

El significado de la *lex Aebutia* en el ordenamiento procesal romano

Margarita FUENTESECA DEGENEFFE

(Universidad de Vigo)

1.- La falta de datos seguros en relación a la *lex Aebutia*

El principal obstáculo que se plantea a la hora de abordar la investigación en torno a la *lex Aebutia* es que de ésta solamente tenemos noticia a través de Gayo IV, 30¹ y de *Gellius* 16, 10, 8², como es sabido. De estos pasajes afirmó Pugliese³ que únicamente se puede deducir que esta *lex* desempeñó un papel importante en el paso desde las *legis actiones* hasta el procedimiento formulario.

En el primero de los textos citados, Gayo IV, 30 se limita a destacar los inconvenientes derivados del rígido formalismo que caracterizaba el procedimiento de las *legis actiones*, de modo que quien se equivocaba mínimamente en el pronunciamiento de los *certa verba* habría perdido el litigio. Estos inconvenientes habrían llevado a la supresión de este *modus procedendi* y a su sustitución por un tipo de procedimiento en el cual se litiga *per concepta verba, id est, per*

¹ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV, 30 : *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. Namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas litigemus.*

² Vid. *Gellius* 16, 10, 8 : *sed enim cum proletarii et adsidui et sanates et vades et subvades et viginti quinque asses et taliones furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum uocumque earum quibus utimur.*

³ Vid. PUGLIESE G., *Processo civile romano II, Il processo formulare*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1963, p. 58. En p. 53 recuerda que las hipótesis sobre la *lex Aebutia* propuestas por los autores son muy numerosas y variadas.

*formulas*⁴. Y termina Gayo este pasaje afirmando que las *legis actiones* fueron derogadas por la *lex Aebutia* y por las *leges Iuliae*, atribuyéndole, por tanto, a la *lex Aebutia* un papel relevante en el paso de las *legis actiones* al procedimiento formulario.

En consecuencia, la investigación en torno a la *lex Aebutia* debe centrarse en intentar determinar más precisamente el papel que habría desempeñado esta ley en el paso de las *legis actiones* al procedimiento formulario, ya que así se puede contribuir a aclarar en cierta medida esta compleja y todavía no resuelta transformación jurídico-procesal, producida a través de una evolución secular y en la que intervinieron factores de naturaleza muy diversa.

La principal polémica en torno a la *lex Aebutia*, de fecha también controvertida aunque fijada generalmente en el siglo II a.C. (año 130 a. C?)⁵, se ha suscitado en relación al alcance de la reforma procesal

⁴ Vid. GIOFFREDI C., *Su Gai 4,30, SDHI 44* (1978), p. 429-438, analiza minuciosamente el pasaje IV, 30 de Gayo, cuya autenticidad ha sido cuestionada en la doctrina. De la expresión *per concepta verba, id est, per formulas*, las palabras *concepta verba* han sido consideradas un glosema (por Beseler, Solazzi) porque parecen contradictorias con la palabra *formulae*; pero según Gioffredi (p. 435), esta hipótesis no tiene sentido, ya que se puede establecer una equivalencia perfecta entre ambas expresiones, puesto que en la expresión *formula* (igual que en *concepta verba*) está implícito el concepto de un formulario de palabras que se adapta caso por caso a aquello que se quiere expresar en cada supuesto. Por tanto, para Gioffredi (p. 438), Gayo IV, 30 da suficientes garantías de autenticidad. Vid. SOLAZZI S., *L'odio per le legis actiones in Gai IV, 30, Festschrift Wenger 2*, München 1945, p. 49-55 (= *Scritti di diritto romano 4*, Napoli, 1963).

⁵ Reproduzco aquí lo afirmado por KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Beck, München, 1996, p. 159 "...die man allgemein ins 2. Jh. v. Chr. setzt", porque no hay datos seguros que permitan una datación más exacta. Con anterioridad KASER M., *Die lex Aebutia, Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. 1, Giuffrè, 1953, p. 50, la había datado en la primera mitad del siglo II a.C. También BEHRENDIS O., *Der Zwölftafelprozess, Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen (1974), p. 109 la sitúa con toda probabilidad ("mit aller Wahrscheinlichkeit") en la primera mitad del siglo II a.C. Sobre esta problemática afirma PUGLIESE G., *Processo civile romano II, cit.*, p. 58, que las afirmaciones de que esta ley no habría sido muy cercana en el tiempo a la *lex Iulia* y que no podría tampoco remontarse a la primera mitad del siglo I a.C., porque de otro modo no se habría escapado a la atención de Cicerón, tienen fundamento, y permiten poner el término *ante quem* entre el inicio del siglo I y el final del siglo II d.C. Para Pugliese es mucho menos precisable el *terminus post quem*, pero consideraciones históricas más generales acerca de la evolución del derecho le inducen a no situarlo demasiado atrás en el tiempo, y a considerar, por ejemplo, no justificada la hipótesis de Kaser, que coloca esta ley en la primera mitad del siglo II. Para Pugliese, la época entre el

contenida en la misma⁶, puesto que las referencias a la *lex Aebutia* no son nada esclarecedoras en las escasísimas fuentes en que aparece simplemente mencionada y no existen más datos que se refieran a la misma, los cuales únicamente se pueden deducir de las circunstancias que rodean a esta ley.

Actualmente la mayoría de la doctrina romanista ha aceptado la teoría de Kaser, que analizamos más adelante, quien afirmó, con ciertos matices, que la *lex Aebutia* habría introducido el procedimiento formulario únicamente para los supuestos de la *legis actio per conditionem* (*certa pecunia* y *certa res*). De ahí que para la aclaración de esta cuestión previamente abordemos el análisis del procedimiento y del *officium iudicis* en la *legis actio per conditionem*, cuya evolución histórico-jurídica está, como veremos, estrechamente ligada a la reforma procesal introducida por la *lex Aebutia*.

2.- *Legis actio per conditionem* y *certum dare oportere*

La *legis actio per conditionem*⁷ (que conocemos a través de Gayo IV, 17b⁸), fue introducida por la *lex Silia* en el s. III a. C para la

periodo pre y postebucio serían los dos o tres últimos decenios del siglo II a.C. LONGO G., v. *lex Aebutia*, *NNDI IX*, Torino, 1963, p. 795 afirma que esta ley pertenece a la época de los Gracos (130-120 a.C.), con lo cual la sitúa, igual que Pugliese, en los últimos decenios del siglo II a.C., y asimismo TALAMANCA M., v. *processo civile (dir. romano)*, *ED XXXVI*, Milano (1987), p. 31 afirma que el periodo más probable para situar la *lex Aebutia* es el último treintenio del siglo II a.C. Hace un siglo también GIRARD P.-F., *La date de la loi Aebutia* (1893), *Nouvelles observations sur la date de la lex Aebutia* (1908) [= *Mélanges dr. rom.* (1912)], fijó la fecha de la *lex Aebutia* entre los años 149 y 123 a.C. Ante la ausencia de datos seguros, parece preferible, como hace GUARINO A., *Diritto privato romano*, 12ª ed., Jovene, Napoli, 2001, p. 185, escribir una señal de interrogación tras su probable fecha (130 a.C.?).

