución patrimonial.

<sup>52</sup> Ejemplos claros de ello son las *stipulationes praetoriae*, acciones *in factum*, etc.

<sup>53</sup> D. 1.1.7.1 (*lib.XII definitioinum*): «*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia...*».

<sup>54</sup> U. Álvarez Suárez, *op. cit.*, pág. 274; J. Miquel, «Curso de Derecho Romano», edit. PPU, Barcelona, 1987, pág. 49; A. Torrent, *op. cit.*, págs. 136-139.

*Iuliae*<sup>55</sup> (*l. iuliae iudiciorum privatorum* y *l. iuliae iudicorum publicorum*<sup>56</sup>), si bien siempre se mantuvo para algunos tipos de pleitos, como aquellos que se desarrollaban ante los *centumviri*.

Ya hemos dicho que este nuevo proceso introducido por la *Lex Aebutia* presentaba diferencias con el antiguo, de las que vamos a destacar dos principalmente: a) En sus alegaciones ante el magistrado, las partes no tienen que pronunciar rigurosas frases solemnes. b) El papel del magistrado es menos pasivo, es decir, no se va a limitar únicamente a seguir las pautas que se le marcan desde el colegio pontifical sino que va a tener un campo de mayor maniobrabilidad (del cual ya expusimos ejemplos anteriormente) facilitando mediante su edicto la aplicación del rígido *ius civile* e inventando nuevos medios procesales<sup>57</sup>. De esta forma, va a ser el magistrado el que, en un brevísimo escrito (*fórmula*) fija al juez cuál es la cuestión sobre la que ha de versar su sentencia<sup>58</sup>, c) La *legis actio* se desarrollaba oralmente<sup>59</sup>, mientras que el proceso *formulario* está esencialmente marcado por el pequeño escrito o documento llamado *formula* (sin perjuicio de que también tuviera lugar un debate oral).

En cuanto a la representación de las partes, en este tipo de proceso van a surgir dos figuras: el *cognitor*, que es un representante designado solemnemente para una causa concreta y en presencia del adversario<sup>60</sup>, y el *procurator*, adminis-

<sup>55</sup> A. Biscardi, «El proceso civil romano y las piedras angulares de su historia», edit. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 27.

<sup>56</sup> Gayo, *Instit.* IV. 30: «*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est ut vel qui minimum errasset litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas leges Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus*».

<sup>57</sup> Por ejemplo, las fórmulas con transposición de sujetos, es decir, aquellas en cuya *intentio* figura una persona que es sustituida por otra en la *condemnatio*: Gayo, *Instit.* IV. 82: «*Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praterquam ex certis causis*». Un ejemplo de estas fórmulas sería: «*Si Ticio debe a Sempronio 100, condena a Cayo a pagarle los 100 a Sempronio*». Sucedió esto en los casos de representación judicial en los que el absuelto o el condenado era el procurador, no el representado y también en todos aquellos en que el pretor extendía a ciertas personas (padres, dueños de esclavos, *bonorum emptores*) responsabilidades o derechos que el *ius civile* consideraba inexistentes o retenía injustamente en otras personas. Aparte de esto, también hubo otros medios tales como las acciones *utiles, in factum*, etc. U. Alvarez, *op. cit.*, pág. 369.

<sup>58</sup> J. Arias Ramos, señala en este punto la polémica doctrinal en torno a la persona que redactaba la fórmula, citando las posturas de Wlassak (quien se inclina por que era redactada por las partes asesoradas por los juristas, quedando la intervención del magistrado en un segundo plano) y Keller (favorable a la intervención del magistrado) inclinándose por esta última. J. Arias Ramos, *op. cit.*, pág. 177.

<sup>59</sup> H. Cuenca, *op. cit.*, pág. 52.

<sup>60</sup> Gayo, *IV. 83*: «*Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur...*». En este caso, se trata de una fórmula con transposición de sujetos de manera que, en aquellos casos en que actúa el representante, se transfiera el resultado de la sentencia al demandante. Por ello, tanto en las fases *in iure* como *apud iudicem*, va a ser el *cognitor* el que actúe contra el demandado. Sin embargo, a la hora de dictar la sentencia o la ejecución de la misma, se van a implicar al demandante y al demandado, es decir, que los efectos van a recaer sobre ambos.

trador de bienes ordinario, que se persona en juicio en nombre del administrador<sup>61</sup>.

