

LA NECESIDAD DE RETORNAR AL ESTUDIO DEL EDICTO PRETORIO*

La investigación romanística de nuestro siglo ha operado sobre las fuentes justinianeas con el arma de la crítica de interpolaciones en busca del Derecho clásico y, en los últimos tiempos, de las alteraciones postclásicas. Un último paso en esta línea histórico-crítica de nuestra investigación es el método de la confrontación o cotejo de textos para rehacer las vicisitudes de los mismos o historia textual, método al que Wieacker ha dado un impulso decisivo¹.

Hay un camino que desde Lenel ha quedado prácticamente relegado: nos referimos al estudio del Edicto pretorio. La reconstrucción de Lenel es una aportación todavía incommovible en sus líneas fundamentales. No tratamos de propugnar, hoy por hoy, una nueva reconstrucción del Edicto, aunque a la larga sería una meta final en la revisión de las ideas sobre el mismo. Nuestro propósito, de momento, es poner de manifiesto la necesidad de volver a estudiar el Edicto pretorio en sus diversos aspectos por tratarse de una fuente vinculada a las épocas republicana y clásica del Derecho romano. La clarificación de la significación y estructura del Edicto como fuente jurídica nos permitirá una mayor penetra-

* Este trabajo ha sido presentado como comunicación en forma sintética y desprovisto de aparato bibliográfico al XXI Congreso de la Société Internationale "Fernand de Visscher" pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, celebrado en Salamanca (setiembre, 1966).

1. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1960. Esta obra constituye un hito fundamental en la metodología de la investigación romanística en cuanto significa un freno frente a la tradicional actitud crítica en materia de interpolaciones. Al poner de manifiesto las vicisitudes de los textos nos obliga a distinguir entre la historia del texto (Textgeschichte) y la historia de su contenido jurídico (Rechtsgeschichte). No todas las alteraciones se deben a cambios en el pensamiento jurídico. La obra de WIEACKER es una llamada a la prudencia crítica.

ción en la historia de la vida jurídica clásica. Creemos que no se ha valorado en toda su amplitud la gran posibilidad que el Edicto significa en la investigación del pensamiento jurídico romano, precisamente porque el gran esfuerzo investigador se concentró, como hemos dicho al principio, en la crítica de las fuentes justinianas de modo primordial, olvidando que sobre la gran realización de Lenel era posible avanzar más adelante en el conocimiento de la fuente más original y básica del Derecho romano, clave para aclarar la historia de muchas instituciones. Las ideas acerca del Edicto han permanecido invariables en lo que va de siglo, si prescindimos de la polémica respecto a la codificación del mismo, que Guarino provocó, y que cae fuera del propósito de este trabajo².

El aspecto que, en nuestra opinión, exige una revisión más urgente, es el de la significación o naturaleza del Edicto como fuente jurídica en el cuadro de la formación del Derecho desde los últimos siglos de la República.

La significación o naturaleza del Edicto se encuentra ante la siguiente alternativa: ¿se trata de una ordenación jurídico-material o de un sistema procesal? La romanística moderna, en general, ha venido admitiendo una separación o distinción entre dos campos jurídicos presentándolos, a nuestro entender, como excesivamente escindidos: *ius civile* y Edicto. Esta duplicidad de fuentes ha gravitado demasiado dogmáticamente sobre la investigación de nuestra época al hacer la historia de cada institución. Se contraponen demasiado rígidamente instituciones civiles a instituciones preto-

2. GUARINO, *Salvius Julianus. Profilo bio-bibliografico*, Catania, 1946; *La leggenda sulla codificazione dell'Editto e la sua genesi*, en *Atti Congresso Inter. Dirit. Romano di Verona*, II, Milano, Giuffrè, 1951, 167-83; *L'esaurimento del ius honorarium e la pretessa codificazione dell'Editto*, en *Studi Albertario*, I, Milano, Giuffrè 1953, 625-57. En estos estudios se apoya la conocida tesis de GUARINO contra la doctrina tradicional de la codificación del Edicto por obra de Salvio Juliano. Los argumentos de GUARINO han tenido por lo menos la eficacia de poner de manifiesto la debilidad de los puntos de apoyo de las ideas tradicionales. No se puede admitir una verdadera tarea codificadora y la labor llevada a cabo por Salvio Juliano se ha convertido en materia discutible. Quizá haya que enfocar la labor de Juliano como *ordinator edicti* bajo otra dirección, como señalaremos en un próximo estudio. Para la finalidad del presente trabajo es suficiente hacer constar la menor importancia que hoy se atribuye a la labor de Salvio Juliano respecto al Edicto.

rias y un sistema edictal frente a otro civilístico, cuya más destacada expresión serían los *libri iuris civilis* de Sabino. Sin embargo, no se ha hallado una explicación convincente al sorprendente hecho de que en el sistema de Sabino se hallen instituciones consideradas de origen pretorio; así la *emptio-venditio* y la *societas*, a continuación, respectivamente, de la *mancipatio* y de la *communio*. La explicación de que estas últimas instituciones civiles atrajeron a las primeras por analogía, como suele admitirse, es insuficiente³. En el fondo de esta cuestión está la tendencia a ver dos campos distintos, uno procesal, el ámbito del Edicto, y otro institucional o jurídico-material, el *ius civile*. A su vez ello supone la proyección de una idea moderna, la de distinguir Derecho y Proceso de un modo que los romanos no pudieron haberlo hecho. El Edicto habrá que valorarlo prescindiendo en lo posible de los defectos de enfoque tradicionales al objeto de aprehender mejor su verdadero papel histórico. Vamos a intentar una revisión del significado del Edicto que nos llevará sucesivamente a estos puntos fundamentales: I (Edicto y *legis actiones*); II (*Fomula actionis* y *iudicia legitima*); III (*Fictio legis actionis*); IV (Aspectos de la ordenación edictal) y V (Conclusiones).

3. Se llegó a negar la pertenencia de la *emptio-venditio* y la *societas* al sistema de Sabino por FREZZA, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, en *RISG*, n. s. VIII, 1933, 449. En general la delimitación del llamado sistema de Sabino desde la reconstrucción de LENEL (*Das Sabinussystem*, en *Festg. Strassburg f. Jhering*, 1892 y *Palingenesia*, II, 1257-8) hasta la de SCHULZ (*History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, 157-8) ha sido realizada partiendo de la separación entre instituciones civiles y pretorias con cierto apriorismo. De ahí el problema de la admisión o no de la *emptio-venditio* y la *societas* en el sistema de Sabino. En nuestra opinión, el *ius civile* se vio superado por la actividad de la *iurisdictio praetoria* desde la *lex Aebutia*. Se trataba de un grupo de instituciones en torno a la familia como núcleo, que quedaron anquilosadas ante las nuevas relaciones del tráfico crediticio a las que el Edicto dio entrada. Por eso el *ius civile* como cuadro institucional se detuvo y el conjunto de sus instituciones resulta reducido y discutible; por tanto para precisarlo no hay que acudir a una rigurosa distinción a priori entre institutos civiles y pretorios como procedentes de sistemas contrapuestos o separados.

I

Dejando aparte el problema de la aparición de la pretura y del *Album*⁴ pretorio, la formación histórica del Edicto es el resultado de la evolución progresiva del Derecho y del Proceso a lo largo de la historia de las *legis actiones*. El *Album* edictal no es una creación espontánea de la *iurisdictio* pretoria sino el producto, en gran parte, de una evolución histórica en donde confluye un largo desarrollo que, desde las XII Tablas y a través de las *legis actiones*, conduce a la estructura edictal. En efecto, como hemos puesto de manifiesto en nuestro reciente estudio sobre las *legis actiones*⁵, éstas no son otra cosa que *modi agendi ex lege* en cada uno de los cuales se encierra una concepción nueva y distinta del Derecho y del Proceso en una evolución progresiva que conduce al procedimiento formulario. Así, las dos primitivas *legis actiones*, *agere sacramento* (*vindicationes*) y *manus inieccio*, no son más que formas de manifestación de la *potestas* del *paterfamilias* (*manus*) dirigidas a la afirmación de un poder físico excluyente sobre su grupo familiar frente a los demás. Responden a una concepción de la familia como núcleo de poder frente a otros grupos análogos y a una concepción del Derecho como afirmación ritual de la *potestas* sobre personas y cosas (*vindicationes*) o bien el apoderamiento ritual de otra persona en casos justificados (*manus inieccio*). En esta etapa surgen únicamente *modi acquirendi* (*mancipatio* y *usus*) como proyección del poder excluyente que la *manus* significa y los únicos bienes importantes son las *res mancipi*. No existe el tráfico crediticio en gran escala ni una economía monetaria propiamente dicha, y por tanto se desconoce el concepto de *obligatio* como

4. El antecedente del *Album* pretorio del mismo modo que el de la *iurisdictio praetoria* habrá de buscarse en el colegio pontifical y el *ius pontificale*. El carácter sacral de las *actiones* en cuanto originariamente fueron ritos acompañados de una *sacratio iurisiurandi* estuvieron bajo el control de los pontífices que determinarían en cada caso la correcta realización del ritual. El *ius* vendría determinado o controlado en la manifestación ritual que cada parte hacía; tal sería la *iurisdictio* o determinación de las posiciones jurídicas sobre las cuales habría de decidirse *quod iustum est: sacramentum iustum-iniustum*.