⁶ Vid. PUGLIESE G., *Processo civile romano II, cit.*, p. 20-71, donde hace un repaso de las principales cuestiones problemáticas acerca de la *lex Aebutia* y de los intentos de resolución que han aparecido en la doctrina desde el siglo XIX (Bekker, Wlassak, Eisele, de Martino), con cita de la correspondiente bibliografía, concluyendo en la p. 57 que la tesis de Kaser recoge la mayor parte del consenso entre los autores. Pugliese sin aventurar una nueva hipótesis (como él mismo afirma), somete a examen las teorías anteriores a él.

⁷ Vid. ROBBE U., *La legis actio per conditionem*, *SU*, 1939; von LÜBTOW U., *Beiträge zur Lehre der condictio nach römischem und geltendem Recht*, 1952; DANILOVIC J., *Legis actio per conditionem et son origine*, *Zbornik Radova iz pravne*

reclamación de *certa pecunia*, sin necesidad de *sponsio pecuniaria*, bastando la existencia de una *datio pecuniae*; incluso, según P. Fuenteseca⁹, bastaba quizá una *mutui datio sine stipulatione*. Posteriormente la *lex Calpurnia* extendió la aplicación de esta *legis actio* a la reclamación de *omni certa re* (vid. Gayo IV, 19¹⁰). Para P. Fuenteseca¹¹ debió de tratarse con esta extensión de equiparar al mutuo de dinero el préstamo de *res quae pondere numero mensura constant* (cosas que se cuentan, pesan o miden¹²); la *res certa credita* sería la que se podía cuantificar por peso, número o medida en el momento de la entrega¹³.

Como expone P. Fuenteseca¹⁴, las formalidades en esta modalidad de acción eran mínimas; el actor decía: afirmo que me debes dar diez mil sestercios o bien tantos modios de trigo, y si el demandado negaba, se le emplazaba para aceptar un juez en el plazo de 30 días. La *condictio*, según P. Fuenteseca, era una *denuntiatio ad iudicem*

istorije, 1966, p. 75-89; BIRKS P., *From legis actio to formula*, *The Irish Jurist* 4 (1969), p. 356-366; SANTORO R., *Studi sulla condictio*, *AUPA* 32, 1971, p. 181-512; BIRKS P., *Lucius Veratius and the lex Aebutia*, in *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edited by A. Watson, Edinburgh-London, Scottish Academic Press, 1974, p. 39-48; LIEBS D., *The History of the roman Condictio up to Justinian*, in *The Legal Mind, Essays for T. Honoré*, 1986, p. 163-183; PELLECCHI L., *L'azioni in ripetizione e le qualificazioni del dare in Plaut. D. 12, 6, 65. Contributo allo studio della condictio*, *SDHI* 64 (1998), p. 69 ss.

⁸ Vid. Gayo IV, 17b: *per conditionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILLA DARE OPORTERE: ID POSTVLO AIES AN NEGES. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAVSA CONDICO.*

⁹ Vid. FUENTESECA P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, p. 51.

¹⁰ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum*, IV, 19: *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re.*

¹¹ Vid. FUENTESECA P., *Derecho Privado Romano*, *ibid.*

¹² Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum*, III, 90: *Re contrahitur obligatio uelut mutui datione. <Mutui autem datio> proprie in his [fere] rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata uinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Vnde etiam mutuuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

¹³ Vid. KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 112 afirman que probablemente la *mutui datio sine stipulatione* hasta ese momento no habría sido reclamable.

¹⁴ Vid. FUENTESECA P., *Derecho Privado romano*, *op. cit.*, p. 52.

capiendum y posiblemente habría sido éste el sistema de litigio corriente frente a demandados peregrinos, porque desde las XII Tablas se habla de *status dies cum hoste*. Según P. Fuenteseca, quizá el pretor se limitaría a la función de *diem dicere* o emplazamiento del deudor; estaríamos en la esfera del *creditum* realizado mediante *pecunia* o *res data*. Esta *legis actio* partiría de la certeza de la prestación (*pecunia certa* o bien *res certa data*) y se dirigiría a la devolución (*reddere*) de la misma cantidad cierta, según P. Fuenteseca.

Esta certeza de la pretensión habría determinado el emplazamiento del deudor para la aceptación de un juez en el plazo de treinta días (*condicere in tricensimum diem*). Para Kaser/Hackl¹⁵, este plazo facilitaría el arreglo (o composición) de la controversia mediante su cumplimiento, su remisión o transacción, lo que habría sido más necesario en casos de deudas derivadas de préstamo, que oprimían a las capas más pobres de la sociedad.

En la doctrina romanista se han intentado determinar las diferencias que existen entre la *legis actio per iudicis postulationem* y *legis actio per conditionem*, que justificarían la creación de esta nueva *legis actio*¹⁶. Esta es una problemática secular puesto que ya fue

¹⁵ Vid. KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 112. También para LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960, p. 266 el plazo de treinta días prescrito por la ley Pinaria se hizo necesario por las negociaciones que tenían lugar entre las partes para la designación de un juez y también, sin duda, para permitir eventualmente a las partes renunciar al proceso, pues se da al demandante un cierto tiempo de reflexión que debe ser utilizado por las dos partes para llegar a una transacción.

¹⁶ Vid. FUENTESECA P., *Existió la denominada legis actio sacramento in personam?*, *AHDE*, Madrid (1955), p. 554 [= *Investigaciones de Derecho Procesal romano*, Univ. de Salamanca (1969), p. 30] para quien resultaba incomprensible la existencia de tres *legis actiones* con objeto coincidente: la reclamación de créditos. Así, según P. Fuenteseca, solía admitirse en la doctrina que los créditos eran exigibles por medio de la *legis actio sacramento in personam* (cuya presunta existencia rebate en este artículo), la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y la *legis actio per conditionem*, es decir, una deuda de *certa res* mediando *sponsio* podía, según la doctrina tradicional, hacerse valer por cualquiera de las tres *legis actiones*. Vid. LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, *op. cit.*, p. 264, que compara las fórmulas de la *legis actio sacramento in personam*, de la *iudicis postulatio* y de la *condictio*, existiendo primero una simple provocación al *sacramentum*, es decir, a la ordalía que permitirá dar al proceso una decisión. Después, en la *iudicis postulatio* aparecería la petición de un juez que se traduciría en una solicitud al magistrado para

planteada por Gayo IV, 20¹⁷, que no se explica qué necesidad habría impulsado el nacimiento de la *legis actio per condictioem* (prevista en un principio para las reclamaciones de *certa pecunia* y posteriormente para reclamaciones de *omni certa re*), porque, tanto por medio del *sacramentum* como por medio de la *iudicis postulatio* (*aut per sacramentum aut per iudicis postulatio*) se podía reclamar *quod nobis dari oportet*. O más propiamente, como afirma Selb¹⁸, se pregunta Gayo en este pasaje IV, 20 para qué se necesitaba la más reciente acción junto a las ya existentes, más antiguas¹⁹.