La *iurisdictio* la van a ejercer en este proceso –a diferencia con el anterior– los pretores en Roma, los Consulares y *Iuridici* en los municipios y los *Praesides* y *Proconsules* en las provincias. Sin embargo, el juicio se va a seguir sustanciando ante los jueces, presentándose distintas clases: *unus iudex* o juez particular único, que será el encargado de valorar las pruebas y dictar sentencia. Algunos autores como J. M. Kelly<sup>62</sup> le atribuyen el conocimiento de los *iudicia privata*, basándose en testimonios como el de Plinio<sup>63</sup> y dejando los *iudicia publica* a los *centumviri* y *recuperatores*. Los primeros –*centumviri*–, forman un tribunal (ya mencionado en un apartado anterior) nombrados a propuesta de las partes. Según H. Cuenca<sup>64</sup> eran importantes para los asuntos de Estado, de sucesiones (testamentaria y *ab intestato*) y de la propiedad. Los segundos –*recuperatores*– nombrados a instancias del magistrado y que son parte de tribunales, normalmente compuestos por tres, cinco o más miembros pero siempre en número impar. Tendrán competencias en temas de orden público (delitos de lesiones, violencia, procesos sobre la libertad de un individuo, etc.). Por último, citar a los *decemviri litibus iudicantis*, órgano colegiado también, compuesto por diez jueces particulares y que van a decidir en temas relativos a causas de libertad o esclavitud de los ciudadanos.

Por otra parte, distinguimos (como ya hicimos en el proceso de las *legis actiones*) entre los días *fasti* (días hábiles judicialmente) y *nefasti* (días no aptos para el ejercicio de la actividad jurisdiccional). Además, hemos de señalar que el año judicial se hallaba dividido en dos períodos: uno de invierno (*menses hiberni*) y otro de verano (*menses aestivi*), interrumpiéndose la actuación judicial durante la época de las cosechas y los juegos<sup>65</sup>.

## B) LA FÓRMULA: CONCEPTO Y ESTRUCTURA

Para H. Cuenca<sup>66</sup> la *fórmula* era un «*comprimido jurídico elaborado de antemano por el Pretor, a disposición de los litigantes, que en forma silogística contenía dos proposiciones y una conclusión alternativa*»: «*Si paret... condemna. Si non paret... absolue*». Cuenca recoge también otras definiciones, como la de Wlassak, para quien la *formula* era «*un documento concreto en el cual se instituye un tribunal individual, el programa del*

<sup>61</sup> Gayo, IV. 84: «*Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur*».

<sup>62</sup> J. M. Kelly, «*Studies in the Civil Judicature*», cit., pág. 115.

<sup>63</sup> *Ep.* 33.9.

<sup>64</sup> H. Cuenca, *op. cit.*, pág. 26.

<sup>65</sup> Señalar a este respecto, que en cuanto a la interposición de acciones se tiene en cuenta el tiempo útil, que será el computado sobre los días *fasti*. En cuanto al lugar, seguirá siendo el *Comitium* (lugar del Foro donde se sentaba el pretor para impartir justicia) o el *Forum* (concretamente el *Forum Augusti*, en el que en época Imperial se impartirá justicia criminal).

<sup>66</sup> H. Cuenca, *op. cit.*, pág. 54.



*proceso, el documento de litigio*»; así como la de Wenger, quien entiende por *formula* según el sentido que se le otorgue bien como un *esquema de acción* bien como *formula escrita*.

Se distinguen en la fórmula unas partes principales y otras accesorias. Las primeras lo son en cuanto que un determinado tipo de acciones o fórmulas tendrá siempre las mismas partes de esa clase, mientras que las accesorias pueden darse o no o variar, no ya en cada tipo de acción sino incluso en cada pleito en concreto. Las partes principales son:

1.º La designación del juez o los jueces (*iudicis datio*).

2.º *Demonstratio*<sup>67</sup>, según Gayo, iba a la cabeza de la fórmula (antes que la *intentio*) y trata de aclarar o indicar el origen del cual se deriva el derecho alegado en las fórmulas con *intentio incerta*.

3.º *Intentio*<sup>68</sup>, expresión de lo que quiere el demandante; lo cual ha de ser probado para que la sentencia le sea favorable. Cuando la demanda no ha fijado un objeto determinado o una cantidad líquida, la *intentio* es *incerta*<sup>69</sup> y habrá que proceder a su estimación en dinero a efectos de la sentencia.

4.º *Condemnatio*, en la que se manda al juez que condene o absuelva<sup>70</sup> según resulten o no probadas las alegaciones hechas en la *demonstratio* y en la *intentio*.

La *condemnatio* es siempre a una cantidad de dinero<sup>71</sup>, unas veces determinada en la fórmula (*condemnatio certa*) y otras (*condemnatio incerta*<sup>72</sup>) indicando al juez el criterio para calcular esa suma de dinero. En algunas acciones, se ordenaba al juez

<sup>67</sup> Gayo, *Instit.* IV. 40: «*demonstratio est ea pars formulae quae principio ideo inseritur, ut demonstraret res de qua agitur velut haec pars formulae: quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit...*».

<sup>68</sup> Gayo, *Instit.* IV. 41: «*intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*».

