

REFLEXIONES SOBRE LA TRICOTOMIA «ACTIO PETITIO PERSECUTIO»

SUMARIO: I. Planteamiento del tema—II Tricotomía y *emptio hereditatis*.—III. Punto de arranque del trinomio.—IV. El trinomio en la *cautio amplius non peti* y *stipulatio Aquiliana*.—V. Sucinta historia de la noción de *actio*.—VI Probable sentido de *petitio* en materia penal.—VII Evolución del término *persecutio*.—VIII CONCLUSIONES

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Un libro relativamente reciente de F. Casavola¹ ha puesto de actualidad la discusión acerca del enigma encerrado en la expresión tricotómica *actio petitio persecutio*. Este tema tiene gran importancia desde el punto de vista procesal, si bien las fuentes mencionan esta tricotomía a propósito de instituciones concretas, no rigurosamente procesales, como las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, *cautio amplius non peti*, *stipulatio Aquiliana*. La naturaleza de estas fuentes desfigura la perspectiva procesal originaria de la tricotomía y ello ha contribuido a que dicha expresión tricotómica no se haya enmarcado debidamente, en mi opinión, dentro de las líneas de la historia del Proceso romano. El llamar la atención sobre este error de perspectiva y esbozar brevemente un enfoque procesal más riguroso de la tricotomía que nos ocupa es la modesta finalidad de este trabajo. No pretendemos, pues, llegar a conclusiones exhaustivas en este breve estudio, porque éstas exigirían una revisión

1. F. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, Napoli, Jovene, 1965. Vid. observaciones de GUARINO en *LABEO*, 12 (1966), págs. 129 ss. Cfr. recensiones de LUZZATTO, *SDHI*, 32 (1966), págs. 344-49; VILLERS, *RIID.* 1966, páginas 86-7; STURM, *ZSS*, 83 (1966), págs. 485-91; MASCHI, *Jus*, 17 (1966), páginas 478-9; D'ORSI, *Studi Senesi*, 80 (1968), págs. 119-25.

del concepto romano de *actio* y consiguientemente de la historia del Proceso. Únicamente deseamos señalar un camino que creemos más fecundo para la posible aclaración del enigma

La monografía antes citada de Casavola, valiosa desde diversos puntos de vista, adolece, en nuestra opinión, del defecto de enfoque antes aludido. No puede lograrse una aclaración convincente de la tricotomía *actio petitio persecutio* sin encuadrar estos términos en la historia del Proceso porque encierran nociones procesales. Ciertamente que las fuentes nos transmiten dichos términos a propósito de otros institutos, por ejemplo, la *stipulatio Aquiliana*, que requieren a su vez una clarificación, pero es claro que nos hallamos ante una terminología de raigambre procesal que aflora en instituciones de derecho sustancial. De ahí que las menciones de las fuentes haya que colocarlas en la línea evolutiva del Proceso romano como denominador común. En definitiva, creemos que cuando los juristas de la época de los Severos mencionan la tricotomía hacen definiciones generales en función de la historia del proceso, si bien las aplican a la aclaración de un problema determinado de derecho sustancial. La ocasión para estas definiciones generales viene dada ciertamente por un problema concreto—venta de herencia, *stipulatio Aquiliana*, etc.—, que constituye una institución de derecho sustantivo, pero las definiciones mismas tienen su raíz en nociones procesales. En este punto estamos de acuerdo con la opinión más generalizada, que no había puesto en tela de juicio la validez general de las definiciones de las juristas de la época de los Severos. Por otra parte, frente al criterio hoy predominante de considerar enigmática la tricotomía que nos ocupa, sostenemos que tanto ésta como las definiciones de la misma de época de los Severos son susceptibles de mejor comprensión en el cuadro de la historia procesal. Por este camino el enigma de la tricotomía podría recibir alguna luz. Veamos las fuentes en sumaria revisión.

II. TRICOTOMIA Y “EMPTIO HEREDITATIS”

El más extenso fragmento respecto a la tricotomía está constituido por un texto de Ulpiano, del libro 49 *ad Sabinum*, en donde

se trataba de la *stipulatio emptae hereditatis*, en el cual el comprador de una herencia se hacía prometer del vendedor todo cuanto *ex hereditate pervenerit*. Se trataba, por parte del comprador, de lograr el traspaso a su favor, no ya de las *res hereditariae* sino incluso de las *actiones*, es decir, de las posibilidades procesales que pudiesen quedar en manos del *venditor hereditatis* como titular de la herencia. En síntesis se trataba de incluir en la *emptio* asimismo *res incorporales, actiones*, que chocaban con la idea tradicional de la *emptio rei* o compra de cosas materiales presentes o futuras (*in fieri*). Las *actiones* fueron objeto de *cessio* y no de *venditio* y en la práctica con la *stipulatio emptae venditae hereditatis* se cumplía esta finalidad. El texto de Ulpiano a que venimos aludiendo es el siguiente:

D. 50,16,178,2 (49 *ad Sabinum*):

“Actionis” verbum et speciale est et generale nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque “actiones” personales solemus dicere “petitionis” autem, verbo in rem actiones significari videntur. “persecutionis” verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinari executionem.

Ulpiano nos dice que la palabra *actio* puede emplearse en sentido general y especial. En sentido general toda *actio* es también *petitio*; pero más frecuentemente se denomina *actiones* a las *actiones personales* —*actiones in personam*— y *petitiones* a las *actiones in rem*. Las *persecutiones* se refieren a la *cognitio extra ordinem* —*extraordinarias persecutiones*— y están fuera del *ordo: non habent iuris ordinari executionem*.

Está claro que Ulpiano emplea conceptos procesales y piensa con los cánones del procedimiento de su época y en este sentido su definición tiene un contenido general. Cosa distinta es que la ocasión para estas definiciones venga dada por la problemática que la venta de una herencia implicaba². En efecto, el libro 49

² Las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* fueron el único medio de transmitir las obligaciones entre *venditor* y *emptor hereditatis*, que preocupó a los juristas desde Sabino, a falta de la noción moderna de *venditio*

ad Sabinum de Ulpiano comenzaba ocupándose de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* y haciendo una exposición exhaustiva del contenido de dichas *stipulationes*. Ulpiano se vio en la necesidad de explicar el alcance de la promesa del vendedor de entregar todo cuanto *ex hereditate pervenerit* y de advertir que se consideraba patrimonio hereditario no solamente los *corpora* sino también las *actiones* y *persecutiones* en relación con dichos *corpora*: *quatenus mandare potest carum rerum persecutionem actionesque tribuere* (D. 18,4,2,3) Se trataba, por parte de Ulpiano, de aclarar qué se entendía procesalmente con los términos *actio petitio persecutio* como parte integrante del patrimonio hereditario que el *venditor* debería restituir. Y hacia la aclaración lo más exhaustiva posible para que la terminología no se prestase a confusión y pudiese servir de motivo para que el *venditor* eludiese su obligación de restituir, que en este caso se cifraría en una *cessio actionum* a favor del *emptor*. Que las *actiones* se computaban en el patrimonio lo afirma el mismo Ulpiano en otro lugar en donde precisamente emplea exhaustivamente también el trinomio. Se trata de un fragmento de los comentarios *ad edictum*:

turis. Para Sabino, *nec emptio nec venditio sine re, quae veniat, potest intellegi* (D. 18,1,8 pr. Pomponio 9 *ad Sabinum*). Precisamente Pomponio señala como excepción de modo muy claro la *emptio spei* en el mismo fragmento citado D. 18,1,8,1: *Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, emptio enim contrahitur etiam si nihil incidit, qua spei emptio est*. (Sobre este punto vid. el amplio estudio de A. CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura* [Desde Roma a la doctrina europea actual], Salamanca, Ed. Acta Salmanticensia, 1963.) El papel de las *stipulationes* resulta decisivo en la *venditio hereditatis* para la transmisión de las *obligationes* y *actiones* (en el fondo el mismo concepto) desde el momento en que la *hereditas* comprendía no solamente *corpora*, sino también *res incorporales* y el *venditor* prometía transmitir *quod ex hereditate pervenerit*. Se explica que se considerase parte del patrimonio hereditario la posibilidad de una *actio petitio* o *persecutio* en manos del *venditor hereditatus* desde antiguo y en especial desde Sabino. La transmisión mediante *venditio* de una *hereditas* —*venditio hereditatis* en terminología no romana— es un problema central en la transmisión de *obligationes* en Roma. Un valioso esfuerzo de síntesis de la problemática de la *emptio-venditio hereditatis* ha sido llevado a cabo por el joven romanista A. TORRENT, *Venditio hereditatis*, Salamanca, Ed. Acta Salmanticensia, 1966.

D. 50,16,49: *in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. aequae bonis adnumerabuntur etiam, si quid est et in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.*

Parece claro que Ulpiano³ quiere reafirmar el carácter patrimonial de la *actio* de la *petitio* y de la *persecutio* para evitar cualquier vacilación ante esta variada terminología procesal. En su época el concepto de *actio* se había generalizado, como veremos, pero cree oportuno reproducir exhaustivamente una terminología de raigambre procesal histórica como más adelante pondremos de manifiesto. No se trata por tanto de un pleonasma o reiteración terminológica⁴, sino de exhaustividad y precisión para que ninguna duda surgiese desde el ámbito de la nomenclatura procesal respecto a la patrimonialidad de las relaciones procesales, cualquiera que fuese su denominación.

La *hereditas* para Ulpiano constituía un *nomen iuris* (D. 50,16,178,1), esto es, una noción jurídica. No se trataría, pues, de un conjunto de cosas materiales o *corpora* solamente, sino de un *ius successionis* o titularidad jurídica que implicaba en el *heres* el derecho a percibir los *corpora* y las *actiones* que se hallen *in hereditate*. La bipartición del patrimonio hereditario en *corpora* y *actiones* parece estar en la conciencia de Ulpiano como se desprende de D. 44,2,7,5: *in hereditate sunt ... et corpora et actiones omnes*. Y no solamente debe el *venditor* responder de las *actiones hereditariae*, sino también de las que el mismo *heres* haya constituido como Ulpiano mismo aclara en D. 18,4,2,8: *Non solum autem hereditariae actiones sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori deberi*. Ya desde

3. Sobre esta parte del fragmento que nos ocupa (D. 50,16,49) la crítica no ha incidido de modo especial, aunque sí lo ha hecho respecto al principio del mismo párrafo final (*nam-fine*) de esta parte que hemos citado. cfr. *Index Interpolationum*.

4. Así opinó MITTEIS (*Römisches Privatrecht*, I (1908), págs. 89 ss.) acerca de la tricotomía siguiendo las huellas de BRUNS. KALB. *Das Juristenlatein*, 1888 (Neudruck, Aalen, Ed Scientia, 1961), págs. 132-33 cita el tricotomio como *pleonasmus*.

Gayo la *hereditas* constituía una *res incorporalis* del grupo de aquellas *quae in iure consistunt* (Gayo II, 14) porque aun cuando en la misma existiesen *res corporales* la noción de *hereditas* ante el derecho, es decir, como noción jurídica, implicaba un *ius successionis*, el cual en el pensamiento gayano *incorporale est* (Gayo II, 14, cit.). En definitiva, *hereditas* en época de Ulpiano es una titulación jurídica, un concepto que el Derecho ha elaborado, como el de *usufructus* (Gayo, II. 14), una realidad jurídica patrimonializable bajo el criterio de las *res incorporales*. Las *actiones* y *obligationes* eran también bienes computables económicamente en un patrimonio —*in bonis*— y el que compraba una *hereditas*, como *nommen iuris* que era, estaba obligado a transmitir tanto las *actiones hereditariae* como las *obligationes* que el *venditor*, como *heres*, había contraído *ex hereditate*. Como no se había llegado a la idea de una *venditio iuris* —si bien la *cessio in iure* era un precedente claro— Ulpiano se ve obligado a precisar el alcance de la promesa del *venditor* en la *stipulatio emptae et venditae hereditatis* señalando que *ex hereditate* se deben también *actiones petitiones* y *persecutiones*. Así se realizaba una *cessio actionum* puesto que no era viable una *venditio iuris*, pura y simplemente, y las *stipulationes* desde antiguo (*olim*) según Gayo II, 252, jugaban un papel decisivo en la transmisión de las *actiones hereditariae*.

III. PUNTO DE ARRANQUE HISTORICO DEL TRINOMIO

La mención más antigua del trinomio es la que nos transmite la *Rhetorica ad Herennium*. Este es el dato histórico más valioso para orientarnos en la historia del trinomio y debe ser valorado en toda la amplitud de posibilidades que nos ofrece. En efecto, en el segundo decenio del siglo I a. C. el autor anónimo de dicha obra de Retórica, al tratar el tema de la *translatio* de un modo que parece hacer referencia a los presupuestos para la iniciación del proceso —y no a la modificación o cambio en el proceso ya iniciado como en la verdadera *translatio iudicii*— señala como uno de los primeros que alguien tenga respecto al asunto de que se

trate una *actio*, *petitio* o *persecutio*. El texto es extremadamente claro y preciso:

Rhet. ad Herennium 2.12.18:

Quaeritur in translationibus primum num aliquis eius rei actionem, petitionem aut persecutionem habeat, num alio tempore, num alia lege, num alio quaerente. Haec legibus et moribus, aequo et bono reperientur, de quibus dicitur in iuridicula absoluta.

Parece referirse a los presupuestos de la actuación procesal bajo la denominación de *translatio*, como hemos dicho, y por tanto a lo que podríamos denominar *quaestio de actione* (*an admittenda actio*) como E. Meyer ha observado⁵: *translatio* es palabra menos adecuada que *actio*, entendiéndola ésta como alusiva a la admisibilidad misma de la actuación procesal. El mismo *Auctor ad Herennium* advierte que la controversia *ex translatione* se da con poca frecuencia —*raro venit in iudicio*— porque en las *actiones privatae* sucumbe mediante *exceptiones praetoriae* la causa del que carece de *actio*. Con esto queda claro que dicha *translatio* retórica se refería a la controversia sobre los supuestos de la acción procesal privada, de la *actio* misma como claramente se dice en:

Rhet. ad Herennium 1.12.22:

Haec partitio legitimae constitutionis his de causis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt et causa cadit qui egit nisi habuit actionem.

Se nos habla de *agere* y *actio* —término éste usado en el ámbito de la Retórica, como es sabido— en relación con el *iudicium* y a título de *actio privata*: la alusión a los presupuestos del proceso privado es indudable. Y aquí radica toda la importancia que la *Rhetorica ad Herennium* tiene para nosotros al referirse al trinomio *actio petitio persecutio* precisamente a propósito de los supuestos de la actuación procesal. Es claro que el *Auctor ad Herennium* al mencionar el trinomio lo hace con pretensión de exhaustividad mencionando todos los posibles medios procesales

5. *Die Quaestio der Rhetorik*, ZSS, 68 (1951), pág. 36.

conocidos en su época mediante el empleo de las expresiones *actio petitio persecutio*. Como requisito primero o presupuesto de la actuación procesal señala el que alguien tenga una *actio petitio o persecutio* que hacer valer: *primum num aliquis eius rei actionem petitionem persecutionem habeat* (2.12.18, cit.). Ciertamente que luego parece emplear la expresión *actio* como general cuando dice (1.12.22, cit.): *causa cadit qui egit nisi habuit actionem*.

El hecho de que el trinomio aparezca por primera vez en nuestras fuentes en una obra de retórica, pero referida su mención al proceso privado romano, nos permite afirmar que algo tenía que ver con la realidad jurídica de su tiempo, con el proceso de su época. Los términos del trinomio responderían en nuestra opinión a tres modos distintos de actuación procesal, cada uno de ellos con sus caracteres propios y distintivos: una cosa era la *actio*, otra la *petitio* y otra la *persecutio* en la vida procesal romana del siglo I a. de C. como expondremos más adelante. La mención del trinomio en una obra retórica, pero en relación con la realidad jurídica, tampoco resulta demasiado sorprendente si se piensa en la actuación de retóricos y juristas en los grandes procesos *apud centumviros* —*iudicia centumviralia*— del último siglo de la República, de los que la *causa curiana* constituye un conocido ejemplo. Los retóricos conocían el *iter* del proceso y sus requisitos fundamentales en cuanto podían servirles únicamente como arma dialéctica para conseguir su finalidad de persuasión sobre los jueces⁶.

6. La valoración de la influencia de la Retórica sobre el Derecho romano es una cuestión no totalmente decidida y sobre la misma caben todavía muchas matizaciones. Ciertamente el método de los juristas estaba en gran parte desarrollado cuando penetró en Roma a fines del siglo II a. de C. la Retórica, pero las grandes causas centumvirales del último siglo de la República y gran parte de la obra de Cicerón se comprenden solamente en función del cultivo de la actividad retórica. Si se piensa en la importancia de la *lex* en época republicana y en el consiguiente papel de la *interpretatio legis* se hace necesario admitir bajo este aspecto alguna influencia retórica, como hace recientemente B. VONGLIS (*La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Inst. Droit Romain, Paris, Sirey, 1968), intentando una vía intermedia entre las posiciones extremas de Stroux y Himmelschein (cfr. op. cit., págs. 201 ss.).

IV. EL TRIMONIO EN LA "CAUTIO AMPLIUS NON PETI" Y "STIPULATIO AQUILIANA"

Veamos ahora dos instituciones a propósito de las cuales aparece mencionado el trinomio: la *cautio amplius non peti* y la *stipulatio Aquiliana*. Comenzaremos por la primera.

La *cautio amplius non peti* presenta varios problemas no convenientemente resueltos: el de su origen (época de las *legis actiones* o procedimiento formulario) y el de su denominación (acaso inicialmente *cautio amplius non agi*) e igualmente el de su carácter voluntario o pretorio⁷. Pero desde el punto de vista de

Consideramos demasiado radical, en la línea de Himmelschein, el también reciente estudio de U. WESEL (*Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, München, Heymann Verlag, 1967), cuando concluye afirmando (op. cit., pág. 139): Der Einfluss der Rhetorik ist also —wenn man ihm nicht überhaupt ausschliessen will— sehr gering. Una prudente posición media se desprende de la valiosa investigación reciente de NOR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio* (Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit), Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1968, en donde concluye —pág. 112-3— que los métodos tópico y sistemático no pueden ser separados en abstracto al estudiar el desarrollo de una institución, sino ante una concreta situación histórica de la ciencia jurídica. Creemos que en instituciones procesales es necesario contar con la influencia retórica de modo más amplio y con criterio más abierto que el utilizado por STEINWENTER en ZSS 65 (1947), págs. 69 ss.

7. No consideramos rechazable sin más la hipótesis de DEBRAY (*La cautio amplius non peti*, en *NRHD*, 36 (1912), acerca de la existencia de una *cautio amplius non agi* de la cual se habría ocupado Catón, según parece deducirse de D. 45,1,4,1 (Paulo 12 ad Sabinum):

Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissae, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi ... aut ab uno . . . ab omnibus, si id factum de quo cautum est, individuum sit ... at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat veluti amplius non agi"...

Este testimonio de Catón encierra una preciosa información, cuyo análisis nos llevaría muy lejos en el camino emprendido por G. H. MAYER (*Zur Geschichte der Zession*, *Festschrift Rabel*, II, Tübingen, Mohr, 1954, páginas 226 ss.). Catón alude a un *non agere* al cual se obliga un promitente como parte acaso de una primitiva cláusula de una *stipulatio* de cesión o venta de

este estudio podemos prescindir de esta problemática y centrarnos en la finalidad de dicha *cautio*: se trataba de una garantía en la que el promitente aseguraba al *stipulator* que no repetiría la reclamación procesalmente intentada. Se trataba de extinguir o li-

un crédito en que el *venditor* se obligaría a no impedir el *agere* del comprador y a nombrarle *procurator*. En todo caso, el texto de Catón nos coloca ante un antiguo testimonio de transmisión o venta de créditos y *actiones* por el medio indirecto de una *stipulatio*. Pertenece a esa zona todavía no clarificada en que la representación procesal y la transmisión de créditos y *actiones* se hallan en estado confuso. Debray ha realizado una observación valiosa al llamar la atención sobre una *cautio amplius non agi*, en cambio, sigue un camino inaceptable cuando trata de vincular esta *cautio* a una *legis actio sacramento in rem*. En este sentido, la crítica de GUIZZI (Labeo, 7 (1961), páginas 336-7) a Debray es certera, pero, en cambio, no podemos seguir a GUIZZI cuando niega la existencia de diferencias entre el *amplius non agi* y el *amplius non peti*, expresión, esta última, que habría prevalecido en la práctica y en el lenguaje jurídico (loc. cit.) Seguramente la expresión *amplius non agere* se referiría específicamente a un fenómeno de extinción de crédito o *actio* convenida *ex stipulatione*, sería la promesa análoga a un *non facere* como en la *stipulatio habere habere, uti frui habere, ire agere habere*. En definitiva, la renuncia al ejercicio de un derecho mediante *stipulatio*; así se transmitían créditos y se vendía el ejercicio de derechos o *actiones* por el trámite de una *stipulatio*. El fragmento de Paulo que nos ocupa (D 45,1,4,1) corresponde al libro 12 de los comentarios *ad Sabium*, en donde se trataba de las clases de *stipulatio* probablemente con una casuística que se remonta a época republicana. La *cautio amplius non peti* se generalizó—no interesa a nuestro tema su relación con la *cautio de rato*—en época clásica en la misma medida en que *petere* y *petitio* se extendieron también sin sentido técnico alguno como sinónimos de *postulare* y *postulatio*. *Petere* se entendió desde Labeón a efectos de la *cautio* en el sentido de *petere iudicio* (D 46,8,15; Paulo 13 *ad Paul.*) *Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si iudicio petitum esse. Petere* no quería decir hacer la *litis contestatio*, sino reclamar una cosa (*res* o *pecunia*) jurídicamente (cfr. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1942, pág. 27). No podemos adentrarnos en el tema hoy polémico de las *stipulationes praetoriae*. Para la finalidad de nuestro estudio es suficiente haber puesto de manifiesto la probable existencia de una *cautio amplius non agi* desde época republicana, con aplicaciones importantes, todavía susceptibles de más precisa determinación, y acaso creación de la jurisprudencia cautelar republicana en el juego del *agere* y el *cavere* característico de su actividad. Es sintomático que Cicerón (*Pro Roscio Com* 12, 37) hable de *consuetudo cautionis*. Por otra parte, Cicerón conocía la tricotomía, como se desprende de *Verr* 4,70 . *te potissimum hoc persequi, te petere, te agere oporteret*. En conclusión, el *amplius non agere* puede ser muy

liquidar definitivamente la relación jurídica de modo que al deudor no se le molestase de nuevo judicialmente y para ello vinculaba al reclamante con la *cautio*. Pues bien, las palabras del formulario de dicha *cautio* según un texto atribuido a Juliano (D. 46,8,23) contenían el trinomio *actio petitio persecutio*. Ello significa que para extinguir la relación jurídica evitando toda posible reclamación ulterior se repetía todavía en época clásica, cuando un *procurator* iba a actuar en nombre de otra persona, la alusión en la *cautio* a tres posibles medios procesales: *actio petitio* y *persecutio*. Evidentemente se trataba de excluir del modo más exhaustivo toda posibilidad de ulterior reclamación: era la extinción total de la deuda. Este punto es lo más interesante para valorar la importancia del trinomio en relación con la *cautio amplius non peti*, como asimismo resulta sorprendente la perduración del mismo hasta época clásica como parece desprenderse claramente del texto antes citado de Juliano:

D. 46,8,23: . . . *nam in stipulatione cavetur non petiturum eum cuius de ea re actio petitio persecutio sit*

Una finalidad análoga cumple la *stipulatio Aquiliana* en cuanto trata de extinguir o liquidar la relación jurídica existente entre deudor y acreedor⁸. En efecto, al margen de toda la problemática

antiguo, incluso anterior a la noción misma de *actio*, y desde el último siglo de la República, por extensión de la expresión *petere* se fue modificando en *amplius non peti*, referida tanto a la *actio* en sentido de *lege agere* como a la *petitio* y a la *persecutio*, es decir, a cualquier reclamación jurídica (Sobre *petitio* cfr. SCHNORR V. CAROSFELD, en *PhW.* XIX, 1153).

8. En primer lugar queremos señalar respecto a la *stipulatio Aquiliana* que nos hallamos probablemente ante un documento caucional de la actividad republicana en torno al *cavere* y al *agere*, se trataría de una *cautio Aquiliana* o formulario antiguo, y en este sentido institución paralela a la *cautio amplius non agi*, anteriormente estudiada, la cual consistía en un *cavere in stipulatione* (D. 46,8,23, cit. . . . *nam in stipulatione cavetur non petiturum eum*...) En segundo lugar deseamos advertir que no pretendemos abordar la amplia problemática de la *stipulatio Aquiliana*, y nos remitimos a la nutrida bibliografía sobre el tema citando la más conocida: DAUBE, *ZSS* 66 (1948, págs. 119 ss., se había opuesto a Meylan, que pretendía negar el carácter novatorio de la *stipulatio Aquiliana* Poco después, a su vez, BONIFACIO, *La novazione in Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 1950, págs. 108 ss., defiende

en torno a la *stipulatio Aquiliana* su finalidad es indiscutiblemente la extinción o liquidación de las obligaciones existentes, bien extinguiéndolas inmediatamente por medio de la *acceptilatio* en un acto único pero no unitario (previa *novatio*, según la doctrina dominante) o bien, en todo caso una *deductio in stipulationem* con efecto de *novatio* y *acceptilatio* de las mismas inmediatamente posterior (*quidquid tibi hodierno die sponndi*). También aquí el *stipulator* quiere asegurarse, como en el caso de la *cautio amplius non peti*, de que no será demandado en juicio de nuevo; es claramente una *stipulatio* liquidatoria de una compleja relación jurídica en donde existen acciones pendientes y futuras, *quoquo modo contractae*, que se comprenden o deducen en una *stipulatio* u *obligatio verbis* fácilmente extinguiible mediante *acceptilatio*, en un acto único, es decir, continuado, o en dos actos sucesivos.