5. FUENTESECA, *Las legis actiones como etapas del proceso romano*, en *AHDE*, 34, 1964, 209-233.

vinculum iuris. El nacimiento de la *obligatio* como *vinculum iuris* se produce con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, creada por las XII Tablas, según Gayo, IV, 17 a. Con este *modus agendi* se sanciona la promesa o vínculo nacido de una *sponsio-stipulatio* y la posibilidad de exigir —*actio*— una conducta como deber de otra persona —*obligatus*—. El pretor instaure un *iudicium* otorgando un *iudex* que valorará la *obligatio* nacida *ex sponsione* y hará una *condemnatio pecuniaria*. Surge así el *iudicium* propiamente tal, es decir el procedimiento a través del cual el *iudex* decide una controversia, puesto que en el *agere sacramento* los *iudices decemviri* no hacían una *condemnatio*. Por otra parte la verdadera bipartición del Proceso se produce desde entonces en cuanto la actuación *apud iudicem* adquiere una importancia fundamental. En este sentido *iudicium* es también actuación *apud iudicem*. Este *iudicium* se concreta en un esquema de actuación para el *iudex* (*Si paret ex sponsione dare oportere, condemna; si non paret absolve*) que es un claro antecedente de la fórmula. Este *iussum iudicandi* nos sitúa ante el *agere per formulas*. Un paso más y último en este camino es la *legis actio per conditionem* en la cual el pretor otorga un *iudex* aunque no haya mediado *sponsio-stipulatio*, es decir, *obligatio verbis*; hasta la existencia de una *datio mutui* (*obligatio re contracta*) o acto de entrega real de *pecunia certa* o *res certa* (= *res quae pondere numero mensura consistunt*). Entonces surge el deber de devolución (*dari* o *reddere oportere*) y el esquema del *iudicium* es todavía más simple, puesto que no se menciona la causa; prácticamente es una *conceptio verborum*. El paso hacia el *agere per formulas* estaba dado y forjada la noción de *iudicium legitimum*.

La instauración de *iudicia* por el pretor arranca, pues, de la misma *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, pero el *iudicium* se convierte en característica propia del *agere per formulas*. Aunque a veces *iudicium* parece haber significado fórmula, nos inclinamos a creer que *iudicium* en la aplicación normal del término viene a significar procedimiento ante un *iudex*, es decir *apud iudicem*.

II

El Edicto a partir de la *lex Aebutia* tiene como pieza más importante la *formula actionis*⁶, que constituye una *conceptio verborum*, una síntesis o esquema conceptual, y no una formulación ritual de *verba solemnia* como fue la característica de la época de las *legis actiones*. La *formula actionis* típica debió de basarse en el

6. El *album* contenía *tituli, rubricae, cláusulas*, o edictos generales y al mismo tiempo *formulae* cuyo esquema podía adaptarse al caso concreto para instaurar el *iudicium*. La antigua idea de que las *formulae* constituían una sección aparte, como un doble *Album* o parte especial conteniendo solamente *formulae*, fue rechazada ya por RUDORFF (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Weimar, 1863, III, 1, 42).

Fórmula en nuestra opinión es la condensación o síntesis (sin duda escrita; vid. recientemente BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, Giappichelli, 1967, 210 ss.) de la noción de *actio* como actuación mediante *verba solemnia* de la época de las *legis actiones*; es una *conceptio verborum*. Tampoco es un *iudicium*, sino el esquema para instaurar un *iudicium* = procedimiento *apud iudicem*. En la *formula* se encierra la *potestas agendi*, una nueva noción de *actio*. La diversidad de *fórmula* se confunde a veces con la diversidad de *actiones*, ya en época clásica (Gayo, IV, 91: *cum in rem actio duplex sit... per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem* 93: *Per sponsionem... deinde formulam edimus*) y es clara la tendencia Justiniana a sustituir la expresión *formula* por *actio* dada la difusión de este concepto, como ya hizo notar RUDORFF (*Zeitschrift f. Rechtsgesch.* cit. 49-50). Por ejemplo, D. 21,1,38 ... *et in actione et in edicto adiectum est = et in formula et in edicto ...* WLASSAK había observado esta dualidad terminológica y pensó en un doble significado o aplicación de *actio* más bien que en interpolaciones (Cfr. *Edict und Klageform*, Jena, Fischer, 1882, 59), pero por otra parte admite (precisamente en el mismo estudio, cit. 104) que se dan nombres colectivos o comunes para designar grupos de *actiones* (así *actio confessoria* y *negatoria*, *actio praescriptis verbis*) lo cual quizá haya que referirlo, en nuestra opinión, al confusionismo tardío entre *formula* y *actio*, partiendo de una distinción clásica entre *actio* como *potestas agendi* y *formula actionis*, como hemos visto en Gayo a propósito de la *actio in rem duplex*, que no es tal, sino *formula duplex*. Frente a la *formula actionis* cabría hablar quizá de *formula petitionis* o *formula petitoria* enraizadas cada una de ellas, respectivamente, en la idea de *actio* la primera y en la de *petitio* la segunda. El punto de partida para todo lo que acabamos de exponer respecto a la *formula actionis* se halla, en nuestra opinión, en el hecho constatado por Gayo de la existencia de *formulae ad legis actionem expressae* (IV, 33) que vienen a ser *actiones* (= *formulae*) que contienen la *factio* de una

esquema breve y abstracto de la *legis actio per conditionem*: *ait te mihi dare oportere*. Con esta base se establecería la fórmula instauradora del *iudicium*: *si paret dare oportere condemna; si non paret absolve*. Esta fórmula o esquema recogía claramente los términos de la *legis actio per conditionem*, última manifestación en la historia de los *modi agendi ex lege*. La *lex Aebutia* no habrá hecho más que generalizar la aplicación de este esquema o síntesis de la esencia misma de la *actio* y así nació la *formula actionis* primera que fue la de la *condictio* mediante la cual se instauraba un *iudicium legitimum*⁷.

La antigua idea de la *lex* como vínculo sacral que engendra el *ius* y que se seculariza —es decir, pierde su carácter sacral con las XII Tablas— deja una huella que perdura todavía en el *agere ex lege* en cuanto las *legis actiones* son todas actuaciones verbales vinculantes⁸. De ahí que signifiquen al mismo tiempo un *certis et*

legis actio y por tanto *quae ad legis actionem exprimuntur* (Gayo, IV, 10).. Únicamente la *legis actio per conditionem* no necesita de fórmula con *fictio* y así la fórmula de la *condictio* formularia tiene vigor propio: *sua vi ac potestate valere* (Gayo, IV, 33).

7. La finalidad de la *lex Aebutia* se ha clarificado grandemente en los últimos tiempos y se ha limitado su importancia, antaño desmesurada, concretándola en un hecho: la legitimación de las *conditiones* —*certae creditae pecuniae* y *certae rei*— o dicho en otros términos, la elevación al rango de *iudicia legitima* de dichas *conditiones*. Es mérito simultáneo de KASER (*Die lex Aebutia*, en *Studi Albertario*, I, cit. 27-59) y de BISCARDI (vid. ahora *Lezioni sul processo*, cit. 146 ss.) el haber llevado a conclusiones claras esta idea apuntada esporádicamente por viejos autores. Sin embargo, creemos que podría simplificarse más todavía la finalidad de la *lex Aebutia* de acuerdo con cuanto venimos exponiendo. No se trataría de que la *lex Aebutia* legitimase la fórmula de la *condictio*, sino simplemente que autorizase como *formula actionis* los *verba solemnia* de la *legis actio per conditionem*: *ait te mihi dare oportere*. El primer tipo de *iudicia legitima* nació así como *fórmula legitima* en cuanto esquema de la *legis actio per conditionem*. Por eso como nos informa Gayo (IV, 33) no hay una fórmula con *fictio* de dicha *legis actio*. No hay que argumentar (cfr. BISCARDI, *Lezioni*, cit. 149-50) que ello se debe a la desaparición de la *legis actio per conditionem*, porque lo que ocurrió fue precisamente que los *verba solemnia* se convirtieron en *formula actionis*. La primera y verdadera *formula actionis* fue la *condictio* y las restantes *legis actiones* podrían hacerse valer *per formulam* gracias a la *fictio* de la *legis actio* correspondiente.