<sup>69</sup> Permitiendo al *iudex* que determine sobre el valor de lo reclamado en determinadas acciones en que es difícil determinar la cuantía de la obligación del deudor (obligaciones personales) indicándole que determine: «... *quanti ea res est...*», «... *quanti interest...*».

<sup>70</sup> Gayo, *Instit.* IV. 43: «... *Si paret condemna... si non paret absolvet*».

<sup>71</sup> Gayo, *Instit.* IV. 48: «*Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*». La razón de la suma de dinero siempre como *condemnatio*, es un tema discutido que, según Betti, se debería a la costumbre primitiva de convenir entre las partes una composición pecuniaria (*damnum*) y después a la costumbre de deferir la determinación (*damnatio*) al *arbiter* en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. A. Torrent, *op. cit.*, pág. 141. Posición ésta de Betti, ni mucho menos mayoritaria y sí muy contradictoria, que señalamos dado que ya hicimos referencia a posiciones contrarias en anteriores momentos —véase nota a pie 34—.

<sup>72</sup> La *condemnatio incerta* podía ser en ocasiones *cum taxatione*, es decir, dejando al arbitrio del juez fijar la suma de dinero a la cual condenaba, pero señalándole un tope indicando una cantidad o cualquier otro límite de referencia (como por ejemplo, la masa de bienes que constituyen un peculio). En otras, se fijaba como límite a la condena el *quantum facere potest* que quería significar lo que el condenado podía pagar habida cuenta del patrimonio de que disponía: *beneficium competentiae*. En relación con esto último, es interesante la monografía de A. Guarino, «La condanna nei limiti del possibile», Jovene editore, Napoli, 1975.

que, como *poena temere litigantium*<sup>73</sup>, partiendo de un determinado valor, condenase al doble, triple o cuádruplo.

Este sistema de la *condemnatio* en dinero tenía el inconveniente de que no se lograban siempre directamente con la sentencia los deseos del demandante. Lo que quería éste muchas veces no era una cantidad de dinero, sino que se le entregase tal fundo o tal esclavo u otra cosa determinada. Para intentar paliar este grave inconveniente, el magistrado insertaba en la fórmula (no en cualquier fórmula sino en la de determinadas acciones) una cláusula (cláusula arbitraria<sup>74</sup>) en la cual, al ordenar al juez que condenase, le advertía que no lo hiciese si, obedeciendo a su indicación, el demandado adoptaba tal o cual determinación que se le señalaba consistente, fundamentalmente, en cumplir lo que el demandante había pedido<sup>75</sup>. Este tipo de cláusula la contenían algunas acciones reales y personales, aunque no encontrando ningún criterio específico para hacer una clasificación de acciones con cláusula arbitraria<sup>76</sup>.

Pero, a pesar de lo que venimos diciendo de la posibilidad de restituir por medio de esta cláusula, opina U. Álvarez<sup>77</sup> –siguiendo a Biondi– que no siempre por medio de estas acciones se va a perseguir tal restitución de la cosa, sino que en ocasiones también se va a pedir el pago de una cantidad de dinero. Todo ello, le lleva a pensar que sea una construcción justiniana con independencia de que en el período clásico esta cláusula arbitraria funcionara como un medio de suavizar la condena<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Pena impuesta a los que, con mala fe, litigan a sabiendas de que no van a conseguir nada, pudiendo, por ello, no sólo perder el juicio sino además, por esta temeridad o *infinitio*, ser condenados al pago del duplo del valor objetivo de la cosa.

<sup>74</sup> Gayo, IV. 163: «*Namque si arbitrum postulerit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, in sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur...*». I. 4.6.31 (*de actionibus*): «*Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisficiat (veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel noxali causa erum dedat), condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur: in rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni (...), in personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item quum id, quod certo loco promissum est, petitur: ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet (...)*».

<sup>75</sup> La función indicada, que la cláusula arbitraria estaba destinada a llenar, aparece claramente en cualquier acción cuyo objeto no consiste en una cantidad determinada de dinero: «*Si quies evitarte la condena pecuniaria...*», venía a decirse al vencido en el pleito, «... restituye la cosa», o «... paga» o «... exhibe».

<sup>76</sup> En efecto, así dentro de las llamadas *acciones reales*, contendrían dicha cláusula: *reivindicatio*, *hereditatis petitio*, *vindicatio servitutis (actio confessoria)*, *vindicatio usufructus*, *actio negatoria*, entre otras pocas más. En lo que respecta a las *acciones personales*: *actio ad exhibendum*, *actio doli*, *actio aquae pluviae arcendae*, *actio quod metus causa*, etc. Ha sido discutido por la doctrina que tanto la *actio confessoria* como la *actio negatoria* contuvieran la cláusula arbitraria. Así, Lenel negaba tal posibilidad mientras que otros como Segré la afirmaban.