Lévy-Bruhl²⁰ realizó un intento de aclaración del ámbito de aplicación de la *condictio*, que consideró imposible de determinar con exactitud, afirmando que la *condictio* desde sus comienzos estaba reservada a las deudas de dinero²¹ y que éstas se distinguían por su mayor facilidad de ejecución, especialmente por la inutilidad de todo procedimiento de liquidación. Por eso, dice Lévy-Bruhl, el legislador

obtener un juez que será investido al trigésimo día: este retraso se habría hecho necesario por la nueva estructura del proceso, según Lévy-Bruhl. Finalmente, ya no se requeriría autorización del magistrado, sino que ésta se sobreentiende, y, en la *condictio*, uno se dirige directamente al adversario, invitándole a encontrarse al trigésimo día ante el tribunal para elegir juez. Según Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 265, *condicere* quiere decir concertar una cita. Este término se habría utilizado asimismo en las relaciones internacionales: cuando se tratase de negociar con un extranjero, se habría fijado el día, *condictus dies* (XII Tablas 2, 2) o *status dies cum hoste*, palabras que figuran en las XII Tablas. *Condicere* para LÉVY-BRUHL H. (*op. cit.*, p. 265) está compuesto por *dicere* y el prefijo *cum*, que se referiría, sin duda, en época arcaica, a un intercambio de palabras. Le parece posible que la *condictio* se hubiese realizado por medio de un diálogo entre los litigantes.

¹⁷ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV, 20: *Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, ualde quaeritur.*

¹⁸ Vid. SELB W., *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex, Gedächtnisschrift Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, p. 398.

¹⁹ Vid. PRICHARD A. M., *The origin of the legis actio per condictioem*, in *Syntheleia Arangio Ruiz*, Napoli, 1964, p. 268, afirma que esta acción surgió ante la necesidad de colmar la laguna que dejó el *nexum* después de la *lex Poetelia*. Vid. TOMULESCU C. St., *Origin of the legis actio per condictioem*, *The Irish Jurist*, 4 (1969), añade otros argumentos que fundamentarían el nacimiento de la *legis actio per condictioem*, llegando a la conclusión (p. 186) de que fue creada en interés de los acreedores en un momento en que la posición del deudor plebeyo era más fuerte que la del acreedor patricio. Vid. bibliografía que cita referida a la *legis actio per condictioem* antes del año 1933.

²⁰ Vid. LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, *op. cit.*, p. 272.

²¹ Vid. LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, *op. cit.*, p. 273.

habría introducido las modificaciones procesales que caracterizan la *condictio*, y la *lex Calpurnia* habría ampliado el campo de la *condictio* a las otras obligaciones que versaban sobre cosas ciertas, es decir, a los supuestos en los que la estimación no plantea mayores dificultades. Y concluye que : ni la *condictio* de las acciones de la ley, ni, en los comienzos del procedimiento formulario, las *condictiones* que de ella provienen, se aplican a las obligaciones de carácter incierto, que son las que atribuyen al juez la amplitud, y simultáneamente las dificultades y problemas de los procedimientos que pueden y deben ser juzgados según la equidad. La *condictio* es el tipo de acción de derecho estricto, según Lévy-Bruhl²².

Generalmente se ha venido admitiendo que la *legis actio per condictionem* es una acción abstracta²³. Frente a ésta, en la *legis actio per iudicis postulationem* se trata de un *agere nominata causa* (Gayo IV, 17a). Esta es la primera diferencia que también Lévy-Bruhl destaca entre las dos acciones, y la segunda diferencia, constatada también por Lévy-Bruhl, es que en la *condictio* la resolución siempre se encomienda a un juez, y no a un árbitro, ya que, siendo el objeto del litigio una *res certa*, la liquidación se hizo inútil o relativamente simple. Este es el aspecto crucial que aclara muchas cuestiones tratadas en el presente artículo.

3.- *Officium iudicis* y *certum dare oportere*

La clave que habría impulsado la creación de esta nueva *legis actio per condictionem* fue la certeza de lo que en ella se reclamaba, por tanto, se aplicaba al caso de una *obligatio civilis* que contenía un *certum*. Es decir, se trataba de *pecunia certa* o *res certa data* (*res quae pondere numero mensura constant*) que producía la obligación

²² Vid. LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, op. cit., p. 274, en cambio, la *condictio incerti* sería una creación relativamente reciente, según Lévy-Bruhl.

²³ Vid. KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 111, la característica más destacable de la *legis actio per condictionem* es la abstracción de la fórmula. Igual que en la *condictio* del procedimiento formulario se exige *certam pecuniam* o *certam rem dare*, sin nombramiento de la causa. También LUZZATTO G. I., *Procedura civile romana II. Le legis actiones*, Bologna, Zuffi, 1948, p. 152 halló como principal motivo para la introducción de la *legis actio per condictionem* junto a las otras el carácter abstracto de ésta, mientras la *legis actio per iudicis postulationem* era causal y limitada a poquísimas categorías taxativamente determinadas.

de restitución del *tantundem eiusdem generis*, sin que fuese necesario señalar la causa por la que se reclamaba. En la *legis actio per condictioem*, se trate de una *certa pecunia* y de una *certa res*, la parte demandada ha asumido la obligación de devolver (*reddere*) *non eadem, sed aliae eiusdem naturae* (Gayo III, 90).

Es decir, se trata de la devolución de otro tanto (*tantundem*) de la misma especie y calidad²⁴ por lo que la actividad del *iudex* es muy simple (como han afirmado en la doctrina Behrends²⁵, Lévy-Bruhl²⁶ y P. Fuenteseca²⁷), ya que únicamente se trata de realizar la valoración de ciertas cosas fungibles que se han entregado contadas, pesadas o medidas. El paralelismo con la devolución de *certa pecunia* es evidente, siendo ésta la cosa fungible por excelencia, y esto explica la

²⁴ Vid. D. 12, 1, 2^{pr}: *mutuum damus recepturi non eadem speciem quam dedimus... sed idem genus*. El mutuario debe restituir otro tanto *eiusdem naturae et qualitatis* (I. 3, 14^{pr}) y *eadem bonitate* (D. 12, 1, 3). Debemos mencionar que GUARINO A., *Diritto privato romano, op. cit.*, p. 194, excluye de la categoría de la *actio arbitraria* la *condictio certae rei*, dirigida a la restitución de una *certa res*. En efecto, se trata de una *actio in personam* en la que se asume la obligación de *reddere aliae eiusdem naturae*, que, precisamente por ser cosas que se han entregado contadas, pesadas o medidas exigen una mínima actividad de valoración para llegar a la *condemnatio pecuniaria*. La *condictio certae rei* se halla justo en la frontera con las *actiones arbitrariae* en las que el *iudex* emite un *iussum de restituendo*, absolviendo al demandado si éste restituye conforme al *arbitrium iudicis*. No cabe aquí la posibilidad que existe en las acciones arbitrarias, de que el *iudex* emita un *iussum de restituendo*, que, si es obedecido por el demandado, dará lugar a su absolución, porque el interés del demandante no se satisface con (ni está dirigido a) la restitución de la misma cosa exactamente (como en el caso de las acciones arbitrarias), sino que el demandante pretende la restitución de otro tanto de la misma especie y calidad. De ahí que en la *condictio certae rei* la *condemnatio* se cifre por el *iudex* en el *quanti ea res (tantam pecuniam dare)*. El mecanismo de las acciones arbitrarias únicamente es aplicable a las *actiones in rem* o a las *actiones in personam* en las que no se trate de la devolución de cosas entregadas por su peso, número y medida.