A la luz de la finalidad enunciada creemos que el contenido de la *stipulatio Aquiliana* resulta incluso más comprensible en uno de sus aspectos más discutidos; el de si en el formulario de la misma se comprendían alusiones a diversas *actiones* tanto personales como reales. Nos atrevemos a establecer la hipótesis de que las cláusulas estipulatorias comprendían toda la gama de *actiones*, esto es, toda posibilidad procesal existente entre *promissor* y *stipulator*. Se trataría de una liquidación total de toda relación jurídica pendiente entre las partes. He aquí nuestra interpretación de las cláusulas estipulatorias tomadas del formulario de la *stipulatio Aquiliana*⁹ que se contiene en D. 46,4,18,1 e I. 3,29,2:

el carácter novatorio de la *stipulatio Aquiliana* frente a Segré y Meylan, que se habían opuesto a la *communis opinio*. BECK (*Überlegungen zum klassischen Vergleichsrecht, Studi De Francisci IV*, Milano, Giuffrè, 1950, página 13) piensa también contra la *communis opinio* que la *stipulatio Aquiliana* no es inteligible desde el punto de vista de la novación, y tiende a verla como un *pactum de non petendo*, idea que KASER (*IVRA*, 8 (1957), pág. 521) encuentra discutible, aunque se negase el carácter novatorio. Más recientemente STURM, *Novation durch Versprechen des Geldwerts?*, ZSS, 83 (1966), página 99, considera la *stipulatio Aquiliana* ajena a la idea de *novatio*. (Vid. en Sturm, op. cit., abundante bibliografía) Así está el problema en la doctrina romanística

9. Suponemos fundamentalmente auténticas, es decir, originarias, las cláusulas de la *stipulatio Aquiliana* transmitidas en D. 46,4,18,1 (Florentino 8 Inst.), y en *Just. Inst.* 3,29,2, sin entrar en discusión acerca de la tradición ma-

a) Se liquidaba o extinguía la deuda o débito pendiente incluso bajo condición del *promissor* en el momento de la *stipulatio* en la siguiente cláusula:

*quiquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet
oportebit praesens in diemve*

nuscrita de las citadas fuentes. Consideramos la *stipulatio Aquiliana* más bien como formulario de una *cautio* establecida por Aquilino Galo a efectos de liquidación de relaciones jurídicas complejas entre dos sujetos, reduciéndolas a una *obligatio verbis* susceptible de inmediata extinción por *acceptilatio* y las cláusulas más importantes reflejan efectivamente, como pondremos de manifiesto, una línea de pensamiento jurídico válida en el último siglo de la República. Se trata, en nuestra opinión, de un auténtico formulario republicano, salvo pequeños retoques, por ejemplo, la expresión *ex quacumque causa* de la primera cláusula pudiera constituir un añadido posterior; más bien habría que pensar en una cláusula del siguiente tenor: *quiquid te mihi dare facere oportet oportebit praesens in diemve*. Asimismo, es discutible la expresión *possideresse*, que Momsen, en su edición del Digesto, corrige en *possederasse*, corrección que acertadamente recoge Casavola, op. cit., pág. 43. La única cláusula no admisible para la época republicana originaria del formulario es *possederasse dolove malo fecisti, quo minus possideas*, que aparece reproducida únicamente en las Instituciones de Justiniano. Incluso la existencia de tal cláusula en época clásica es discutible, si bien no enteramente rechazable, como veremos. Creemos que cada cláusula del formulario contiene una previsión autónoma, es decir, supuestos o vínculos distintos, que pretenden ser convertidos en *obligatio verbis* única, en *unicum debitum*, para cuya finalidad las cláusulas tienen una vinculación funcional entre sí. No compartimos la original y brillante tesis de Casavola que considera el formulario formando una unidad dependiente de la primera cláusula —*quiquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve*—, que contendría el objeto de la promesa novatoria. Solamente esta primera cláusula haría referencia a las *obligationes* que se sometían a *novatio*, mientras la cláusula segunda se refería a las *actiones* relativas y en la tercera se hacía un reenvío a aquellas *obligationes* previstas en la primera cláusula, en las cuales el acreedor sea al mismo tiempo propietario de las *res in obligatione*. Uno de sus argumentos se refiere a los vínculos sintácticos que unen las cláusulas entre sí. Otro punto de apoyo cree hallarlo en el hecho de que los juristas clásicos hablan siempre de *novare obligationem* y, por tanto, *actiones in personam* dirigidas a un *dare facere oportere*, y de origen civil, tanto *iudicia stricta* como *bonae fidei*. Estamos de acuerdo con Casavola en que la *novatio* inicialmente sólo se daría como *novatio obligationis*, pero pensamos que la problemática de la *novatio*, como pondremos de manifiesto en el texto, acaso sea posterior

Toda deuda pendiente, presente o a término, del promitente: quedaría extinguida fuese cualquiera su causa; por tanto, toda obligación contractual en la cual el *promissor* figurase como obligado frente al *stipulator*.

b) Y respecto a posibles acciones en las que el *stipulator* pudiese demandar al *promissor* se hacía la misma extinción empleando en este caso con intención clara de exhaustividad —una vez más en nuestras fuentes— el trinomio *actio petitio persecutio*:

*quarumque rerum máhi tecum actio quaeque petitio vel ad-
versus te persecutio est (eritve).*

Y de las cosas respecto a las cuales pueda tener contra ti una *actio, petitio* o *persecutio*; esto es, cualquier tipo de reclamación.

como concepción jurisprudencial a la creación de la *cautio* o *stipulatio Aquiliana* por Aquilio Galo. Este no pensó probablemente en un efecto novatorio, que será reflexión dogmática de los juristas posteriores, sino en la concreta finalidad práctica de una fórmula o forma estipulatoria comprensiva de todas las posibles relaciones jurídicas a extinguir entre dos sujetos. Así constituyó Aquilio Galo una fórmula compleja con cláusulas diversas, pero ligadas sintácticamente de modo que fuesen abarcadas en una promesa pecuniaria única. El *stipulator* renunciaba a sus créditos presentes o futuros *ex quacunque causa* y a toda *actio petitio* o *persecutio* contra el *promissor* y a inquietarle en la tenencia de cosas suyas, todo ello a cambio de una cantidad en dinero: *tantam quaecumiam dare stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius*. La unidad funcional de las diversas cláusulas aparece claramente dirigida a la liquidación de una relación compleja, de la cual podían surgir múltiples pretensiones de parte del *stipulator*. Todas ellas quedarían reducidas a una sola de tipo pecuniario. El *quanti ea res erit* supondría una *aestimatio* y en este sentido nos hallaríamos ante una función más bien arbitral que judicial; pero no queremos proseguir ahora a través de todas las consecuencias a que podría llevarnos el análisis de esta *stipulatio incertae pecuniae*, entre otras razones porque en la práctica su eficacia operaría formalmente con vistas a la subsiguiente *acceptilatio*. Sin embargo, si Aquilio Galo propuso esta *cautio* o *stipulatio* hay que admitir su validez en el cuadro institucional jurídico de su tiempo, y unas aplicaciones prácticas desaparecidas posteriormente y que hoy desconocemos. Quizá haya sido un instrumento frecuente en la negociación desde fines de la República, en línea con otras *stipulationes* en materia de liquidación, transmisión y venta de créditos. La *stipulatio Aquiliana* es un interesante formulario que nos remonta al pasado jurídico republicano y susceptible todavía de análisis fecundos.

procesal que pudiera surgir contra el *promissor* y a favor del *stipulator* queda también extinguida desde ahora.

No se trata ahora de un débito ya contraído y pendiente en forma de *dare facere oportere* como en la primera cláusula extintiva de deudas pendientes de tipo obligacional. Ahora se trata de las *actiones* que puedan surgir en razón de los asuntos pendientes entre ambos, a favor del *stipulator*.

La renuncia del *stipulator* a toda posibilidad de ejercicio de una *actio petitio* o *persecutio* frente al *promissor* significa la no utilización de una posible *actio in rem*, que se comprende, en nuestra opinión, bajo la expresión *petitio*, como expondremos en su momento. Se trata de un compromiso estipulatorio al no ejercicio de *petitio* alguna derivada de las relaciones preexistentes entre las partes estipulantes.

c) Aparece por último una cláusula discutible referida a la relación posesoria sobre cosas del *stipulator*:

quodve tu meum habes tenes possides

Esta cláusula la encontramos en D. 46,4,18,1 y mucho más amplia en I. 3,29,2 con la siguiente adición: *possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas*. Esta diferencia en los formularios entre D. 46,4,18,1 e I. 3,29,2 hace pensar, con la doctrina dominante, en una adición justiniana al cuerpo del formulario, si bien Casavola¹⁰ estima que esta presunta ampliación justiniana puede excluirse pensando que se trataba de la *actio ad exhibendum* —y no la *reivindicatio*— respecto a la cual ya en época clásica se hallaría legitimado el *fictus possessor*. Es discutible la claridad de esta alusión al *fictus possessor*, si bien no imposible, tal como Casavola la defiende¹¹. En cambio resulta totalmente admisible y hasta de pura raigambre republicana el empleo de los términos *habere tenere possidere*. Acaso se remonten precisamente a los orígenes mismos del formulario aquiliano si se piensa que la situación o relación posesoria en época republicana se valió de esta

10. Op cit., págs. 54-55

11 Casavola se apoya en las ideas de MARRONE, *Actio ad exhibendum* en *Annali Scm. Gur Palermo*, 26 (1958), págs. 388 y ss

multiplicidad terminológica precisamente por inexistencia de un concepto unitario de *possessio*¹². Hay que admitir, por tanto, una clara alusión a las relaciones posesorias en la cláusula *quod tu meum habes tenes possides*. Ahora bien, acaso haya que entender dicha cláusula como una renuncia al ejercicio de toda acción real por medio de la *stipulatio*, del mismo modo que en la *stipulatio habere licere* se renunciaba a toda perturbación en la posesión por parte del promitente —vendedor— y herederos. El *stipulator* renunciaba a toda relación con aquellas cosas sobre las cuales él pudiese ejercitar *actio in rem* o acaso simplemente un interdicto posesorio por hallarse en manos del promitente. No es preciso pensar en un efecto novatorio de las *actiones in rem* al que la doctrina romanística se ha opuesto tan tenazmente y que constituye uno de los aspectos que dificultan el entendimiento de la *stipulatio Aquiliana*. La noción de *novatio* está indudablemente ligada al concepto de *obligatio*; pero en este caso no se trata de *novatio* de *actiones in rem*, sino de renuncia al ejercicio de las mismas mediante *stipulatio*, liquidando pecuniariamente la relación.

Estructuralmente las cláusulas de la *stipulatio Aquiliana* constituyen una unidad o *stipulatio* típica con un *unum debitum* bajo la forma de promesa única: *quanti quacque carum rerum res erūt, tantam pecuniam dari stipulatus est. Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius*. En la raíz histórica de la *sponsio* parece hallarse la idea de deuda pecuniaria (*spondes mihi centum dari?*) nacida *verbis*, es decir, con palabras solemnes, constituyéndose así la *obligatio verbis contracta*, fácilmente extinguiible por *acceptilatio* como

12. La ausencia de un concepto unitario de *possessio* en época republicana ha sido claramente puesto de manifiesto por LAURIA, *Possessiones* (2.ª ed.) (1957), págs. 35 ss. Vid. nuestra recensión de esta obra en su primera edición (*Possessiones Età republicana*, I, Napoli, Ed. Moreno, 1953) en *AHDE* 24 (1954, págs. 723-36. Paña Casavola (*Actio petitio persecutio*, cit. pág. 53), la frase *quod<que> tu meum habes tenes possides* es indiscutiblemente de impronta clásica y considera dicha expresión triádica como una forma tópica citando a Plinio (*Ep.* 1,16,1). *nunc vero (scil. eius ingenium) totum me tenet habet possidet*. Esta terminología, sin embargo, es ya corriente en época republicana, para indicar situaciones jurídicas difíciles de resumir en tipos conceptuales básicos y unitarios respecto a la tenencia de la tierra, como observó KASER (*Typen der römischen Bodenrecht in der späteren Republik*, *ZSS*, 62 (1942), pág. 74).

contrarius actus. En definitiva, la estructura del formulario Aquiliano parece adecuada al momento histórico de fines de la República en que la transmisión y extinción de *actiones* y *obligationes* no hallaba una posibilidad más clara y segura que la *deductio in stipulationem*. Todo hace pensar en una finalidad liquidadora de situaciones jurídicas complejas, por ejemplo, la venta de una *hereditas*, en que el *venditor* en calidad de *promissor* convierte en deuda pecuniaria *verbis contracta* las obligaciones pendientes con el *emptor hereditatis*. Convertida la situación en *obligatio verbis* podrían extinguirse totalmente mediante *acceptilatio*, por ejemplo, todas las obligaciones entre un *emptor* y un *venditor hereditatis*.

La finalidad liquidadora y extintiva de obligaciones de la *stipulatio Aquiliana* parece clara y en este sentido se explica la renuncia a cualquier posible *actio petitio* o *persecutio*. Otros problemas de la *stipulatio Aquiliana*, como es el de su carácter novatorio o no, pueden considerarse históricamente posteriores al momento de la estructuración definitiva de la fórmula Aquiliana con las conocidas cláusulas. Las nociones de *actio* y *obligatio* no se distinguen claramente en el último siglo de la República¹³. Por otra parte, la teoría de la *novatio* parece ser una problemática de época clásica en torno a la noción de *obligatio*; dicha teoría se configuró como *novatio obligationis* en un momento en que *actio* se va haciendo sinónima de *potestas agendi*. Por tanto, la noción de *novatio* puede ser posterior al momento de nacimiento de la *stipulatio Aquiliana* y no parece procedente plantear el problema novatorio respecto al formulario originario de la misma. Según hemos señalado ya, la *stipulatio Aquiliana* implicaría inicialmente la renuncia a todo *debitum* pendiente, a toda *actio petitio* o *persecutio* que pudiese surgir y también la obligación de mantener el estado de hecho posesorio respecto a las cosas que se hallan en manos del *promissor* procedentes del *stipulator*; todo ello con finalidad de liquidar una compleja relación jurídica con *obligationes* y *actiones* pendientes. Esta operación tenía una finalidad al mismo tiempo extintiva indudable y nacería una *nova obligatio ex stipulatione* de contenido pecuniario.

13 A lo largo de este estudio iremos poniendo de manifiesto la vinculación histórica entre las nociones de *actio* y *obligatio*, tema que, sin embargo, constituiría materia para una más extensa investigación especial.

Más tarde este efecto sería denominado *novatio*, concepto éste que en Gayo III (176-79) parece hallarse todavía vinculado a la extinción de las *obligationes*: *præterea novatione tollitur obligatio*. Y sobre todo viene a corroborar esta idea el hecho de que, aunque la *prior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur*.

Quizá la noción dogmática de *novatio* haya surgido en los sistemas de *ius civile* de *Mucius* o de *Sabinus*. En todo caso nos parece muy admisible y auténtica la afirmación de Ulpiano (46 *ad Sabinum*):

D. 2,15,4: *Aquiliana stipulatio omnimodo omnes præcedentes obligationes novat et [peremit] ipsaque peremittitur per acceptationem: et hoc iure utimur*¹⁴.

Ulpiano nos da la más perfecta formulación dogmática de la *novatio* en el mismo libro 46 de los comentarios *ad Sabinum*:

D. 46,2,1 pr: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex præcedenti causa ita nova constitutatur, ut prior peremittatur*.

La *novatio* es un acto transitivo —*transfusio atque translatio*— consistente en que con base en una causa anterior o precedente se establece una *nova obligatio* al mismo tiempo que perece la anterior. Así nacimiento y perezamiento aparecen como anverso y reverso de un mismo acto.

La *stipulatio Aquiliana* nace en época anterior a la elaboración por los clásicos del concepto de *novatio*, el cual constituye una

14. No pretendemos entrar ahora en la polémica suscitada por este texto en materia de *novatio* (vid. bibliografía mencionada supra, nota n° 8), sino únicamente hacer notar que la noción de *novatio* parece haber sido dogmatización de los clásicos desde Sabino, pasando por Gayo, hasta Ulpiano, que la define precisamente en el libro 46 *ad Sabinum* (D 46,2,1, pr.) Insistimos en esta observación para dejar bien claro que la *stipulatio Aquiliana*, estructurada en el último siglo de la República, quizá haya sido ajena al concepto jurídico de *novatio* dogmatizado posteriormente, si bien en la práctica los efectos de la *stipulatio Aquiliana* originariamente, dentro de su finalidad liquidadora, encerraban un aspecto novatorio.

clara dogmatización que se le superpone posteriormente. En sus orígenes, como hemos indicado, equivale a una renuncia mediante *stipulatio* pecuniaria al ejercicio de cualquier *actio* u *obligatio*. Posteriormente la idea de *novatio* se hace extensiva a la misma; de ahí la expresión: *novat et peremut omnis obligatio* (D. 2,15,4) que acaso es opinión de Sabino. Otra cuestión es la de si la *stipulatio Aquiliana* se entendía destinada a la extinción de la *nova obligatio* como acto inmediato mediante *acceptilatio*. Guarino¹⁵ ha señalado certeramente frente a Casavola que, si bien en la práctica la mayor parte de los casos la *stipulatio Aquiliana* llevaría consigo la consiguiente *acceptilatio*, no es admisible que dicha *stipulatio* no implicase *novatio* y por tanto posibilidad de una *actio ex stipulatu*. Puede admitirse que la *acceptilatio* siguiese normalmente como un *posteriùs* a la *stipulatio*, pero que ambas formasen un negocio único no parece probado.

Enfocada la *stipulatio Aquiliana* como un acto de renuncia al ejercicio de *actiones* pendientes entre *stipulator* y *promissor* y de las que pudiesen surgir en el futuro como consecuencia de la relación jurídica que trataba de extinguirse, no vemos inconveniente alguno en admitir el carácter originario y auténtico de las cláusulas del formulario sin acudir a la hipótesis de posibles alteraciones en el mismo. La discusión acerca de la posible *novatio* de *actiones in rem* quedaría relegada bajo el supuesto de que se trataría de una renuncia al ejercicio de las mismas y no de un caso de *novatio* que las convirtiese en *obligationes verbis*. Sería simplemente una renuncia estipulada en cuanto al no ejercicio de las *actiones* había sido objeto de una *deductio in stipulationem* y el intentarlas de nuevo constituiría un acto doloso. En todo caso nos hallamos en el supuesto de la *stipulatio Aquiliana* ante una finalidad análoga a la *cautio amplius non peti* y a las *stipulationes emptac et venditac hereditatis*. Se trata de extinguir relaciones jurídicas y excluir toda reclamación procesal entre dos personas con obligaciones pendientes entre sí. Para esta finalidad convenía mencionar la triple terminología procesal *actio petitio persecutio*, de gran raigambre histórica, en nuestra opinión, como vamos a exponer

15 Cfr LABEO, 12 (1966), cit., pág. 132

V. SUCINTA HISTORIA DE LA NOCIÓN DE "ACTIO"

Poco podemos decir acerca de la historia jurídica del vocablo *actio*, porque su evolución en el pensamiento jurídico se halla todavía pendiente de un estudio exhaustivo¹⁶. La expresión *actio* era empleada entre los retóricos como *terminus technicus* y consideramos imprescindible partir del sentido de dicha expresión en el pensamiento retórico. Así Cicerón explica el sentido de *actio* (*Part. Orat.* 18,62) frente al de *scientia*, como *quod refertur ad faciendum quid, ut si quaeratur quibus officiis amicitia colenda sit*. Asimismo contrapone en la misma obra (*Part. Orat.* 21,76) *actio* y *scientia* como el doble fundamento de la *virtus*, en cuanto ésta puede ser especulativa o práctica. En *Top.* 21,82 contrapone *actio* y *cognitio* considerando como finalidad de ésta la *scientia*. En *de inv.* 1,10, alude a la *quaestio de actione* como uno de los posibles contenidos de una *controversia* (*aut facti aut nominis aut generis aut actionis*). Y ello se refería a la admisibilidad de la *actio* como se desprende de otro lugar de la misma obra ciceroniana (*de inv.* 2,19, 57-58): *...multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum ut causa cadat is qui non quemadmodum oportet egerit...* Esta *quaestio de actione* en el sentido de controversia sobre la admisibilidad de la *actio* coincide con el concepto más bien retórico de *translatio* cuya esencia venía a ser el problema de legitimación de las partes (así Cic. *de inv.* 1,8,10) y la existencia de una *actio petitio* o *persecutio* a favor del demandante como primera cuestión a discutir en toda *translatio* según el *Auctor ad Herennium* 2,12,18: *Quaeritur in translationibus primum num aliquis eius rei actionem petitionem aut persecutionem habeat*. En definitiva, pues, la *quaestio de actione* se refería a los requisitos del *agere* o *actio* para que se realizase por el demandante *quemadmodum oportet*¹⁷.

16 KASER (*Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck Verlag, 1966, pág. 172, nota n.º 12), echa de menos un estudio monográfico sobre el concepto procesal de *actio* con base en el vocabulario de las fuentes.

17 El concepto de *translatio* requiere quizá un estudio específico para determinar hasta qué punto este concepto es distinto entre retóricos y entre juristas. No estamos muy convencidos de que la *translatio* retórica sea cosa

El vocablo *actio* encierra un sentido de actividad práctica frente a la actitud especulativa (*scientia*) y el encauzamiento del *agere* (que se refiere *ad faciendum quid*) puede dar lugar a una *controversia* o *quaestio* acerca de los presupuestos o legitimación para la *actio*.

La *quaestio de actione*, además de revelar un intento de elaboración de la noción de *actio* en sentido abstracto, probablemente haya que ponerla en relación con el principio *bis de eadem re ne sit actio*. No podía entablarse una *actio de eadem re* dos veces y ello provocaría la necesidad de determinar previamente si la posibilidad se había extinguido ya respecto al demandante porque en este caso no tendría *potestas agendi*. El *habere eius rei actionem* (*Auct. ad Her.* 2,12,18) quizá tenga relación con el principio de la irrepetibilidad de la *actio*, procedente de la época de las *legis actiones* y que pasa al *iudicium legitimum* con eficacia *ipso iure* tratándose de *actio in personam* con *intentio iuris civilis* (Gayo IV,

enteramente ajena a la *translatio iudicii*. Meyer (*ZSS*, 68 (1951), cit. pág. 35) pretende distinguir ambos conceptos viendo la *translatio* retórica como referida a los presupuestos para la introducción del proceso. Sin embargo, en *Rhet. ad Her.* 1,22, la controversia *ex translatione* aparece así definida: *Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut iudices mutandos reus dicitur*. Parece que esta controversia se refería al cambio —*mutatio*— respecto al momento —*tempus*— y al *accusator* o *iudices*. No distaba mucho de la *translatio iudicii*, si bien parece referirse a materia penal. Por otra parte, la misma *Rhet. ad Her.* 2,12,18, advierte que lo primero a considerar en una *translatio* es si existe, acerca de la materia en cuestión, una *actio petitio* o *persecutio* a favor de alguno: *Quaeritur in translationibus primum num aliquis eius rei actionem, petitionem aut persecutionem habeat...* Por tanto, *translatio* parece ser un concepto amplio que comprendía originariamente la problemática de la *translatio iudicii* del proceso formulario y a la vez lo que en Cicerón se nos presenta como *quaestio de actione* o de *constituendo iudicio*, es decir, los presupuestos para la instauración del *iudicium* (en donde Meyer, loc. cit., ve la característica de la *translatio* retórica. En definitiva, consideramos probable la existencia de una problemática o controversia en torno a la idea de *translatio* que haya pasado de los retóricos a los *iuris prudentes*, cuyo contenido amplio podría resumirse en la noción de *translatio litis*, que abarcaría desde el problema de la representación procesal hasta el del cambio de partes o *iudices*, y que en época clásica se manifestó en concreto ya bajo la denominación de *translatio iudicii*.

106). El agotamiento de la *actio* (que coincidía con el efecto consuntivo de la *litis contestatio* sobre la *obligatio*) sería indudablemente un hecho a tener en cuenta antes de instaurar un nuevo *iudicium*. Y en este sentido el determinar si existía o no la *eadem res* era decisivo y a su vez supondría un problema de *interpretatio legis*. En definitiva, la *quaestio de actione* vendría a determinar si el demandante *quemadmodum oportet agit* y se hallaría en relación con la actividad a la que se alude en la expresión también ciceroniana de *constituendo iudicio* (*Part. Orat.* 28,99).

Cabe pensar que ya en época de las *legis actiones* se haya planteado respecto precisamente al problema del principio *ne bis in idem* la cuestión de la *interpretatio* de los *verba legis* en el campo de la Retórica.