<sup>77</sup> U. Álvarez, *op. cit.*, pág. 411 y ss. También debemos destacar el estudio que sobre este tema, concretamente, lleva a cabo L. Chiazese, «*Iusurandum in Litem*», Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1958, págs. 1-112.

5.º. La *adiudicatio*<sup>79</sup>, es habitual de las acciones divisorias dirigidas a repartir entre los condóminos una copropiedad (*actio communi dividundo*, *actio finium regundorum*, *actio familiae erciscundae*) atribuyéndole al *iudex* el poder de distribuir a cada uno la titularidad de la porción que le corresponda. La *adiudicatio*<sup>80</sup> figuraría antes de la *intentio* y después de la *demonstratio*.

Las partes accesorias de la fórmula son las siguientes:

1.º. Las *praescriptiones*<sup>81</sup>, iban a la cabeza de la fórmula, eran advertencias al juez, señalándose una circunstancia decisiva para ver si había de entrar o no en el fondo de la cuestión litigiosa o limitar el alcance de sus consecuencias<sup>82</sup>. Además, hemos de destacar que había prescripciones tanto en favor del demandante (*pro actore*) como del demandado<sup>83</sup> (*pro reo*).

2.º. La *exceptio* es, en la fórmula, el reflejo de aquel tipo de alegación del demandado que no consiste en una negativa rotunda del fundamento alegado por el demandante sino en señalar una circunstancia que, aun admitiendo la verdad de la base de la demanda, elimina su eficacia<sup>84</sup>. A la objeción que suponía la *exceptio*, el actor podía contestar. A su vez, el demandado podía impugnar esta contestación y así sucesivamente. De ahí que a veces el pretor insertase en la fórmula las consiguientes *replicationes*, *duplicationes*, etc.

### C) DESARROLLO DEL PROCESO: FASES *IN IURE-APUD IUDICEM*

#### 1.º. Fase *in iure*

Presentes las partes *in iure*, el demandante expone libremente cuál es su pretensión, señala la acción de que intenta valerse y pide al magistrado la obtención de la misma<sup>85</sup>. El pretor, para hacer uso de su poder de *dare et denegare actionem*, examinará en el primer caso, si se dan los supuestos necesarios que la acción

<sup>78</sup> Como además, muchas veces la condena era a un múltiplo del valor de la cosa objeto del litigio (calculado mediante *iusiurandum* del demandante), es lógico que el condenado se aviniese a obedecer la indicación del juez, siempre más ventajosa que el pago en dinero en tales condiciones. Ejemplos de ello los encontramos en *D. 12.3.1-11 (de in litem iurando)*.

<sup>79</sup> *Gayo, Instit. IV. 42: «adiudicatio est ea pars formulae qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum...».*

<sup>80</sup> Ejemplo de *adiudicatio* sería: «*Adjudica tú juez a Ticio cuanto procede adjudicarle*».

<sup>81</sup> *Gayo, Instit. IV. 130 y ss.*

<sup>82</sup> Un ejemplo de esto último, lo encontramos en *Gayo, Instit. IV. 131: «Ea res agatur cuius rei dies fuib».*

<sup>83</sup> Costumbre no conservada en época clásica, convirtiéndose finalmente las *praescriptiones pro reo* en *exceptiones pro reo*.

<sup>84</sup> La redacción de la fórmula se hace entonces sometiendo la sentencia a una doble condición: «*Si se demuestra (si paret) que es verdad esto (intentio), condena; a no ser que (si non, ac si non, quae de re non, praeterquam si, etc.) resulte cierto esto otro (exceptio)*». *Gayo, Instit. IV. 115 y ss.*

<sup>85</sup> La acción solicitada puede estar contemplada por el *ius civile* o por el *ius honorarium* (o sea, en el Edicto: *in factum, util, ficticia, con transposición*) o ser una nueva cuya creación se pide en ese momento.

requiere y en el segundo, la conveniencia o necesidad de proteger judicialmente la situación que se expone. Tras el debate entre el demandante y demandado se redactaba un escrito (*formula*) indicando quién era el juez designado y señalando a éste el punto o puntos sobre los que había de versar la prueba y según el resultado de ella, la sentencia. Si la resistencia del demandado imposibilita el acuerdo, pueden entrar en juego medidas muy desventajosas para él (pérdida del objeto litigioso, ejecución personal o embargo).

La tramitación *in iure* presentaba a veces algunas variantes celebrándose ante el magistrado determinados actos –*interrogationes, iusiurandum, confessio, cautiones*<sup>86</sup>– con la finalidad unas veces de asegurar la comparecencia del demandado y otras sin un fin determinado pero que suponía la terminación del pleito antes de llegar a la sentencia<sup>87</sup>.