²⁵ Según BEHRENDTS O., *Der Zwölftafelprozess, op. cit.*, p. 106, la *lex Calpurnia* se refería a cosas que se podían determinar por peso, número o medida, y aunque ésta no era una delimitación muy precisa, tendría como criterio delimitador originario que los bienes de comercio tendrían en el mercado regularmente un precio, de modo que el juzgador podría realizar la estimación en dinero sin mayor esfuerzo.

²⁶ Vid. LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi, op. cit.*, p. 273.

²⁷ Vid. FUENTESECA P., *Las legis acciones como etapas del proceso romano, Investigaciones, op. cit.*, p. 62 y 63. Si se trataba de *certa res*, afirma P. Fuenteseca, el *iudex* se vería en la necesidad de hacer una *aestimatio* pecuniaria y *condemnare* al *quanti ea res (tantam pecuniam dare)*.

reunión de ambos supuestos de *reddere* en la *legis actio per conductionem* (*certa pecunia y certa res*).

El motivo fundamental de la reunión de ambos supuestos bajo una nueva *legis actio* (*per conductionem*) se encuentra en la especial función desarrollada en ambos casos por el *iudex*, esto es, en el *officium iudicis*. Así, según P. Fuenteseca²⁸ este *modus agendi* significó un aumento o ampliación del *officium iudicis* en cuanto se remite al *iudex* la comprobación de la existencia de la causa del *dare oportere*. Según P. Fuenteseca, el *iudex* valorará si se ha producido una *datio* que, pensando en la *fides*, implique la exigencia de una *condemnatio*. Esta novedad respecto al *officium iudicis* es para P. Fuenteseca uno de los motivos que colocan a esta *legis actio* como etapa de transición entre las *legis actiones* y el proceso formulario.

Para P. Fuenteseca, el *agere certis verbis* se halla en el *modus agendi per conductionem* reducido a la mínima expresión; las partes se expresan del modo más sintético posible, ni siquiera se alude a la causa. Según P. Fuenteseca, si se trataba de *pecunia certa* se debía valorar si el *oportere* existía o no, es decir, probar si había mediado *datio* o no, de cualquier modo que ésta hubiese tenido lugar; luego el *iudex* debería *condemnare* a dicha cantidad. Así, según P. Fuenteseca, en todo caso el *agere formalista certis verbis* se había reducido a un esquema sintético en que se encerraban en conceptos mínimos la actuación a la cual había de atenerse el *iudex* (*concepta verba*): *si paret dare oportere condemna, si non paret absolve*. Según P. Fuenteseca aquí estaríamos ante el *agere per formulas*, es decir, no mediante palabras rituales, sino por concreción de un esquema que se entrega al juez, que ha de llevar el peso del *iudicium*.

La función del *praetor* queda reducida a una mera formalidad, mientras que la del *iudex* era análoga a la del procedimiento formulario, en cuanto decidía si procedía la *condemnatio* o *absolutio* del demandado²⁹. Por tanto, cuando se trata de *pecunia* o *res certa*

²⁸ Vid. FUENTESECA P., *Las legis actiones como etapas del proceso romano*, *Investigaciones, op. cit.*, p. 62 y 63.

²⁹ Vid. ALBANESE B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Pubblicazioni del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo, Palumbo, 1987, p. 127 y p. 210, destaca la diferencia que existe entre la *legis actio per iudicis postulationem*, donde había un *iudex datus* (*iudicem postulo uti des*) y la *legis actio per conductionem*, donde existía un *iudex captus* sólo después de treinta días (*in diem tricensimum tibi*

data el *iudex* en la *legis actio per conditionem* aparece como un auténtico órgano de decisión del fondo del litigio, al decidir sobre la *causa* del *dare oportere*, con la consiguiente *condemnatio* o *absolutio*.

En consecuencia, se constata en la *legis actio per conditionem* una gran diferencia frente a la *legis actio per iudicis postulationem*, en la que se debía señalar la *causa* por la que se litigaba, es decir, mencionar la ley que permitía, en ese caso concreto, proceder mediante esta *legis actio* y en la que el magistrado, existente la *causa*, daba un *iudex* o un *arbiter* (Gayo IV,17a³⁰). En la *legis actio per iudicis postulationem* se trataba claramente de un *agere ex lege*.

En la *legis actio per conditionem*, en cambio, el hecho de referirse a una *certa pecunia* o a una *certa res data* supone una liberación de las partes del *certis verbis agere* y de la declaración de la *causa* que fundamenta su pretensión, con la concordante ampliación del *officium iudicis* y reducción de la función del *praetor* a un mínimo formalismo. Es decir, en la *legis actio per conditionem* el *iudex* directamente decide si es o no conforme al *ius* la afirmación del actor relativa al *oportere* del demandado. Como afirma P. Fuenteseca³¹: el *agere per conditionem* es el paso natural hacia el *agere per formulas*.

iudicis capiendi causa condico). Para Albanese es razonable suponer que solamente en el segundo caso la designación estaría ligada a un acuerdo de los litigantes acerca de la persona del juez. Este mismo romanista, en *Riflessioni in tema di legis actiones*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 2, Giuffrè, Milano, 1971, p. 208 afirma que el *capere iudicem* de la *legis actio per conditionem* demuestra que sólo en esta *legis actio* más antigua estaría prevista institucionalmente una actividad de las partes dirigida a una elección consensual de un *iudex*. Para Albanese, así se puede reconocer una razón de ser a la dilación de treinta días, difícilmente comprensible en el caso de un *iudex* otorgado de oficio por el pretor.

³⁰ Vid. GAIUS IV, 17a: *...Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII Tabularum de eo quod ex stipulatione petitur; eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur, statim arbiter petebatur.*

³¹ Vid. FUENTESECA P., *Las legis actiones como etapas del proceso romano*, *Investigaciones*, op. cit., p. 62.