8. No podemos detenernos ahora en una exhaustiva aclaración de las

solemnibus verbis agere. Por eso la noción de *lex* se mantiene en la expresión *iudicium legitimum*, que sería originariamente el *iudicium* instaurado mediante la fórmula obtenida de la *legis actio per conductionem* que antes mencionamos. Frente a este primer grupo de *iudicia legitima* debían hallarse los *arbitria honoraria*,

relaciones entre *ius* y *lex* aquí esbozadas y únicamente queremos señalar que ambas nociones se enraizan conjuntamente en la idea de vinculación sacral primitiva. El *iusiurandum* es la noción genética de ambos conceptos que arrancan de la misma idea de vínculo religioso y sacral antes de las XII Tablas, las cuales significarían la secularización de las nociones de *ius* y *lex*. La *lex publica* pasa de la prehistoria a su momento histórico en función de un cambio que implica la adecuación de la ciudad al modelo de la *polis* con la conciencia ciudadana de una actividad normativa autónoma según FREZZA (*Preistoria e storia della lex publica*, en *Archives de Droit Privé*, XVI (1953), 70) y las XII Tablas serían la línea de demarcación (op. cit., pág. 63). La divisoria trazada por FREZZA nos parece certera, pero entendiendo las XII Tablas como momento de secularización de los vínculos religiosos patricios convertidos en preceptos vinculantes para todo el *populus*. Así nacería la *lex publica* como *lex populi* perdido su carácter sacral. Dejaría de ser la *lex* una especie de *coniuratio*, como lo fue la *lex curiata de imperio* según la muy verosímil hipótesis de LATTE (cfr. *Kleine Schriften*, Munich, Beck, 1968, 341 ss.). No consideramos admisible la idea de KASER (*Das altrömische Ius*, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1949, 67) de la independencia originaria de los conceptos de *ius* y *lex* que permanecerían como campos distintos hasta que las XII Tablas establecieron una decisiva vinculación (op. cit. pág. 68). El punto de unión histórico de ambos conceptos hay que verlo precisamente en las denominadas *legis actiones* y especialmente en el *agere sacramento* anterior sin duda a las XII Tablas. Con éstas las nociones de *lex* y *ius* se secularizan y separan del monopolio religioso patricio y la *lex* comienza a tener el sentido de *lex populi*. Si la *lex curiata de imperio* implicaba un vínculo militar —y sacral también— mediante *coniuratio* (vid. LATTE, op. cit. 347) ello sería una confirmación más de la noción común de *sacramentum*, tanto respecto al *iusiurandum* de los soldados como al de las partes litigantes en el *agere sacramento*, unidad conceptual que KUNKEL ha puesto de manifiesto. En ambos casos la idea de un vínculo sacral está presente, nacido de un *iusiurandum*; es una *sacratio iurisiurandi*. Desde las XII Tablas al vínculo religioso patricio, que era la *lex* en cuanto resultado de una *coniuratio*, se sustituye la idea de vínculo secularizado —apto para patricios y plebeyos— entre los miembros del *populus romanus Quiritium* y ciertos actos rituales constituirían un vínculo civil —*inter cives*— obligatorio como la *mancipatio*, *sponsio*. Primero sería el vínculo nacido en función del grupo —*ex iure Quiritium*— y luego el vínculo privado entre dos *cives* —*sponsio*— los cuales considerarían deber —*oportere*— la vinculación en

puesto que Cicerón admite de modo sorprendente y dilemático la dualidad *iudicia legitima — arbitria honoraria*⁹. Ello significa que en su época esta distinción estaba vigente y que acaso haya sido la *lex Julia iudiciorum privatorum* la que estableció una nueva noción de *iudicia legitima* prescindiendo de la noción de *lex* y

virtud del respaldo *ex lege*. El *agere* sacramento es anterior, por tanto, a la noción secularizada de *lex* de las XII Tablas; es el punto mismo de arranque del *agere ex lege*. Las demás *legis actiones* son posteriores y obedecen al concepto de *lex* secularizado de las XII Tablas, ajeno ya al *iusiurandum* y por ello al *sacramentum* como ritual. En definitiva *lex* y *ius* se unen en época arcaica en la noción de *agere sacramento*, de la cual arranca el concepto posterior de *legis actio* como actuación verbal de un vínculo solemne de raíz sacral. Por eso el *agere sacramento*, más que una verdadera *legis actio* es la idea genérica y básica de que parten las *legis actiones*. *Agere sacramento* y *lex sacra* son ideas paralelas fundadas en la *sacratio iurisiurandi* y a la misma idea responde la *lex curiata de imperio* en cuanto *coniuratio* y quizá precedente del *sacramentum militis*.

9. Cic. *Pro Roscio com.* V, 15: ... *perinde ac si hanc formulam omnia iudicia, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint...* 'El binomio o dualidad *iudicia legitima — arbitria honoraria* se refiere claramente a la *formula* y se presenta como equivalente, de modo exhaustivo, al posterior binomio gayano *iudicia legitima—iudicia imperio continentia*. En el *Edictum* podría hacerse valer una *formula actionis legitimae* o bien una *formula arbitraria* (*iudicium legitimum — arbitrium honorarium*). La primera *formula actionis* fue la de la *condictio* y las demás con *fictio legis actionis*. Estas serían las *formulae* de los *iudicia legitima* frente a los cuales solamente existiría otra categoría de fórmulas: *arbitria honoraria*. Estos *arbitria* no eran *arbitria ex compromisso* como BROGGINI (*Iudex Arbitrere*. Köln-Graz, Böhlau, 1957, 210 ss.) ha defendido con razón frente a WLASSAK; pero tampoco eran solamente los *arbitria ex fide bona* e *in bonum et aequum* como BROGGINI piensa (op. cit., pág. 217). *Arbitria honoraria* serían todos los basados en una fórmula de creación pretoria sin apoyo en una *legis actio*. Base jurídica de dichos *arbitria* sería el *imperium* o *auctoritas praetoris* como en el caso de los *interdicta*: tanto ante el *praetor urbanus* como ante el *peregrinus*. Desde las *leges Juliae* se habrá establecido con la extensión de la noción de *iudicia legitima*, la denominación también nueva de *iudicia imperio continentia*: el término *iudicium* se generalizó. Por de pronto todas las *formulae cum demonstratione* serían originariamente *arbitria honoraria* que pasaron a *iudicia*.

La *lex Julia* vendría a ampliar o extender la denominación de *iudicia* a los *arbitria honoraria* estableciendo la categoría de *iudicia imperio continentia*. En este punto estamos de acuerdo con BONIFACIO (*Iudicium legitimum*

pensando exclusivamente en la *mors litis*. Desde entonces los requisitos de los *iudicia legitima* quedaron fijados, de tal modo que podía existir un *iudicium ex lege* que no fuese *legitimum* y viceversa. La distinción básica de la época clásica que llega hasta Gayo va a ser la dualidad entre *iudicia legitima*, por una parte,

e *iudicium imperium continens*, en *Studi Arangio-Ruiz*, II, Napoli, Jovene, 1953, 219) en que la distinción *iudicia legitima* — *imperio continentia* no es anterior a la *lex Julia iudiciorum privatorum*, pero discrepamos de BONIFACIO en la valoración de dicha *lex* en cuanto éste le atribuye la finalidad de regular el proceso y no las *actiones* (op. cit. 220). En nuestra opinión, la *lex Julia* trató de suprimir la distinción de raíz histórica entre *iudicia legitima* cuyo instrumento procesal era la *formula actionis legitimae* (vinculada a la idea de *legis actio*) y los *arbitria honoraria inter cives, in urbe Roma* y ante un *iudex unus romanus*. Estos *arbitria* cuya fórmula era análoga —piénsese en las *formulae cum demonstratione*— podían perfectamente considerarse *iudicia* y así establecer dos nociones de *iudicium* exhaustivas; es decir, una bipartición absoluta: Gayo, IV, 103: *omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur*. Acaso detrás de esta regulación de la *lex Julia* haya la influencia de un cambio en la concepción de la *iurisdictio*: la noción de legitimidad o *iudicium legitimum* (con *formula actionis legitimae*) se desvincula de su origen que eran las *legis actiones* para circunscribirse a una razón territorial —*Urbs Roma*— y *ratione personae* (*cives romani*) *litigatoris et iudicis* (*iudex unus*). A esta diferencia formal se uniría la de la *mors litis* (dieciocho meses para los *iudicia legitima*), puesto que diferencias sustanciales decisivas no existirían entre *iudicia imperio continentia* y *legitima*.

La antítesis entre *iudicia legitima* y *arbitria honoraria* en época ciceroniana no ofrece duda alguna y refleja una situación que comprende la etapa entre la *lex Aebutia* y la *lex Julia*. La idea de *legis actio* está latente todavía durante este período en los *iudicia legitima* frente a los *arbitria* basados únicamente en el *imperium praetoris*. Este es el caso de los *iudicia bonae fidei* que Cicerón califica de *arbitria in quibus addretur ex fide bona* (*de off.* 3,17,70) y al mismo tiempo *iudicia sine lege* (*in quibus additur ex fide bona, de off.* 3,15,61).

En nuestra opinión, *formula* es *conceptio verborum*, como Gayo IV, 39 dice respecto a *interdicta*; esquema o modelo, ya desde época ciceroniana como KÜBLER, *ZSS*, 16, 1895, 137 ss. ha visto. *Formula* y *actio* en origen son la misma idea: *verba solemnia* primero y *verba concepta* después. *Iudicium* es una *conceptio verborum* concreta; es la instauración de un litigio concreto ante un *iudex* —ante tribunal— y por tanto una fórmula concreta entre dos partes. En textos epigráficos se habla de *concipere iudicium in ea verba* (cfr. BISCARDI, *Lezioni*, cit. 215).

en cuanto *legitimo iure consistunt* (Gayo, IV, 103) y por otra *iudicia quae imperio continentur*.