Redactada la fórmula, el acto por el cual se cierra la fase *in iure* se sigue llamando *litis contestatio* aun cuando por el carácter escrito de la *formula* no hay en él la antigua invocación a testigos. La *litis contestatio*<sup>88</sup> significaba ahora la aceptación por los litigantes de los términos de la fórmula y la sumisión a lo que decida el juez.

Una vez aprobada la fórmula por el magistrado, el demandante hace una propuesta formal de la misma al demandado que la acepta o propone alguna modificación (por ejemplo, introducir una *exceptio*). A este acto, con el cual se

<sup>86</sup> J. Arias Ramos, *op. cit.*, págs. 188-190.

<sup>87</sup> Puede que se produzcan una serie de circunstancias que hagan que el proceso termine en esta fase (*in iure*): *Confessio in iure* (si el demandado reconoce los hechos), *Iusiurandum necessarium* (consistente en una oferta –*deferre*– que realiza el demandante al demandado para que haga un juramento solemne con el fin de que niegue la deuda y en el caso de que el demandado se niegue a prestar juramento, se podía ejecutar sobre su propiedad. Sin embargo él tuvo también derecho a devolver el juramento –*referre*– al demandante quien estaba obligado a jurar también con la amenaza de que si no lo hacía perdía el juicio; ambos casos suponen la terminación del proceso, bien abonando la cantidad o bien no debiéndola.

<sup>88</sup> Importante en este sentido es un párrafo de *Gayo (Instit. III. 180)* que dice: «... ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere». En este párrafo –así como en otros: *Gayo, Instit., III. 176, D. 46.2.29 (Paulo, lib.24 quaestionum)*, etc.– queda claro que en el proceso formulario se produce una novación tras la *litis contestatio* que cambia el objeto de la obligación del demandado del deber de dar una cosa por el de cumplir una condena de carácter pecuniario.

<sup>89</sup> En este sentido, G. Sacconi, examinando los textos de *Gayo (Instit. III. 176 y III. 180)*, concluye que dicho jurisconsulto parte del efecto extintivo de la novación y de la *litis contestatio*: III. 176: «Praetera novatione tollitur obligatio...»; III. 180: «Tollitur adhuc obligatio litem contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum...». A lo cual se añaden la opinión de jurisconsultos como *Paulo* y *Ulpiano* tal y como encontramos en los textos del *Digesto* –D. 46.2.29 (*Paulo, lib.XXIV quaestionum*), D. 18.4.2.8 (*Ulpiano, lib.XLIX ad sabinum*)– efectos que variarán en la *cognitio extra ordinem*. G. Sacconi, *op. cit.*, pág. 59. También destacar en este apartado B. Kupisch, «Cicero ad Atticum 16, 15, 2, zur litem contestatio im Formularprozess», ZSS, 96 (1979). Por su parte, B. Windscheid cree que con la *litis contestatio* no es que se produzca una novación, sino que, como consecuencia de la orden dada por el pretor, el juez sentencia; y con ello, si es que la sentencia es condenatoria, se realiza un derecho que antes existía simplemente como un valor. Pues bien, para Windscheid, esta realización de un derecho no es ninguna novación. B. Windscheid, «Polémica sobre la *actio*», edit. E. J. E. A, Buenos Aires, 1974, págs. 92 y ss.

cierra la fase *in iure* del pleito, se le sigue llamando *litis contestatio* y sus efectos son los de un negocio novatorio<sup>89</sup>: los respectivos derechos anteriores de cada una de las partes se convierten en el derecho a obtener una sentencia<sup>90</sup>. Así, las relaciones de crédito y exigencias de una *res*, se transforman en un sometimiento por las partes a la decisión judicial: es decir, a una satisfacción pecuniaria en caso de vencimiento en el pleito por el demandante o a no poder reclamar de nuevo su derecho si la sentencia no le es favorable.

De esta manera que acabamos de ver, la acción se consume (*actioconsumitur; tollitur*), es decir, es un instrumento del que el demandante no puede disponer dos veces sobre la misma pretensión<sup>91</sup> (*bis de eadem re ne sit actio*<sup>92</sup>). Esta extinción de la acción se verifica unas veces automáticamente (*ipso iure*<sup>93</sup>) y es, por tanto, el magistrado ante quien se intentase utilizar de nuevo el que lo impediría sin más; y otras, se hacía valer por una *exceptio*<sup>94</sup> opuesta por el indebidamente demandado de nuevo.