Según Cannata³² el *modus agendi per conductionem* atribuyó al juez una tarea nueva : mientras que antes debía verificar la existencia de la específica *causa nominata*, ahora sólo se le pedía que estableciese si existía una causa de la prestación, de la cual el actor se afirmaba acreedor. En consecuencia para Cannata³³ en la *legis actio per conductionem* es posible reconocer el supuesto de (*certum*) *dare oportere* como la primera *divisio obligationum* de la historia del Derecho romano.

En efecto, la ausencia de una valoración pecuniaria en las reclamaciones de *pecunia certa* (equiparable prácticamente a las de *res certa data*) hizo que éstas fueran el objeto de la nueva y más ágil *legis actio per conductionem*, siendo el *certum dare oportere* también una de las características diferenciadoras de las *conditiones* del procedimiento formulario. Como afirma Guarino³⁴ la *legis actio per conductionem* fue un procedimiento importante porque contribuyó a la aparición del grupo de *actiones in personam* que, todavía en época justiniana, tenían el nombre de *condictio*.

4.- La teoría de Kaser respecto al alcance de la reforma procesal de la *lex Aebutia*

En relación al alcance de la reforma procesal introducida por la *lex Aebutia*, la mayoría de la doctrina romanista actualmente ha aceptado la hipótesis de Kaser³⁵ consistente en defender, frente a Wlassak³⁶,

³² Vid. CANNATA C. A., *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, *IURA* 21 (1970), p. 55, lleva a cabo un intento de reconstrucción de la historia de la *divisio obligationum*, pero entendida como instrumento dogmático para la individualización de los hechos creadores de obligación, y no como un esquema didáctico para la clasificación de las fuentes de las obligaciones ya reconocidas como tales.

³³ Vid. CANNATA C. A., *Sulla divisio obligationum nel diritto romano...*, *op. cit.* p. 57.

³⁴ Vid. GUARINO A., *Diritto privato romano*, *op. cit.*, p. 180.

³⁵ Según PUGLIESE G., *Processo civile romano II*, *cit.*, p. 57, la hipótesis de este estudioso alemán recoge la mayor parte de los consensos doctrinales. Vid. TOMULESCU C. St., *The role of the lex Aebutia*, *The Irish Jurist*, 4 (1971), p. 140-141, que afirma que la *lex Aebutia* habría derogado la *legis actio per conductionem*, y al mismo tiempo habría establecido las *formulae* de las dos *conditiones*. La creación de otras *formulae* habría sido labor del pretor, que gradualmente se arrogó ese derecho. Mientras las otras *legis actiones* todavía estaban en vigor, según Tomulescu, el demandante podía elegir entre ambos procedimientos. Poco a poco, las *legis actiones*

que la *lex Aebutia* habría establecido legalmente el procedimiento formulario bajo los tres presupuestos del *iudicium legitimum* (Gayo IV, 104³⁷: litigantes y juez ciudadanos romanos, *iudex unus* y desarrollo del litigio en Roma), solamente para la *condictio certae pecuniae* y *certae rei*, que habría estado a elección junto con la *legis actio* (*per conductionem*), a la que pronto habría relegado.

Para las restantes pretensiones del *ius civile*, según Kaser, habría subsistido el procedimiento de las *legis actiones* como procedimiento único, aunque los pretores, durante el transcurso de la temprana república, habrían ido creando fórmulas escritas para pretensiones derivadas del *ius civile* que serían aplicables alternativamente junto con el procedimiento de las *legis actiones* y que al no fundamentarse en una ley, habrían desencadenado únicamente un *iudicium imperio continens*. Kaser sostiene que tras la *lex Aebutia*, si se utilizaba el procedimiento formulario era por alguna circunstancia que lo hacía necesario³⁸.

habrían caído en desuso, según Tomulescu, siendo derogadas expresamente por las *leges Iuliae* - con ciertas excepciones -.

³⁶ Vid. WLASSAK M., *Römische Prozessgesetze*, 1888-1891. Para Wlassak, la *lex Aebutia* habría legalizado el procedimiento formulario, a partir de la cual sería aplicable éste a todos los procedimientos del *ius civile*, a todas las pretensiones de derecho sustantivo. Según Wlassak, la reforma procesal implicaba que si se cumplían los tres presupuestos descritos en Gayo IV, 104, cualquier procedimiento formulario, independientemente de que se tratara de una *actio civilis* o de una *actio honoraria*, sería *iudicium legitimum*, estando, además, este procedimiento a elección junto al de las *legis actiones*. En cambio, según KASER M., *Die lex Aebutia*, *op. cit.*, p. 50 ss., fuera del caso de las *condictiones* no existía, antes de las *lex Iulia iudiciorum privatorum*, la elección que defiende Wlassak entre *legis actiones* y el procedimiento formulario legítimo, sino entre las *legis actiones* y el procedimiento formulario pretorio.

³⁷ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV, 104: *Legima sunt iudicia, quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarum inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque <e> lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod uulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori.*

³⁸ Vid. KASER M., *Die lex Aebutia*, *op. cit.*, p. 51-53, para quien existen casos de aplicación de las *legis actiones* en época de Cicerón (Cic., *Nat. deor.* 3, 30, 74), y los supuestos en los que se utilizaba el procedimiento formulario para acciones civiles entre ciudadanos romanos en Roma ante el *iudex unus* (que se podrían haber tramitado mediante *legis actiones*) se debían siempre a una circunstancia concreta que justificaba la no utilización de las *legis actiones*. Es decir, según Kaser, en época de Cicerón se procedía mediante el procedimiento formulario sólo cuando las *legis actiones* planteaban problemas (por ejemplo, se quería utilizar la *exceptio*, o la

En definitiva, según Kaser, tras la *lex Aebutia*, además de continuar en vigor las *legis actiones*, coexistieron por un lado el procedimiento formulario sólo para los supuestos incluidos en la *legis actio per conditionem*, instaurado por la *lex Aebutia* que sería *iudicium legitimum* al presentar los requisitos establecidos por Gayo IV, 104, y por otro, el procedimiento formulario pretorio, en los casos en que determinadas circunstancias así lo exigieran, que sería, por tanto, un *iudicium imperio continens*³⁹.

En el análisis de la teoría de Kaser, un punto de arranque seguro lo proporciona un hecho que nadie ha puesto jamás en duda, como afirma Talamanca⁴⁰, que es la persistencia de las *legis actiones* tras la *lex Aebutia*. A esto hay que añadir que no aparece en las fuentes indicio alguno de la subsistencia en época postebucio de la *legis actio per conditionem*⁴¹, o, lo que es lo mismo, no se ha podido demostrar la utilización de la *legis actio per conditionem* en el tiempo postebucio.