Los *iudicia legitima* coinciden con las *actiones legitimae* en cuanto éstas son precisamente *actiones* surgidas de una *lex* en época republicana (*actiones ex lege*)¹⁰. El *ius civile* emana de las *leges publicae* y de la *interpretatio* de las mismas. Con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* había nacido el *iudicium legitimum ex sponsione* y con la *legis actio per condictionem* se da el paso definitivo que convierte en abstracta la afirmación ritual —*actio*— del demandante: *aito te mihi dare oportere*. La abstracción es ya prácticamente una fórmula y hace surgir el problema de la causa (existencia o no de una *mutui datio*). Otros casos de entrega con acuerdo de devolución pueden servir de *causa credendi* en cuanto se generaliza el fenómeno crediticio.

III

La fórmula es por tanto un esquema abstracto y deja de ser típica de una determinada *actio* (deja de ser una formulación verbal tipificada como en las *legis actiones*) y se convierte así en un medio o instrumento de hacer valer una demanda en juicio: *rem in iudicio deducere*. Con base en la fórmula se establece la *litis contestatio* y la *actio* queda deducida en juicio porque *actio* significa desde entonces mera posibilidad o *potestas agendi*, esto es, *ius persequendi iudicio*, como más adelante va a decir Celso¹¹. El proceso se encauzará a través de la *formula actionis*, mecanismo apto para diversos contenidos en cuanto es abstracto y por ello susceptible de

10. Las *actiones ex lege* contenidas en el Edicto se remontan a época arcaica —salvo una— y por tanto se hacían valer a través de las *legis actiones* o *modi agendi ex lege* (cfr. la lista en MAGDELAIN, *Les actions civiles*, París, Sirey, 1954, 13-14); anteriormente KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element in römischem Schuldrecht*, en *Festschrift Koschaker*, II, Weimar, Böhlau, 1939, 4, nota 4). La generalización de la expresión *actio civilis* es tardía como MAGDELAIN ha puesto de manifiesto (op. cit. pág. 8 ss.).

11. Sobre el alcance y claridad de la definición de Celso (D. 44,7,51; 3 dig.) vid. nuestro estudio *Reflexiones sobre el enigma de la tricotomía actio petitio persecutio* en el próximo vol. de AHDE (1970).

aplicaciones analógicas; incluso cabe dentro del esquema formulario una *fictio*. En efecto, las *fictiones* fueron el instrumento de trasvase, por así decirlo, del contenido de las antiguas *legis actiones* en el *agere per formulas*. Biscardi ha puesto de manifiesto la importancia de las *actiones quae ad legis actionem exprimuntur*, según la denominación de Gayo, IV, 10, con gran claridad de visión¹². Para nosotros esta noticia gayana es susceptible todavía de más amplia interpretación. Gayo no aludía propiamente a la *actio*, que en su época era una simple *facultas persequendi in iudicio*, sino a la *formula actionis*, como se prueba en IV, 33. Se trataba en efecto de que el *agere sacramento* o *per sponsionem* podría hacerse valer —verter su contenido— a través de una *formula* con *fictio*¹³.

Se explica que no existiese *fictio*¹⁴ respecto a la *legis actio per conditionem* porque la *lex Aebutia* había convertido la demanda

12. BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: les actions formulairees "quae ad legis actionem exprimuntur"*, en *Tijdschrift v. Rechtsgeschiedenis*, XXI, 1953, 310-19.

13. No hay que olvidar el testimonio de Cicerón según el cual existían en su época *formulae* para proveer a cualquier contingencia: *sunt formulae de omnibus rebus constitutae ne quis aut in genere iniuriae aut in ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, salamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur. (Pro Roscio com. 8, 24.)* La expresión *lis privata quae ad formulam accommodatur* es significativa de la flexibilidad pretoria y nos hace pensar en la *fictio* como medio corriente para que la fórmula fuese objeto de *accommodatio* del contenido de una *legis actio*: *formulae quae ad legis actionem accommodantur*, serían las mismas que Gayo, IV, 10 llama *actiones* (empleando *actio* y *formula* como sinónimos) *quae ad legis actionem exprimuntur*. Estas *actiones* o *formulae* parecerían constituir un grupo contrapuesto a todas las demás *quae sua vi ac potestate constant* (Gayo, V, 10). Y éstas son en primer lugar aquellas fórmulas *quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dare oportere intendimus ... eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabilis*.

La *fictio* debió de ser un medio corriente de acomodación de fórmulas según se desprende de la información de Gayo en IV, 32-38 en que después de la *fictio* de la *pignoris capio* (IV, 32) se señalan los casos de *fictio heredis*, *fictio possessionis*, *fictio civitatis*, etc.

14. Gayo dice claramente que no hay fórmula que muestre una ficción de la *condictio*: *Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur* (IV, 33). Hay que entender que se refiere a la *legis actio per conditionem* a pesar de que habla solamente de *condictio*. Esta ausencia de fórmula con *fictio*

—el *agere verbis*— en esquema abstracto o *formula actionis*. Pero el ritual de las *vindicaciones* respondía a otras raíces históricas y a otra concepción del derecho como *potestas* o poder —*manus*— que había de afirmarse precisamente *ex iure Quiritium*¹⁵. De ahí que el *agere sacramento* únicamente pudiese ser trasvasado a una fórmula bajo dos condiciones fundamentales o requisitos básicos: que el poder o *potestas* del *vindicans* se hiciese valer como base de un deber de restitución por parte del poseedor de la cosa reclamada y que se presumiese —*fictio*— el cumplimiento de los requisitos del *ius Quiritium*. Estos son los presupuestos de la *formula petitoria*,

de *legis actio per conditionem* ha sido interpretada por BISCARDI (*Une catégorie d'actions negligée*, cit. 315) como una prueba de que la *lex Aebutia* abolió la *legis actio per conditionem* y reemplazó el antiguo procedimiento, en este caso, por las fórmulas de la *condictio*, únicas elevadas a la categoría de *iudicia legitima*. En nuestra opinión no se trató de legitimar una fórmula preexistente de la *condictio*. La *lex Aebutia* reconoció como *formula actionis* los mismos *verba solemnia* de la *legis actio per conditionem*. La *condictio* formularia encierra las mismas palabras de la *legis actio*; pero en vez de *verba solemnia*, que debían ser pronunciadas en cuanto *agere certis verbis* ahora constituyen una *conceptio verborum*, esto es un conjunto de palabras predispuestas para un fin —el esquema de un *iudicium*— y recogidas por escrito con supresión de la solemnidad verbal. No es ya un *agere certis verbis*, sino *agere per formulam actionis*. Así se habrá pasado de la *legis actio per conditionem* a la *formula actionis legitima* y a los *iudicia legitima*. Por tanto la no existencia de *formula ad conditionis fictionem* puede interpretarse como una prueba de que tal *fictio* era inútil e innecesaria puesto que la fórmula de la *condictio* formularia había nacido precisamente de la *legis actio per conditionem* al perder ésta la solemnidad verbal convertidos los *verba* en esquema escrito.

15. No podemos entrar ahora a fondo en el análisis de las dos concepciones contrapuestas del *ius* que venimos insinuando en este estudio, pero si queremos aludir a la línea divisoria entre ambas. El *ius Quiritium* parece encerrar la concepción de poder o *potestas* en función de las relaciones entre grupos, dentro de una comunidad organizada, mientras en el *Edictum* cristaliza una noción del *ius*, como punto final de la evolución del *lege agere* en cuanto vínculo interindividual entre dos sujetos en una relación privada. Las *vindicaciones* pertenecen a una ordenación de poderes familiares en razón de una posición en la comunidad —*ex iure Quiritium*— y la noción de *ius* sobre la cual opera el Edicto se centra en la idea de vínculo privado entre dos personas que faculta al actor para exigir —*potestas agendi*— una conducta de la otra parte como *obligatus*.

según se desprende de Cicerón (*in Verr.* II, 2, 12, 31) y de la reconstrucción de Lenel: *si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Aullii Agerii esse* (primer requisito) *neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur* (segundo requisito). Esta *formula petitoria* debía existir anteriormente en el Edicto para casos de *interdicta* en el ámbito de las *controversiae agrorum* donde no se decidía acerca del *dominium ex iure Quiritium* sino de la *possessio* del *ager publicus* bajo el *imperium* del *praetor*. La desobediencia a la orden pretoria daba lugar a la instauración de un *arbitrium de restituendo* mediante una *formula arbitraria* resultado quizá de una *postulatio arbitri*. Esta idea del *arbitrium de restituendo* pasa a la *formula petitoria* en la cual el *actor intendit rem suam esse* (según Gayo, IV, 92) en época clásica. Con anterioridad a la *lex Julia*, cuando se trataba de una *fictio* del *agere sacramento*, se explica que constase en la fórmula su acomodación al *ius Quiritium* (*ex iure Quiritium Aullii Agerii esse*), pero el perdurar de la alusión al *ius Quiritium* en época clásica resulta menos explicable.