## 2.º. Fase *Apud iudicem*: Sentencia y ejecución

El *iudex* es un particular investido por el pretor de la función o autoridad de juzgar (*iussum iudicandi*); la fuerza de su *sententia* nace de aquí y de la sumisión

<sup>89</sup> En este punto es importante destacar las diferentes teorías que surgen a la hora de interpretar debidamente no sólo el carácter de la *litis contestatio* sino también sus efectos. En este sentido, subrayaremos las teorías de Wlassak (que se funda en la *voluntad de las partes*, es decir, en el origen privado del proceso, acordando los contendientes someterse a la sentencia o parecer de un juez: *carácter contractual*); Jahr (quien no va a admitir este carácter contractual de la *litis contestatio*, concibiéndola como un acto plasmado en unos documentos redactados en presencia de unos testigos y que cierra la fase *in iure* del proceso); y Carelli (que considera todo esto como un *decretum* del magistrado: continuar el juicio y ordenar al juez que dicte su parecer). A. Torrent, *op. cit.*, pág. 162; G. Sacconi, *op. cit.*, pág. 103; A. Biscardi, *op. cit.*, págs. 29 y ss. y 167 y ss. Además de ello, creemos también importante citar algunos textos de Gayo que tratan del carácter y efecto extintivo de la *litis contestatio*: Gayo, *Instit. III. 176, III. 180, IV. 106, IV. 107, IV. 108*.

<sup>91</sup> Windscheid cree que no es que se consuma la acción (ésta va a seguir siendo útil al demandante), sino que por medio de la *litis contestatio* lo que se produce es una exclusión del empleo de la *actio* sobre una misma pretensión; y lo que se va a consumir por efecto de la *litis contestatio* va a ser la obligación. En relación con ello, nos pone de ejemplo un texto de Gayo, *Instit. III. 180*: «*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione...*». B. Windscheid, «Polémica», cit., págs. 75 y ss.

<sup>92</sup> A. Biscardi, *Lezioni sul Processo*, cit., págs. 115 y ss. y 170 y ss.

<sup>93</sup> Para que esto operase, debía tratarse de un *iudicium legitimum*. Gayo, *Instit. IV. 107, III. 180*: «*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum...*». Se llamaba *iudicium legitimum* al que tenía lugar en Roma o en una milla alrededor de la ciudad, entre ciudadanos romanos y ante juez único y que había de celebrarse en un plazo máximo de 18 meses (independientemente de que el celebrado también en Roma pero por el pretor peregrino no fuese un *iudicium legitimum*, sino *imperio continentia*); también se consideran legítimos los procesos fallados por otros jueces en los municipios itálicos con arreglo a las leyes romanas, ante los magistrados municipales a los que se había delegado una jurisdicción de rango inferior y *iudicium imperio continentia* a los celebrados en las provincias. A. Berger, *op. cit.*, pág. 520; Gayo, *Instit.*, IV. 103 y ss.

<sup>94</sup> Gayo, *Instit. IV. 106*: «*Et siquidem imperio continentis iudicio actum fuerit sive in rem sive in personam, sive ea formula quae in factum concepta est, sive ea quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*». Destacaremos dos

de las partes con la *litis contestatio*. Así, se va a desenvolver ante uno o varios jueces la segunda parte del pleito con estos trámites: a) Exposición y defensa orales de la tesis de cada parte (*altercatio, orationes*). Intervención de los oradores (distintos de los *iurisprudentes*), b) Práctica de la prueba (*probationes*), c) Sentencia (*sententia*).

a) Para el debate oral, las partes se servían de oradores (*patroni, advocati*).  
 b) En cuanto a la prueba, cada una de las partes debe aportar la correspondiente a las afirmaciones que haga: «*necessitas probandi incumbit illi qui agit*». El demandado, mientras se limite a negar, no tendrá que aducir pruebas, pero sí lo hará en el caso en que alegue hechos frente a los expuestos por el actor, por eso: «*reus in exceptione actor est*». Los medios empleados usualmente de prueba<sup>95</sup>, solían ser: los *testigos*, quienes prestarán su declaración oralmente; los *documentos* (*scripta, tabulae*), en los que se atenderá a si es un documento público (valor *erga omnes*) o privado (sólo frente a la persona de quien provienen), la *inspección ocular*, los *dictámenes de peritos*. c) Por otra parte, la *sententia* se pronunciaba oralmente y en presencia de las partes. El juez podía abstenerse de resolver la cuestión declarando bajo juramento *sibi non liquere*<sup>96</sup> (no haber logrado formarse un convencimiento ni en un sentido ni en otro). El magistrado nombrará un nuevo juez<sup>97</sup>. Al dictar sentencia<sup>98</sup>, el juez debe atenerse a los términos de la fórmula: «*si paret... condemna, si non paret... absolve*», toda sentencia que recogiera un final distinto a éste sería nula<sup>99</sup> –al igual que sucedía en el caso de las *legis actiones*– y la sentencia condenatoria deberá consistir en el pago de una suma en dinero<sup>100</sup>, pues aunque cabe otro fin distinto, no sería éste el caso para un juicio que se desarrolla en su totalidad. Ésta es la característica principal de la condena en el proceso formulario, de manera que, a diferencia de lo que sucedía en el proceso de las *legis actiones* y lo que ocurrirá más tarde en la *cognitio extra ordinem*, hay un período de tiempo –tres siglos– en el que la condena va a consistir siempre en una estimación pecuniaria. Cuestión diferente será que, en casos excepcionales y sin que llegue a dictarse una sentencia –condenatoria– el litigio pueda resolverse de manera distinta.

de estas *exceptiones*: *exceptio rei in iudicium deductae* (utilizada para significar lo que ya ha sido objeto de *litis contestatio*) y la *exceptio rei iudicatae* (empleada para si lo pretendido ya ha sido objeto de sentencia en otro juicio anterior).