En efecto, sabemos que los denominados *status legales* de los retóricos vienen a ser una teoría de la interpretación de las *leges*. Dichos *status legales* constituyen una aportación del pensamiento o arte retórico al problema práctico de la *interpretatio legis* y su importancia se comprende mejor si se piensa en la importancia de la *lex* en la República romana desde las XII Tablas. Su trascendencia práctica y su estrecha relación con el pensamiento jurídico no pueden minimizarse¹⁸. El problema de la *interpretatio legis* es tan importante que justifica la polémica entre *oratores* y *iuris prudentes* como un choque entre un arte formal y lógico de *interpretatio* de los *verba* y una visión tradicional y de raíz sacral y pontifical arraigada en el espíritu de los pontífices conservadores de un orden familiar y social arcaico y religioso. Este es el papel que en la causa Curiana encarnan, respectivamente, el *orator Licinius Crasus* y el antiguo *pontifex maximus Q. Mucius* actuando como *iuris prudens*. La Retórica ha jugado sin duda un gran papel en el arduo problema práctico de la *interpretatio legis* hasta el último siglo de la República. Y bajo este punto de vista nos atre-

18. Una clara y sencilla exposición de los *status legales* puede verse en WESEL (op. cit, págs. 28 ss). Asimismo, una sintética y clara exposición de la teoría retórica de los *status* en general puede verse en SANTA CRUZ, *Die rethorische Theorie des Status*, en ZSS, 75 (1958), págs. 91-115. Respecto al problema general de la influencia retórica puede verse supra, nota n.º 6.

vemos a formular la hipótesis de que la *quaestio de actione* —y la *translatio* como idea próxima— se ha planteado a los retóricos como un aspecto de la *interpretatio legis* en el sentido de que el *agere ex lege* exigía unos presupuestos básicos para que la *legis actio* quedase entablada. Queremos decir que la *actio ex lege* suponía, en primer lugar, unos requisitos formales de legitimación previos a la actuación de las partes y luego una acomodación a los *verba legis* dentro de una lógica muy estricta. Ello es precisamente lo que Gayo nos dice respecto a las *legis actiones* cuando afirma (IV, 11) que se denominaban así: *vel ideo quod legibus proditae erant .. vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabuntur*. El hecho de que el más mínimo error hiciese perder el litigio (*qui minimum errasset litem perderet*, Gayo IV, 30) nos hace suponer que la *interpretatio legis* surgiría con frecuencia dando lugar a una *quaestio de actione*. El *agere ex lege* daría lugar a problemas de *interpretatio* como el que Gayo (IV, 11) nos relata a propósito de la *actio de arboribus succisis*. No podemos desechar la posibilidad de relación entre la *interpretatio legis* de los retóricos —los *status legales*— y las *legis actiones* e incluso el proceso formulario en sus primeros tiempos en cuanto la fórmula es una *conceptio verborum* y un *litigare per concepta verba*¹⁹

Por otra parte, las dos menciones de la palabra *actio* en las fuentes son de fines de la República: *lex repetundarum* (1,57,74 ss.) de finales del siglo II, y *Rhet. ad Herennium*, 2,12,18 de principios del siglo I, a. C. Sin embargo, no nos atrevemos a afirmar sin más el paso del concepto del campo retórico al jurídico, entre otras razones porque parece percibirse una analogía de sentido que hace presumible un significado unívoco: *actio* significaría desde antiguo actuación verbal mediante recitación de un formulario o fórmula predispuesta, como Pugliese señala²⁰.

19 Sobre este aspecto, en el que no podemos extendernos ahora, vid. asimismo supra, nota n.º 6

20 Sub voce *Azione* (Diritto Romano) en *Novissimo Digesto Italiano*, II, pág. 24. L'uso di *actio* nel linguaggio giuridico si collega probabilmente all'accezione secundo cui la parola indicava, non un *agere* qualsiasi, ma un *agere* secundo determinate modalita e con la recitazione di formule predis-

Tanto en la concepción retórica como en la jurídica *actio* parece encerrar el sentido de actuación verbal. Pugliese indica acertadamente la *Manili actiones* o formulario de la compraventa (Varr. *de re rust.* 2,5,11; 2,7,6) del mismo modo que *actio* era entre los retóricos uno de los elementos de la oración, esto es, su pronunciación o declamación (Sen. *contr.* 1, pr., 12; Quint. *inst. orat.* 3,3,1; 11,3,1) y en autores literarios la recitación teatral. Y asimismo recuerda la calificación de *actiones* dada por los clásicos a ciertos negocios caracterizados por la forma oral²¹ como la *mancipatio* y la *stipulatio* a cuya observación añadimos por nuestra parte la calificación de *actus legitimi* dada a ciertos negocios de evidente naturaleza oral. Igualmente es de hacer notar que las expresiones *ius agendi cum populo* (*cum patribus*) hacen referencia a actuación verbal y respecto al *populus* a una *interrogatio*.

Un punto, pues, decididamente adquirido en la historia del término *actio* es el carácter verbal originario de esta expresión. Por tanto en la etapa de las *legis actiones* puede decirse que *agere ex lege* vendría a significar actuación verbal según el vínculo civil (*lex*). Se trataba de la pronunciación *in iure* de unas palabras determinadas —*aiō te mihi decem milia dare oportere*— para hacer valer un vínculo reconocido *ex lege* (desde las XII Tablas un *oportere ex sponsione*). La *sponsio*, primitivo vínculo religioso, se transforma en fuente de obligación jurídica o deber de prestación —*dare oportere*— desde las XII Tablas al servir de base a la instauración de un *iudicium*. Las *leges Silia* y *Calpurnia* consideran vínculo suficiente para instaurar un *iudicium* la entrega de *pecunia certa* o *res certa* con finalidad de devolución (*mutui datio*). Los *verba actionis* no hacían ya alusión a la *sponsio* ni a otra causa y se limitaban a la mención a un deber de prestación —*dare oportere*— y a la advertencia, en caso de negativa del demandado, para que compareciese —*in diem tricensimum— ad iudicem capiendum* (Gayo IV, 17 b). Esta última manifestación del *agere ex lege* constituye todavía un *certis verbis agere* que va a cristalizar en una *formula ac-*

poste. Ibidem: ... così *actio* era particolarmente un atto o un complesso di atti verbali oppure il formulario all'uopo studiato.

21. Loc. cit.

tionis legitimae como consecuencia de la *lex Aebutia*²². Los *iudicia legitima* del *Edictum*²³ serán precisamente resultado de la *legis actio per conditionem*. Esta no haría más que tipificar como fórmula de *iudicium legitimum* los *verba solennia* de la *legis actio per conditionem*. Pero esta *formula actionis* sería escrita y por tanto un esquema abstracto para instaurar un *iudicium*: *Si paret dare oportere absolue, si non paret condemna*. La naturaleza verbal de la *actio* desapareció con el *agere per formulas* porque la *formula* fue un módulo (*forma*) capaz de diversos contenidos concretos para decidir por el *iudex* (*iudicia*). Como demostró Kubler la *formula* es ya en época de Cicerón el esquema o modelo, mientras *iudicium* es el procedimiento ante un *iudex*. Ciertamente que la fórmula o esquema, una vez establecidos los términos concretos del litigio, se hace sinónima de *iudicium* en el momento de la *litis contestatio* (*dare accipere iudicium*). La *actio* desemboca así normalmente en un *iudicium* y la relación anterior —*obligatio*— dirigida a un *dare oportere* se convierte en un vínculo distinto (*condemnari oportere*) como Gayo señala. *Actio* es el aspecto procesal activo y verbal del vínculo (*obligatio*) que desaparece al ser deducido en juicio. La *actio* se dirige por tanto a un *dare oportere* entre dos sujetos vinculados mediante un acto (*sponsio* o *datio mutui*) obligatorio *ex lege*. Es la actuación de un vínculo civil sancionado *ex lege*, es decir, sancionado por el *ius civile*, bajo la *auctoritas populi* propia de la *lex*, desde las XII Tablas, que secularizaron la arcaica noción de ésta. La tendencia a confundir *formula* y *actio* y el predominio de esta expresión hasta Justiniano va a extender y difuminar la primitiva noción, de la cual se halla un eco en la tricotomía clásica al referir los juristas la noción de *actio* preferentemente a la *actio in personam*. Y asimismo la definición de Celso es un reflejo bastante puro de esta raíz histórica en cuanto alude al *debitum*: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* (D 44.7,51).

En el *agere per formulas* la *actio* queda convertida en la posibilidad de demandar o *potestas agendi*. En definitiva *habere actionem*

22. Vid. nuestra exposición de la evolución de las *legis actiones* en AHDE, 34 (1964), págs. 209-33: "Las *legis actiones* como etapas del proceso romano"

23. Sobre este punto, vid en AHDE, 39 (1969), págs. 451-79 "La necesidad de retornar al estudio del Edicto pretorio".

era equivalente a *agere potest* para Cicerón (*pro Caec.* 12, 32-34 y 13,37-39) y Quintiliano habla de *ius actionis habere* (*Inst. orat.* 3,6,73). La *actio* se colocó en el puesto del derecho subjetivo, si bien no era el equivalente de éste ni de la noción moderna de pretensión como reconoce Pugliese²⁴. Así se prepara la idea clásica de Celso antes mencionada: *actio* viene a ser el *ius persequendi iudicio*. Pero con una limitación importante históricamente: *actio* sería en época republicana, desde la *lex Aebutia* hasta la *lex Julia*, un *ius persequendi iudicio legitimo*. Solamente los *iudicia legitima* como procedentes de las *actiones ex lege* se hallarían en relación con la *actio* en el sentido de *ius persequendi iudicio*. La *formula actionis* nacida de la *legis actio per conductionem* —*condictio formularia*— constituía el verdadero esquema o cauce de la *actio*, que en época clásica va a ser denominada *actio in personam*.

Frente a esta noción histórica de *actio* en el *Edictum*²⁵ existían los *arbitria honoraria*, que darían lugar a *iudicia imperio continentia* hasta la *lex Julia iudiciorum privatorum*. La *actio* tenía su raíz en la *lex publica* creadora del *ius*, mientras el *arbitrium* se movía bajo el *imperium praetoris*. El *Edictum* operaba por un lado con la noción de *ius* como vínculo *inter cives* (*ius civile*) nacido *ex lege* y por otro con el más amplio *ingens vinculum fidei* (con los *arbitria ex bona fide*) si bien la *fides* regiría las relaciones *inter cives et peregrini*. La noción arcaica del *ius Quiritium* en relación con la noción primitiva de *mancipium* y con *manus* y los poderes familiares, pertenecía a una concepción del derecho como poder o *potestas* difícil de concebir como *ius persequendi iudicio*. Por eso a través de la *formula petitoria* se logró hacer valer el poder de *dominus ex iure Quiritium* propio de las antiguas *vindicationes* suponiendo el *modus adquirendi ex lege* —*meum esse ex iure Quiritium*— como base de un deber de restitución. De ahí la *petitio* que no es propiamente una *actio legitima* probablemente hasta después de la *lex Julia*. Las *vindicationes* del *ius Quiritium* únicamente pudieron hacerse valer mediante *formulae ad fictionem legis actionis expressae*. Tanto la *formula petitoria* como la *formula per sponsionem* encierran

24 *Azione*, *Notissimo Dig.*, cit., pág. 27

25 Cfr. nuestro estudio "La necesidad de retornar al estudio del Edicto pretorio", cit.

una *fictio legis actionis*. En ninguno de los dos casos se trata de un *debitum* o deber jurídico (*dare oportere ex sponsione* o bien *ex mutui datione*) actuado o afirmado (*actio*) frente a un *obligatus* sino de un modo indirecto de hacer prevalecer la condición de *dominus ex iure Quiritium* sin acudir al *agere sacramento in rem*. Se trataba de evitar el complejo rito del *sacramentum* que habría de realizarse *apud centumviros* y se sustituía la afirmación de un poder o *potestas ex iure Quiritium* (*meum esse aio ex iure Quiritium*) que implicaba una *contravindicatio* de la otra parte haciendo valer en el caso de la *formula petitoria* un deber de restituir por parte del demandado en el supuesto de que la cosa perteneciese *ex iure Quiritium* al demandante. Ciertamente habría de probarse la titularidad de *dominus ex iure Quiritium* del demandante en base a un *modus acquirendi* (*mancipatio* o *usus*) que tenían su apoyo *ex lege* (XII Tablas); pero sin embargo la *formula petitoria* no era resultado de una *actio legitima* ni se puede admitir que diese lugar a un *iudicium legitimum* propiamente tal porque se partía de un *fictio legis actionis*. Se trataba de una *fictio actionis legitimae*. La *formula petitoria* no hacía el papel de una verdadera *actio* sino de una *petitio*. *Petere* no es lo mismo que *agere*, en rigor histórico, porque es una reclamación o demanda en la que no se parte de la existencia de un vínculo previo —*obligatio*— entre las partes como eran la *sponsio* y la *mutui datio* que servían de base al *agere in personam*, o *actio* en sentido histórico estricto. *Petere* y *petitio* no es hacer valer una *obligatio* sino simplemente en este caso reclamar una cosa frente al que la tiene indebidamente en su poder. Más tarde el término *actio* se extenderá y en Gayo se nos presentan las *actiones in rem* como una categoría contrapuesta a las *actiones in personam* (Gayo IV, 1-4), pero advirtiendo claramente Gayo la diferencia entre la invocación de un deber de dar (*dare oportere*) propio de la *actio in personam* (*qua agimus quotiens cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare facere praestare oportere*, IV, 2) y la *petitio* (*rem nostram ab alio petere*) respecto a la cual no podía invocarse un *si parcat cum dare oportere* porque *nec enim nobis dari potest quod nostrum est* (IV, 4). Las *actiones in rem* responden a las antiguas *vindicaciones* y las *actiones in personam* a las *conditiones* según Gayo resume (IV, 5). En Gayo se percibe clara-

mente el gran ciclo histórico que en época clásica se cierra, partiendo de la distinción entre *vindicationes* y *condictiones*, es decir, entre la esfera del *ius Quiritium* —*vindicationes del agere sacramento*— y la *condictio* formularia. La noción de *actio* se había generalizado ya para comprender tanto la verdadera *actio* (*in personam*) como la *petitio*, ahora denominada *actio in rem*. Ulpiano confirma claramente los mismos criterios de Gayo al hablarnos de los *duo genera actionum* (D. 44,7,25, pr.): *in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam quae condictio appellatur*. La *actio in rem* viene a ser una *petitio* contra un *possessor*: *in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus cum est qui rem possidet, in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet* (D. 44,7,25, pr. cit., Ulp. *liber sing. reg.*). Hasta Gayo y Ulpiano llega claramente la distinta raigambre histórico-procesal de las *actiones in rem* (*vindicationes*) *per quas res nostras petimus* —*petitio*— frente a un *possessor* y las *actiones in personam* mediante las cuales *cum eo agimus qui obligatus est* y únicamente frente a éste. Justamente radica ahí la diferencia entre *vindicatio* y *condictio* y respectivamente también entre *petitio* y *actio*. Y todavía en Justiniano, convertida en *summa divisio* la distinción entre *actio in rem* y *actio in personam*, se advierte la noción de *obligatio* subyacente para distinguir el *agere in personam* y el *agere in rem*: I. 4,6,1 *namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt ... aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est ... quo casu proditae actiones in rem sunt*. *Actio* y *obligatio* mantienen hasta el derecho justiniano su estrecha vinculación con el carácter de *vinculum iuris* entre dos sujetos concretos, uno activo (*actor*) y otro pasivo —*obligatus* o *reus debendi*—, como se prueba asimismo por el mismo título *De obligationibus et actionibus* de la rúbrica D. 44,7. Hay, pues, una línea histórica que arranca de las XII Tablas al reconocer la *sponsio* como *obligatio verbis* y que llega hasta Justiniano, que vincula las nociones de *actio* y *obligatio* de un modo que nos comprueba que la *actio in rem* es terminología clasificatoria del proceso en época clásica en el afán de distinguir *duo genera actionum*, precisamente cuando la palabra *actio* había per-

didado su significado de actuación verbal para convertirse en *potestas agendi in iudicio*. En el *agere per formulas* la *actio* se concreta en una *formula* mediante la cual se instaura un *iudicium* como hemos dicho. Es explicable que se tendiesen a confundir las *formulae* con las *actiones* en época clásica, porque en realidad cada nueva *formula* dada por el pretor era una nueva posibilidad o *potestas agendi*, es decir, una *actio*. Suprimida por la *lex Julia* la distinción entre *iudicia legitima* y *arbitria honoraria* se pierde la relación entre *lex* y *actio* y ésta se generaliza más.

VI. PROBABLE SENTIDO DE "PETITIO" EN MATERIA PENAL

Hemos señalado la línea evolutiva de la noción de *actio* como actuación verbal solemne en relación con la *lex*. El *agere ex lege* significaría en plena República la actuación basada en la *lex publica* como vínculo solemne *inter cives*; pero la *lex* fue originariamente un vínculo sacral —una *coniuratio* frente a la divinidad²⁶, una especie de *iusiurandum* colectivo— que implicaba una *sacratio capitis* del transgresor. Las antiguas *leges sacrae* delatan este carácter sacral de la *lex* y acercan esta noción a la de *iusiurandum*. En esta idea de vínculo juramentado, de *iusiurandum*, se unen los conceptos de *ius* y de *lex* primitivos. Se trataba en ambos casos de vínculo juramentado ante los dioses cuya ruptura implicaba una *sacratio capitis*. Precisamente el sentido y la aplicación procesal del *sacramentum* arranca de estas mismas raíces: en el fondo se trata de determinar o concretar la *sacratio capitis* en que incurre el *per-iurus*, el que hace una transgresión de la *lex sacra* en época arcaica y de la *lex publica* posteriormente²⁷, desde las XII Tablas.

El *agere sacramento* era precisamente la actuación mediante un *iusiurandum* que implicaba una *sacratio* —*sacratione interposita*—, como Kunkel²⁸ ha reafirmado brillantemente. La relación

26. Sobre el concepto de *lex*, vid "La necesidad de retornar al estudio del Edicto", cit., nota 8.

27. Cfr. loc cit

28. *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, Beck, 1962, págs 106 ss

entre *iusiurandum* y *sacramentum* aparece hoy claramente puesta de manifiesto. En definitiva, *agere sacramento* en origen debió de significar actuación mediante vínculo sacral, es decir, vinculación juramentada frente a los dioses y en este sentido sería también *agere ex lege*. Posteriormente, secularizada la *sacratio*, sería una *legis actio generalis* (Gayo, IV, 13) mediante aplicación de la *poena sacramenti*, que es el paralelo de la *sanctio* que la *lex publica* llevaba aparejada.

En el *agere sacramento* está la raíz común del proceso civil y del proceso penal que, como Kunkel²⁹ ha probado, tienen coincidentes orígenes e igualmente tiene también arranque único la idea de *iurisdictio*, con lo cual ha quedado relegada la idea monmseniana de la *coercitio* magistratorial como origen de la represión penal. Pero en nuestra opinión hay que distinguir entre el *agere sacramento* y la *quaestio sacramenti* o *quaerere sacramento*. Kunkel, que vio claramente la posibilidad de una *quaestio sacramenti* (explicando la expresión *sacramento quaerito*) en época antigua, no percibió la diferencia entre dos aplicaciones del *sacramentum* diferenciadas claramente en las fuentes: *agere sacramento* como *contentio* y como *interrogatio*³⁰. En el primer caso se trataría

29. Cfr. op. cit., pág. 137

30. Las dos aplicaciones del *sacramentum* parecen aludidas, en nuestra opinión, en *Festus s. v. Sacramentum aes: Sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur*. Hay dos modos de utilizar el *sacramentum*: una, como *contendere sacramento*, y la otra, como *interrogare sacramento*. En ambos casos habla *Festus* de *poena nomine*; pero *poena* aquí se refiere al sentido punitivo genérico que el *sacramentum* implica frente al *periurus*. *Festus* había definido el *sacramentum* en otra ocasión, s. v. *Sacramentum: Sacramentum dicitur, quod iusiurandi sacratione interposita geritur*. El *sacramentum* implicaba una *sacratio iusiurandi* y no era un simple *usiurandum* (cfr. KUNKEL, *Untersuchungen*, cit.; págs. 106 ss.). El *periurus* sería siempre un *damnatus*, quizá sujeto a una *manus injectio*. La alusión a la *poena* en *Festus* no se refiere precisamente a la *poena sacramenti* posterior de la *legis actio sacramento in rem*. *Poena* vendría a ser la consecuencia de la *damnatio* en cuanto el *damnatus* podría ser rescatado con *pecunia* (*quod poena nomine penditur* viene a significar penalidad). La prueba de que *Festus* no pensaba únicamente en la *poena sacramenti* está en el párrafo siguiente, donde atribuye la pena en ases al caso de *contentio in iudicio*. *Festus* distingue, por tanto, el *contendere sacramento* y está pensando en éste frente a una *interrogatio sacramento: Id*

de las *vindicationes* en las cuales las afirmaciones contrapuestas conducirían a una *provocatio sacramento*. En el segundo se trataría de *quacrere sacramento* haciendo una *interrogatio* al presunto *reus* de un delito. Comentando a Cicerón (*in Verr.* I, 2,5) nos proporciona el Pseudo Asconio (Stangl, 207) el sentido de este *quacrere*: *quid est reum fieri nisi apud praectorem legibus interrogari?* El de-

in alis rebus quingentorum inter eos qui iudicio inter se contenderent. Este es el caso de la *provocatio sacramento* de que nos informa Gayo, IV, 16, la que se aplica entre dos litigantes a propósito de una *vindicatio*, precisamente como dice *Festus*: *inter eos qui iudicio inter se contenderent*. Pero había otra aplicación del *agere sacramento*, que era una *legis actio generalis* según Gayo, cuya huella se había borrado en época clásica y para el mismo Gayo, pero que en *Festus* se descubre todavía: el *interrogare sacramento* (*sive eo quis interrogatur*). Este era el caso que venía a constituir un *sacramento quacrere* o investigación juramentada de un delito. No había *contentio* entre las partes, sino *interrogatio* solemne ante tribunal —*quaestio* o *quacrere sacramento*— del *reus* que negaba la realización del delito (*si negat, sacramento quacrito*). Mediante *iusurandum sacratione interposita* (*sacramentum*) el *reus* afirmaba o negaba la comisión del delito. Si incurría en *perjurium* quedaría *damnatus* y sometido a *manus injectio* igual que el *iudicatus*. Podría liberarse en época de las *legis actiones* haciendo la composición o pago pecuniario del delito. Es discutible la idea de Kunkel de una *vindicatio* a favor del ofendido en virtud de la venganza privada, cuya consecuencia sería un *tradere sacramento* de la persona del culpable (KUNKEL, *Untersuchungen*, cit., págs. 97 ss.) en los casos de pena capital, que tendría originariamente naturaleza privada, como sería el caso del *fur manifestus*. Sin embargo, la existencia de un proceso de pena capital de carácter privado es difícil de admitir, pero no podemos entrar en este discutible tema. Es muy posible que la denominada *poena capitis* haya sido sustituida por la *multa maxima* republicana dentro del criterio general de que el *reus* se libera mediante compensación pecuniaria. De la *sacratio capitis* que todo acto delictivo implicaría se pasaría a la *poena pecuniaria* y a la composición. Probado un delito el delincuente quedaba *obnoxius*, es decir, sometido al vínculo de la *poena*, del cual solamente podría liberarse mediante pago de una cantidad. *noxam exsolvere* sería equivalente a *pecunia exsolvere* como el mismo Kunkel afirma (Cfr. *Untersuchungen*, cit., página 105, núm. 386). Todo delincuente —afirma Kunkel (loc. cit.)— que no podía liberarse mediante dinero —porque su delito era capital o porque él o la persona que le tenía bajo *potestas* no pagaba— caía bajo el poder punitivo del ofendido; esta idea se reflejaría incluso semasiológicamente en la palabra *obnoxius*. El funcionamiento y naturaleza de la responsabilidad penal primitiva y su acercamiento a la civil —*obligationes ex delicto*— constituye todavía materia *sub iudice*

mandante *accusator* hacia ante el pretor una afirmación acusatoria cuya forma solemne recuerda la forma de todas las *legis actiones*: *accusator dicebat apud praetorem reo: aio te sículos spoliasse* (Asconius, loc. cit. sobre Cic. *in Verr.* I, 2,5). A diferencia del *agere sacramento in rem* descrito por Gayo (IV, 16), aquí se trata de una *interrogatio ex lege*, es decir, *verbis solemnibus*, a la cual no sigue una *provocatio sacramento*, sino la instauración de una *quaestio sacramenti*: *si negasset, petebatur a magistrato dies inquirendorum eius criminum et instruebatur accusatio* (Asconius, cit. sobre Cic. *in Verr.* I, 2,5). La negación del delito no implicaba tampoco el nombramiento de *iudex* o *arbiter*, sino la apertura de un procedimiento de investigación para declarar la culpabilidad del reo mediante el *sacramentum*, o lo que es lo mismo, un *iusiurandum* conducente a una *sacratio*. El *reus* podría así incurrir en *periurium* si se probaban los hechos que el *accusator* le había imputado. En época histórica no se daría la entrega del *reus* al *accusator* como respecto a delitos capitales supone Kunkel³¹, sino más bien la exigencia o *petitio* de la reparación pecuniaria señalada en las *leges*, según parece desprenderse de una *petitio ex lege agendo*, consecuencia de la responsabilidad de un tutor de la cual nos informa Cicerón³².

31. Cfr. *Untersuchungen*, cit., págs 97 ss. Vid supra cita núm. 30.

32. *De oratore*, I, 36,166-67.....: *quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII Tabulis permiserat, quod impetrasset, causa caderet; alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod erat in actione; neque intellegebat, si ita esset actum, hinc adversarium perditurum*. El orador Licinio Craso cita una anécdota que había recibido de Mucius Escaevola, en la cual se ponía de manifiesto la ignorancia de la *scientia iuris civilis* por parte de oradores que parecían desconocer los efectos de la *plus petitio*. Pero lo que interesa ahora a nuestra investigación es que esta *plus petitio lege agendo* tenía que referirse a una *petitio pecuniae* establecida como *poena* en las XII Tablas en definitiva, una *actio poenalis*, probablemente la *actio de rationibus distrahendis*, como ya en su día supuso HUVELIN (*L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formula*, en *Melanges Gerardin*, Paris, Sirey, 1907, páginas 321-22). No se trataba de una *legis actio* en cuanto *lege agere* en este caso hace referencia a las XII Tablas como medida de la *petitio*: *petere lege agendo*. Ya Huvelin tuvo la profunda intuición de ver que no se trataba de una *legis actio sacramento in personam*, porque el tutor parecía ya *iudicatus* y debería de tratarse de un *arbitrium liti aestimandae* (op. cit., págs. 326 ss.).

Sin detenernos más en el vasto tema de la fundamental distinción que acabamos de señalar entre *provocare sacramento* y *quaerere sacramento*, creemos haber aclarado el punto de arranque de la noción *petitio* en cuanto *petere ex lege*. La *actio* es el resultado del *agere ex lege*, primero mediante *sacramentum* y posteriormente *sine poena sacramenti* en caso de *sponsio*, y todavía más tarde en virtud de *mutui datio (legis actio per conditionem)*. Siempre se trataba de hacer valer un poder de la persona o un vínculo de ésta frente a otra. Con la *petitio* no se trataba de hacer valer un vínculo basado en una *obligatio*, sino simplemente la petición de una sanción pecuniaria *ex lege* o la reclamación de una cosa en poder de otro (*formula petitoria*).