El Edicto opera con la nueva idea de *actio*, que ha venido elaborándose como posibilidad de demandar en juicio, esto es, como *potestas agendi* o facultad de exigir de otro una conducta. Frente a la actuación —*actio*— del demandante se nos presenta el deber —*oportere*— del demandado a una conducta (*dare-reddere oportere* o bien *damnum decidere*) en situación de *obligatus*. Las *causae obligationis* pueden nacer sucesivamente *verbis, re, litteris, consensu*; es decir, de un vínculo verbal, real, escrito o meramente convencional. En definitiva, *actio* es la actitud activa del *actor* que exige una conducta al *obligatus*; la *actio* es, pues, una exigencia formalizada frente a otro mediante una *formula actionis*, la cual constituye un instrumento para la instauración de un *iudicium*; por tanto, un *ius persecuendi in iudicio*. La *actio* como posibilidad o facultad de exigir ha de encerrarse en un *iudicium*: ha de ser *deducta in iudicium*. Por eso el pretor promete *iudicia* —*iudicium dabo*—, porque la *actio* es posibilidad previa al *iudicium*; de ahí la retórica *quaestio de actione*. Y también por ello en los casos de *actio legitima* —nacida *ex lege publica*—, el pretor no podría sin más *dare* o *denegare actionem*. Más bien nos inclinamos a pensar que en este caso competía la *actio* —*competere, actionem*— en

razón del *ius* creado *ex lege* y el pretor tendría necesariamente que *dare iudicium legitimum* en el periodo comprendido entre la *lex Aebutia* y la *lex Julia*¹⁶.

Dentro de esta noción nueva de *actio* que inspira la labor edictal del pretor, las *vindicationes* no tenían cabida y por ello continuaban realizándose mediante el *agere sacramento apud centumviros*. Lo que allí se ventilaban eran los *modi acquirendi ex lege* que implicaban un poder sobre cosas y personas bajo *manus*. Los problemas del *mancipium* tuvieron allí su ámbito de aplicación. No existía la noción de propiedad como derecho o titularidad subjetiva, sino como poder de disposición de hecho; éste era el fondo último de la expresión *ius Quiritium* en su raíz histórica. La idea del derecho como facultad —*actio*— de exigir —*ius persecuendi*— una conducta o deber —*oportere*— de otra persona no era aplicable en materia de *vindicationes* sobre personas y cosas. Los *modi acquirendi* no podían tener cabida en el Edicto que partía de otra concepción jurídica; pero sí podrían admitirse a través de una fórmula con *fictio* considerándolos como base de un deber de restituir: *arbitrium de restituendo*.

El pretor venía operando con la idea de *possessio* consistente en una relación de mera tenencia pacífica del *ager publicus* cuyas incidencias se resolvían mediante *interdicta* que desembocaban en una *formula arbitraria* como hemos aludido. Las *possessiones* del *ager publicus* no implicaban una *potestas* excluyente o condición de *dominus*, sino una relación entre persona y cosa de mera tenencia en virtud de una situación derivada de la distribución de tierras públicas.

Así pues el Edicto es ajeno a la antigua noción potestativa del derecho como poder familiar —*manus*— que se afirmaba mediante una *vindicatio* en la que se hacía valer un vínculo con la cosa *ex iure Quiritium*. En época arcaica se trataba simplemente de *modi*

16. Un punto de apoyo para esta opinión se halla en Gayo, IV, 112 que distingue entre *actiones quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur*... Respecto al pretor habría que entender más bien *dare formulam* o *dare iudicium*, mientras los *iudicia legitima competunt ipso iure*. Cfr. KRÜGER, *SZ.* (1895), 1 ss. y VINCI, *Annali Catania*, vol. II (1947-48), 365-71. Sobre *competere*, cfr. KASER, *Zum Ediktstil, Festschrift Schula*, II, Weimar, 1951-52.

adquirendi, que fueron secularizados por las XII Tablas, *mancipatio* y *usus*, adquisiciones de poder sacral familiar propias de los *patricii* hasta ese momento y desde ahora extensibles a *plebei milites*. Los *modi acquirendi* y las consiguientes *vindicationes* quedaron vinculados al *agere, sacramento* ante el *praetor* y luego ante los *centumviri*, dando lugar a un *iudicium centumvirale* al margen del Edicto. El *ius civile* que durante siglos, como afirmaba Valerio Máximo (II, 5, 2), había estado encerrado *inter sacra ceremoniasque deorum... solisque pontificibus notum*, se continúa por la labor de *interpretatio legum* de los *iuris prudentes* ampliándolo más allá del simple cuadro de los poderes familiares arcaicos como *modi acquirendi*.

Otra *fictio* importante la hizo el pretor Publicio con la *actio Publiciana* que relegó a la *mancipatio* en favor del *usus*. En efecto, pese a que el alcance y eficacia de la Publiciana es tema polémico, quizá pueda afirmarse que dicha *actio* —mejor *formula Publiciana*— automatizó los efectos del *usus* haciéndolos inmediatos al presumir cumplido el *tempus usucapionis*. Parece indudable que el *usus* respondía a la idea del ejercicio de facto de una *potestas* o *manus* y su eficacia se reducía al ámbito de las *res Mancipi* y por tanto en relación con el discutido concepto de *mancipium*. El pretor no opera con la noción de *usus*, sino de *possessio*, y finge transcurrido el *tempus possessionis*, en una primera época, a favor del que había recibido una *res Mancipi* por simple *traditio*. La fórmula Publiciana venía a ser una *reivindicatio* anticipada, es decir, fingida, puesto que el *iudex* debería decidir si la cosa sería o no del demandante en el supuesto —*fictio*— de que hubiese transcurrido el *tempus possessionis*. Si la fórmula de la *reivindicatio* normal encomendaba al *iudex* la tarea de examinar si se daba un *dominium ex iure Quiritium* a favor del demandante y en este caso ordenaba que el demandado restituyese, la Publiciana impone la misma tarea judicial. Supuesto un acto de entrega —en el ejemplo de Gayo una *emptio servi*— de una cosa al demandante, el cual por tanto poseía dicha cosa y la pierde, y supuesto que dicha *possessio* hubiese durado más de un año, se trata de comprobar, bajo ambos supuestos, si la cosa —el *servus* en cuestión— pertenecería o no al demandante *ex iure Quiritium*. Fingido, pues, el

paso del tiempo, *si anno possedisset*, se trata de ver si concurren requisitos suficientes en el *usus* del reclamante; esto es, si dicho *usus* tiene o no una causa lícita del mismo modo que la *possessio* para ser protegida había de haber surgido *nec vi nec clam nec precario*. Puesto que el pretor actuaba a diario con estos requisitos en materia interdictal, el paso del pretor Publicio no fue quizá muy revolucionario en su aparición, aunque sí en sus consecuencias. Se trataba de eliminar simplemente el plazo que la *lex* (las XII Tablas) habían establecido para el *usus* de una *res Mancipi sine Mancipatione tradita*. Supuesto que la causa fuese lícita, el *tempus possessionis* se daba por transcurrido. Desde entonces toda la importancia del *usus* se hizo recaer en la *causa traditionis* o *causa possessionis* que es lo mismo. Así las *iustae causae traditionis* (vel) *possessionis* fueron ampliándose a medida que el tráfico comercial lo impuso. Los *modi acquirendi* se hicieron múltiples y así surgieron también las diversas *causae usucapionis*. Si la adquisición tenía una *iusta causa* era defendida por la Publiciana y la cosa o derecho adquirido se consideraba desde la *traditio* en el patrimonio —*in bonis*— del adquirente. Las consecuencias de la *fictio possessionis* de la Publiciana significaron la posibilidad de un tráfico patrimonial más agilizado sin necesidad de acudir a la *Mancipatio* y relegando la antigua noción del *usus* como ejercicio de facto de una *potestas*. La *traditio ex iusta causa* hace nacer la protección publiciana sin más en el acto mismo de la transmisión posesoria. No obstante, sigue en vigor el *dominium ex iure Quiritium* sobre *res Mancipi*, al lado de la situación *in bonis*.

110

10.

IV

Que la sistemática o estructura del Edicto es el resultado de la evolución del Derecho y del Proceso a través de las *legis actiones* —e incluso desde las mismas XII Tablas según el *ordo iuris* que Lauria agudamente ha entrevisto¹⁷— se aprueba además con una simple comparación entre el elenco de *actiones ex lege* que Kunkel o Magdelain han elaborado, y las rúbricas *de iudiciis* (XV)

17. Cfr. especialmente de LAURIA, *Ius romanum*, I, 1, Napoli, Arte Tipográfica, 1963, 9 ss.

y *de rebus creditis* (XVII) de la reconstrucción de Lenel (cfr. 3.^o ed. 1927)¹⁸. La relación entre el Edicto y las *legis actiones* —y hasta con las XII Tablas— había sido apuntada certeramente, pero Lenel rechazó estas hipótesis¹⁹. Para nosotros esta relación resulta tan clara, después de haber analizado las *legis actiones* como *modi agendi ex lege* históricamente sucesivos y distintos, que vemos reflejado en el Edicto precisamente el orden de aparición histórico de los *modi agendi ex lege*, es decir, de las denominadas *legis actiones*, que se harían valer mediante las fórmulas *quae ad legis actionem exprimuntur*. En efecto, en la rúbrica *de iudiciis* se reflejan, sucesivamente, las antiguas *vindicationes* que se ventilaban a través del *agere sacramento*: *Publiciana*, *hereditatis petitio*, *reivindicatio*, *vindicatio ususfructus*, *servitutis*, etc. En definitiva, *iudicia* que corresponden al ámbito de la *legis actio sa-*