<sup>95</sup> La apreciación de la prueba será libre: el juez forma su opinión sin verse precisado legalmente a dar valor decisivo a tal o cual medio de prueba. No puede hacer indagaciones movido por su propia iniciativa.

<sup>96</sup> Esto era posible porque el juez no era magistrado o funcionario sino un simple particular.

<sup>97</sup> Los *iudicia legitima* expiraban si al año y medio de iniciados no se sentenciaban, los *iudicia imperio continentia* subsisten en tanto dure el *imperium* del magistrado ante el que se inician (un año en principio).

<sup>98</sup> La sentencia podrá ser absolutoria, condenatoria, declarativa de derechos o constitutiva en los juicios de división.

<sup>99</sup> M. Kaser, *Das römische*, cit., pág. 286.

<sup>100</sup> Esto nos indica que, al igual que sucedía en la *manus iniectionem*, el juez debía realizar una estimación del valor de la prestación incumplida y, en determinados casos, la llevaba a cabo el demandante bajo la supervisión judicial.

Una vez emitida la sentencia, ésta no podrá impugnarse por las partes, ya que se supone que deberá acatarse por éstas por proceder de la orden de un magistrado y de un acto voluntario expresado en la *litis contestatio*<sup>101</sup>.

Si el condenado no cumple la sentencia, será necesario recurrir a un procedimiento de ejecución, presentando el procedimiento formulario tres modalidades diferentes:

1.º. Sobre la persona del vencido en el pleito; incoada por la vía de la *actio iudicati*<sup>102</sup> que ha sustituido a la *manus iniectio*; si bien no va a suponer un procedimiento cuya ejecución se opere de manera inmediata, sino que da lugar a un nuevo proceso (ejecutivo) y, en su caso, a la condena del vencido<sup>103</sup> en juicio que, tras la *Lex Iulia de bonis cedendis* (17 a. C.), podrá sustraerse a tal ejecución personal cediendo todos sus bienes al vencedor para resarcir a éste con el importe de la venta de los mismos<sup>104</sup>.

2.º. Sobre el patrimonio en bloque del deudor (*bonorum venditio*) que se deriva de lo anteriormente dicho.

3.º. Ejecución patrimonial que no afectaba a la totalidad de los bienes del condenado sino únicamente a la parte que se estimase necesario (*distractio bonorum*).

Los efectos de la *actio iudicati* no se diferencian de los que producía la *manus iniectio* después de la *Lex Poetelia Papiria* (si bien, la ejecución que la *actio iudicati* va a procurar será ordinariamente de carácter patrimonial) entendiéndose, por supuesto, que tal ejecución no podría ser igual en ambos períodos, entre otras cosas, porque en el período de las *legis actiones* no existía ningún procedimiento que versara sobre los bienes del demandado vencido en juicio, salvo los casos de la *pignoris capio*.

La ejecución sobre la totalidad del patrimonio (*venditio bonorum*) fue establecida por el pretor. Comenzaba aquélla modalidad de ejecución autorizando al magistrado, a petición del que tenía a su favor la sentencia, una *missio in possessionem* que ponía en manos del litigante vencedor todos los bienes del vencido. Al frente de los bienes se ponía un administrador provisional (*curator bonorum*) y transcurrido un plazo de 30 días<sup>105</sup> (15 si el ejecutado había fallecido) se nombraba

<sup>101</sup> Si bien es cierto que, en ocasiones, el vencido en juicio no estaba obligado a cumplir la sentencia, pues ni siquiera se podría decir que existiera sentencia. Son casos como el no cumplimiento por el vencido en juicio fallecido, o si el vencido era un esclavo, no estaba obligado a cumplirla, etc.

<sup>102</sup> Estudio monográfico sobre este tipo de acción lo realiza L. Wenger en «Actio iudicati», Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

<sup>103</sup> J. L. Murga, «Derecho Romano Clásico: El Proceso», t. II, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1983, pág. 333.

<sup>104</sup> Esta posibilidad que se le presenta al ejecutado, no se introduce propiamente por la citada *Lex Iulia* sino que ya desde el siglo II a. C. se va introduciendo la posibilidad de ceder los bienes para evitar la ejecución personal –incluso existe una posible combinación de cesión de bienes y ejecución patrimonial– configurándose, poco a poco, lo que más tarde será la *distractio bonorum*.