El tema de la *petitio* nos llevaría a un replanteamiento de la historia del proceso penal primitivo, cuestión que no podemos abordar aquí en su amplia problemática. Pero, como hemos dejado expuesto, consideramos indudable una doble vertiente del *agere sacramento*, una aplicable a la decisión entre dos *vindicationes* en las que cada parte afirmaba la condición de *dominus ex iure Quiritium* —conducentes a una *provocatio sacramento*— y otra aplicable a la determinación de un acto ilícito mediante una *interrogatio*

En efecto, se trataría de un tutor ya *damnatus*, acaso previa *interrogatio sacramento* según la aplicación del *sacramentum* que hemos visto frente al delincuente que niega. Una vez *damnatus* el *reus* se podía proceder a la *petitio pecuniae ex lege* (XII Tablas) prevista para el hecho en cuestión. Un caso paralelo sería el del *furtum nec manifestum*, como el mismo Huvelin (op. cit., página 327) recuerda. Pero este paralelo ha de entenderse en el sentido que nosotros hemos dado al *petere lege agendo*. En caso de *furtum nec manifestum* el actor decía según Cicerón (*De nat. deor.* III, 30,74): *Aio te mihi furtum fecisse*. Pero esta afirmación no significa la iniciación de una *legis actio sacramento in personam* precisamente, sino de una *lege agere sacramento* referido a *delicta*, que se iniciaba según las formas de las *legis actiones*. En vez de *aio te mihi dare oportere* se afirmaba *aio mihi furtum fecisse* y en caso de que el acusado negase se instauraba la *interrogatio sacramento* —*quaerere sacramento*—, en donde se decidiría si el acusado había cometido el *furtum*, en cuyo caso quedaba *damnatus*. Posteriormente cabía instaurar una *petitio pecuniae* mediante una *formula* con *aestimatio*. Esta función estimatoria entra dentro de la idea de *arbitrium* por tratarse de *pecunia incerta*, frente al *iudicium* consistente, según Cicerón, en *pecunia certa* (*Pro Roscio com.* 10-11): *Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae*. Hay un paralelo entre *actio* y *iudicium* (*pecunia certa*) y *petitio* y *arbitrium* (*pecunia incerta*).

a través del *sacramentum* (*sacramento quaerere*). Ambas manifestaciones del *agere sacramento* explican que todavía Gayo (IV, 16) nos diga que constituye una *legis actio generalis*. En efecto, podía aplicarse en las *vindicaciones*, y sirvió también en su día como juicio declarativo para determinar la existencia de un delito si el delincuente negaba (*si negat sacramento quaerito*). Este *agere sacramento* o *interrogatio* sin apuesta sacramental, sin *provocatio sacramento*, constituye la base de una *quaestio* o procedimiento penal. A su vez, determinada la existencia del hecho delictivo, podría exigirse del delincuente el pago de la pena y esto constituiría una *petitio ex lege*. Ello explica que Cicerón hable de *petere lege agendo*, como hemos visto³³.

Esta misma noción de *petitio lege agendo* se refleja en la *lex Acilia repetundarum* donde reiteradamente se habla de *petere ex hac lege*. La idea de *lege agere* en el sentido de actuación según precepto vinculante está subyacente; pero la *petitio* se mantiene como noción distinta de lo que va a ser la *actio*. La *petitio* no se basa en una *obligatio* previa entre las partes: es en este caso una reclamación pecuniaria con base en una *lex*. Precisamente en esta *lex Acilia* o *Semproniana iudiciaria* ha visto M. Bianchini³⁴ la *petitio* como exigencia de una pena pecuniaria a través de una *aestimatio*, fijándose especialmente en §§ 58-59 *quouis ex lege petitio erit, id practor qui cam rem quaesierit, eos iudices, qui cam rem iudicaverint, aestumare iubeto...* (Cfr Riccobono, *Fontes (leges)*, página 96).

Todavía una más amplia confirmación de esta noción de *petitio* nos la proporcionan las denominadas *actiones populares*. En efecto, como observó Scialoja³⁵ muy certeramente, la expresión *popularis actio* se usa solamente a propósito de acciones pretorias en donde el actor podría exigir *quod ex populari causa sibi debetur* en cuanto *actio* constituía un *ius persquendi iudicio*; pero no se hablaba de *actio* en aquellas actuaciones de un privado como procurador en

33. Cfr. supra nota núm. 32.

34. M. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano* Milano, Giuffrè, 1964, págs. 10-18.

35. *Le azioni popolari romane*, en *Studi Giuridici*, vol. I (Prima Parte), Roma, Ed. Anónima Romana, 1933, pág. 150.

razón del *populo dare damnas esto*. Así en la *lex Julia municipalis* no se adopta la palabra *actio*, sino *petitio*, que para Scialoja significa reclamación de hecho³⁶.

Ciertamente que en las leyes municipales (*lex Ursonensis*, *Salpensana* y *Malacitana*) la terminología no sea unívoca hallándose, además de *petitio*, *actio* y *persecutio*, resulta explicable desde el punto de vista historia de la vida municipal³⁷. Por otra parte,

36. Loc. cit

37. La terminología de las leyes municipales españolas responde ya a un momento histórico en que el trinomio había comenzado a perder su originario sentido procesal. Pocas pruebas se deducen para nuestra investigación de la terminología procesal de dichas leyes, que constituye un eco impreciso de terminología republicana. En este sentido, CASAVOLA (*Actio petitio persecutio*, cit., págs. 80-81) supone que el trinomio es extraño al tradicional lenguaje legislativo y puede ser el reflejo de la fórmula usada en documentos de derecho privado de época republicana, dada la doble función de los escribas de redactores de leyes y documentos. Vid. las precisiones sobre terminología de los leyes municipales de D'ORS (*Epigrafía jurídica de la España Romana*, Madrid, Ed INEJ, 1953, págs. 160 ss.).

Falta un estudio completo del lenguaje legislativo o terminología de las *leges* republicanas, como ya SCHEFFER (*History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1953, pág 97) echaba de menos. El estilo de la *lex Ursonensis* es para Schulz un ejemplo de pedantería, y su arcaísmo nos retrotrae a las XII Tablas. Ahora bien, precisamente esta *lex coloniae Genetivae Juliae* (o *Lex Ursonensis*), en su novena tabla, nos reproduce en los capítulos 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, el trinomio *actio petitio persecutio*. El hecho de haber sido admitidas interpolaciones en esta tabla novena por la influencia de la hipercrítica de Gradenwitz (Cfr D'ORS, *Epigrafía*, cit, página 179), no quiere decir que el trinomio *actio petitio persecutio* sea posterior al binomio *petitio persecutio* como Casavola pretende (*Actio Pet Pers*, cit., página 78), por hallarse el primero en una tabla presuntamente alterada. Al contrario, quizá precisamente el hallarse el trinomio en dicha tabla pueda ser indicio de todo lo contrario, es decir, de su procedencia republicana. En efecto, las presuntas alteraciones serían seguramente una puesta al día de la redacción republicana del proyecto de *lex Ursonensis* en época de César, realizada posteriormente, acaso en la etapa de los Flavios cuando dicha *lex* fue incisa. En esta posible revisión actualizadora de la *lex Ursonensis* se habrían mantenido restos de la terminología republicana que la antigua redacción contenía y precisamente la tricotomía *actio petitio persecutio* de tradición republicana. Esta hipótesis se reafirma por el hecho de que en otros capítulos de la misma *lex Ursonensis* aparece *petitio persecutio* (caps 74, 75, 81, 92, 93, 104) y en el cap 73, *petitio persecutio exactoque*, mientras en los caps 97

desde el último siglo de la República la expresión *petitio* debió de perder todo sentido técnico concreto, mientras *actio* adquirió el de *potestas agendi* en el proceso formulario como hemos dicho en su momento. Frente a *actio* como instauradora de un *iudicium privatum* se contraponen en esta época la denominación de *quaestio* como prototipo de *iudicium publicum*. Pero acaso el momento decisivo en la terminología haya que señalarlo en las *leges Iuliae*

y 61 aparece *petitio*. El que precisamente en la sospechosa tabla novena aparezca el trinomio en su expresión completa nos lleva a admitir con toda probabilidad un arcaísmo republicano conservado en dicha tabla. El hecho de que en *leges* de fines de la República aparezca *petitio*, como en el cap. 54 de la *lex Manilia* (RICCOBONO, *Leges*, núm. 12) y en *Tab. Heracl.* (caps. 19, 97, 107, 125, 141; cfr. RICCOBONO, *Leges*, núm. 13) nada prueba en contra del origen republicano del trinomio, el cual, precisamente, acaso haya que situarlo con mucha anterioridad a los últimos años de la República. La mención de *petitio* únicamente en *leges* de fines de la República más bien sirve para probar la antigüedad republicana del trinomio que para negarla, como hace CASAVOLA (*Actio pet. pers.*, cit., pág. 78). Asimismo se comprueba el trinomio completo en la *lex Malacitana* (caps. 58, 62, 67) y en la *lex Salpensana* (cap. 26).

D'ORS (*Epigrafía*, cit., págs. 163-65) se atiene al criterio de MITTEIS (*R. Privatrecht*, I, 90, núm. 46), el cual observa que no se halla en el estilo legal de la República la tricotomía, y que ésta es un pleonasma (*R. Privatrecht*, I, 91). En consecuencia, en la *lex Ursonensis* la tricotomía sería un giro interpolado (D'ORS, op. cit., pág. 162) que se divulgó en el Imperio, como demostraría la mención de la misma en época de los Severos. Nosotros hemos partido justamente de las menciones de esta época y hemos llegado a la conclusión de que la tricotomía es un producto republicano recorriendo un camino inverso. En las leyes municipales, precisamente en la *lex Ursonensis* redactada en época de César, nos hallamos con el trinomio nitidamente expuesto, precisamente por su origen republicano, lo mismo que lo hemos hallado en la fórmula de la *stipulatio Aquilana* de Aquilio Galo y en otra institución republicana como la *cautio amplius non agi*. Y asimismo en fuentes literarias, como la *Rhetorica ad Herennium*. Ahora bien, el sentido del trinomio en las leyes municipales no parece responder a un tecnicismo terminológico plenamente vigente. Parece un recuerdo de una terminología procesal que en la misma Roma comenzaba a hallarse superada cuando dichas leyes municipales se hallan en vigor. Se trataba probablemente de destacar la existencia en la vida municipal de los conceptos jurídicos romanos, en este caso procesales, aunque su sentido técnico fuese impreciso. La mención de la tricotomía, especialmente en la *lex Ursonensis*, pudiera ser una prueba del propósito de aplicar en la vida municipal institutos jurídicos romanos de época republicana.

iudiciorum (privatorum et publicorum) que deslindaron dos nociones procesales hasta entonces no suficientemente separadas. El proceso civil y el penal habían nacido y convivido paralelamente en ciertos aspectos; pero desde las *leges Iuliae* se distinguiría claramente entre un *iudicium privatum* nacido de la *actio* y el *iudicium publicum* en donde se operaba con la noción de *accusatio*. De un lado la defensa de un interés privado nacido de una *obligatio* o de un *delictum* y de otro el interés público consistente en la sanción de los *crimina publica*. El *delictum privatum* se fue convirtiendo en fuente de la *obligatio iuris civilis* y la sanción se acercó a la idea de *actio* como *actio poenalis*. La *actio* se considera fundamentalmente *actio privata* entre dos sujetos concretos. Esta es una dificultad más para admitir la categoría de *actio popularis* fuera de las *praetoriae*, que viene a confirmar la hipótesis mencionada de Scialoja. Asimismo, esta noción de *actio*, en relación con el *iudicium privatum* desde las *leges Iuliae*, explica que las *actiones in rem* se hayan denominado *petitiones* en origen. Por otra parte, el término *petitio*, ante esta discriminación de los *iudicia* en las dos categorías de *publica* y *privata*, se hizo genérico para designar la demanda o *postulatio* formalizada ante el pretor. Por ello no es de extrañar que en las *leges municipales* la tricotomía aparezca de modo anómalo e incompleto y quizá como simple eco del pasado.

Petere en época clásica tiene un sentido genérico y aparece aplicado tanto respecto a *actiones in rem* como a *actiones in personam*. En este sentido se entiende por *petitio* la demanda concreta que queda especificada en la fórmula y que se convierte en *iudicium acceptum* después de la *litis contestatio*. La *plus petitio* es una prueba clara de que *petitio* son los términos concretos en que la demanda del *actor* queda planteada. Asimismo corrobora esta

na. En este sentido los arcaísmos de la *lex Ursonensis*, que sorprendían a Schulz, no serían tanto influencia arcaica de las XII Tablas como un deliberado intento de época de César y Marco Antonio de llevar a la vida municipal instituciones del *ius civile* con cierta pureza propia de la *civitas* republicana. Este punto requiere mayor aclaración, que acaso podrá lograr nuestro colaborador, el Dr. A. Torrent, en su estudio en vías de elaboración acerca de la *iurisdicito* en los municipios romanos.

idea el hecho de que Paulo y acaso ya Labeón consideraban que la *cautio amplius non peti* no iniciaba su eficacia por la simple *in jus vocatio*, sino precisamente cuando *iudicio petitum esset* (D. 46,8,15) Se entendía por *petitio* la concreción de una demanda *in iudicio*. Pero esta noción genérica de *petitio* como equivalente a los términos concretos de la demanda establecidos en el acto de *accipere iudicium* es resultado o generalización de la significación que hemos venido tratando de aclarar hasta aquí para la época republicana. Un eco de la distinción entre *petitio* y *actio* que llega hasta Gayo acaso puede verse en la doble fórmula de designación del *cognitor*³⁸.

En definitiva, la diferenciación fundamental entre *actio* y *petitio* radica en que la primera se halla en estrecha relación con la noción de *obligatio*. *Actio* viene a ser el aspecto activo y verbal de la *obligatio*, sinónimo de actuación *in iure*. Esta noción de *actio* y *obligatio* surge con el reconocimiento de la *sponsio* como vínculo obligatorio *ex lege* (XII Tablas) y fuente, por tanto, de un deber de prestación —*dare oportere*— sancionado por la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. La interdependencia entre *actio* y *obligatio* se continúa en la *legis actio per conditionem* y en los *iudicia legitima* y llega hasta los juristas clásicos como *actio in personam*. Esta vinculación histórica entre *actio* y *obligatio* explica la estrecha relación de ambos conceptos en las fuentes. La interdependencia de ambas nociones sería materia para un estudio especial.

Petitio, en cambio, no implica vínculo obligatorio previo entre las partes; no se basa en una *obligatio* preexistente. No se alude

38 IV, 83: *Cognitor certis verbis in litem coram adversario substituitur nam actor ita cognitorem dat quod ego a te verbi gratia FUNDUM PETO, in eam rem L Titium tibi cognitorem do; adversarius ita qui tu a me FUNDUM PETIS, in eam rem tibi P Macrum cognitorem do, potest ut actor ita dicat quod ego tecum AGERE VOLO, in eam rem cognitorem do, adversarius ita quia tu mecum AGERE VIS, in eam rem cognitorem do* Ya Huschke y Savigny habían pensado en un distinto modo de designación del *cognitor* en las acciones *in rem* frente a las acciones *in personam*; pero WLASZAK (*Zur Geschichte der Cognitor*, en *Festschrift Ihering*, Breslau, 1892, páginas 3 ss) se opuso a esta posible diferenciación, que, en nuestra opinión, es un residuo de la distinción *actio-petitio* que llega hasta un posible formulario manejado por Gayo.

a un *dare facere oportere* como deber de prestación; simplemente se hace una reclamación (*petitio*) de una cosa frente a otro (*rem ab alio petere*) en la *formula petitoria* del *agere per formulas*. Y en materia delictual la *petitio ex lege* viene a ser la reclamación de una cantidad prevista como sanción pecuniaria. Por ambas vías la *petitio* se fue generalizando en el *agere per formulas* y así en el *Edictum* la expresión *petere* se hace sinónimo de demanda.

La *actio* contiene la afirmación de un *dare oportere* y en el *agere per formulas* se transforma en un *iudicium legitimum*. De ahí que haya llegado hasta los clásicos la noción de *actio* como *actio in personam*. Frente a los *iudicia legitima* se hallaban hasta las *leges Iuliae* los *arbitria honoraria* que comprendían todos aquellos casos en que se trataba de hacer una *aestimatio* de una prestación y no una *condemnatio a pecunia certa*³⁹. La más antigua noción de *petitio* habrá que buscarla en relación con la actuación arbitral y la *aestimatio litis*. La *petitio* no tendría naturaleza judicial, sino arbitral, y ello explicaría la doble vertiente de *petitio rei* (*formula petitoria*) y *petitio pecunia* en materia penal. No lejos de la distinción antigua entre *iudicium* y *arbitrium* habrá que situar la distinción entre *actio* y *petitio*, antes de que *petere* se generalizase en época clásica.

VII EVOLUCION DEL TERMINO "PERSECUTIO"

Este tercer miembro del trinomio resulta más identificable en las fuentes clásicas, pero resulta difícil precisar su sentido para la época republicana.

En efecto, cabe la duda de si la *Rhetorica ad Herennium* empleaba el término *persecutio* o *exsecutio* en el citado fragmento 2.12.18: *Quaeritur in traslationibus primum num aliquis eius rei actionem, petitionem aut persecutiōnem [exsecutionem] habeat...* Una familia de manuscritos ofrece la lectura *persecutio* y otra *exsecutio* y por algunos se considera más fiel la familia de manus-

39. Sobre este punto vid., nuestro estudio, cit., *La necesidad de retornar al estudio del Edicto*, nota num 9

critos en que se lee *persecutio*. Así Casavola⁴⁰, que se ha preocupado de este aspecto, prefiere leer *persecutio*. Sin embargo, un examen de las menciones del uso de los términos *exsecutio* y *persecutio* en fuentes jurídicas nos ha convencido de la estrecha relación entre ambos vocablos y de una posible indiferenciación de los mismos en el último siglo de la República, momento de aparición probable del trinomio que nos ocupa. Es ya sintomático el hecho de que un humanista como Cuyacio⁴¹ al leer la *Rhetorica ad Herennium* en el lugar citado haga la observación: *nihil est mutandum Nam persecutio passim in iure exsecutio appellatur*. Efectivamente podemos comprobar que en las fuentes clásicas *persecutio* y *exsecutio* no ofrecen una clara línea distintiva como términos jurídicos. Ulpiano⁴², que emplea ambos términos, como veremos, parece señalar un matiz que tiende a destacar las *extraordinariae persecutiones* como referidas a materias *quae non habent iuris ordinarii executionem*; concretamente en tema de *fideicommissa*, en lo cual coincide con Gayo⁴³. Paulo, en cambio, piensa que la noción de *persecutio* se contiene también en la de *actio*⁴⁴. Como punto final, la idea de Ulpiano parece bastante clara señalando la identidad de *persecutio* con *extraordinariae persecutiones* y acaso ello se deba a una mayor concreción o determinación del procedimiento denominado *cognitio extra ordinem*.

La palabra *exsecutio* ha sido estudiada de modo especial por A. d'Ors⁴⁵ en los textos del Digesto, el cual ve en este término una

40. *Actio petitio persecutio*, cit., págs. 50-51.

41. *In lib. I def. Papin*, *Opera* t. 4 (Neapoli, 1758), 1147. Tomamos esta cita de Cuyacio en CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, cit., pág. 50, núm. 25.

42. D. 50,16,178,2 (*in fine*) *persecutiones verbo extraordinarias persecutiones puto contineri ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt quae non habent iuris ordinarii executionem*

43. Gayo, II, 282: *fideicommissi vero nomine semper in simplicium persecutio est*. En contraposición a *agere* en materia de *legatum* (*ibidem*): *Item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur*. Anteriormente, Gayo había contrapuesto *legatum* y *fideicommissum* en razón de que *legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romae apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur* (Gayo, II, 278).

44. D. 50,16,34 (Paulo, 24 *ad Ed*), cit.

45. *AHDF*. 16 (1945), págs. 747-57.

interpolación o glosa en casi todos los casos. El término *exsecutio* con el sentido de acción procesal privada no es en su opinión utilizado por la jurisprudencia clásica. Quizá sea un prejuicio el suponer que *exsecutio* en los textos de la jurisprudencia clásica deba estar sustituyendo a la idea de *actio privata*. Precisamente porque *actio* y *petitio*, como hemos venido señalando en este estudio, tenían su ámbito de aplicación propio, se utilizó por los clásicos el término *exsecutio* que significaba cosa distinta, una tercera posibilidad de realización del derecho. En efecto, *exsecutio* —identificable en gran medida con *persecutio*, como veremos— aparece como un *tertius terminus* para significar un procedimiento ajeno tanto a *actio* como a *petitio*. Veamos los testimonios de las fuentes.

En primer lugar sorprende el uso de *exsecutio* a propósito de la *operis novi nuntiatio* como si se tratase de evitar a este procedimiento la calificación de *actio* o *petitio*. La realización de una *operis novi nuntiatio* no constituía una *actio* en sentido técnico, puesto que se eludía este término: la realización de la *nuntiatio* o *denuntiatio* era una *exsecutio* o actuación que no constituía un *agere*. La *exsecutio nuntiationis* no se veía como un *agere* procesal:

D 39,1,5 pr. (Ulp. 52 ad Edictum):

De pupillo quaesitum est: et Iulianus libro duodecimo digestorum scripsit pupillo non esse operis novi nuntiationis executionem dandam, nisi ad ipsius privatum commodum res pertineat, veluti si luminibus eius officiat aut prospectus obsit. non aliter autem pupilli rata habebitur nuntiatio quam intercedente tutore auctore.

Ulpiano mantiene un empleo análogo para *exsecutio* en D. 39, 1,7 (Ulp. 52 ad Edictum):

Et si satisfationem non dabit, summovendus erit ab executione operis novi, et actiones, quas dominus nomine intendit, debent ei denegari. 1. Et tutor et curator opus novum recte nuntiant.

En sentido semejante aparece *exsecutio* en Paulo: D. 39,1,19 (Paul. 12 Quaestionum):

Sciendum est denegata executione operis novi nihilo minus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis

manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat

La realización o tramitación de la *operis novi nuntiatio* constituye para Ulpiano y Paulo una *executio*. Como se inicia extrajudicialmente es lógico que, al no darse una actuación inicial *in iure* no se hable de *actio*. Pero, por otra parte, la tramitación de la *nuntiatio* podía conducir a la necesidad eventual de utilizar interdictos y resulta extraño que todo el procedimiento aparezca englobado bajo la expresión *executio* con el ambiguo significado de tramitación, ejecución o realización de la *nuntiatio*.

Es de observar que el término *executio* en el Digesto aparece principalmente utilizado por Ulpiano⁴⁶ con cierta analogía de sentido en todos los casos. Parece indicar con *executio* la ejecución, tramitación o cumplimiento de actos de naturaleza no judicial en sentido estricto. Además de los casos de *operis novi nuntiatio*, antes mencionados, nos hallamos con otras menciones:

D. 42,1,4,4 (Ulp. 58 *ad Edictum*):

Si es conventione litigantium cautum sit post rem iudicatam ei, cui quis condemnatus est, eveniet, ut hic et retendatur, si modo novatio intercessit: ceterum si non novandi causa id factum est, manebit ordo executionis sed et si ignora accepta sint vel fideiussores in rem iudicatam, consequens erit dicere non cessare executionem, quippe cum accesserit aliquid rei iudicatae, non sit a re iudicata recessum

El texto ha sido criticado⁴⁷ y efectivamente no muestra una correcta estructura conceptual, pero no hay razón para hacer recaer la crítica en la palabra *executio*. Las expresiones *ordo executionis* y *cessare executionem* resultan correctamente empleadas tratando de *res iudicata* y de ejecución de sentencia. Ulpiano dedica a esta materia precisamente el libro 58 *ad Edictum* al cual pertenece el fragmento que nos ocupa, junto con otro del mismo Ulpiano (D. 39,5,17; Ulp. 58 *ad ed*) que Lenel coloca en la Palingenesia como parte del anterior porque, en efecto, se trata del mismo problema

46 D'ORS, op cit supra, parece no haber reparado en este punto

47 Cfr *Index Interpolationum*, y D'ORS. *Executio*, cit, págs 751-52.

de la *deductio in stipulationem* del *iudicatum* realizada *novationis causa*.

Otro fragmento de Ulpiano se encuadra en la misma línea de significación: D. 47,10,17,14 (Ulp. 57 *ad ed.*)⁴⁸:

Sed si pater lite contestata coeperit abesse vel etiam negligere executionem pater vilis, dicendum est causa cognita translationem filio competere idem et si emancipatus filius esse proponatur.

Se mencionan dos posibilidades respecto a la actitud o conducta del *pater*: que se ausente *post litem contestatam* o bien que no lleve a cabo la ejecución; que abandone la realización de ésta: *negligere executionem*. En este sentido el empleo de *executio* concuerda con las anteriores aplicaciones del término. En el mismo fragmento D. 47,10,17,22, se habla de *executio litis*. En cambio en materia de delitos Ulpiano parece emplear el vocablo *executio* en sentido equivalente a *persecutio*. Así en D. 47,1,1.; D. 43,29,3 pr.; D. 50,16,131,1; D. 47,9,1,1; D. 47,10,7,1; D. 47,10,13,1; D. 47,10,15,9. Pero antes de analizar estos fragmentos queremos señalar la coincidencia de algún otro jurista anterior a Ulpiano en la aplicación de *executio* en el sentido mencionado de ejecución, cumplimiento o tramitación no judicial de un acto. Así D. 49,1,28,2 (*Scaev. 25 dig.*):

Substitutis tutores in locum legitimi tutoris experte cum eo tutelae iudicio, cum arbiter inique condemnavit, quam rei aequitas exigebat, a sententia eius provocaverunt: pendente causa appellationis iuvenes adoleverunt, quaesitum est, cum omnis executio huius ad adultos pertineat et causam ad se pertinentem, idonee tueri possunt, an postulatio eorum, contra quos appellatum erat, dicentium illos debuisse causas appellationis reddere, qui primi sunt experti, admittenda non sit

Aquí nos hallamos ante un caso bastante claro de *executio appellationis* y por tanto un caso de tramitación o ejecución de actos claramente ajenos al *ordo iudiciorum* como es la *appellatio*⁴⁹ Por

48. Cfr. *Index Interpolationum*, y D'ORS, *Executio*, cit., págs. 749-50.

49. SOLAZZI, en *BIDR*, 37 (1929), págs. 29 ss., había sospechado de este texto precisamente desde *cum omnis-possunt*, y D'ORS piensa en una posible

tanto se trata de actividad jurídica, pero no en el sentido tradicional del *ordo* sino *extra ordinem*. No puede dudarse que la expresión *exsecutio* está aquí porque no puede emplearse la palabra *actio* por tratarse de *cognitio extra ordinem*. El fragmento trata de señalar que convertidos los pupilos en adultos a ellos corresponde toda la realización y continuación de la *appellatio*: la *exsecutio huius appellationis* (= *persecutio huius appellationis*).