Por otra parte, debe admitirse que la teoría de Kaser tiene, en parte, una base consistente en las fuentes. Así, aparece claramente en la *Tabula Heracleensis* del año 45 a.C., para el caso de la *actio certae creditae pecuniae* un *iudicem iudiciumve dari oportere (ita dato, uti de pecunia credita <iudicem> iudiciumve dari oportere<re>t)*, que,

praescriptio o la representación procesal); en estos casos se utilizaría el procedimiento formulario como única forma procesal (p. 56). “Nur wo den Legisaktionen Hindernisse im Weg standen, etwa weil eine *exceptio* oder *praescriptio* verwendet werden oder ein Prozessvertreter eintreten sollte, war der Formularprozess die einzige anwendbare Verfahrensart”.

³⁹ Por ejemplo en Cic., *Q. Rosc.* 11, 32, según KASER M., *Die lex Aebutia*, *op. cit.*, p. 53, las palabras *iudicio damni iniuria constituta* demuestran que se trataría del procedimiento formulario, y la explicación sería, según Kaser, que el demandante *Roscius* habría encargado a su socio *Fannius* la función de *cognitor*, que según Gayo IV,82 no era admisible en el procedimiento de las *legis actiones*.

⁴⁰ Vid. TALAMANCA M., *v. processo civile (dir. romano)*, *op. cit.*, p. 32. Así también lo ha afirmado KASER M., *Die lex Aebutia*, *op. cit.*, p. 50-52, basándose en Cic., *Nat. deor.* 3, 30, 74.

⁴¹ Afirma PUGLIESE G., *Processo civile romano II*, *op. cit.*, p. 59, apoyándose en otros autores que previamente hicieron esta afirmación: Eisele, Kaser y Biscardi, que en el periodo postebucio no hay noticia de la utilización de la *legis actio per conditionem*. Por tanto, Pugliese considera probable que este silencio de las fuentes provenga de la desaparición de esta *legis actio*, y que, a su vez, esta desaparición tenga que ponerse en relación con la *lex Aebutia*.

según Kaser⁴² pone de manifiesto el deber magistratual derivado del *ius civile* y proveniente de una ley, de instauración del procedimiento formulario; esta ley sería, con toda probabilidad, para Kaser, la *lex Aebutia*.

También según Sacconi⁴³, este pasaje de la *Tabula Heracleensis* (1.44-45) no sólo demuestra que el pretor no es libre para *dare* o *denegare actionem*, sino que le indica el tipo de procedimiento que debe seguir. De ahí deduce Sacconi que el único procedimiento posible tras la *lex Aebutia* en materia de *actio certae creditae pecuniae* es el procedimiento formulario: *utei de pecunia credita iudicem iudiciumve dari oporteret*. Así, para Sacconi⁴⁴, en el caso de la *Tabula Heracleensis* el magistrado dará *iudicem iudiciumve*, como se debe (*oportet*) *dare iudicem iudiciumve* en materia de *pecunia credita*.

Se remite Kaser⁴⁵ también a la *lex Rubria* del año 49-42 a.C, cap. XXI: *a quoquomque pecunia certa credita (...) petetur... siremps res lex ius caussaque... esto atque utei esset esseve oporteret, sei is... ex iudicieiis dateis iudicareve recte iusseis iure lege damnatus esset fuisset*, pasaje del cual deduce que el procedimiento formulario legal que se presupone existente para la *actio certae creditae pecuniae* vendría impuesto, igual que en el caso anterior, por la *lex Aebutia*.

Basándose en ambos pasajes también ha defendido Behrends⁴⁶ que la *lex Aebutia* habría hecho preceptivo el procedimiento formulario

⁴² Vid. KASER M., *Die lex Aebutia*, *op. cit.*, p. 31 y 32.

⁴³ Vid. SACCONI G., *Appunti sulla lex Aebutia*, *Archivio Giuridico Filippo Serafini* CXCVII (1979), p. 84.

⁴⁴ SACCONI G., *Appunti sulla lex Aebutia*, *op. cit.*, p. 86. Según Sacconi, en época de la *Tabula Heracleensis*, por tanto, hacia el año 45 a.C., existía una obligación del pretor urbano de dar curso a un procedimiento formulario siempre que la materia litigiosa fuese una *pecunia credita*. Además, Sacconi (*op. cit.*, p. 86) propone un probable tenor de la *lex Aebutia*: *Si quis pecuniam certam creditam aut rem certam petat, in eam rem is quo quomque de ea re aditum erit iudicem iudiciumve dato*.

⁴⁵ Vid. KASER M., *Die lex Aebutia*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁶ BEHRENDIS O., *Der Zwölftafelprozess*, *op. cit.*, p. 109. Estos pasajes únicamente tratan el supuesto de la *actio certae creditae pecuniae*, y, en consecuencia, afirma BEHRENDIS O., *Der Zwölftafelprozess*, *op. cit.*, p. 110, que la *lex Aebutia* no habría reformado el ámbito total de las *conditiones*. Para los restantes supuestos de la *legis actio per conditionem*, según Behrends (*op. cit.*, p. 111), se habrían instaurado procedimientos formularios de ámbito pretorio, en los cuales en lugar de la consunción *ipso iure* del *iudicium legitimum* ésta operaba *ope exceptionis*.

para la *actio certae creditae pecuniae* (acción que él denomina : “Kernbereich des Zwölfstafelverfahrens”).

Con estos datos (junto con el pasaje de *Cic. Q. Rosc. 5, 15 : omnia iudicia legitima* referido a la *actio certae creditae pecuniae*) deduce Kaser que sólo a los supuestos previstos en la *legis actio per conditionem* (*certa pecunia* y *certa res*) se podría aplicar el término *iudicium legitimum*. Pero el problema que presenta esta teoría de Kaser es que atribuye a la *actio certae creditae pecuniae* (y *certae rei*) el carácter de *iudicium legitimum* (con los requisitos establecidos en Gayo IV,104, que analizaremos más adelante) por disposición de la *lex Aebutia*.

En este sentido constata Kaser que los supuestos que aparecen en las fuentes de *actio certae creditae pecuniae* (y de *certa res*) anteriores a la *lex Iulia* efectivamente contienen los elementos que caracterizan los *iudicia legitima* según Gayo IV, 104 (cit.) y se ocupa en buscar, en los demás casos que no son *conditiones*, algún elemento que impida calificarlos como *iudicia legitima*, con lo cual se trataría de *iudicia imperio continentia*⁴⁷.