<sup>105</sup> Plazo para dar publicidad de la ejecución: Gayo, *Instit. III. 79*: «*Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos xxx possideri et proscribi; si vero mortui, per dies xu...*».

un *magister* quien, previo balance del patrimonio y la redacción de una especie de pliego de condiciones para la subasta procedía, después de otro término de 10 o 15 días, a la venta al mejor postor de todo el patrimonio en bloque. La posición del comprador (*bonorum emptor*) es análoga a la de un heredero del ejecutado.

El sentenciado así ejecutado, caía en infamia. Para evitarlo, podía adelantarse, ofreciendo sus bienes a los acreedores, con lo cual podía lograr, además, que su responsabilidad quedara limitada a la cuantía de su patrimonio y no se extendiera a su propia persona. Lo gravoso de la *venditio bonorum* hizo que, para ciertos deudores (senadores, impúberes, pródigos) se introdujese la *bonorum distractio*, modalidad en la que no se nombraba *magister*, ni se vendía el patrimonio en bloque, sino que el mismo *curator* iba vendiendo bienes concretos hasta cubrir los créditos existentes contra el ejecutado. Poco a poco, la *bonorum distractio* se fue extendiendo, dejando de ser un privilegio y sustituyendo a la *bonorum venditio*.

#### IV. CONCLUSIONES

El sistema del *ordo iudiciorum privatorum* presentará –en general– unos rasgos comunes (carácter público<sup>106</sup> –no secreto–, no posibilidad de presentar apelaciones<sup>107</sup>, bipartición del proceso<sup>108</sup>, etc.) que lo van a diferenciar con respecto al tercer y último sistema procesal civil romano cual es el de la *cognitio extra ordinem*.

Pero a pesar de esos caracteres generales que determinan que los procedimientos de las acciones de ley y formulario se engloben como orden judicial privado, hay entre ellos importantes diferencias –a las que ya hemos aludido– de las cuales queremos dejar constancia:

1.º. A las excesivas rigideces y formalidades que determinan la existencia de un proceso encorsetado, áspero y espeso a la hora de celebrarse, se opondrá un nuevo modelo –tras la *Lex Aebutia* y las *Leges Iuliae*– mucho más suave y flexible en las formas gracias, fundamentalmente, a la acción –muy importante– del pretor.

2.º. Por otro lado, a pesar de la bipartición que caracteriza a ambos procesos a la hora de su desarrollo judicial –recordemos las fases *in iure apud iudicem*–, el

<sup>106</sup> Con lo que queremos referirnos a la asistencia de público, en ocasiones llevados por los mismos oradores a los procesos –mediando el pago de un dinero– para aplaudir sus intervenciones e intentar influir en el tribunal a la hora de decidir sobre el asunto.

<sup>107</sup> Dado que, como se ha dicho, se trata de un particular quien ha de dictar sentencia y que puede negarse a ello si no llega a tener un convencimiento claro sobre el asunto a él sometido. Cuestión totalmente diferente en el proceso extraordinario, en el que quien juzga no es una persona privada sino un funcionario público con superiores jerárquicamente establecidos y ante quienes legalmente podrán apelarse las decisiones emitidas por sus subordinados.

<sup>108</sup> Característica propia del *ordo iudiciorum privatorum* que no se dará en la *cognitio extra ordinem* en que todo el proceso se desarrollará en un único acto y ante una única persona encargada de preparar el litigio y dictar su parecer.



momento procesal que lo divide –*litis contestatio*<sup>109</sup>– va a tener efectos totalmente distintos en uno y otro sistema judicial –a los que ya nos hemos referido– destacando el efecto novatorio o de transformación de los términos acordados por las partes en el sistema formulario tras dicho acto, que va a originar que la condena –de producirse– no sea sobre el objeto reclamado y por el que se acude al proceso, sino que consista en una cantidad de dinero (*condemnatio pecuniaria*) –pese a las diferentes interpretaciones que del texto *IV. 48* de las *Institutiones* de *Gayo* se han hecho y han quedado reflejadas con anterioridad–. Sólo en situaciones muy concretas –supuestos en que medien acciones con cláusula arbitraria– se podrá recuperar el bien reclamado y no su valor.

En contraposición a esto, la condena en el proceso de las acciones de ley va a recaer, generalmente, sobre la cosa que origina el litigio (*ipsam rem*) y, muy excepcionalmente, consistirá en una suma de dinero producto de la valoración llevada a cabo por el juez (*litis aestimatio*).

---

<sup>109</sup> Momento que tendrá un carácter también distinto en el proceso extraordinario debido a la no bipartición del mismo, significando únicamente el paso de un primer acto de preparación del caso (citación, comparencia, etc.) a otro en que se han de valorar los hechos y dictar sentencia.