El término *exsecutio* se nos viene manifestando en los fragmentos analizados como un *tertius terminus*, que se refiere a procedimiento o tramitación al margen de la actividad judicial del *ordo iudiciorum*. Quizá haya que ver desde este punto de vista también la *exsecutio stipulationis* que aparece en dos fragmentos de difícil interpretación:

D. 45,1,66 (Paul. 3 ad leg. Ael. Sent.):

Si minor viginti annis a debitore suo stipulatur servum manumissurum, non est exsecutio stipulationis danda Sed si ipsorum viginti annorum erit, non impeditur manumissio, quia de minore lex loquitur.

Aquí se trata de un caso de manumisión que un menor lleva a cabo de un modo indirecto utilizando para ello a un deudor suyo, el cual promete a dicho menor que manumitirá. Dicha *stipulatio* encerraba un acuerdo *contra legem* —la *lex Aelia Sentia*— y no podía cumplirse ni ser exigido su cumplimiento. Como observa acertadamente d'Ors⁵⁰ el medio para exigir el cumplimiento de una *manumissio* no podría ser la *actio ex stipulatu*, que conduciría simplemente a una indemnización pecuniaria, imposible de precisar por falta de interés económico en el estipulante, sino un recurso extraordinario basado en el *favor libertatis* con intervención de magistrado.

amplia glosa del fragmento citado desde [*tutelae iudicio* . hasta el final *admittenda non sit*, etc.]. Es posible la existencia de alteraciones señaladas por algunos (vid *Index Interpolationum*); pero la expresión *exsecutio* empleada a propósito de una *appellatio* nos parece perfectamente correcta y de acuerdo con la terminología procesal.

50 *Exsecutio*, cit., págs. 753-55 *La stipulatio* en cuestión se equipara a una manumisión indirecta *inter vivos* como afirma IMPALLOMENEI. *Le manumission mortis causa*, Padova, Cedam, 1963, pág. 144, núm. 88

Se trataría, según d'Ors, de un caso análogo al de la persona que recibe dinero *manumittendi causa*, analogía que podría basarse en el hecho de referirse nuestro fragmentos a un deudor del estipulante, que sin duda hace la promesa de manumitir a favor de su acreedor en virtud de alguna compensación. Hasta aquí creemos muy admisible la interpretación de d'Ors, pero no la consecuencia última de suponer que procede de una reforma justiniana esta posibilidad extraordinaria de exigir la manumisión y que el texto pudo haber sido objeto de interpolación bajo la tendencia del *favor libertatis*. No vemos inconveniente en admitir aquí la expresión *exsecutio* como clásica lo mismo que en los fragmentos anteriores y precisamente en el sentido de recurso extraordinario a que alude d'Ors. La expresión *non esse exsecutio stipulationis danda* puede interpretarse como alusión a la exigencia coactiva de la misma fuera del *ordo iudiciorum* y acaso mediante especial *cognitio* en materia de manumisiones o incluso ante el *praetor de liberalibus causis*⁵¹. Si se piensa que la *libertas fideicommissa* faculta al *servus* para actuar contra el *dominus* (D. 40,5,44; Pomp. 7 *ad Sab.*) habría que ver en el caso del deudor que nos ocupa, el cual hizo una *promissio manumittendi*, si el *servus* favorecido no podría provocar una *cognitio* exigiendo su manumisión. Sea cualquiera la interpretación que se intente parece probable que la *exsecutio stipulationis* que venimos examinando encierra una alusión a una actuación fuera de la actividad judicial normal, es decir una actuación de naturaleza extraordinaria. Muy probablemente nos hallamos ante un caso de *cognitio extra ordinem*.

La otra mención de *exsecutio stipulationis* aparece en un fragmento más discutible todavía que el anterior. Se trata de un conocido pasaje de las *Quaestiones* de Africano, muy atormentado por la crítica⁵², en materia de *actio de eo quod certo loco dari oportet*, que por brevedad vamos a reproducir parcialmente en el punto que nos interesa exclusivamente:

51 Vid. sobre este punto KRUGER, en ZSS, 48 (1928), págs. 171 ss., en materia de *libertas fideicommissa*. El *praetor de liberalibus causis* no es aludido hasta después del año 200 d. C.

52 Se trata de una de las *leges damnatae*; cfr *Index Interpolationum*.

D. 13,4,8 (Afric. 3 Quaest.):

ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est, circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur

Las citadas frases han sido objeto de críticas numerosas y entre nosotros d'Ors ve una glosa parafrástica en el pasaje citado⁵³

Sin embargo, desde el ángulo de la visión procesal en que nos situamos nosotros a lo largo del presente estudio este crucial pasaje puede ser objeto de nueva interpretación. La expresión *exsecutio* referida a la *stipulatio pecuniae creditae* resulta admisible dentro de la idea de una actuación no judicial del *arbitrator* al cual se le encomienda la *ratio aestimationis*. En este sentido nos hallaríamos ante la extraña situación de una *stipulatio pecuniae certae creditae* que no daría lugar a una *actio* o *iudicium stricti iuris* sino a una *litis aestimatio*, precisamente en contradicción con la naturaleza de la *stipulatio certae pecuniae*. Acaso pueda pensarse que no era posible demandar por la *actio ex stipulatu*, puesto que la cuantía mencionada en la *stipulatio* era *pecunia certa credita* y no se había hecho estipulación de un *incertum*. Quizá nos hallemos ante el choque de la idea de *iudicium* con la de *arbitrium* y precisamente esta naturaleza híbrida sea el misterio tan discutido de la *actio arbitraria* por excelencia, que se nos presenta como *actio de eo quod certo loco*. De un lado nos hallaríamos con la idea de *actio* que da lugar a un *iudicium* y de otro la necesidad de un *arbitrium* con *litis aestimatio*. En hipótesis cabe pensar, entre los muchos enigmas que la *actio de eo quod certo loco* presenta, que se trate de *stipulationes* realizadas por *argentarii* o garantizadas por éstos —en nuestro fragmento trata Africano de los límites de la responsabilidad del fiador— dadas las particularidades del pago en lugar distinto. En este supuesto la expresión *aestimationis ratio* que se remitía al arbitrio del *iudex* sería la contabilidad —*ratio*— de la valoración a realizar; es decir, las cuentas o cálculos de estimación para que el juez valore la condena. No se tra-

53. *Exsecutio*, cit., pág. 756 De nuevo, y más ampliamente sobre este fragmento, asimismo, D'ORS, *Una hipótesis crítica sobre la cruz "Centum Capuae"*, en *RIDA*, 4 (1950) = *Mélanges De Visscher*, III, págs 435-446.

taria de valorar con arreglo a criterios éticos, de buena o mala fe o de equidad, sino a un interés —*quantum eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi*— determinado por el tráfico pecuniario propio de los *argentarii* y calculable con arreglo a tarifas. Quizá por ello se menciona el paralelo con el interés —*usurae*— el cual se diferencia en que para el caso de usuras hay *duae stipulationes* y en la *stipulatio centum Capuae dari* no hay mas que una *stipulatio pecuniae certae creditae*. Lo único que interesa para la finalidad de nuestra investigación —prescindiendo del complejo problema de la *actio quod certo loco*— es que la expresión *exsecutio stipulationis* trata de obviar la dificultad del empleo de las palabras *actio* o *petitio*. Ni la *actio certae creditae pecuniae* ni la *actio ex stipulatu* serían viables para exigir lo estipulado y cabría una realización coactiva de la misma —*exsecutio*— quizá después de exigir una *editio instrumentorum* de las *rationes* de los *argentarii* para hacer una *aestimatio rationis*. Indudablemente el fragmento de Africano está adulterado, pero, puede hallarse una explicación del mismo dentro de la línea de los conceptos procesales clásicos sin necesidad de admitir demasiadas alteraciones postclásicas.

Todavía hay una discutible alusión a *exsecutio* a propósito de *stipulatio* en un largo y criticado fragmento⁵⁴ de Paulo: D. 45.1, 132 pr. (15 *quaest.*):

Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem si eum aliter quam ut filium observasset

sed si ei, qui stipulatus est, non debuit denegari victo filio, nec ipsi deneganda erit debita pecuniae exsecutio

Se discurre acerca del cumplimiento o no de la *stipulatio certae pecuniae* de parte del que promete tratar como hijo propio al hijo ajeno que le fue entregado. La expresión *exsecutio debita pecuniae* parece tener aquí el sentido genérico de reclamación o exigencia

54. Cfr. *Index Interpolationum*. Según D'ORS, *Exsecutio*, cit., pág. 753, es muy difícil saber lo que queda de clásico en este fragmento desde *sed videmus* hasta el final.

de la *pecunia debita ex stipulatione*. Quizá pueda tomarse aquí *exsecutio* en sentido amplio de reclamación, equivalente a *persecutio pecuniae debita*.

Exsecutio aparece en dos fragmentos como sinónimo de ejecución o cumplimiento de sentencia, una significación del término que tuvo fortuna en las lenguas neolatinas. Así puede verse en:

D. 22,1,41 pr. (Mod. 3 resp.):

Tutor condemnatus per appellationem traxerat executionem sententiae. Herennius Modestinus respondit eum qui de appellatione cognovit potuisse, si frustratoriam morandi causa appellationem interpositam animadverteret, etiam de usuris medii temporis eum condemnare.

Es claro que *exsecutio* se refiere a ejecución de la sentencia, hecho que fue dilatado en virtud de *appellatio* realizada por el tutor, lo cual podría implicar condena al pago de intereses, si se probase que la apelación envolvía simplemente una intención dilatoria⁵⁵.

Un sentido análogo de ejecución, aunque no tan claro como el anterior, se encierra en D. 15,1,51 (*Scaev. 2 Quaest.*).

Quod debetur servo ab extraneis, agenti de peculio non omnimodo dominus ad quantitatem debiti condemnandus est, cum et sumptus in petendo et eventus executionis possit esse incertus et cogitanda sit mora temporis quod datur iudicatis, aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit

Este fragmento ha sido estudiado por d'Ors⁵⁶ tanto desde el punto de vista de la *exsecutio* (considerando aceptable la crítica de Beseler, III, 183) como en lo que respecta a la alusión a los *sumptus in petendo*, expresión alusiva a los gastos procesales, que estima interpolada. Sin entrar en este problema concreto, no parece haber motivo claro para dudar de la expresión *exsecutio* en el significado de ejecución judicial o cumplimiento de la condena realizada en virtud de *actio de peculio*. El aludir a la incierta suer-

55. D'ORS, *Exsecutio*, cit., pág. 756, reconoce que el sentido puede ser clásico, pero teme alguna alteración en el fragmento que nos ocupa

56. Vid. *Exsecutio*, cit., págs 755-56

te de la ejecución (*et eventus executionis possit esse incertus*) puede encerrar un carácter de vaga referencia a la eventualidad que implica siempre la ejecución de una sentencia. No es necesario pensar siquiera en una alusión concreta a la *actio iudicati* como ocurre en D. 36,1,80,15, en donde quizá se hace referencia a la acción ejecutiva en sentido estricto: *iudicii executionem nihilo minus adversus heredem et post restitutam hereditatem mansisse*.

Un significado intermedio entre ejecución o genéricamente *persecutio* puede verse en D. 5,3,57 (*Nerat. 7 Membr.*) in fine:

sed melius est officio iudicis cautione vel satisfactione victo mederi, cum et res salva sit ei qui in executione tardior venit adversus priorem victorem.

Se alude al que viene retrasado en la reclamación judicial —*persecutio* sería el equivalente— o en los trámites judiciales respecto al primero ya vencedor en el litigio. Ciertamente que el hallarse el término *executio* en un párrafo final del fragmento hace efectivamente sospechable la hipótesis de interpolación que d'Ors supone⁵⁷; pero en todo caso la expresión *executio* podría caer como parte de un párrafo, pero no por sí misma.

Hay un fragmento en que aparece la expresión *executio obligationis*, D. 45,1,85, que Lenel supone referente a la *cautio iudicatum solvi* y en este sentido (Paul. 75 *ad Ed.*) acaso hubiese que admitir una *executio cautionis* con un sentido análogo a la *executio operis novi nuntiationis* que hemos analizado en otro lugar. En el fondo se trata del problema del vínculo de solidaridad obligacional, pero acaso nacido de una *cautio iudicatum solvi*⁵⁸.

57. D'ORS, *Executio*, cit., pág. 756, con base en el *Index Interpolationum*, considera interpolada la coletilla [*sed melius priorem victorem*]

58. BESELER (en ZSS, 43 (1922), pág. 554), había considerado este fragmento objeto de una paráfrasis, si bien con aspectos auténticos. Y en ZSS, 46 (1926), pág. 102, reitera su opinión D'ORS, de acuerdo con BESLER, admite la mencionada paráfrasis como un "empeño sistematizador de los interpoladores en la laberíntica materia de la solidaridad" (Cfr *Executio*, cit., páginas 752-53) En todo caso la expresión *executio* no tiene por qué ser considerada inauténtica, incluso si se admite, con el mismo Beseler, que el fragmento que nos ocupa es una paráfrasis, pero con trozos auténticos, puesto que uno de éstos puede ser la expresión *executio obligationis*

Volvamos nuevamente al pensamiento de Ulpiano que parece encerrar la clave de la relación entre *exsecutio* y *persecutio* como hemos señalado anteriormente. En efecto, las restantes menciones de *exsecutio* en el Digesto se deben a Ulpiano, especialmente en los libros 56 y 57 de sus comentarios *ad Edictum*. Se trata por tanto de *executio* en materia de *crimina* y *delicta* como veremos; pero en todos los casos podría sustituirse *exsecutio* por *persecutio* dando a este término el sentido genérico de reclamación o persecución jurídica. Pero si se tiene en cuenta que en época de Ulpiano el régimen del *ordo iudiciorum* en materia penal había caído en desuso, sustituido por la *cognitio extra ordinem*⁵⁹, nos hallamos con una utilización del término *exsecutio* en el campo de la *cognitio*, esto es, como *tertius terminus* una vez más, aplicado a casos en los cuales no cabe hablar de *actio* ni de *petitio*. En todos los fragmentos de materia penal a que vamos a referirnos podría sustituirse perfectamente *exsecutio* por *persecutio* lo cual prueba la analogía de ambos términos en el sentido de reclamación o exigencia jurídica fuera del *ordo iudiciorum*. Veamos los aludidos textos de Ulpiano:

D. 47,9,1,1 (Ulp 56 *ad Ed*):

Huius edicti utilitas evidens et iustissima severitas est, si quidem publice interest nihil rapi ex huiusmodi casibus et quamquam sint de his facinoribus etiam criminum exsecutiones, attamen recte praetor fecit, qui forenses quoque actiones criminibus istis praeposuit.

Es claro que la expresión *etiam criminum exsecutiones* podría ser sustituida perfectamente por *etiam criminum persecutiones*. El mismo d'Ors⁶⁰ ve aquí *exsecutio* como equivalente de acción penal extraordinaria, si bien admite que incluso en este sentido podría ser interpolada por formar parte de un fragmento que constituye

59 DE ROBERTIS (*Arbitrium iudicantis e statuionem imperiali*, en ZSS, 59 (1939), pág. 257), sostuvo que la fijeza de las penas del *ordo* decayó en época de los Severos, en la cual podrían ser castigados todos los *crimina* con penas diversas, frente a Brasiello, que sostenía que la fusión del *ordo* y la *cognitio* sólo se había realizado en el Bajo Imperio.

60. *Exsecutio*, cit. pág. 751. Sobre las críticas a este fragmento, cfr *Index Interpolationum*

una típica *laudatio edicti* probablemente postclásica. En nuestra opinión nos hallamos ante un fragmento muy ilustrativo en cuanto, además de la expresión *exsecutio*, aparece *actio*. La primera se refiere a la *cognitio extra ordinem* y la mención de *actio* se hizo necesaria por tratarse de un *comentario ad edictum*, si bien la expresión *forenses actiones* pueda aparecer extraña. La *laudatio edicti* inicial quizá sirva para destacar el valor e importancia de las previsiones penales del Edicto en un momento —época de Ulpiano— en que la represión penal se movía por otros cauces muy distintos. El Edicto y los *iudicia* que el pretor prometía —*forenses actiones*— pertenecían a un remoto pasado, si bien su propósito era laudable

D. 47,10,7,1 (Ulp. 57 *ad Ed.*):

adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. quid ergo de lege Aquilia dicimus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter. nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur non ut damnum sarcatur

Igualmente en este fragmento cabría sustituir *exsecutio* por *persecutio* restableciendo: *quae habet publicam <persecutionem>*. Se trata de contraponer la *persecutio* pública, que en este caso sería *cognitio extraordinaria*, como en el fragmento anterior, con la posibilidad de acción privada, si ésta no incide en la finalidad principal perseguida a través de la *publica exsecutio*. Así desde el ángulo de mira de la *lex Aquilia* —señala como ejemplo— la muerte puede ser considerada desde el punto de vista del daño. Es de observar que el fragmento habla de *publica iudicia* y de *publica exsecutio* como expresiones equivalentes porque en esta época la denominación *iudicium publicum* se aplicaba al margen del *ordo iudiciorum*, completamente superado ya ⁶¹.

61. Vid. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* (en *Gesammelte Schriften*, II, página 368), y asimismo de LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, en *BIDR*, 45 (1938), pág. 92

D. 47,10,13,1 (Ulp. 57 *ad Ed.*)

Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam.

La frase final de este fragmento podría modificarse así: *iuris enim persecutio non habet iniuriam*. En este caso el acto de *ius publicum* es un *decretum praetoris*, cuya utilización no puede implicar *iniuria*. *Executio* tiene el sentido de actuación, ejercicio o persecución del derecho. D'Ors⁶² se inclina a creer que este fragmento viene a ser una glosa explicativa que se incorporó al texto. Sin embargo, el contenido del fragmento no es más que una variante del viejo principio según el cual el que ejercita su derecho a nadie lesiona

D. 47,10,15,9 (Ulp. 57 *ad Ed.*):

'Cui' non sine causa adiectum est: nam si incertae personae convicium fiat, nulla executio est.

Nuevamente podríamos sustituir la frase final por: *nulla <persecutio> est*. No se puede perseguir como *iniuria* el *convicium* que no afecta a persona cierta, advertencia plenamente clásica⁶³.

D. 47,1,1,1 (Ulp. 41 *ad Sab.*):

Heredem autem furti agere posee aequae constat. executio enim quorundam delictorum heredibus data est: ita et legis Aquiliae actionem heres habet. sed iniuriarum actio heredi non competit.

Una vez más la expresión *executio* podría ser sustituida por *persecutio*. Se trata del problema de la transmisión a los herederos de las *actiones poenales*, respecto a lo cual Ulpiano comienza afirmando en cabeza el fragmento (D. 47,1,1 pr.): *civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt...* Los herederos ni demás sucesores no estarían obligados por las *actiones poenales* y

⁶² *Executio*, cit., pág. 750.

⁶³ D'ORS (*Executio*, cit., págs. 750-51), reconoce que no hay motivos de sospecha respecto a este fragmento, salvo el hecho de que *executio*—según su criterio—aparece en textos alterados; por ello supone que pudiera haber habido la sustitución de [*executio*] por <*actio*>.

por ello no podrían ser demandados por hurto. En cambio, en el párrafo que nos ocupa, Ulpiano advierte que el heredero puede demandar por hurto, puesto que la persecución —*persecutio* sería el término apropiado en vez de *exsecutio*, como hemos dicho— de ciertos delitos se transmite a los herederos. Que Ulpiano en este fragmento aluda a la *actio furti* en sentido formulario nos parece discutible, precisamente por el empleo del término *exsecutio*, que, como hemos visto en todos los fragmentos de Ulpiano referentes a materia penal, desfigura el sentido de la *actio poenalis* clásica. Es curioso el hecho de que mientras en el principio del fragmento emplea expresiones como *furti actione*, *actione teneri*, utilice precisamente la expresión *exsecutio quorundam delictorum heredibus data est*, en vez de: *actiones quorundam delictorum heredibus datae sunt*. La *actio poenalis privata* no puede tener sentido claro para Ulpiano y por ello habla de *exsecutio delictorum* (= *persecutio delictorum*) del mismo modo que Trifonino (D. 4,4,37 pr.; 3 *disput.*) habla de *exsecutio poenarum* en el sentido también de *persecutio poenarum*.

Hasta aquí hemos visto una constante aplicación por Ulpiano del término *exsecutio* en material penal, casi siempre en sentido equivalente a la idea genérica de persecución procesal —*persecutio*— y probablemente pensando en la *cognitio extra ordinem* mediante la cual se sancionaban en general los hechos delictivos en la época de los Severos⁶⁴. No nos cabe duda de que Ulpiano atribuía un sentido unívoco al término *exsecutio* en todos estos casos, muy próximo en su contenido a *persecutio*. La prueba de esta consciente terminología en Ulpiano nos la da su definición de *persecutio*, frente a *actio* y *petitio*, en el conocido fragmento D. 50,16,178,2, que refleja ideas quizá de Sabino (lib. 49 *ad Sab.*) y no de época de los Severos. El aludido fragmento nos presenta la *persecutio* dubitativamente como referente a las *extraordinariae persecutiones*, por ejemplo, los fideicomisos y algún otro caso que no tenga *exsecutio iuris ordinarii*. La *persecutio* sería por tanto una *exsecutio extra ordinem*. Ahora bien, el pensamiento de Ulpiano puede completarse con otro fragmento del mismo, contenido éste igualmente en los comentarios a Sabino, precisamente en la misma sede del an-

64. Vid supra nota núm. 59

terior, el libro 49 *ad Sabinum*. Precisamente este fragmento contiene un pensamiento más acorde con la época de los Severos y acaso revele el verdadero criterio de Ulpiano en esta materia y por eso aparece en este segundo texto (D 50,16,178,3; Ulp 49 *ad Sab.*) una noción de *persecutio* subsumida bajo la más amplia de *actio omnem omnino actionem comprehendere intellegitur, sive civilis sive honoraria sive fideicommissi fuit persecutio*. Toda *actio*, tanto civil como honoraria se entiende comprendida, así como la *persecutio fideicommissi*. Esta amplia noción de *actio*, que subsume a la *persecutio*, es más propia de la época y se halla, como se sabe, en Paulo D. 50,16,34 (24 *ad Ed.*) *Actionis verbo etiam persecutio continetur*. Nos inclinamos a creer que la única opinión de Ulpiano en D. 50,16,178,2 se contiene al final de este fragmento: *et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem*. Probablemente Sabino comentaba una a una las palabras de la *stipulatio emptae venditae hereditatis* que contenía, como sabemos, el trinomio *actio petitio persecutio* y este comentario de Sabino terminaba justamente al definir la *persecutio* con el ejemplo de los fideicomisos, típica *cognitio extra ordinem* en el siglo I. *persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum*. Este ejemplo encajaba perfectamente en la época de Sabino, pero Ulpiano sabía que había otros casos de *extraordinariae persecutiones* y añade una coletilla al ejemplo de los fideicomisos *et si quae aliae sunt quae non habent iuris ordinarii executionem*. El término predilecto de Ulpiano, *executio*, aparece así introducido.