⁴⁷ Kaser afirma que las fórmulas de las *conditiones* son las únicas que expresamente se pueden reconducir a una base legislativa (así lo deduce de la *Tabula Heracleensis*, 45 a. C y de la *lex Rubria*, 49-45 a.C). Según Kaser (vid. *Die lex Aebutia, op. cit.*, p. 33), la *actio certae creditae pecuniae* es la única en las fuentes para la que antes de las *leges Iuliae* se utiliza el concepto de *iudicium legitimum* (*Cic., Q. Rosc. 5, 15* y *Cic., p. Flacc. 21, 50*). Para Kaser (vid. *Die lex Aebutia, op. cit.*, p. 34), en las restantes acciones (que no son *conditiones*) antes de las *leges Iuliae*, el procedimiento formulario instaurado por el pretor no se remite a una base legislativa en ningún caso, ni tampoco en el caso de acciones basadas en el *ius civile*, bajo los tres presupuestos. En *Cic., De orat. 1, 37, 168* se trata probablemente, según Kaser (vid. *Die lex Aebutia, op. cit.*, p. 34 y 35), de la *actio incerta ex stipulatu*, que se tramitaba, como demuestra la *exceptio*, mediante procedimiento formulario. Según Kaser, en este supuesto no falta ninguno de los elementos que caracterizan el *iudicium legitimum*, de modo que la consunción tendría lugar según el *ius civile* en las condiciones descritas en Gayo IV, 107 (*iudicium legitimum, actio in personam, formula in ius concepta*), pero la presencia de la *exceptio* demuestra, según Kaser, que en este caso no se trataba de un *iudicium legitimum*, sino que en el caso de una *actio civilis*, que no es una *condictio*, únicamente se podía llevar a acabo un procedimiento formulario pretorio. PUGLIESE G., *Processo civile romano II, cit.*, p. 61, considera la argumentación de Kaser impecable, pero afirma que no tiene en cuenta una pequeña particularidad, que es que la *actio incerti ex stipulatu* no sustituyó a una *legis actio* precedente, porque la demanda relativa a un *incertum* no se podía proponer a través de ninguna de las *legis actiones* existentes ; según Pugliese, para la determinación del *quantum* y de la condena era ya necesario en época preebucia el

En contra de la teoría de Kaser se puede argumentar que esa dualidad por él invocada ya existía antes de la *lex Aebutia*, es decir, coexistían los *iudicia legitima* en materia de *certa pecunia* (o de *certa res*) y el procedimiento formulario pretorio, lo cual convierte en innecesaria la *lex Aebutia*. Esto es debido a que, en materia de *certa pecunia* (y *certa res*), se había ya producido mediante las leyes Silia y Calpurnia (creadoras de la *legis actio per conditionem*) una temprana regulación *ex lege* (procesal) del procedimiento que debía ser empleado en la resolución de las mismas, que no sufriría prácticamente ninguna reforma con la *lex Aebutia*, que introdujo el procedimiento formulario para estos supuestos⁴⁸.

En materia de *certum dare oportere* la regulación procesal *ex lege* era equivalente a la regulación sustantiva (o material) porque se trata de los auténticos *iudicia legitima* frente a los *iudicia* instaurados *ex lege* (sustantiva), cuyo procedimiento era la *legis actio per iudicis postulationem*. En cambio, la distinción entre *iudicium legitimum* y *iudicium imperio continens* descrita por Gayo (IV, 104 y 105), como veremos, únicamente es admisible a partir de que todo *iudicium* nace *ex lege* (procesal), por tanto, a partir de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

En consecuencia es admisible afirmar que en materia de *certa pecunia* (y *certa res*), desde la *legis actio sacramento* existía siempre un *iudicium*, que era *legitimum*, es decir, no *ex lege*, al no requerir una *lex* (sustantiva) que lo instaure, ya que en estos casos el concepto de

recurso a una fórmula. Por otra parte, según Kaser (vid. *Die lex Aebutia, op. cit.*, p. 42), el *imperium* del pretor era suficiente para introducir, sin necesidad de disposición legal, un procedimiento formulario entre ciudadanos romanos; por tanto, se pregunta qué sentido habrían tenido la introducción del *iudicium legitimum* para las *actiones honorariae*. En consecuencia, en p. 50 afirma que, antes de las *leges Iuliae*, salvo en el caso de las *condictiones*, las restantes acciones civiles eran exigibles, o bien mediante *legis actio* o bien mediante el procedimiento formulario pretorio.

⁴⁸ La reunión de ambos supuestos (*certa pecunia* y *certa res*) en la *legis actio per conditionem* con casi idéntico *officium iudicis* permite suponer un también idéntico recorrido histórico conjunto de ambos supuestos. Si ambos supuestos quedaron englobados en la *legis actio per conditionem*, no parece fácilmente comprensible que la *lex Aebutia* haya reformado el procedimiento únicamente para el supuesto de la *actio certae creditae pecuniae*. De ahí que parezca admisible que la *lex Aebutia* haya instaurado el procedimiento *per formulas* para los casos de *certa pecunia* y de *certa res data*, supuestos ambos que desde época más arcaica eran *iudicia legitima*.

ius y el derecho a interponer una *actio* aparecen desde antiguo fusionados.

De ahí que a partir de la *lex Aebutia* no es los casos de *certa pecunia* (y de *certa res*) sean *iudicia legitima* precisamente por haber sido instaurados por dicha *lex*, sino que ya lo eran históricamente por su configuración jurídico-procesal. Lo que ocurrió fue, que a partir de la *lex Aebutia*, en los casos previstos en la *legis actio per conditionem*, se aplicó el procedimiento formulario *ex lege* (*Aebutia*), es decir, por disposición de una norma procesal.

En consecuencia, el relevante papel que Gayo IV, 30 le atribuye a esta ley en el paso de las *legis actiones* al procedimiento formulario más bien habría consistido en el reconocimiento del procedimiento *per formulas* para los supuestos incluidos en la *legis actio per conditionem*, lo cual es concordante con el idéntico *officium iudicis* que desempeñaba el *iudex* en ambos procedimientos y con la idéntica configuración procesal de ambos, que he puesto de manifiesto con anterioridad.

La *lex Aebutia* simplemente habría establecido un *iudicium iudiciumve dare* para los supuestos incluidos en la *legis actio per conditionem*, sin necesidad de ninguna disposición adicional, ni referida al desarrollo del procedimiento ni a la preclusión procesal, puesto que para los supuestos previstos en dicha *legis actio* la consunción de la *actio* se produce *ipso iure*, como veremos⁴⁹.

⁴⁹ En contra de Kaser han surgido pocas voces pero muy autorizadas de la doctrina italiana, que no admiten la limitación de la reforma de la *lex Aebutia* a los supuestos de la *legis actio per conditionem*. Esto significa que no se le atribuye a la *lex Aebutia* ningún papel decisivo en el paso de las *legis actiones* al procedimiento formulario, puesto que el *praetor* con su *imperium* ya venía admitiendo el procedimiento formulario en determinados casos, sin que fuese necesario que una ley así lo estableciera. Además, si ambos procedimientos hubiesen coexistido, las *legis actiones* debían haber desaparecido prácticamente de inmediato por el excesivo formalismo y rigidez que presentaban. Vid. en este sentido TALAMANCA M., v. *processo civile (dir. romano)*, *op. cit.*, p. 32, que, por un lado, no encuentra una razón plausible de porqué debería ser derogada la *legis actio per conditionem*, la más reciente entre las *legis actiones* y, por otro, considera difícil de admitir que la protección judicial fundamentada en la concesión de los *bonae fidei iudicia* debiera desenvolverse hasta el año 17 a.C. en un procedimiento formulario desprovisto de efectos civiles. Afirma Talamanca que no hay a favor de la opinión doctrinal que sigue a Kaser, pruebas de consistencia segura. Según Talamanca, junto a las huellas de la persistencia de las *legis actiones* diversas a la *legis actio per conditionem*, que nadie ha puesto jamás en