18. Para los elencos de KUNKEI y MAGDELAIN, vid. supra nota 10.

19. La hipótesis de HEFFTER según la cual las cinco *legis actiones* de la tradición gayana habrían determinado la pauta del orden edictal en la sección del Edicto correspondiente a las *actiones* había sido rechazada por RUDORFF (*Z. f. Rechtsgesch.* 3,1, Weimar, 1863, 53 ss.) así como las opiniones de LEIST y MOMMSEN que asimismo pretendían relacionar de algún modo el orden del Edicto con las *legis actiones* (cfr. op. cit. pág. 56-8). LENEL en definitiva admite la crítica de RUDORFF contra las citadas teorías (cfr. *Edictum*, 3.^a ed. cit. 19) y prescinde en su reconstrucción de toda vinculación con las *legis actiones*. Pero el contenido de la rúbrica *de iudiciis* (XV) —acaso más propiamente *de iudiciis legitimis*— y la *de rebus creditis* (XVII) vienen a reproducir sucesivamente las *vindicationes* del *agere sacramento*, el ámbito de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y el de la *legis actio per conditionem*. Esta ordenación parece seguir el orden histórico de aparición de las *legis actiones* y acaso obedezca a muy profundas razones históricas —valoración de los bienes según una jerarquía económica arcaica— o a una tradición expositiva u *ordo actionis*. En todo caso podría suponerse que en la *sedes* que corresponde a la rúbrica *de iudiciis* se hallasen las diversas *formulae* de los *interdicta* referentes a las *controversiae agrorum* que tendrían allí su ubicación primitiva edictal muy probablemente. La existencia de una controversia *de proprietate* nos induce a acentuar esta hipótesis (cfr. RUDORFF, *Grammatici veteres*, II, Berlín, 1852, 447). Una expresión de Frontino, 44,7, merece atención especial: *si vero possessio minus firma est, mutata formula iure Quiritium pati debet proprietatis loci*. Asimismo Festus, v. *Possessio*, p. 233 M. itaque in legitimis actionibus nemo ex iure Quiritium possessionem suam vocare audeat, sed ad interdictum venit, ut praetor utatur his verbis: uti nunc possidetis eum fundum ...

cramento. Luego aparecen una serie de antiguas *actiones ex lege* (*de modo agri, de pauperie, de pastu pecoris, ad legem Aquilianam*; cfr. Lenel *Edictum*³, 74-78), en las cuales la función decisoria implica la necesidad de una *aestimatio* en relación con un *damnum*. Es probable que en esta misma sede se hallasen, en opinión de Lenel, algunas otras *actiones ex delicto*. La función del *iudex* o *arbiter* tendría aquí naturaleza arbitral; sin duda se trataba de casos de *postulatio arbitri* que hallaban su cauce a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, habida cuenta de que seguían inmediatamente los juicios divisorios (Lenel, *Edictum*³, 79-80-81) que, con seguridad, utilizaron dicho *modus agendi*, según Gayo, IV, 17.^a (si bien menciona solamente la *actio familiae erciscundae* y la *communi dividundo*). A continuación, además, aparecen los *iudicia* referentes a la fianza (Lenel, *Edictum*³, 83-88: *de fideiussore et sponsore*). El hecho de que las *obligationes verbis* relativas a la fianza y en especial la *sponsio* aparezcan en esta *sedes materiae* es razón suficiente, en nuestra opinión, para admitir que en esta parte del Edicto se agruparon los *iudicia* correspondientes a las *actiones ex lege* que tuvieron como *modus agendi* la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Parece como si el *Album* edictal recogiese en el orden histórico de aparición, sucesivamente, los *iudicia* procedentes de la *legis actio sacramento* y de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Y acaso este orden material refleje la inserción en el *Album* del contenido de cada uno de los *modi agendi ex lege* manifestándose en forma de *iudicia*, primero las *vindicationes* en torno a la Publiciana y sucesivamente *iudicia* o *arbitria* correspondientes a la antigua *postulatio iudicis arbitrive*.

El título XVI parece constituir un caso aparte (Lenel, *Edictum*³, 91-94; *de religiosis et sumptibus funerum*) y su posición edictal requiere un estudio especial²⁰. Inmediatamente, el título

20. Todo lo referente al *sepulchrum* se halla en relación con las nociones de *familia* y *hereditas* (*sepulchra familiaria* — *sepulchra hereditaria*). La *actio popularis de sepulchro violato* quizá haya sido atraída a ese lugar edictal para aproximarse a las *actiones* que tenían que ver con la familia arcaica: *actio familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, etc. Por ello el contenido de esta rúbrica XVI tampoco puede considerarse una anomalía dentro del orden edictal; pero sí requiere, no obstante, una más profunda aclaración de su razón de ser.

siguiente XVII (*De rebus creditis*) responde de nuevo a una *legis actio (per conditionem)* último de los *modi agendi ex lege*. Esta rúbrica XVII (*de rebus creditis*) enlaza ya a través de las *actiones adiecticiae qualitatis*, de creación pretoria, con los *iudiciae bonae fidei* (rúbrica XIX) que no fueron *iudicia legitima*, originariamente, sino *arbitria honoraria*. El orden edictal se continúa ya con *iudicia* referentes a materias del viejo *ius civile* —dote, tutela, *furtum*— que seguramente surgieron como *arbitria honoraria* según nos permite suponer el hecho de que la rúbrica XX se refiera al *iudicium* (o *arbitrium*) *rei uxoriae*, exactamente igual que en la reconstrucción del sistema de Sabino aparece dicha acción después de la *societas* y de la *emptio venditio*, los dos contratos consensuales mencionados en el sistema del *ius civile*.

El orden edictal se hizo eco del sistema civilístico, desde las rúbricas XX a XXIV de modo claro (cfr. Lenel, *Edictum*^s, 1927 y *Palingenesia*, II, 1258) y parecen responder a inspiración civilista las rúbricas siguientes, XXV, XXVI y XXVII (*de bonorum possessionibus*); XXVI (*de testamentis*) y XXVII (*de legatis*). Como se ve, el *testamentum* y el *legatum* aparecen precedidos de la *bonorum possessio* como institución pretoria.

El enlace de estas instituciones civilísticas con el orden edictal se hace precisamente a través de la *actio rei uxoriae*, colocando este *iudicium* inmediatamente después de los contratos consensuales. Aparecen así enlazadas materias dispares entre sí como los *iudiciae bonae fidei* (rúbrica XIX) y la materia dotal (rúbrica XX) cuya proximidad puede explicarse únicamente por el probable carácter de *arbitrium* de la *actio rei uxoriae* (cfr. Cicerón, *de officiis*, 3, 15, 61). Dicha *actio* aparece también después de los contratos consensuales (*emptio* y *societas*) en el mismo sistema de Sabino. Se trata por tanto de alguna vinculación o relación de naturaleza procesal de la discutida *actio rei uxoriae*, lo que determina la inserción de la materia dotal en la rúbrica XX del Edicto, como punto de enlace con el sistema civilístico. Ello hace que la sistemática civilista no aparezca en su orden más frecuente, que se inicia con materia testamentaria. En el Edicto aparecen sucesivamente, dote, tutela, *furtum*, *operae libertorum*, *testamentum* (precedido de la *bonorum possessio*) y *legatum*. Esta inserción

del sistema civilístico en el Edicto requiere una aclaración que no podemos intentar ahora. Las rúbricas XXVIII a XXX están seguramente en relación con el sistema civilístico. En cambio, las rúbricas XXXI-XXXV parecen responder a otra razón sistemática; la de constituir todas ellas *iudicia recuperatoria*. Lenel²¹ observó muy certeramente que dichas rúbricas constituyen el grupo de *iudicia recuperatoria* y, en efecto, este carácter se nos presenta como único denominador común de instituciones tan dispares como *causa liberalis* (XXXI), *publicani* (XXXII), *praeditores* (XXXIII), *rapina* (XXXIV) e *iniuria* (XXV). Estos *iudicia recuperatoria* son *iudicia imperia continentia* según Gayo, IV, 105. Han quedado con esta característica incluso después de la *lex Julia*, que, como se sabe, modificó estos conceptos. Es muy probable, por tanto, que dichos *iudicia* se hallen situados en zona del Edicto peregrino, supuesto que el Edicto peregrino se hallase a continuación del urbano, como es probable. En todo caso, las rúbricas restantes referidas a: *res iudicata* (XXXVI), ejecución, sentencia (XXXVI-XLII) se centran en torno a medidas ejecutivas de autoridad pretoria, como igualmente los interdictos (XLIII), las *exceptiones* (XLIV) y las *stipulationes praetoriae* (XLV).

Prescindiendo de la labor de Juliano, cabe admitir que la ordenación primaria del Edicto, con anterioridad a cualquier posible reordenación, haya reflejado una antigua sistemática expositiva del Derecho, según las muy penetrantes observaciones de Lauria; pero no como un *ordo iuris*, sino más bien como *ordo actionum*. Este *ordo actionum* edictal obedecería a una categorización relativa al orden de bienes en litigio según su importancia: *vindicationes*, *obligationes verbis*, *obligationes re contractae*, etc.