Es de advertir, por otra parte, que la alusión a los fideicomisos como ejemplo de *extraordinariae persecutiones* se reitera en Gayo, II, 282 (*fideicommissi persecutio*) y en el mismo Ulpiano *ad Sabinum* citado en segundo lugar D 50,16,178,3: *sive fideicommissi fuit persecutio*. En cambio es claro que en época de los Severos y por juristas anteriores —y hasta por el mismo Ulpiano— se empleaban también ya *actio* o *petitio* para referirse a los fideicomisos⁶⁵. Ello hace más probable la hipótesis de que el ejemplo

65. Cfr. nota núm. 43 ORFESTANO, *Novissimo Digesto It.*, sub voce *Persecutio* (t. XII, págs. 1005-1009), recoge perfectamente la terminología. Valente (D 32,19) y Africano (D 28,5,47 (46)) hablan de *actio* en materia de

inicial de Sabino se difundiese a través de su escuela y especialmente de Gayo y fuese conservado por Ulpiano en el libro 49 *ad Sabinum* como idea de éste

Sin embargo, esta alusión a la *persecutio fideicommissi*, que se mantiene desde Sabino a Ulpiano, es la prueba más clara de que el término *persecutio* se vinculó quizá en la primera época clásica a la *cognitio extra ordinem*. Pese a que la noción de *cognitio* no puede considerarse hoy todavía como indiscutible, lo que sí se halla fuera de duda es que los fideicomisos constituyeron un caso claro de *cognitio extra ordinem*. La *persecutio fideicommissi* en Gayo (II, 282) aparece como contraposición al proceso formulario (*per formulam petere*) utilizable para los legados, mientras la reclamación de los *fideicommissa* había de realizarse ante los cónsules (*apud consules persequimur*; II, 278)

La sanción de los *fideicommissa* constituye todavía un problema en lo que respecta al origen de la misma. Las noticias de Justiniano (*Inst* II,23,1; II,25, pr.) que atribuyen a Augusto la primera sanción jurídica de los fideicomisos, no excluyen la posibilidad de que, de algún modo, con anterioridad, se hubiese aplicado un procedimiento para forzar al *rogatus* a cumplir el encargo remitido a sus *fides*. Algunos autores se han preocupado de buscar esta

fideicomisos. Scaevola, de *petitio fideicommissi* (D. 31,89,4) y de *actio ex fideicommissis* (D. 32,41,8) y hasta de *actiones extraordinariae* (D. 19,1,52,2) (Cfr. Wlassak, *PW*, I, 312). Papiniano, de *actio* (D. 31,77,8; D. 31,78,3). Paulo, de *petitio* y *actio fideicommissi* (Sent IV, 1, 18; IV,1,16) y acaso de *extra ordinem actionem dare* (Sent. I,15,2). Ulpiano habla de *actio* y *petitio* (D. 5,1,52; D. 32,20, D. 35,1,92). Luego; como hemos señalado, el mismo Ulpiano emplea la expresión *persecutio* en D. 50,16,178,3 y D. 32,11,16. También Papiniano (D. 22,1,3) emplea *persecutio*, además de haber empleado *actio*, como hemos señalado, y lo mismo hace Africano, que utiliza *persecutio* (D. 30,109,1) después de haber utilizado *actio*. Gayo (II, 278), Meciano (D. 40,5,32,1), Modestino (D. 31,34,2), emplean *persecutio*. Orestano sostiene que es más corriente la expresión *petere fideicommissum* entre los clásicos que *persequi fideicommissum*, y ésta debería ser la expresión general de haber existido una terminología rigurosa en cuanto los fideicomisos son típicos casos de *cognitio extra ordinem*. Sin embargo, la terminología procesal entre los juristas clásicos había perdido tecnicismo y nitidez y especialmente en época de los Severos. Es suficiente, en nuestra opinión, que se recuerde y reiteren en algunos juristas *persecutio fideicommissi*, que acaso haya partido de Sabino y su escuela

sanción anterior a Augusto⁶⁶, pero no se ha logrado una clarificación del problema, quizá por no haber sido planteado con toda su amplitud histórica y con la necesaria perspectiva procesal. En efecto, históricamente el *fideicommissum* no es más que una de las múltiples aplicaciones de las *fides* en la vida civil romana que en el campo de las *obligationes* se nos muestra especialmente en la fiducia. Toda la problemática de la *actio fiduciae* es un aspecto de la sanción de la *fides* entre los romanos. La decisión de Augusto respecto a los fideicomisos hay que verla como una medida autoritaria de creación del primer caso de *cognitio extra ordinem* al atribuir a unos magistrados concretos la *interpositio auctoritatis* al margen del *ordo iudiciorum*. Esta decisión de Augusto aparece con meridiana claridad si se la interpreta en su exacto contexto histórico. Augusto no hizo más que encomendar a los cónsules una *cognitio* especial para que decidiesen con su propia *auctoritas* magistratorial —como tales cónsules y no bajo la *auctoritas* de Augusto como alguno ha pensado— puesto que el *fideicommittere* no implicaba una *obligatio* en el *rogatus* y por tanto no hacía nacer un *iudicium* por obra del pretor. La función que Augusto encomienda a los cónsules es *auctoritatem suam interponere* (*Inst.* II, 23, 1, cit.) la misma que tenían los pretores, según Gayo, en materia de interdictos⁶⁷. Este paralelo contribuye a colocar en sus límites la medida de Augusto: concedió una *auctoritatis interpositio* o *cognitio* magistratorial con base en el *imperium* de los cónsules, porque no se trataba propiamente de un acto de *iurisdictio*. Este tipo de *cognitio* era utilizada por el pretor también en virtud de su *imperium* durante la República y de modo especial en los interdictos *finiendis*.

66 Vid. L. MERCIER, *Quelques remarques sur les origines du fideicommiss et sur le fideicommiss d'heredité a l'epoque classique*, en *RHD*, 1935, páginas 433 ss. y 623 ss. GENZMER, *La genèse du fideicommiss comme institution juridique*, en *RHD*, 1962, págs. 319 ss.

67. Gayo, IV, 138 *Superest, ut de interdictis dispiciamus. IV, 139. Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversis proponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur, et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet, formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretare vocantur.*

*controversiis*⁶⁸. La única y verdadera novedad de la medida de Augusto fue el encomendar la *cognitio* a los cónsules, lo cual significaba crear una *cognitio* fuera del *ordo iudiciorum* establecido por las *leges Iuliae*. La *cognitio praetoria* conducía a un *iudicium* que el magistrado no decidía, tanto que se tratase de *iudicium privatum* como de *iudicium publicum*. La *iurisdictio praetoria* tenía su ámbito principalmente *in iure* porque en el fondo el pretor no hacía más que encauzar el *agere ex lege*, la actuación —*agere, actio*— de las partes que hacían valer un vínculo nacido de la *lex*. Fuera del *agere ex lege* que conducía a un *iudicium* —o un *arbitrium*— toda intervención del pretor se haría en virtud del *imperium* o poder magistratorial, que encarnaba en virtud de la *lex de imperio* y que simbolizaba la *auctoritas populi*. La distinción entre *iurisdictio* e *imperium* que emerge en el pensamiento jurídico en época de los Severos quizá sea el desdoblamiento de dos ideas paralelas enraizadas en la actividad pretoria⁶⁹. De un lado el encauzamiento del *agere* y por tanto *iurisdictio*; de otro, *auctoritatis interpositio* o actos de *imperium* como magistrado investido *ex lege* con la *auctoritas populi* para emitir órdenes y zanjar controversias dentro de la *Urbs*. La intervención pretoria sería siempre una *cognitio*, previa *postulatio* de una de las partes, y en este sentido una *cognitio ordinaria*. De ahí que la *cognitio* de los cónsules hiciera nacer una *cognitio extraordinaria*. Y la *postulatio* o reclamación ante el pretor para que interviniese sería una *persecutio*.

La *cognitio extra ordinem* o *extraordinariae cognitiones* entendida como *auctoritatem interponere* está en la línea de la *cognitio praetoria* en materia interdictal. No pretendemos con esta opinión encuadrarnos en la línea de pensamiento que pretende ver en la *cognitio extra ordinem* una figura más de *cognitio* —tema polémico en el que no pretendemos entrar—⁷⁰ pero sí advertir que la intervención de los cónsules en materia de fideicomisos tiene

68. Cfr. nota anterior.

69. Sobre los actos *magis imperii quam iurisditionis*, vid. infra nota número 87.

70. Cfr. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bologna, Ed. Patron, 1965. Cfr., asimismo, RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 15-116.

la misma naturaleza de acto de autoridad o *imperium* que otros casos de *cognitio praetoria*, especialmente en materia de interdictos. Podría decirse que se trata tanto en materia de fideicomisos como de interdictos de actos más bien de *imperium* que de *iurisdictio*. No es de extrañar que Biscardi⁷¹, por ejemplo, se haya esforzado por colocar a los interdictos dentro de la *cognitio extra ordinem*, supuestos para ésta los esquemas o caracteres que le atribuía entonces la doctrina. Más bien lo correcto hoy es el camino contrario, esto es, partir de los *interdicta* y otras *cognitiones* para determinar en consecuencia la naturaleza de la *cognitio extraordinaria*, cuya esencia acaso haya que ver —sin pretensiones de definición en este momento— en el hecho de tratarse de una *cognitio* distinta de la ordinaria. Sería *cognitio extraordinaria* en el sentido de hallarse al margen de la *ordinaria cognitio praetoria* tanto por confiarse a los cónsules en vez de los *praetores ordinarii* como por el hecho de que no desembocaba en un *iudicium*. En efecto, no había actuación *apud iudicem* como en el *ordo iudiciorum*.

Los *interdicta* constituyen el caso más antiguo y acaso más frecuente de *cognitio praetoria* y su tramitación se hallaba al margen totalmente de la idea de *actio* como demuestra todavía la terminología que distingue entre *actio* e *interdictum* en época clásica⁷². No obstante ya a partir de Cicerón⁷³ se habla de *agere ex interdicto* y sabemos por Gayo que los *interdicta* podían hacerse valer *per formulam arbitriariam* o *per formulam sponsionis* pero el mismo Gayo expone separadamente los *interdicta* de la *actiones*⁷⁴. Solamente la extensión de la noción de *actio*, que gana te-

71. *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, Cedam, 1938, páginas 76 ss.

72. Cfr. BISCARDI, op. cit., págs. 14-16.

73. Cic. *Pro Caec.* 11,32: *hanc puto me habere actionem, ut per interdictum meum ius teneam atque iniuriam tuam persequar*; *pro Caec.* 3,8: *est enim turpe iudicium (scilicet hoc interdictum en el sentido de haec actio ex interdictio)*. Para el empleo de *agere ex interdicto* en Labeón, Juliano, Ulpiano, cfr. BISCARDI, op. cit., pág. 16.

74. Gayo, IV, 163, y IV, 165. Es de notar que en el *Commentarius quartus (de actionibus)* Gayo hace una descripción aparte de los *interdicta*, que comienza en IV, 138 (*superest, ut de interdictis dispiciamus*), y que justifica

rreno bajo la noción genérica de *ius persequendi iudicio* desde Celso, hace que los *interdicta* pierdan su perfil histórico frente a aquélla, como otros casos de *cognitio* que acaban denominándose *actiones*⁷⁵.

Los *interdicta* eran órdenes pretorias en donde no se decidía ningún vínculo entre persona y cosa (*dominium ex iure Quiritium*) ni entre dos personas (*obligatio*) y únicamente se decidía respecto al *factum* o *vis* que alteraba la situación de hecho existente. La ingerencia pretoria era pedida —*postulatio*— y se concretaba en una formulación prohibitoria, restitutoria o exhibitoria según la naturaleza de la controversia. De acuerdo con lo ordenado en el momento de la *editio formulae* se vería si se había contravenido o no la orden pretoria o *decretum* detrás del cual estaba la *auctoritas* o *imperium* del pretor. Antes de abandonar el tribunal pretorio —*ante quam ex iure excas*— podía el requerido aceptar un *arbiter* para la *restitutio* y así nacería un *arbitrium*. Pero nos hallamos fuera del ámbito del *ius civile* y de la *actio* como demanda cifrada en el *dare oportere* y aspecto activo de la *obligatio* nacida *ex lege*. Aquí se opera con el hecho material del asentamiento o *possessio* sobre un *fundus*, por una parte, y por tanto al margen del *ius* que las *leges* determinan. En definitiva fuera del ámbito de la *iurisdictio* propiamente dicha y dentro de la esfera del poder o autoridad —*imperium*— del pretor. Y en los demás casos de remedios pretorios nos hallamos ante una solución análoga.

Ahora bien, los *interdicta* ya en época de Cicerón (*Pro Tull.* 23.53) daban lugar a un procedimiento ordinario⁷⁶ que en un caso podía ser *sine poena* y en otro *cum poena*. El destinatario de la orden pretoria podría optar por aceptar un árbitro antes de abandonar el tribunal (*restituas* o bien *exhibeas ante quam ex iure*

con la razón de que los *interdicta* se basan en la *auctoritas praetoris aut proconsulis* para zanjar las controversias, *cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur* (IV, 139). Nos presenta así los interdictos todavía como separados de las *actiones* y con una finalidad concreta: *controversiae de possessione aut quasi possessione*.

75. Así, por ejemplo, *restitutio* y *actio* tienden a asimilarse, y en general *actio* tiende a abarcar también la *cognitio extra ordinem* (Cfr. RAGGI, *La restitutio*, cit., págs. 72 ss.

76. Vid BISCARDI, op cit., pág. 72.

exceas) instaurándose un *arbitrium* (*per formulam arbitriariam*) o bien se exponía a un procedimiento *cum poena* mediante *sponsio*. Justamente Cicerón (*Pro Tull.* 23, 53, cit.) señala claramente la alternativa: *tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemnaris necesse est*. En esta época, vigente ya el *agere per formulas* hay que suponer que los *interdicta* se encauzaban así mediante dos posibilidades o fórmulas (*fórmula arbitraria* o *fórmula sponsionis*) en proceso ordinario. La *fórmula arbitraria* conduciría a una *condemnatio a quanti ea res erit* (Gayo, IV, 163). Los *interdicta* a fines de la República habían pasado ya al *agere per formulas*, si bien los clásicos distinguen todavía formalmente, como hemos visto, entre *actio* e *interdictum*; pero procesalmente se podía *agere ex interdicto*. Los *interdicta* se incorporan así a la *iurisdictio praetoria* por el medio indirecto de la *fórmula arbitraria* y la *fórmula sponsionis*. La desobediencia a una orden pretoria conduce en caso de condena a una indemnización pecuniaria.

La tutela posesoria, esto es, la relación entre persona y cosa como situación de hecho, comenzó en época imperial a ser actuada por intervención autoritaria, coactivamente, y ello provocó la consideración de los *interdicta* como medios del *ius ordinarium*.

En Ulpiano se refleja perfectamente esta dualidad entre los *interdicta* y los medios directos coactivos en materia posesoria, que se califican como *exsecutio extra ordinem*. Se trata de una contraposición entre los *interdicta*, convertidos ya en instrumentos análogos a las *actiones* en esta época, y la ejecución autoritaria de los *decreta* por los funcionarios imperiales que en el pensamiento de Ulpiano constituye una forma de *extraordinaria exsecutio*. Era la realización directa, sin trámite judicial, de la *missio in possessionem* llevada a cabo por funcionarios los cuales podían *iure suae potestatis exsequi decretum suum extra ordinem*. La *extraordinaria exsecutio* de Ulpiano tiene el significado de ejecución o realización directa de la propia orden por el funcionario imperial en contraposición a la utilización del interdicto (*interdictum uti*) que desembocaba en un proceso ordinario como hemos indicado. Este pensamiento de Ulpiano aparece muy claramente de manifiesto en textos que se han creído interpolados y que desde el plano histórico en que acabamos de enfocarlos resultan perfecta-

mente coherentes con las ideas de Ulpiano y de su época. *Extraordinaria exsecutio* viene ser la ejecución o realización no judicial —fuera del *ordo iudiciorum*— en sentido equivalente a *extraordinariae persecutiones*. Los aludidos fragmentos son:

D. 43,4,3 pr. y 1 (Ulp. 68 ad Ed.):

Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi opere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem
 1. *Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona heredis quis admittatur certis modis si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est actionem hanc utilem competere: ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione*

Nos hallamos ante un caso de *missio in possessionem fideicommissi servandi causa* en el cual el *fideicommissarius* podría utilizar el interdicto previsto para estos casos en el Edicto (D. 43,4,1, pr. Ulp. 72 ad Ed.). Pero si bien se reconoce que el *fideicommissarius* puede utilizar dicho interdicto si lo desea, se señala en cambio como preferible la *exsecutio extraordinaria* del *decretum de missio in possessionem*. Es claro que el procedimiento interdicial que conducía a un proceso ordinario —en este caso una *actio in factum* (*in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus crit dabo*: D. 43,4,1, pr.)— tiende a ser relegado por la actuación autoritaria directa. Y no es sostenible la idea de alteración fundamental en este fragmento⁷⁷ puesto que el mismo Ulpiano en otro texto, que tiene un entronque directo con el que nos ocupa, señala los funcionarios a quienes correspondería, en este supuesto, la realización de la *missio*. Se trata de D. 36,4,5,27 (Ulp 52 ad Ed.)

77. BISCARDI. op. cit., pág. 83, considera interpolado el fragmento que nos ocupa (junto con otros autores; cfr. *Index Interpolationum*), partiendo de la idea de que los *interdicta* no se parifican a las *actiones* hasta Justiniano

En nuestra opinión, hay que distinguir entre la parificación sustancial y la formal. Desde el punto de vista sustancial, los *interdicta* eran desde fines de la República medios del *ius ordinarium* en cuanto conducían a un *agere per formulam arbitriam* o bien *per formulam sponsionis*; pero for-

Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem

Hay un esquematismo de expresión en este texto que hace pensar en que haya sido objeto de abreviación o recorte⁷⁸, pero no parece admisible dudar de que en época de los Severos los citados funcionarios imperiales hayan realizado coactivamente la *inmissio* del fideicomisario en la posesión sin esperar a que éste utilizase los trámites del interdicto. Considerar interpolada la alusión a dichos funcionarios nos parece inadmisibile. Todo el contenido de este texto, como el anterior, apunta a la contraposición entre el medio antiguo de lograr la *missio* a través de un interdicto, sin duda ya no adecuado por conducir simplemente a un proceso ordinario, como hemos dicho, y la ejecución directa *extra ordinem*, más inmediata y eficaz. En contraposición a esta *exsecutio extraordinaria* el *interdictum* era un procedimiento ordinario para Ulpiano, como nos confirman todavía otros textos:

D. 25,5,1,2 (Ulp. 34 ad Ed):

Necessario praetor adiecit, ut, qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere: coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remuserit

Tampoco el contenido de este fragmento está en desacuerdo con las ideas de la época calificando al *interdictum* de *ius ordinarium* frente a la *cognitio extra ordinem*. El pensamiento de Ulpiano tiene perfecta coherencia en cuanto se trataba de *possessio* adquirida dolosamente, pero *nec vi nec clam nec precario* y por tanto el abandono de dicha *possessio* no debería forzarse coactivamente valiéndose de lo que anteriormente Ulpiano calificó de *exsecutio extraordinaria* (D. 43,4,3, pr cit.) y ahora denomina *potestas prae-*

malmente se distinguían de las *actiones* todavía en los juristas clásicos como hemos visto en Gayo. Pero esta distinción formal no cuenta al contraponer los *interdicta* al medio coercitivo directo denominando a éste *exsecutio extraordinaria*, como hace Ulpiano

78. BISCARDI, op. cit., pág. 84, considera interpolado el fragmento en la parte alusiva a los funcionarios: *aut per viatorem — est in possessionem*.

*toria vel manus ministrorum*⁷⁹, sino por el medio ordinario del *interdictum*. En efecto, el *dolus* del *possessor* requería una *acstimmatio* y *condemnatio*. No era un acto de violencia al cual se replicaría sin más con la *potestas praetoria* en forma de *executio extraordinaria*. La ausencia de *vis* justifica la solución interdictal ordinaria casi a título excepcional.

Que el *interdictum* era considerado como un medio de *litigare iure ordinario* ya desde el siglo primero lo prueba una noticia procedente de Frontino, *de contr. agr.* (Lachmann, *Grom. vet.*) 16,3,4:

De possessione controversia est de qua ad interdictum hoc est iure ordinario litigatur.

El texto de Frontino hizo impresión a Berger en cuanto testimonio clásico literario, como reconoce Biscardi⁸⁰. Este trata de explicar dicho texto como una contraposición, propia de las *controversiae agrorum*, entre la competencia del jurista y la del agrimensor. Según Biscardi⁸¹, la locución *ius ordinarium* sería la antítesis de *ars mensoria* de acuerdo con la aludida contraposición: que hacía oscilar las controversias entre dos polos o nociones: unas de carácter fundamentalmente jurídico, sin intervención de los agrimensores, y otras en que el elemento técnico era prevalente, como por ejemplo, en la *controversia de fine*. La aguda observación de Biscardi podría ser admisible de no existir mejor y más sencilla explicación del texto de Frontino, de acuerdo con la evolución de los interdictos y del procedimiento de la época, tal como hemos venido exponiendo hasta aquí. Ya en Cicerón como hemos visto se nos muestran los interdictos dando lugar a un proceso *per formulam arbitrariam* o *per sponsionem*. No es de extrañar que Frontino considere el interdicto como una forma de litigar *iure ordinario* en materia de *possessio*. Efectivamente en el siglo I fun-

79. BISCARDI, op. cit., pág. 84, acepta todos los reparos hechos al texto por la crítica y especialmente la concepción del *interdictum* como *ius ordinarium* frente a la *extraordinaria cognitio*. Podría discutirse la autenticidad de algunas expresiones como *manu ministrorum*; pero la línea general de pensamiento expuesta en el texto concuerda con las ideas de Ulpiano.

80. BISCARDI, op. cit., págs. 87-88.

81. Loc cit.

cionaba ya la *cognitio extra ordinem* en algunos casos mientras los *interdicta* se encauzaban a través del *ordo iudiciorum*, si bien terminológica y formalmente se distinguían todavía de las *actiones*. No hay pues motivo para pensar que el calificativo de *ius ordinarium* haya sido dado a los *interdicta* por Frontino con base en una contraposición entre agrimensores y juristas en las decisiones a propósito de *controversiae agrorum*. *Interdictum* es término técnico del lenguaje jurídico y el calificarlo como *ius ordinarium* es una valoración referida al mundo jurídico y no en relación con los diversos tipos de *controversiae agrorum*.

Desde el siglo I a la época de los Severos la utilización de los *interdicta* debió de hacerse cada vez menos frecuente debido a la ejecución directa, cada día más normal, por obra de los funcionarios imperiales. Ulpiano una vez más nos informa claramente de esta situación a propósito del *interdictum de migrando* en D. 43,32, 1,2 (Ulp. 73 *ad. Ed.*):

Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest ergo infraquens est hoc interdictum

Ulpiano advierte de la poca frecuencia del *interdictum de migrando* en su época, en la cual cabía una actuación directa *extra ordinem* para proteger al *inquilinus qui soluta pensione vult migrare*, llevándose consigo las cosas *quae pignoris nomine induxit*⁸².

Por último, dentro del mismo orden de ideas, puede encuadrarse otro texto de Ulpiano acerca del *interdictum de tabulis exhibendis*:

D. 29,3,2,8 (Ulp. 50 *ad Ed.*):

Si quis non negans apud se tabulas esse non patitur inspici et describi, omnimodo ad hoc compelletur: si tamen neget penes se tabulas esse, dicendum est ad interdictum rem mitti quod est de tabulis exhibendis

⁸² Este texto no ha sido objeto de desconfianza especial por la crítica, como BISCARDI, *op. cit.*, pág. 86, reconoce. No obstante, no admite que sirva de prueba de la introducción de los medios de coacción directa que, según su interpretación de las fuentes, han de ser atribuidos a los bizantinos.

Parece que Ulpiano en este discutible fragmento⁸³ pretende distinguir entre el hecho de que se niegue la posesión de las *tabulae testamenti* a efectos de exhibición de las mismas o se niegue la obligación de exhibirlas, hechos que darían lugar al *interdictum*, y el caso especial en que el *possessor* se niega simplemente a una investigación o análisis de las mismas (*inspectio*) o a que se hagan copias o extractos de aquéllas (*descriptio*). Se trata de que no se tolere una inspección o copia de las *tabulae*, pero no se discute la posibilidad de exhibir o el derecho a hacerlo o no hacerlo; simplemente no acepta esa concreta exhibición para ese fin determinado. Que la petición de exhibir con esta finalidad concreta pueda llevarse a cabo *extra ordinem* por acto de autoridad no debe sorprender respecto a la época de Ulpiano. Asimismo es explicable que en caso de negativa a la exhibición considerándola no posible o no obligatoria para él, la aplicación del *interdictum* resulta admisible por la necesidad de que el litigio sea llevado al procedimiento ordinario para que se produzca una condena si procede. Habría que distinguir por tanto la exigencia para que el *possessor* de las *tabulae*, que no niega tenerlas en su poder, permita una inspección o realización de un resumen o extracto de las mismas —lo cual podría llevarse a cabo por intervención directa de un funcionario— de otro caso de negativa más grave. Este sería el negar que las *tabulae* se hallan en su poder o la obligación misma de exhibirlas porque en este caso el *agere ex interdicto* conducente a proceso ordinario constituiría el mejor medio de ventilar la negativa a exhibir.

En el pensamiento de Ulpiano los interdictos aparecen incluso contrapuestos a la *cognitio extra ordinem*, pese a que todavía Gayo veía en ellos una *auctoritatis interpositio* del pretor y los estudia separadamente respecto a las *actiones* si bien en el libro *de actionibus*, (IV, 139 ss.). La razón de esta colocación especial quizá se deba al concepto de *possessio* como esfera de aplicación de los *in-*

83. BISCARDI, op. cit., pág. 85, supone interpolado el fragmento en base al hecho de que el no permitir la *inspectio* o las copias —*descriptio*— de las *tabulae testamenti*, después de haber confesado tenerlas en su poder, aparece como finalidad del interdicto en otro texto de Ulpiano (D. 43,5,1,1). Pero este texto se refiere a la *exhibito*

terdicta, como el mismo Gayo parece insinuar cuando dice (IV, 139): *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finendis controversiis interponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur*. Se trata pues de una *contentio de possessione* preferentemente (*tum maxime facit*) cuando se utilizan *interdicta*. Y señalamos esta insinuación de Gayo porque encierra un profundo sentido histórico en relación con el tema de nuestra investigación⁸⁴. En efecto, los *interdicta* no son propiamente *actiones* porque no tienen por finalidad el exigir un *debitum* nacido de una *obligatio*. El paralelismo entre *actio* y *obligatio* es idea que se mantiene desde las *legis actiones* (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) hasta la definición de Celso en que la *actio* es *ius persequendi* de un *debitum*. Y a medida que se amplía la noción de *actio* se extiende también la de *debitum* y *creditum*. Así Ulpiano dice claramente (D. 50,16,178,3): *Hoc verbum debuit omnem omnino actiones comprehendere intellegitur, sive civilis sive honoraria sive fideicommissi fuit persecutio*. Se entiende que hay *debitum* en cualquier *actio*, ya sea civil, ya sea honoraria, ya se trate de una *persecutio fideicommissi*. Asimismo se consideran *creditores* para Ulpiano (D. 50,16,10) aquellos a quienes se debe *ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civile sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel horario vel extraordinario...* La relación conceptual entre la *actio* y el fenómeno crediticio es clara y llega hasta Ulpiano, quizá con carácter más teórico que práctico, dejando al margen la *actio in rem* en cuanto es ajena a la noción de *creditum*. Sin embargo para Gayo la primera *divisio actionum* es la que distingue *actiones in rem* y *actiones in personam*. En definitiva la *actio* hace valer una exigencia del *ius* (*civile, honorarium, extraordinarium*, etc.) pero no un *factum* como los *interdicta possessoria*. De ahí que el *agere ex interdicto* sea un procedimiento que únicamente puede ser definido como *ordinarium* frente a la *extraordinaria cognitio*. Los *interdicta* nacieron como un aspecto de la *cognitio praetoria*, pero se integraron en el *ordo iuris* formalmente gracias a la fórmula arbi-

84 Cfr. acerca de este punto supra, nota n.º 74.

traria y la fórmula *sponsions* y dejan de ser un acto *magis imperii quam iurisdictionis* para acercarse cada vez más a la noción de *actio*. No se constituyen pues en *persecutiones* al comenzar el procedimiento *extra ordinem*.

Partiendo siempre de la iniciativa privada —no hay en Roma la idea de que el Estado asuma desde antiguo la realización de la justicia— y dejando aparte el problema de los grupos precívicos y su politicidad⁸⁵, la actividad pretoria parece tener en muchos casos una misión encauzadora del *agere* de las partes según el vínculo colectivo que es la *lex*. El pretor interviene con su *imperium*, recibido *ex lege de imperio*, para contribuir a determinar el *ius*; preside los ritos —antiguas fórmulas augurales— autorizándolos y fija el litigio dentro de unos términos que han de remitirse a la prueba y decisión final del *iudex* o *iudices*. Tal es el *iudicium* y la actuación previa o *agere in iure* es la *actio*. La iniciativa privada —*agere*— parte de una causa vinculante previa (*sponsio*, *datio mutui*) reconocida *ex lege* (XII Tablas, *leges Silia* y *Calpurnia*) y se trata de determinar si existe el vínculo obligante —*ius*— entre los dos sujetos que contienden en el litigio. La actuación del pretor constituye un acto jurisdiccional en cuanto encauza y autoriza o deniega las formalidades o actuación de las partes *in iure*. Y en este sentido determina con su autorización o denegación la realización del *ius*; es un acto de *iuris dictio* en sentido amplio. Más en concreto sus actuaciones encuadradas dentro de los *tria verba practoris* formalizan con su *auctoritas* la realización del *ius*. En definitiva, la orden de juzgar que transmite al *iudex* y que suele llamarse *iussum iudicandi* consiste en remitir el *iudicium* —procedimiento *apud iudicem*— a una prueba de hechos que confirman —*codamnatio* o *condemnatio*—

85. Extendemos en este sentido la denominada justicia privada en Roma, como iniciativa privada o del grupo en cuanto no hay un Estado realizador de la justicia en época antigua. La iniciativa —*in ius vocatio*— ha de tomarla una de las partes, pero la justicia no es función privada, puesto que el *sacramentum* responde a una concepción religiosa bajo cuyo orden de ideas se decide *quod iustum* — *quod iniustum est*. Tampoco es una justicia de tipo ordálico, sino vinculada a un poder supremo religioso, en nombre del cual se decide sobre lo justo y lo injusto. No podemos adentrarnos más en este tema, que excede de los límites de la presente investigación

o rechaza la existencia fáctica del vínculo afirmado por el actor. La validez del rito de acuerdo con la *lex* ya ha sido autorizada por el pretor. El ritual formalmente constituía una afirmación de *ius* válida en sus formas *ex lege*; es decir, se invocaba una *sponsio*, una *datio mutui* o la existencia de un vínculo *ex iure Quiritium* en relación con una cosa. Solamente había de comprobarse *apud iudicem* la verdadera existencia o no del acto que había dado lugar al vínculo (*sponsio, mutui datio, modus acquirendi*) y en consecuencia *condemnare* o *absolvere*. El *arbitrium* en cambio encierra mayor elasticidad: la facultad de una *aestimatio*. Pero tanto el *iudicium* como el *arbitrium* son en este sentido producto de la *iurisdictio*.

En otros casos el pretor no interpone su *imperium* para la determinación del *ius*, sino que trata simplemente de impedir la *vis* o violencia entre particulares respecto a la tenencia de bienes. Tal es el caso de los *interdicta* el más antiguo seguramente de actuación del pretor mediante poder coactivo o *imperium* con finalidad pacificadora frente a la violencia. No se trataba por tanto de determinar el *ius* según el vínculo colectivo que es la *lex* sino de *interpositio auctoritatis* como todavía recuerda Gayo. La parte perjudicada tomaba la iniciativa, pero su actuación no era el cumplimiento de un ritual —*agere, actio*— o *modus agendi ex lege* —*legis actio*— sino una *postulatio interdicti* o petición de una orden o *decretum* pretorio frente a la violencia —*vis*— padecida. Se pedía un acto de autoridad, de *auctoritas praetoris*, que impidiese o corrigiese la *vis privata* —*interdictum prohibitorium, restitutorium* o *exhibitorium*— pero no una determinación del *ius ex lege*. Los *interdicta* se movían en el orden fáctico de los hechos concretos de violencia o perturbación de situaciones establecidas (*possessio* y quizá originariamente *usus*) dentro de la vida comunitaria. Así vendrían a ser protegidos intereses, si se quiere distinguir frente a la idea de derecho subjetivo como hace Gandolfi⁸⁶. En todo caso la idea de realización del *ius* en sentido estricto, propia de la *iurisdictio* es ajena a esta actividad pretoria de carácter autoritario fundamentalmente. El encauzamiento de los *interdicta* hacia el procedimiento ordinario debió de producirse especialmente por la vía del

86. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, Giuffrè, 1955, págs. 142 ss.

arbitrium con el *restituere* inherente al mismo y posteriormente por la fórmula *sponsionis*. Asimismo como razón de fondo para esta aproximación al proceso ordinario hay que señalar la desaparición del *ager publicus* cuyas *controversiae agrorum* fueron sin duda el campo inicial y de más frecuente aplicación de los interdictos.

Esta intervención autoritaria del pretor frente a la *vis* no es propiamente un acto de *iurisdictio* en cuanto no se trata de determinar el *ius* controvertido sino de evitar la violencia. En este sentido la distinción que aflora en época de los Severos entre actos *magis imperii quam iurisdictionis* puede tener antiguas raíces históricas en casos como los *interdicta* y demás remedios pretorios: *restitutiones in integrum*, *missiones in possessionem*. Los *interdicta* no son ya actos de *imperium* para la Jurisprudencia de los Severos, sin duda por su asimilación al procedimiento ordinario. Pero algunas de las demás medidas pretorias todavía se distinguen de la *iurisdictio* propiamente dicha y se consideran *magis imperii quam iurisdictionis*. Sin embargo, la noción cada vez más amplia de *actio* va absorbiéndolas bajo su denominación⁸⁷. Ello se debe en el fondo a que la idea republicana de *iurisdictio* vinculada a la noción de *ius* con base en la *lex* se ha perdido ya en los últimos juristas clásicos. Quedaba el recuerdo o la huella de una antigua distinción, entre decisoria y autoritaria del pretor frente a la *vis* en virtud de su *imperium* y otra encauzadora de la *vis privata* para determinar el *ius* según el rito *ex lege*. La *iurisdictio praetoria* en su verdadero sentido histórico de *ius dicere* se mueve dentro del cauce de la *lex* como prueba la expresión misma *lege agere* que caracteriza el primer procedimiento romano. La *actio* era actividad privada que el pretor encauzaba *ex lege* durante las *legis actiones*. Después el *agere* —*actio*— dejó de ser ritual y verbal y pudo encauzarse bajo

87. Cfr. supra, nota n.º 75. Sobre los actos *magis imperii quam iurisdictionis*, vid LUZZATO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., págs. 118 ss. RAGGI, *La restitutio*, cit., págs. 107 ss., considera la expresión *magis imperii quam iurisdictionis* de origen tópico, con base en la *similitudo ex comparatione* de Cicerón (*top.* 10,43). No tendría dicha expresión relieve esencial respecto a la distinción entre *iurisdictio* e *imperium* (op. cit., pag. 114). Es de observar que los *interdicta* no parecen mencionados entre los remedios pretorios a propósito de los actos *magis imperii quam iurisdictionis* (cfr. LUZZATO, op. cit., pág. 124).

formulaciones variadas —*formulae actionis*— convirtiéndose en *facultas agendi* o poder de demandar en juicio. El *ius praetorium* deja al margen el rigor de la *lex publica* como fuente de vínculos *inter cives (ius civile)* y proliferan los *iudicia* dados por el pretor, acaso anteriores *arbitria honoraria*, legitimados desde la *lex Julia*. La *lex* y el *ius civile* pierden su vinculación republicana con el auge del *agere per formulas* del *Edictum*. La noción de *iurisdictio* se modifica y la *actio* se convierte en mera posibilidad de entablar un *iudicium*. Queda únicamente una noción artificial desde la *lex Julia* que distingue entre *iudicia legitima* y *iudicia imperio continenta*. *Iurisdictio* e *imperium* mantienen todavía una teórica distinción, que llega hasta la época de los Severos, si bien no se admite *iurisdictio* sin una manifestación mínima de *imperium*⁸⁸ Quizá el problema de la distinción se haya planteado por la necesidad de precisar la *iurisdictio municipalis*. Pero hay una motivación histórica profunda, como acabamos de señalar, para distinguir los actos de *imperium* o mera autoridad del pretor, de aquellos otros en los cuales pone su autoridad entre las partes para contribuir a la determinación del *ius (iuris dictio)* dentro del ámbito de las *leges publicae*. La *iurisdictio* en este sentido se reflejaría en la primera época del *agere per formulas* en la distinción entre *iudicia legitima* y *arbitria honoraria* —éstos bajo el *imperium praetoris*— y por último en época clásica en la dualidad entre *iudicia legitima* e *imperio continenta*. La noción de *iudicia legitima* se extendió probablemente a los antiguos *arbitria honoraria*⁸⁹

La historia de la *iurisdictio praetoria* sufre un cambio fundamental desde las *leges Juliae iudiciorum privatorum et publicorum* con las cuales desaparece definitivamente toda la gravitación que la *lex publica* había tenido sobre el proceso romano durante la República. Además de relegar definitivamente las *legis actiones*, como sabemos por Gayo (IV, 30), es muy probable que hayan ampliado la noción de *iudicium legitimum* desligándolo de la noción de *lex publica* para darle un sentido territorial urbano: *iudicium legitimum* sería desde entonces el celebrado en la *Urbs*, entre

88 La sutil distinción entre *imperium merum* e *imperium mixtum*.

89 Sobre estas ideas, cfr. nuestro estudio, cit., *La necesidad de retornar al estudio del Edicto*. (II *Formula actionis* y *iudicia legitima*)

cives romani y ante un *iudex romanus*. Antes, el *iudicium legitimum* nacería de un *agere ex lege* y sin base en la *lex* no habría *actio* ni *iudicium*, sino únicamente *arbitria* bajo el *imperium praetoris* (*arbitria honoraria*)⁹⁰. Al iniciarse el *agere per formulas* se había desarticulado ya la vinculación entre *ius* y *lex* iniciando una separación entre Derecho y Proceso, nociones que se hallaban unidas en la ambivalencia de *actio* —aspecto activo— y *obligatio* —aspecto pasivo— respecto de un vínculo privado con base en la *lex*. *Actio* convertida en *facultas agendi* significa simplemente medio procesal para hacer valer cualquier vínculo crediticio. Ya hemos visto la noción de *creditores* ampliada en época de Ulpiano al *debitum* procedente de cualquier causa, *civilis, honoraria, extraordinaria* (D. 50,16,10) y asimismo *debitum* es concepto genérico, que se refiere a cualquier *actio, sive civilis sive honoraria sive fideicommissi fuit persecutio* (D. 50,16,178,3). Una noción sustancial de *creditum* parece abarcar todo acuerdo de intercambio patrimonial (*stipulari, dari, conveniri*) mientras el medio procesal, la *actio*, se generaliza como concepto instrumental frente a la realidad jurídica negocial que pretende hacerse valer en juicio. Derecho y Proceso se convierten así en nociones diferenciadas en detrimento de la nitidez de las nociones procesales que se convierten en instrumentales y adjetivas. En el derecho justinianeo la diferenciación entre derecho sustancial y procesal ha sido muy claramente señalada; pero no se ha señalado nunca claramente por la doctrina romanística que la fisura comienza con la separación entre las nociones de *actio* y *obligatio* inescindibles y ambivalentes durante cierto tiempo.

En época de los Severos las nociones procesales han pasado en gran parte a segundo plano. Por eso Ulpiano recuerda y analiza la noción de *actio* al comentar el formulario de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* en donde la palabra *actio* tenía todavía un claro sentido procesal y sustancial en el seno del *ius civile*. *Actio* y *obligatio iuris civilis* nacían *ex lege publica* y en el Edicto se convirtieron en *iudicia legitima*. De ahí que Ulpiano comente la noción de *actio* en los *libri ad Sabinum* y acaso como idea de Sabino como dijimos en su momento (D. 50,16,178,2;

90. Cfr. loc cit.

49 *ad Sab.*) cuando ya Paulo había dicho que en la noción de *actio* se comprende la *persecutio* (D. 50,16,34). La crisis, pues, de las nociones procesales desgajadas del derecho sustancial o negocio que pretendían hacer valer nos agrava la dificultad de determinar el sentido de la expresión *persecutio* entre los últimos juristas clásicos.

Por otra parte, al lado de la crisis de las nociones procesales de que hemos hablado se manifiesta otra tendencia en los juristas de la época de los Severos, que parece una contrapartida doctrinal frente a la generalización de la noción de *actio*. Se trata de la acuñación de las nociones de *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*, *ius naturale*, como si se tratase de crear la idea de estratos u ordenamientos básicos de derecho sustancial en los cuales apoyar las instituciones jurídicas cada vez más indiferenciadas procesalmente. En este sentido es curioso el hecho de que se acuñe la expresión *ius extraordinarium* que Ulpiano utiliza como una categoría más⁹¹.

Las *cognitiones extraordinariae* de la época imperial nada tienen ya que ver con los *iudicia privata* o *publica* y por eso se hallan fuera del *ordo iudiciorum*. La función del pretor y del *iudex* se funden en una misma persona delegada del emperador, tal como ocurrió con la intervención de los cónsules en materia de fideicomisos. No hay *agere* ni *actio* en sentido de actuación *in jure* como tampoco hay *iudicium*; de ahí el término *persecutio* que Ulpiano parece reiterar como si fuese exclusivo en materia de fideicomisos: *persecutio fideicommissi*. También los *iudicia publica* se vieron relegados por la *cognitio extra ordinem* y así hallamos en materia penal el empleo de *executio* por Ulpiano, como hemos señalado oportunamente.

Esta detenida y prolija exposición sobre el término *persecutio* desde la *Rhetorica ad Herennium* hasta Ulpiano, nos permite establecer algunas afirmaciones respecto a la historia del vocablo. En primer lugar, un cierto paralelismo o ambivalencia entre *persecutio* y *executio* que se manifiesta bastante claramente en Ulpiano cuando éste emplea *executio* en material penal. Cabe admitir que esta ambivalencia de los términos *persecutio* y *executio* desde el último

91. D. 50,16,10 . *vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario.*

siglo de la República significando ambos un *tertius terminus*, aparte de las nociones procesales de *actio* y *petitio*.

Resulta indiferente que la *Rhetorica ad Herennium* contuviese la expresión *persecutio* o *exsecutio* porque, como Cuyacio observó⁹², son prácticamente ambivalentes. *Persecutio* es expresión que aparece en textos republicanos, como hizo notar Casavola, en el sentido de *persequi ius suum*⁹³. *Persecutio* en el último siglo de la República parece tener el sentido genérico de persecución o reclamación jurídica en exigencia de un derecho o interés. No vemos la posibilidad de vincular la noción de *persecutio* con la actividad *apud iudicem* exclusivamente como Casavola pretende⁹⁴. Dada la importancia de la noción de *iudicium*, como eje de la actividad edictal pretoria, es natural la existencia de una tendencia a enfocar el acto genérico de perseguir en justicia como *persequi iudicio*, pero es justamente el sentido genérico de *persequi* que aparece en la definición de Celso respecto a la *actio*: *ius persequendi iudicio*. Se trataba de una *persecutio in iudicio*, precisamente, lo cual viene a poner de manifiesto que existía un *persequi* extrajudicial. Que *persequi* signifique la actividad *apud iudicem* del actor no parece posible deducirlo de las fuentes. Así en Cicerón es explicable desde otro punto de vista el sentido y alcance de la expresión *persequi iudicio recuperatorio*:

In Verr. 3,11,27: *venient (scil. aratores) Syracusas, ut te praetore videlicet aequo iure Apronium, delicias ac vitam tuam, iudicio recuperatorio persequantur?*

Asimismo se refería Cicerón a un *iudicium recuperatorium* en párrafos anteriores y siguientes: *In Verr.* 3,10,26: *Iudicio ut ara-*

92. Cfr. supra, nota n.º 41.

93 Cfr. *Actio petitio persecutio*, págs. 101-2: Plaut. *Capt.* 492 . *ius meum omne persequi*; Ter. *Ad.* 163 . *ego meum ius persequar* ; Cic. *pro Caecina*, 3,8: ... *aut si mihi praescribat quem ad modum meum ius persequar* Para Casavola (loc cit), hay una equivalencia entre *persequi ius suum* = *pervenire ad ius suum* = *recuperare ius suum*. Se trataría de referencias a la fase *apud iudicem*.

94. Cfr. supra, nota anterior. *Actio petitio persecutio*, cit, págs. 102 ss. Para Casavola, *persequi* designa la actividad del actor *apud iudicem*, tanto en Cicerón como en la literatura jurídica clásica

tor decumanum persequatur?... In Verr 3,13,32 ... bona tua repetere ac persequi huc atque iudicio.

Ante todo hay que tener en cuenta que la naturaleza de los *iudicia recuperatoria* no se ha determinado, en nuestra opinión, con toda seguridad. Un notable esfuerzo de clarificación ha sido llevado a cabo no hace mucho⁹⁵, pero no se ha pasado de la admisión de una cierta naturaleza híbrida para dichos *iudicia recuperatoria*, entre los *iudicia privata* y los *iudicia publica*. Ahora bien, esta condición intermedia o mixta no es explicación satisfactoria procesalmente. Sin embargo, una idea es clara en esta materia: los *iudicia recuperatoria* eran *iudicia imperio continentia* según Gayo, IV, 105. No eran por tanto *iudicia legitima* y ello implicaba que no se actuaba una *actio* a través de un *iudicium recuperatorium*, según cuanto hemos expuesto al referirnos al concepto de *actio*, puesto que ésta desemboca en un *iudicium legitimum*. Con anterioridad a la *lex Julia iudiciorum pratorum* Los *iudicia recuperatoria*, en cuanto *iudicia imperio continentia* se desarrollaban bajo el *imperium praetoris* (o bien *praetor vel praeses*)⁹⁶. Por eso es muy sintomático que Cicerón utilice la expresión *persequi* —y no *agere*— *iudicio recuperatorio*, hecho que nos prueba que *persecutio* sería susceptible de empleo en el último siglo de la República como *tertius terminus* cuando no se trataba de *actio* —ni por tanto de *iudicium legitimum*— sino de un procedimiento bajo el *imperium praetoris*. Una vez más cabe pensar que en el caso de los *interdicta*, con anterioridad a la *lex Aebutia*, se viese una *persecutio* o *postulatio interdicti*, ajena a la idea de *actio* y de *iudicium*. Respecto a *interdicta* se lee en Aemilius Urbicus⁹⁷: *de loco . . . magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima*. Sin embargo, Cicerón en *pro Caecina*, 12. 32-33-34-37-39 utiliza *agere* y *actio* para referirse al *interdictum*, como ha puesto de manifiesto Casavola⁹⁸. Concretamente *pro Caccina*, 14.40: *Huiusce generis*

95. SCHMIDLIN, *Das Rekueratoreverfahren*, Freiburg, (Schweiz), Universitätsverlag, 1963; cfr. págs 133 ss

96. Gai., *Frag. Augustodun* IV, 100: *Ergo imperialem tandem evget iudicium, quamdiu praetor vel praeses...*

97. *De controversiis, Gramatici veteres*, Blume-Lachmann-Rudorff, Berlín, Reimer, 1852, pág. 74.

98. *Actio petitio persecutio*, cit, págs. 97-98

una est actio per hoc interdictum quo nos usi sumus constituta. Que frente a este cambio terminológico mantenga la expresión *persequi recuperatorio iudicio* puede ser síntoma de una consciente inadecuación de *actio* respecto al *iudicium recuperatorum*.

Al lado de las *actiones ex lege* que darían lugar a *iudicia legitima* y de las *petitiones* realizables a través de *formulae arbitrariae* puede admitirse a fines de la República un *tertius terminus* que sería *exsecutio* o *persecutio*, aplicable a todas las actuaciones que el pretor llevaba a cabo mediante *cognitio* directa en razón de su *imperium*. En primer lugar los *interdicta* en época antigua y luego las *missiones in possessionem, restitutiones*, etc. Confiada por Augusto a los cónsules la *auctoritatis interpositio* en materia de fideicomisos el término *persecutio* hallaría una aplicación ya más adecuada en las *extraordinariae cognitiones*.

Persecutio o *exsecutio* se nos presenta, pues, como un *tertius terminus* frente a *actio* y *petitio* durante el último siglo de la República. Muy probablemente nació la tricotomía de una clasificación retórica cuando surgió entre los retóricos el tema de la *actio* y la *quaestio de actione*⁹⁹. La clasificación tricotómica no interesó especialmente a los juristas más que en aquellos actos concretos de liquidación de relaciones jurídicas complejas como fueron las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, la *stipulatio Aquiliana* y la *cautio amplius non peti*. En todos estos casos, como hemos puesto de manifiesto al principio de este estudio, se trataba de liquidar totalmente todo vínculo jurídico pendiente entre dos sujetos y la tricotomía sirvió como modo exhaustivo de hacerlo en cuanto se comprendía en ella toda posibilidad procesal. Con este carácter instrumental se nos presenta la tricotomía en el campo jurídico en el último siglo de la República. Y este momento de aparición se debe a la elaboración de la noción de *actio*, quizá de modo especial en el ámbito retórico, precisamente cuando estaba en vigor ya el *agere per formulas*. La nueva concepción procesal que la *fórmula* provoca en cuanto mecanismo flexible frente al ritualismo del *lege agere*, hace nacer la *actio* como *facultas agendi* que ha de ventilarse en un *iudicium*. En el ámbito del proceso *actio* surge como de-

99 Cfr. notas n.º 6 y n.º 17.

nomiación característica de las *actiones ex lege* que dan lugar a *iudicia legitima* dirigidos a un *dare oportere* y que en el *agere per formulas* cristaliza en la *condictio* formularia. De ahí que *actio* aparezca en el trinomio como *actio in personam*, noción que acaso se mantenga en el *ius civile* hasta Sabino, que la transmite a la Jurisprudencia de la época de los Severos probablemente. Esta noción civil de *actio* no sirve ya para el *Edictum* en donde además de la que podríamos llamar *formula actionis* de la *condictio*, que tendría valor *sua vi ac potestate*¹⁰⁰ existía la posibilidad de hacer *petitiones* mediante *fictio legis actionis* por medio de una fórmula arbitraria.

En definitiva, en el momento de aparición de la tricotomía se distinguirían claramente *actiones ex lege (legitimae)* y *petitiones ex lege (petere per arbitrium)*. Las primeras darían lugar en el *agere per formulas* a un *iudicium legitimum* y las segundas a un *arbitrium* o *aestimatio litis (sub imperio praetoris)*. El *iudicium* implicaba siempre una *formula* donde se pedía una *pecunia certa* cuya cantidad quedaba testificada en la *litis contestatio* y se remitía al *iudex* la confirmación de la causa o prueba de los hechos. La misión del *iudex* era simplemente confirmar la *damnatio* en base a la *sponsio --ex lege XII Tabularum--* y hacer una *condemnatio --codamnatio--* o bien *absolvere*, es decir, desligar al presunto obligado por falta de causa. En cambio, el *arbitrium* constituía un *arbitrari*, esto es, una valoración o *aestimatio* de unos hechos en discusión que constituían una *lis*; en concreto una *litis aestimatio*. Este tipo de *arbitrium litis aestimandae* constituiría un *petere per arbitrium* que abarcaría todos los supuestos desde la *restitutio* de una cosa después de la sentencia o del *agere sacramento in rem* hasta la *aestimatio damni* en caso de *damni decisio*. *Actio* y *petitio* vendrían a ser un reflejo de las nociones de *iudicium* y *arbitrium*, básicas y anteriores a las primeras. Quizá pueda decirse que hasta la *lex Julia iudiciorum privatorum*, que desligó la noción de *iudicium* de la de *lex*, la *iurisdictio* tendría su más perfecta expresión

100. Gayo IV, 33 . *itaque simul intelligimus cas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere*. En relación con Gayo IV, 10. Cfr. en nuestro estudio cit., *La necesidad de retornar al estudio del Edicto pretorio (III Fictio legis actionis)*.

en el *iudicium*, en tanto que el *arbitrium* sería un acto *magis imperii quam iurisdictionis*. El *ius* constituía un reflejo de la *lex* y la *iurisdicctio* —como dijimos ya anteriormente— sería la determinación del *ius* encauzando el litigio. El *arbitrium* partiría de la necesidad de valorar pecuniariamente —*acstimare*— unos hechos controvertidos —por ejemplo, en las *contraversiae agrorum*— que deberían ser rectificadas —*restitutio, prohibitio*— o serviría para llevar a cabo el hecho material de división de una cosa o bien la *acstimatio* de un hecho delictivo en caso de *damni decisio*.

Desde la *lex Julia*, *iudicium* y *arbitrium* cambian de sentido por la ampliación de la noción de *iudicium legitimum* frente a *iudicia imperio contentia*. La *iurisdicctio* no se concibe ya en función de la *lex publica*, sino como una esfera de competencia urbana para *cives* y con *iudex romanus*. Fuera de estos casos los *iudicia* están sometidos al *imperium praetoris* o bien del *praeses* como *iudicium imperiale*¹⁰¹. La *iurisdicctio*, manteniéndose civil —para *cives*— se acerca a la competencia territorial —*in urbe Roma*— mientras la *iurisdicctio peregrina* queda bajo el poder de *imperium*.