21. Cfr. *Edictum*, 3.^a cit. 26-7. Los *iudicia recuperatoria* constituyen una materia *sub iudice*. Es insuficiente catalogarlos como *iudicia* intermedios entre el interés público y el privado (cfr. SCHMIDLIN, *Das Rekuuperatorenverfahren*. Freiburg, Universität Verlag, 1963, 133 ss.).

V

1. Se han contrapuesto excesivamente en la doctrina el *ius civile* y el *Edictum* como si se tratase de fuentes jurídicas distintas; pero en realidad:

a) Desde la *lex Aebutia* el *Edictum* se convierte en fuente primordial en cuanto recoge en forma de *formulae actionis* los *verba solemnia* de la *legis actio per conditionem* y nacen así los *iudicia legitima* primeros (*condictio* formularia). La noción de *actio* como *agere verbis* proveniente de las *legis actiones* se transforma en mera posibilidad —*potestas agendi*— de instaurar un *iudicium* mediante una *formula*. Esta es la base del *iudicium* o actuación *apud iudicem*; antes fue la *sponsio*, después una *mutui datio*, y ahora basta el aviso ante el pretor —*editio actionis*— presentando un esquema o supuesto —*formula actionis*— en forma escrita y sin el rito oral (*aio te mihi dare oportere*), sino hipotéticamente esquematizado: *si paret decem milia dare oportere condemna —si non paret absolve*—. Bajo la idea de *dare*, en principio reducida a *pecunia o res data mutui*, ahora cabe cualquier supuesto que pueda obligar a un *reddere oportere*; en general las *res creditae*. El esquema o fórmula deja de estar vinculado a un *agere* determinado o *modus agendi*, y se convierte en un planteamiento genérico o generalizado de un *iudicium*. De ahí que *formula* y *iudicium* tiendan a veces a confundirse en un sentido amplio, pero en puridad de ideas la fórmula es una *conceptio verborum* mediante la cual se instaura en concreto el *iudicium* y éste es actuación *apud iudicem*; en este punto radica la distinción.

b) El *Edictum* opera con la fórmula —*agere, per formulas*— y la idea de *actio* se ha convertido en *potestas agendi* o posibilidad de instaurar un *iudicium*, previa la concreción de éste en una fórmula. El *iudicium* es la concreción de la *formula* con los nombres y supuestos concretos de las partes. La fórmula es un esquema abstracto que ha de concretarse como *iudicium* entre demandante y demandado precisamente en la *litis contestatio*. En este momento queda entablado el litigio —*dare accipere iudicium*— y se inicia la etapa *apud iudicem* —*in iudicio*— quedando extinguida *ipso iure* la *actio legitima*, por el hecho de haberse producido una *deductio*.

in iudicio. Toda la actuación anterior constituía un *agere* y en cierto modo una *actio*, en cuanto actividad del demandante frente al *obligatus*. Ahora la *obligatio* desaparece con la instauración del *iudicium* (Gayo, III, 180: *tollitur obligatio litis contestatione si modo iudicium fuerit actum*) y las partes quedan vinculadas al *iudicatum*. El *iudicium* es por tanto una actuación nueva basada en los términos concretos en los cuales ha quedado fijada la fórmula en la *litis contestatio*. La fórmula viene a ser la base procesal —y materialmente concreta en cuanto esquema escrito— sobre la cual ha de desarrollarse una nueva actividad *apud iudicem*. Por eso resulta explicable que *formula* y *actio* tiendan a hacerse sinónimos y que los compiladores tiendan a cambiar la palabra *formula* por *actio*. También resulta muy explicable que se haya producido cierta confusión entre *formula* y *iudicium* en cuanto la primera es causa, como esquema abstracto, de un efecto, la instauración de un *iudicium* concreto mediante la *litis contestatio* y bajo el *iussum* del pretor que lo autoriza.

c) La fórmula existiría ya en el *Edictum*, por ejemplo, en materia de *interdicta*, en donde se actuaba por medio de una formulación o *decretum*, originariamente oral, como una orden: *uti possidetis ita possideatis... vim fieri veto*. Ello daría lugar a la intervención o nombramiento de un *arbitrum* o procedimiento arbitral. El *Edictum* contendría fórmulas que el *praetor urbanus* aplicaría en la *iurisdictio* urbana (*interdicta*, *cautiones*, *missiones in possessionem*, etc.). Pero toda esta actuación tendría lugar como actuación del *imperium*, como acto de autoridad: *auctoritatem suam finiendis controversiis proponit (praetor aut proconsul)*: Gayo, IV, 139. El nombramiento de árbitros se haría desde antiguo por el pretor dando lugar a los *arbitria honoraria* frente a los *iudicia legitima*. Habría pues *formulae* muy diversas, nacidas incluso de un *decretum* como en el caso de los *interdicta*, y a ellas se añadió una *formula legitima* obtenida de la *legis actio per conductionem* y además otras *ad fictionem legis actionis* para hacer valer el *ius ex lege (formulae in jus conceptae)*.

d) La noción de *actio* en el sentido de *agere ex lege* inherente a las llamadas *legis actiones* agota su contenido histórico en la *formula actionis* que instaura el *iudicium legitimum*. En efecto la fórmula

encierra la alusión al *dare oportere* que venía figurando en los *verba solemnia* de las *legis actiones* (*per iudicis arbitrive postulationem* y *per conductionem*) porque precisamente dichos *verba* aludían al vínculo *ex lege* contraído en razón de *sponsio* (desde las XII Tablas) o de *mutui datio* (*leges Silia* y *Calpurnia*). Puesto que la *lex* es vínculo que obliga a los *cives* —sacral en origen— se actúa *ex lege* cuando se hace valer ese tipo de vínculo como obligante —deber jurídico de *dare oportere*— ante el pretor reproduciendo un rito verbal, que es propiamente el *agere* o *actio*. Ahora el ritualismo ante el pretor desaparece sustituidos los *verba solemnia* como trámite formal por *concepta verba*, esto es por un esquema de palabras —sin duda escritas— destinadas a una finalidad o intención; en definitiva palabras no rituales con raíz sacral, sino palabras unidas en la expresión de conceptos conducentes a un fin para servir de norma o instrucción a la actuación del *iudex*. En el Edicto, como hemos dicho, esta *conceptio verborum* no era una novedad, puesto que Cicerón nos informa de una *conceptio privatorum iudiciorum* (*de inv.* 2, 19, 57-58) que equivale claramente a la confección *in iure* del esquema formulario y Gayo, por otra parte, el *verba conipere* en materia de *interdicta* nos lo atestigua (IV, 139) señalando la equivalencia de *interdicta* y *decreta* con la fórmula.

De la noción de *actio* como *certis verbis agere* queda un eco en el *iudicium legitimum* en cuanto la idea de *lex* parece servir de base todavía a este concepto. Y acaso en virtud de la *fictio* de *legis actio* se haya aplicado la *formula actionis* y por tanto la condición de *iudicia legitima* por extensión para hacer valer todas las *vindicationes* y las obligaciones nacidas *ex sponsione*. De ahí la rúbrica edictal de *iudiciis*.

En cambio hasta la *lex Julia* no se habría producido la ampliación de sentido de los *iudicia* (*legitimae* hasta entonces siempre) frente a los *arbitria* que, basados en el *imperium praetoris*, en *decreta* y *edicta praetoris*, servían como una *formula* o *verborum conceptio*, análoga al *iudicium*, pero que se encomendaba a un *arbitrator* para que hiciese una valoración o *arbitrium*. Desde la *lex Aebutia* el ámbito de la *lex* —los *iudicia legitima*— y el *imperium praetoris* se acercan en la aplicación práctica de la *conceptio ver-*

borum común a *iudicia* y *arbitria*. El *ius* procedente de la *lex* como idea republicana vinculada a la *lex publica* que conduce al *iudicium legitimum* va tendiendo a equipararse al *arbitrium*. El *iudex* hace una *condemnatio*, que es una *co-damnatio* en cuanto aplica el *ius ex lege*, mientras el *arbiter* hace una *aestimatio litis* bajo la *auctoritas praetoris*. Pero el *ius civile* nacido *ex lege publica* pierde vigor como *ius civitatis* frente a la actividad del *praetor peregrinus* que surgió *ratione personae*. Ahora la *Urbs* o *civitas* va a servir de base a una nueva distribución de competencias: *iudicia legitima* no lo son ya *ratione legis* sino *ratione loci*. Dentro de la *Urbs*, entre *cives* y con *iudex romanus*, todos los *iudicia* son *legitima*. La *iurisdictio* se hace urbana propiamente y así englobaría los *iudicia bonae fidei* nacidos como *arbitria* por carecer de base *ex lege* y apoyarse solamente en la *fides*. La *lex Julia* cambió así el sentido de la *iurisdictio* y los *cives* podrían actuar con *iudicia bonae fidei* haciéndolo entre sí con juez romano y dentro de Roma. No hay por qué pensar en recepción de tales *iudicia* en el *ius civile* ni suponerlos vigentes ante el *praetor urbanus* antes de la *lex Aebutia*. Simplemente antes serían *arbitria honoraria ex fide bona* accesibles como tales *arbitria a cives romani* litigando entre sí ante el *praetor urbanus* o litigando con *peregrini* ante el *praetor peregrinus*. No tenían apoyo en la *lex* y no podían ser *iudicia legitima*. Acaso ésta fue la razón de ser de las fórmulas con *demonstratio*; serían simplemente *arbitria*, hasta la *lex Julia* y desde entonces *iudicia legitima*, pero nunca *actiones* en origen, y ello explicaría que los *iudicia bonae fidei* no hayan sido denominados *actiones bonae fidei* como algún autor observó acertadamente al intentar aclarar la distinción entre *actio* y *iudicium*. Esta desde la *lex Julia* pierde todo su sentido histórico y *actio* pasa a ser actividad *in iure* para entablar el *iudicium*, esto es, para hacer la *conceptio verborum* y a la vez se hace sinónima de *potestas agendi in iudicio* cada vez más, significado que cristaliza ya en Celso en época clásica.

Al lado de la *formula actionis* quizá se pueda hablar de una *formula petitionis* o fórmula petitoria en paralelo con la distinción de las fuentes republicanas entre *actio* y *petitio*, concepto superado por la distinción clásica *actio in personam* —*actio in rem*—. Asimismo podría verse admitido en el Edicto el tercer término de la tri-

cotomía, las *extraordinariae persecutiones*, que se hallarían fuera del *ordo iudiciorum*.

2. El *ius civile* en cuanto producto de la *lex publica* y de la *interpretatio legis* de los *iuris prudentes* se ve superado por el *Edictum* a través del cual, con el mecanismo de la fórmula, pudo el pretor sancionar múltiples relaciones nuevas con una agilidad y capacidad de adaptación a las circunstancias que la *lex publica* no tenía. En este sentido se relega la importancia de la *lex* y el mismo Edicto es denominado *lex annua*, Verr. II, 1, 109. Por otra parte la *interpretatio prudentium* parece ser la única continuadora del *ius civile* en una actividad doctrinal y sistematizadora como se ve en los sistemas de *Quintus Mucius* y de *Sabinus*. La realidad jurídica pasaba a través del Edicto donde se creaba un *ius praetorium* (expresión que se halla en Cicerón: Verr., II, 1, 114: *posteaquam ius praetorium constitutum est...*).

Quizá este fenómeno visto en perspectiva política signifique la crisis simultánea de la *civitas* y del *ius civile*, como *ius civitatis* y vínculo *inter cives*. El *ius civile* se vería relegado al compás de la caída de las formas solemnes vinculadas a la tradición pontifical y defendidas todavía por *Q. Mucius Scaevola*, pontífice máximo, a propósito de la conocida causa Curiana. Por otra parte el *ius civile* está integrado en gran parte por instituciones de origen familiar —en relación con los *sacra familiaria* y el *ius pontificium*— mientras en el *Edictum* se da entrada a las realidades económico-sociales del tráfico crediticio, sobre todo desde las guerras púnicas, que acaso determinen la aparición del *praetor peregrinus*. El Edicto recoge las instituciones civiles en las rúbricas XX a XXIV claramente y asimismo en las rúbricas XXVI (*de testamentis*) y XXVII (*de legatis*).

3. El *Edictum* parece reflejar, como hemos señalado, el orden de aparición histórico de las *legis actiones*: *vindicationes*, el ámbito de la *sponsio*, el de la *legis actio per conditionem* (*condictio*). Dejando aparte la labor de Salvio Juliano, cuya mínima importancia hemos señalado ya, esta ordenación parece responder al antiguo *ordo iuris* que Lauriá se ha esforzado en descubrir como vertebración del *ius* desde las XII Tablas. Quizá pudiera pensarse más bien en *ordo actionum*. Sin embargo el *Edictum* puede reflejar en

su ordenación un criterio histórico más profundo: el de reproducir la tutela de los bienes más importantes, que serían los integrantes del *mancipium* primero —*vindicationes ex iure Quiritium*— y seguidamente las *obligationes* nacidas *ex sponsione*. Más adelante el tráfico crediticio de bienes *mutui dationes* integrantes de la noción de *res credita* y *pecunia credita*. Además protege el *usus* mediante la *Publiciana* en el grupo de *vindicationes*, con la cual en cabeza del *Edictum* figuraban los medios de defensa del patrimonio y después seguían las *obligationes verbis* —*sponsio*— de infinitas posibilidades para el tráfico jurídico, incluso real, como prueba el *agere in rem per sponsionem*. Posteriormente la acción más típica del fenómeno crediticio, surgida de la *legis actio per condictionem*, y en relación inmediata las *formulae* o *actiones adiecticiae qualitatis*, la *condictio*. Posteriormente siguen los *iudicia bonae fidei*, sin duda *arbitria honoraria*, incorporados a la condición de *iudicia legitima* por la *lex Julia*, y acaso por ello al final. Aquí el *Edictum* parece incluir un elenco de *iudicia* referentes a relaciones familiares —dote, tutela, *furtum*, *operae libertorum*, *testamentum*, *legatum*— cuya razón ordenadora no aparece clara.

En cambio los *iudicia recuperatoria* —rúbricas XXXI a XXXV— reunidos dan a entender claramente su carácter de *iudicia imperio continentia* como todavía señala Gayo, IV, 105. Y ello hace pensar en que esta parte del *Edictum* está integrada por los antiguos medios del pretor peregrino. A continuación sentencia, ejecución y medios comunes a ambas *iurisdictiones* y por último se hallan los medios pretorios fuera del *ordo*: *persecutiones*.

4. El *Edictum*, como ya insinúa Cicerón, es la fuente más importante de la *disciplina iuris*. La separación tradicional en la romanística entre el *ius civile* y el *Edictum* ha impedido valorar a éste como la máxima fuente del *ius*. El *Edictum* es el documento que más nos acerca a la realidad de la vida jurídica romana. Por ello el estudio del *Edictum* puede ser de gran utilidad:

a) Como una dirección realista y certera para desentrañar la evolución histórica del Derecho Romano desde fines de la República al pensamiento clásico. Las líneas clásicas del pensamiento de los *iuris prudentes* se basan en una realidad diaria jurisdiccional

como demuestran los *Commentarii ad Edictum*, que constituyen una teorización sobre la realidad del texto edictal.

b) Frente a la meta de reconstrucción del Derecho clásico que tendía a darnos un plano ideal y armónico del mismo, bajo el supuesto de que los compiladores habían adulterado las ideas clásicas, el estudio del Edicto puede darnos la serie de vicisitudes históricas surgidas ante la *iurisdictio* pretoria durante la misma época clásica.

c) El Edicto, al ponernos en contacto con la *iurisdictio praetoria*, nos mostrará claramente el entrecruzamiento de Derecho y Proceso como una gran originalidad en la formación del Derecho romano. Esta realidad —bicéfala, vista con ojos actuales— del concepto romano de *ius* constituye la razón de ser y la importancia del Edicto. La idea moderna del derecho subjetivo ha enturbiado la visión de la realidad romana, mientras la investigación romanística buscaba planos ideales o sistemas distintos de normatividad —*ius civile*, *ius praetorium*, *ius gentium*, etc.— para lo cual ciertamente la teorización romana había dado motivo. Pero se ha ido demasiado lejos por este camino olvidando la realidad histórica que el Edicto significa como vertiene procesalizada de los negocios de la realidad diaria; en definitiva el *ius* se manifiesta como poder de actuación —la arcaica idea de *potestas*— a través de una *actio* concebida como *potestas agendi in iudicio*, pero no en base a una normatividad —*ius civile*— preexistente sino a través de una concreción o formulación —*formula*— siempre renovada ante nuevas exigencias económico-sociales. El Edicto no crea derechos subjetivos —no existe este concepto— ni tampoco, en consecuencia, una normatividad o sistema. El *ius praetorium*, terminología que aparece ya en Cicerón, es el conjunto de soluciones que da la *iurisdictio praetoria* para los vínculos negociales establecidos tanto *inter cives* —*ius civile*— como *inter cives et peregrinos*. La noción de *cives* y *civitas* como sujetos y ámbito de vigencia respectivamente del vínculo queda relegada, si bien el *ius praetorium* es bajo un aspecto también *ius civile*. El *ius* no es norma sino vinculación —civil, pretoria— concreta y para supuestos determinados, en virtud de una sanción que fue sacral en época arcaica y posteriormente magistratorial o pretoria en razón del *imperium*. La sanción es siempre auto-

ritaria, esto es, el vínculo se impone como deber religioso primero y laico —*ex auctoritate populi*— más tarde. Siempre en definitiva la *auctoritas* o apoyo coercitivo detrás del vínculo. La figura del *praetor* como *magistratus* que se constituye en *viva vox legis* en pleno auge de la República pone en marcha la más prodigiosa fuente del *ius*, el cual ya no es pura afirmación de un poder o *potestas* familiar ni tampoco un derecho emanado de una normatividad preexistente, como derecho subjetivo, sino una *potestas agendi* en virtud de un vínculo negocial concreto previo. El *ius* no es norma objetiva establecida para hacer valer derechos subjetivos; sino un vínculo que puede hacerse valer como obligante *inter cives* o como exigencia frente a otro—*ius mihi esse eundi agendi*—; es decir, como *ius Quiritium* o *civile* o como personal vínculo frente a otro —*dare oportere*— (como facultad de exigir de otro o como poder de actuación en caso de *iura in re*).

PABLO FUENTESECA.