Al lado de *actiones* y *petitiones* —integradas más tarde en el *ordo iudiciorum*— existirían durante el último siglo de la República aquellos actos de *auctoritas praetoris* como las *restitutiones*, cuya realización no constituía ni *actio* ni *petitio*, sino mera solicitud de apoyo o *persecutio ius suum* de parte del postulante. Igualmente las *stipulationes praetoriae* caucionales y las *missiones in possessionem*. Todos los casos de *cognitio praetoria* que no conducían ni a un *iudicium* ni a un *arbitrium* constituían *persecutiones* o *executiones*. No eran *actiones* ni *petitiones*, sino actuaciones basadas en el *imperium praetoris*. Tanto las *actiones* como las *petitiones* constituían *ius privatum* frente a los *iudicia publica* de fines de la República. Las *cognitiones* en materia de *missiones in possessionem* y *restitutiones* no se integraban por tanto ni en los *iudicia privata* —no eran *actiones* ni *petitiones*— ni en los *iudicia publica*.

Sin embargo, la ordenación dual de los *iudicia* en *iudicia publica* y *iudicia privata* hizo que las expresiones *actio* *petitio* *persecutio* se entremezclasen perdiendo sus nítidos perfiles históricos. Lógi-

101 *Gai. Frag. Augustodun.* IV, 100.

camente se extendió la noción de *actio* vinculada al *iudicium legitimum* inicialmente a todos los *iudicia privata* que comprenden ahora los *arbitria* republicanos, con lo cual *actio* y *petitio* pierden diferenciación histórica. *Pctere* en el Edicto se fue haciendo sinónimo de *postulatio actionis*. A su vez *persecutio*, que tenía su ámbito de aplicación preferente fuera de los casos de *actio* y *petitio*, comienza a ser aplicada al procedimiento *extra ordinem*: así los *fideicommissa*. Pero la tricotomía que se había mantenido en la esfera del *us privatum* siempre, pierde su sentido con la *cognitio extra ordinem*, que no es ya *iudicium*, sino *cognitio* o decisión sin fase *apud iudicem*, y que por hallarse fuera del *ordo*, tampoco se entiende aplicable a la misma la noción de *actio*, ni la de *petitio*, y de ahí la oscilación que todavía se delata en Ulpiano entre *exsecutio* y *persecutio*. No hay *iudicium privatum* ni *publicum* —porque no hay *iudices privati*— en caso de *cognitio extraordinaria*; por tanto, no se trata de *actio* ni de *petitio* y de ahí la más frecuente denominación de *persecutio*.

Pero a su vez la noción de *actio* como *ius persequendi iudicio* se mantiene en el proceso formulario clásico —la fórmula continúa y tiende a hacerse sinónima de *actio*— y se va imponiendo frente a *persecutio*, término que no triunfa, pese al auge de la *cognitio extraordinaria*. Gayo, que piensa en la *actio privata* como un aspecto del *ius civile*¹⁰², señala como básica la distinción entre *actiones in rem* y *actiones in personam*. Papiniano, que tiene un esquema análogo, añade a ambas (*in rem-in personam*) una tercera posibilidad que aparece como más allá de la distinción gayana y coloca a la *persecutio* como *tertius terminus* (D. 44.7.28: *persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia*). Con Paulo nos hallamos ya ante la absorción de *persecutio* dentro de la noción amplia de *actio*: D. 50.16.34: *Actionis verbo etiam persecutio continetur*. Ulpiano, como sabemos, mantiene *persecutio* para los fideicomisos (D. 50.16.178,3: *...sive fideicommissi fuit persecutio*) y en general para las *extraordinariae persecutiones*, además de los fideicomisos *si quae abae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem* (D. 50.16.178,2 in fine).

102. El libro IV de *actionibus* de las Instituciones de Gayo concibe la *actio* como una institución del *ius civile* y, por tanto, como *actio privata*.

Es en materia de fideicomisos donde la expresión *persecutio* se mantiene todavía en la Jurisprudencia clásica, pero no como terminología única, sino quizá con menor frecuencia que *petitio* o *petere*. Orestano hizo notar la mayor frecuencia de *petere fideicommissum*¹⁰³. Aparecen ciertamente muy mezcladas las expresiones *actio*, *petitio* y *persecutio* aludiendo a fideicomisos, pero a pesar de ello es de hacer notar la reiteración de *persecutio fideicommissi* en Gayo (*Inst.* II, 278), Meciano (D. 40,5, 32,1), Modestino (D. 31,34,2), Africano (D. 30,109,1), Papiniano (D. 22,1,3) y en los citados textos de Ulpiano. Esta reiteración de *persecutio* en materia de fideicomisos es una prueba de la preferente utilización del término con referencia a *extraordinariae persecutiones* del modo que se delata todavía en Ulpiano, según señalamos oportunamente. Como observa Orestano, si los juristas hubieran debido atenerse a una terminología rigurosa emplearían *persequi fideicommissum* constantemente, pero aparece con más frecuencia *petere fideicommissum*. Orestano insinúa que esta última expresión incluso podría considerarse técnica, pero no consideramos admisible esta sugerencia, puesto que *petere fideicommissum* hay que verlo como resultado de la asimilación de los legados a los fideicomisos. Todavía en época de Gayo los legados se exigían *per formulam* y los fideicomisos eran objeto de *persecutio* ante el *praetor fideicommissarius*: Gayo, II, 278: *Praeterea legata per formulam petuntur; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciarum*. Y es precisa la coincidencia de Gayo con Ulpiano: *Reg. XXV, 12: Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidum provinciarum*.

No cabe duda de que hasta la época de los Severos se mantuvo la idea de la *persecutio fideicommissi*, si bien *actio* era término ya generalizado incluso para la *cognitio extra ordinem*. Nos hallamos en un momento histórico en que las nociones procesales, como hemos dicho anteriormente, habían perdido nitidez y trascendencia.

103 Cfr. supra, nota 65.

práctica. Se ha puesto de manifiesto no hace mucho que las nociones de *cognitio* y de *iurisdictio* se acercan en época de los Severos e incluso aparecen superadas en el concepto de *notio*¹⁰⁴. Así se explica que la tricotomía en los fragmentos de Ulpiano o Paulo se nos presente en parte como una tripartición fosilizada desde fines de la República, momento en que los conceptos procesales tenían vigencia y trascendencia mayor. La mención de la tricotomía entre los clásicos surgió por la necesidad de comentar instituciones de derecho sustancial como las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, la *stipulatio Aquiliana* o la *cautio amplius non peti*; pero al definir los términos de la tricotomía no se hallaban ante nociones procesales vigentes plenamente y ello nos hace suponer que Ulpiano toma sus definiciones fundamentalmente del *ius civile* de Sabino.

VIII. CONCLUSIONES

Como dijimos al comenzar esta investigación, nuestras conclusiones no pretenden ser exhaustivas en un tema de la profundidad del que nos ocupa, que en el fondo abarca todo el ámbito del Proceso romano. En primer lugar, la historia del concepto de *actio* requiere un amplio estudio bajo las siguientes directrices: *actio* y *obligatio*; *actio* y *iudicium*, *actio* y *formula*, etc. Por otra parte, sería necesaria una amplia exposición de las nociones básicas de *iudicium* y *arbitrium* dentro de las líneas generales que señalaremos en estas conclusiones. Los resultados en que se resume nuestro estudio son los siguientes:

A) La tricotomía *actio petitio persecutio* surge probablemente en el último siglo de la República —acaso de procedencia retórica (*Rhet. ad Herennium*)— y es un intento de síntesis de todos los medios de reclamación del proceso que fundamentalmente denominaríamos privado. Los juristas utilizaron dicha tricotomía para aquellos casos en que era necesario liquidar toda relación procesal privada entre dos sujetos. Estos casos se dieron precisamente en época republicana en los casos de venta de una herencia —*stipula-*

104 RAGGI, *La restitutio*, cit., págs. 85 ss.

tionones emptae et venditae hereditatis— en la *stipulatio Aquiliana* cuya finalidad liquidadora es clara, y en el también antiguo caso del representante procesal, que ha de prometer *amplius non agere* y posteriormente *amplius non petere*. Los juristas clásicos y en especial los de la época de los Severos al analizar estas antiguas instituciones se ven forzados a precisar los términos de la tricotomía y lo hacen apoyándose en informes anteriores, como Ulpiano, que sin duda toma de Sabino la base de sus definiciones de *actio*, *petitio* y *persecutio*.

B) La tricotomía responde por tanto a un momento de la historia del Proceso romano que pudiera situarse en el último siglo de la República partiendo del trinomio en la *Rhetorica ad Herennium*. Cada uno de los términos de la tricotomía encierra en ese momento el siguiente contenido:

C) *Actio* significa actuación verbal *in iure* para instaurar un *iudicium (legitimum)* donde se afirma un *dare oportere* de *pecunia certa*. Es la parte activa —*actio*— de una *obligatio* cuyo *debitum* se exige del *obligatus*. *Actio* es concepto que formalmente deriva de fórmula verbal ritual y sustancialmente en los *modi agendi ex lege (legis actiones)*; *per iudicis arbitrive postulationem* y *per condictio-nem*. Se trata de afirmar inicialmente un *dare oportere ex sponsione* (XII Tablas); *ex mutui datione (leges Silia y Calpurnia)* y en el *agere per formulas* de demandar mediante una *formula actionis instaurando* un *iudicium* o procedimiento *apud iudicem*, después de la testificación de la cantidad demandada: *SH decem milia dare oportere (hitis contestatio)*. El *iudex* confirmaría y haría así una *condemnatio pecuniaria (co-damnatio* o desligaría (*absolvere*) al demandado si no se probaba la existencia del vínculo privado *ex sponsione*. En definitiva, en el *agere per formulas*, *actio* equivale a *habere agendi potestatem*. *Habere actionem = habere agendi potestatem*. *Actio* es el modo de hacer valer un *debitum* mediante un *iudicium*. La idea de *debitum* y *creditum* parece inseparable del *iudicium* en cuanto reclamación del *pecunia certa* en época republicana, como es también inherente a la misma *sponsio-stipulatio* que sirve de base a la demanda (*actio*), si tenemos en cuenta la noción de *creditum* ciceroniana centrada en la idea pecuniaria: *pecunia stipulata, data*

y *expensi lata* ¹⁰⁵. Esta vinculación de la *actio* al crédito pecuniario es noción básica. En el *agere per formulas* se convierte la *actio* en *potestas agendi legitimum iudicio* probablemente hasta la *lex Julia iudiciorum privatorum*. Y así perdura esta noción fundamental hasta Celso, momento en que *actio* se define como *ius (potestas) persequendi iudicio*, pero referida siempre a un *debitum*, respecto a aquello *quod sibi debeatur*. *Actio* y *iudicium* se nos presentan como nociones estrechamente vinculadas —quizá hasta fines de la República— a la idea de crédito pecuniario: *pecunia credita*.

D) *Petitio* está en relación con otro orden de ideas: el ámbito de las *vindicationes ex iure Quiritium* donde no se trata de exigir un *debitum* pecuniario mediante un *iudicium*, sino de hacer valer un poder sobre cosas (*vindicatio*). Para evitar los trámites del *agere sacramento in rem* podía reclamarse una cosa —*petere rem nostram*— mediante *formula petitoria*, que no podía conducir a un *iudicium legitimum* por no tratarse de un *debitum*, sino a un *arbitrium de restitucndo* conducente a una *aestimatio pecuniaria (litis aestimatio)* en último extremo. La *petitio* nos acerca a la noción de *arbitrium* frente a la de *iudicium pecuniarum* propia de la *actio*. *Arbitrium* es, como sabemos por Cicerón, *pecunia incerta*, mientras que el *iudicium* se refiere a *pecunia certa*.

Las antiguas *vindicationes* se convierten en el *agere per formulas* en *petitiones*, mediante dos fórmulas ficticias —*per formulam petitoriam* y *per sponsionem*— en que bajo el supuesto de que la cosa que se vindica sea del vindicante *ex iure Quiritium*, lo cual supone una prueba del poder o *potestas* dominical a realizar como presupuesto de hecho, se condene al demandado, en caso de negarse a restituir, a una cantidad equivalente al valor de la cosa (*aestimatio litis*). Estas fórmulas contenían una *fictio legis*

105. Cic. *pro Roscio Comoedo*, 5,14: *Hacc pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit* Cicerón acababa de distinguir en la misma oratio precisamente el *iudicium* del *arbitrium*: 4, 10-15. *iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae, ad iudicium hoc modo venimus...* D'ORS (*SDHI*, 19 (1953), págs. 134-201) ha realizado un gran esfuerzo para reconstruir las bases romanas de la idea del *credutum* partiendo del *Edictum de rebus creditis*.

actionis en cuanto el *dominium ex iure Quiritium* se convertía en simple supuesto de hecho a probar. Ciertamente la *formula petitoria* podía considerarse como un *petere ex lege* en cuanto se establecían los requisitos del *ius Quiritium* (*mancipatio* y *usus* de las XII Tablas) como base para exigir la *restitutio rei*. La *potestas ex iure Quiritium* engendraba así una obligación de restituir del *possessor* frente al *petitor*. Pero la *petitio* no es una *actio* y no engendra un *iudicium*, sino un *arbitrium* hasta que las *leges Juliae* ampliaron la noción de *iudicium* y los *arbitria honoraria* pasaron a considerarse *iudicia legitima* en virtud de la nueva noción de *iurisdictio* desligarla de la *lex publica*. La noción de *actio* y la correlativa de *iudicium* se extendió en época clásica a los antiguos *arbitria* y ésta es la razón de ser de las llamadas *actiones arbitrariae*. De otra parte, el *petere rem* se configuró como *actio in rem*, porque no se puede pedir una cosa nuestra que se halle en manos de otra persona empleando la fórmula *si paret eum dare oportere*, porque lo que es ya nuestro no puede sernos dado de otro modo que se haga más nuestro, como viene a decir Gayo, IV, 4. La distinción *actio in rem* y *actio in personam* surgió probablemente en este momento de superposición de la idea de *actio* sobre los *arbitria* y no puede remontarse a la *legis actio sacramento* como la doctrina corriente suele admitir¹⁰⁶.

Otra aplicación de la *petitio* se daría en la esfera penal en los casos en que se hizo necesario aplicar una pena prevista *ex lege* a un hecho delictivo ya constatado. También aquí se trataba de una *aestimatio litis* aplicando la valoración *ex lege* correspondiente al *damnum*. Cicerón nos habla de una *plus petitio lege agendo* en un caso que en nuestra opinión no es una *legis actio*, sino una *petitio*, cuestión que ha sido bien diagnosticada en su día por Huvelin como un *arbitrium liti aestimandae*¹⁰⁷. Este es el interesante caso del cual nos informa Cicerón en *De Oratore*, 1,36, 166-67¹⁰⁸. Se trata de una *petitio ex lege* para exigir la cuantía pecuniaria

106. Sobre nuestra oposición a la denominada *legis actio sacramento in personam*, vid., en *AHDE*, 25 (1955), págs. 543-66, nuestro estudio titulado ¿Existió la denominada "legis actio sacramento in personam"?

107. HUVELIN, *L'arbitrium*, op cit, págs 319-354.

108. Cfr. supra, nota 32

que un tutor debe pagar en virtud de condena nacida probablemente de una *actio de rationibus distrahendis*. Huvelin tuvo la gran intuición en su día de ver en este pasaje ciceroniano un *arbitrium liti aestimandae*, pero no logró desentrañar el sentido de la expresión *lege agendo petere* que parecía referirse claramente a una *legis actio* y entonces pensó lógicamente en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* como medio de establecer el *arbitrium*¹⁰⁹. Pero quizá *lege agendo* signifique en este caso una *petitio poenae ex lege* en cuanto las XII Tablas señalaban el múltiplo o penalidad para calcular la condena. Se trataba de concretar la fórmula del *arbitrium liti aestimandae* y había de hacerse según el múltiplo que las XII Tablas señalaban y en este sentido era un *petere ex lege*, como en el caso de la *formula petitoria* de la *vindicatio* se trataba también de un *petere ex lege* (*ex iure Quiritium*, es decir, en base a *mancipatio* o *usus* según las XII Tablas). Cicerón nos dice claramente que se trataba de que uno pedía además (*plus lege agendo petebat*) respecto a la tasa señalada por las XII Tablas (*quam quantum lex in XII Tabulis permisserat*). Así *lege agendo petere* vendría a significar una *petitio ex lege* y no una *legis actio*, si bien los términos *petere* y *agere* pueden inducir a incertidumbre al aparecer extrañadamente unidos en esta información ciceroniana. Ahora bien, es claro que se nos relata en el pasaje ciceroniano una actuación *in iure*, ante el pretor, y esta actuación —*agere*— no se presenta como *actio*, sino como *petitio*: en otros términos, se discutía por las partes la composición de la fórmula del *arbitrium liti aestimandae* que tenía una medida *ex lege*, que en este caso sería la *aestimatio in duplum*. Esta idea de *petitio ex lege* es la misma que aparece en los casos de las llamadas *actiones populares*, como hemos visto en su momento, e igualmente se encuentra con el sentido de *aestimatio* en la *lex Acilia*. En general, puede admitirse que se trataba de una *litis aestimatio* y por tanto de un *arbitrium* en que se pedía —*petitio*— posteriormente a la acción declarativa que había probado la comisión del delito la correspondiente *aestimatio pecuniaria*. El testimonio de Cicerón (*De nat. deorum*, III, 30,74) respecto al *furtum*

109. Cfr. HUVELIN, *L'arbitrium*, op. cit., págs. 340 ss.

nec manifestum alude sin duda a una demanda de tipo declarativo *in iure*: *aio te mihi furtum fecisse*. Justamente sería así el *lege agere* previo a la apertura de una *quaestio sacramenti* en materia penal conducente a investigar —*quaerere sacramento*— la comisión de un delito por el trámite del *sacramentum* o *interrogatio iurisiurandi* del presunto reo. No se trataría de una *legis actio sacramento in personam*, cuya existencia estimamos inadmisibles en el estado actual de las fuentes, ni tampoco de la hipotética *vindicatio* con entrega del reo —*traderc sacramento*— que Kunkel¹¹⁰ pretende existente desde antiguo, en virtud de la venganza privada. El procedimiento de *quaerere sacramento* consistiría en una aplicación del *sacramentum* como *interrogatio iurisiurandi* frente al reo, al cual, por haber negado, se le interrogaba pidiéndole juramento, que implicaría la caída en estado de *perurus* si se probaba el hecho delictivo. La decisión de los *iudices*, como en el caso de la *legis actio sacramento in rem*, se limitarían a declarar *iustum* o *iniustum* el *sacramentum* del presunto *reus*. Declarado *iniustum* se aplicaría la pena *ex lege* mediante un *arbitrium* que, procesalmente, se denominaría *petitio*, puesto que no constituía una *actio*, si bien era un *petere lege agendo*. El pretor daría una fórmula —antes del *agere per formulas* se actuaría *per postulationem arbitri*— parecida a la que Lenel ha reconstruido respecto al *furtum nec manifestum* (Cfr. Ed. 3, 324), pero no exactamente igual, puesto que el pretor habría de dar por probada la realización del *furtum* por el demandado y por tanto cabe admitir una probable *demonstratio*: *quod furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, ...pro fure damnum aestimare oportet*. La conversión de la *damni decisio* en deber de prestación —*dare oportere*— tal como aparece en Gayo (IV, 37), puede relacionarse con el paso del *arbitrium* a *iudicium* y consiguiente aplicación de la *actio civilis* a la *petitio poenae* haciendo nacer la *actio poenalis*.

Petitio vendría a significar inicialmente quizá *per arbitrum petere*, dada la vinculación que hemos puesto de manifiesto entre *petitio* y *arbitrium*. *Petere arbitrium* sería, por tanto, resultado

110. *Untersuchungen*, cit., págs. 97 ss. Cfr. supra, nota 30.

de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y acaso su primera aplicación sería la *acstimatio* del *iudicatum*, consecuencia del *agere sacramento in rem*. El *arbitrium liti aestimandae* constituiría una *petitio arbitri* (*arbitrium*) conducente a una *acstimatio*. No constituía una *actio* ni implicaba *condemnatio*. Tendría naturaleza penal si pensamos en la *sacratio iurisiurandi* originaria en que el *iudicatus* incurriría y en este sentido el *arbitrium liti aestimandae* sería común a la *provocatio sacramento in rem* y al *quacrere sacramento*. El *iudicatus* o *damnatus* con anterioridad al *agere per formulas* debería de someterse al *arbitrium liti aestimandae*, para lo cual el *actor* haría una *postulatio arbitri in jure* (*petere arbitrium*). En el *agere per formulas* se trataría de una *formula —petitio— aestimatoria*.

Petere en época clásica pierde todo sentido concreto y se generaliza extendiéndose a cualquier petición procesal desde el punto de vista del objeto o cosa sobre el cual recae. En el campo de los derechos reales (*fundum, usumfructum, hereditatem*, etc.) tuvo su más frecuente aplicación partiendo del caso más típico: la *formula petitoria* de la *revindicatio* (*petere rem nostram*). En el ámbito de las *obligationes* —la esfera histórica de la *actio*— se habla de *certum petere* (D. 12,1: *De rebus creditis si certum petetur et de conditione*). La expresión *formula petitionis* puede presumirse sin vacilación en el fragmento de Ulpiano D. 6,1,1 pr. (16 ad Ed.):

*Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subdicitur
[actio] <formula> singularum rerum petitionis*

El texto ha sido discutido, pero la acertada corrección de Lenel (*Paling.* II, 508, nota 5) sustituyendo *actio* por *formula*, como acabamos de señalar (*Paling Ulp.*, 546), queda al margen de toda discusión. La contradicción clara de la expresión *actio singularum rerum petitio* resulta inadmisibles según cuanto hemos expuesto en el presente trabajo. Una *actio* que a la vez sea *petitio singularum rerum* carece de sentido jurídico; más bien cabría pensar en una *petitio singularum rerum* frente a una *petitio de universitate* y en este sentido cabría corregir el texto más radicalmente así (D. 6,1,1 pr.): *Post petitiones actiones, quae de univer-*

sitate propositae sunt, subicitur formula singularum rerum petitionis Piénsese que las rúbricas anteriores hablan de *petitio*: D. 5,3 (*De hereditatis petitione*); D. 5,4 (*Si pars hereditatis petatur*); D. 5,5 (*De possessoria hereditatis petitione*); D. 5,6 (*De fideicommissaria hereditatis petitione*). Incluso resultaría más admisible la hipótesis siguiente: *Post petitiones, quae de universa hereditate propositae sunt, subicitur formula singularum rerum petitionis*.

Petere tuvo sin duda aplicación preferente referida a cosas —*petere rem*— como todavía delata Gayo sorprendentemente al referirse al *cognitor*. No compartimos la idea¹¹¹ de ver incluso mayor tendencia a que *petitio* pudiese ser usada como expresión referida a la pretensión crediticia, señalando un testimonio en este sentido en D. 4,2,13. *Petere* en los juristas clásicos alude al objeto de la demanda misma (*hereditatem, usumfructum certam rem*, etcétera), como ya hemos dicho, y en este sentido se generaliza sin sentido procesal técnico y por encima de la distinción entre *ius crediti* y *ius in re*. De ahí que una mano quizá más bien post-clásica que compilatoria haya podido sustituir *petitio* por *actio* en D. 6,1,1 pr. Es asimismo probable que la sustitución se haya producido en otros casos análogamente y de ahí la menor frecuencia de *petitio* como substantivo frente a la utilización en cambio muy generalizada de *petere*.

E.) *Persecutio* se nos presenta como un *tertius terminus* notablemente análogo a *executio* desde el último siglo de la República. Probablemente comprendía todas aquellas actuaciones o reclamaciones que no constituían *actio* ni *petitio*. Más concretamente se considerarían *persecutiones* las *cognitiones praetoriae* que se ventilaban bajo la *auctoritas praetoris* y que más tarde, a lo largo de la época clásica, acabaron considerándose terminológicamente *actiones* (ej. *restitutiones in integrum*).

En época ciceroniana *persecutio* aparece por una parte en sentido general de *persequi ius suum*, sin duda no técnico, y por otra como *persequi iudicio recuperatorio*. En este último sentido sí parece mostrarse claramente como *tertius terminus*, puesto que en

111. *Actio petitio persecutio*, cit., pág. 109, admite como posible que *petitio* se refiriese preferentemente al *ius crediti* y no al *ius in re*

los *iudicia recuperatoria* no se ventila una *actio privata* —no parecen ser *iudicia ni arbitria* privados— ni tampoco parece tratarse de *accusatio publica* que diese lugar a un *iudicium publicum*, puesto que éstos constituían *quaestiones ex lege (publica)*. Los *iudicia recuperatoria* se hallaban en el *Edictum praetoris* donde se contiene el *ius privatum* y no las *quaestiones publicae* y donde toda *actio* y todo *iudicium* allí contenidos son privados. El proceso que Cicerón (*in Verr.* 3,10,26 y 3,11,27) menciona se desarrolla en provincias en materia de arriendo de tributos. *Persequi* en este caso se refiere a un proceso ajeno a la *iurisdictio* del *praetor urbanus*. Más tarde nos dirá Gayo (IV, 105) que los *iudicia recuperatoria* son *iudicia imperio continentia*. *Persequi iudicio recuperatorio* en la expresión ciceroniana encierra prácticamente una alusión al *imperium* magistratorial como única norma (no son *iudicia legitima*) y por tanto dicha *persecutio* se halla muy próxima a la *cognitio extraordinaria* que va a comenzar con Augusto en materia de fideicomisos. De ahí que *persecutio* aparezca como término preferido por Ulpiano —que sin duda lo toma de Sabino— y por un sector de los juristas clásicos en materia de fideicomisos. Al surgir la *cognitio* de los cónsules fuera del *ordo iudiciorum*, Sabino habrá utilizado el término *persecutio*, que ya Cicerón aplicaba respecto a los *iudicia recuperatoria*, y que acaso se aplicaba también en otros casos de *cognitio praetoria* alternando con el homólogo *executio*. *Persecutio* sirvió algún tiempo quizá de *tertium genus* hasta verse superado y desplazado por *petitio* y *actio* incluso en la misma materia de fideicomisos. En la crisis de los conceptos procesales el término *actio* se extiende plenamente relegando los demás términos. En época de los Severos el trinomio carece de vigencia. Su verdadero sentido hay que buscarlo en época republicana final y acaso el último jurista que formuló conscientemente su sentido haya sido Sabino en sus *libri iuris civilis* en el cual se informó Ulpiano y quizá algún otro jurista de la época de los Severos.