5.- *Iudicium legitimum y fictio legis actionis*

La reforma de la *lex Aebutia* debe ponerse en conexión con Gayo IV, 10 y IV, 33. En Gayo IV, 10 se distingue entre acciones que se configuran a semejanza de las acciones de la ley (*quae ad legis actiones exprimuntur*) y acciones que tienen alcance y valor propios (*quaedam sua vi ac potestate constant*). Y más adelante aclara Gayo en IV, 33⁵⁰ que no hay prevista ninguna fórmula con ficción de acción de ley por *condictio* (*nulla autem formula ad conductionis fictionem exprimuntur*), puesto que se estima que aquellas fórmulas por las que pretendemos que se nos deba dar una cantidad de dinero o alguna cosa, valen por sí mismas (*sua vis ac potestate valent*). Es decir, en el caso de la *condictio* se entiende que se debe dar *pecunia* o *res certa* sin que se le añada ninguna ficción de *condictio*.

Hay que destacar que en este texto IV, 33 Gayo utiliza exactamente la misma expresión (*eam ipsam dari nobis oportere intendimus*) que cuando se refiere en IV, 20 a la *legis actio sacramento* (*cum de eo quod nobis dari oportet...*) En ambos casos se trata de un *dari oportere* que se concreta en *pecunia* o *res certa* (Gayo IV, 33).

En relación a estos pasajes gayanos simplifica P. Fuenteseca⁵¹ al máximo la finalidad de la *lex Aebutia*: ésta simplemente habría autorizado como *formula actionis* los *verba solemnia* de la *legis actio per conductionem*: *ait te mihi dare oportere*. Según P. Fuenteseca, el primer tipo de *iudicia legitima* nació como fórmula legítima en cuanto esquema de la *legis actio per conductionem*; por eso Gayo IV, 33

duda, parecen subsistir indicios suficientes del empleo de *formulae* en situaciones tuteladas por el *ius civile*, para las cuales, en el sistema de las *legis actiones* era aplicable un *modus agendi* diverso a la propia *condictio*. Según Talamanca, parece preferible afirmar que tras la *lex Aebutia* el nuevo procedimiento sería aplicable a cualquier pretensión fundamentada sobre el *ius civile* y que aquél, en consecuencia, concurriría con las *legis actiones* existentes.

⁵⁰ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV, 33: *Nulla autem formula ad conductionis fictionem exprimitur. Siue enim pecuniam siue rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam DARI NOBIS OPORTERE intendimus; nec ullam adiungimus conductionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*

⁵¹ Vid. FUENTESECA P., *La necesidad de retornar al estudio del Edicto pretorio*, *AHDE* 39 (1969) [= *Investigaciones, op. cit.*, p. 74, nota n7].

informa que hay no una fórmula con *fictio* de dicha *legis actio*. De ahí que, para P. Fuenteseca, no haya que argumentar (como hace Biscardi) que ello se deba a la desaparición de la *legis actio per conditionem* porque lo que ocurrió fue precisamente que los *verba solemnia* se convirtieron en *formula actionis*. Para P. Fuenteseca, la primera y verdadera *formula actionis* fue la *condictio* y las restantes *legis actionis* podían hacerse valer *per formulam* gracias a la *fictio* de la *legis actio* correspondiente.

El factor determinante de la reforma procesal de la *lex Aebutia* con toda probabilidad habría sido la equivalencia funcional, que he puesto de manifiesto con anterioridad, del *officium iudicis* en la *legis actio per conditionem* y en la *actio certae creditae pecuniae* (y la *condictio certae rei*) del procedimiento formulario: el *iudex*, sin remisión por las partes a la *causa*, se pronuncia acerca de si es o no conforme al *ius* la afirmación del demandante que exige un *oportere* del demandado.

Mediante la *lex Aebutia* por primera vez no se regula el *lege agere* (ni *agere certis verbis*) de las partes, sino que establece la *formula actionis*⁵². Es decir, ese mismo ritual de la *legis actio per conditionem*, idéntico a la *condictio* formularia tanto en formalidad como en cuanto al contenido del *officium iudicis*, tras la *lex Aebutia* pasa a actuarse *per formulas*, sin que sea necesario ninguna nueva regulación de las formalidades del procedimiento, que sustancialmente queda igual. La *lex Aebutia* sería la primera norma procesal que instaure el procedimiento *per formulas*, pero en el ámbito del *certum dare oportere*, donde desde antiguo el *iudicium* es *legitimum* por no necesitar una *lex* (sustantiva) que lo instaure, ya que el *ius* se hacía valer directamente en el procedimiento, es decir, en el ámbito donde no había distinción entre derecho material o sustantivo del demandante y el derecho procesal a interponer una *actio*.

En consecuencia, la *lex Aebutia* constituye un paso intermedio entre las *legis actiones* y el procedimiento formulario. Es decir, en el ámbito del *certum dare oportere* el procedimiento era idéntico en la

⁵² Vid. BROGGINI G., *Iudex Arbitrere. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, Böhlau Verlag, 1957, p. 234: la *lex Aebutia* habría hecho decaer el *lege agere* formal en la *condictio*, en la que habría sobrevivido desde hace mucho tiempo la ya existente fórmula objetivamente estilizada (*si paret... si non paret*).

legis actio per conditionem y en la *condictio* formularia. La *lex Aebutia* lo que hizo fue reconocer como vigente el procedimiento *per formulas* en estos casos.

Así se explica la falta de datos sobre esta ley en las fuentes, y, sobre todo, el hecho, sorprendente para algunos autores⁵³, de que Cicerón omita totalmente cualquier referencia a la *lex Aebutia*. En cambio, Gayo IV, 30 la sitúa en posición preeminente a la hora de exponer el paso de las *legis actiones* al procedimiento *per formulas*.

6.- La subsistencia en Gayo del *iudicium legitimum* entendido como *certum dare oportere*

Se ha defendido por algunos romanistas que la *lex Aebutia* debería haber contenido alguna prohibición de *lege agere de eadem re* que impidiese la repetición del juicio ya celebrado *per formulas*. El punto de partida sería la subsistencia, tras la *lex Aebutia*, de las *legis actiones*, admitida generalmente en la doctrina romanista con independencia de la teoría que se sostenga acerca del alcance de la reforma introducida por la *lex Aebutia*. Es decir, la cuestión de la preclusión procesal se convirtió en crucial a la hora de coordinar el sistema procesal de las *legis actiones* con el sistema formulario pretorio, y, por tanto, a la hora de determinar el alcance de la reforma de la *lex Aebutia*. Además, como se deduce de Gayo IV, 20, en el procedimiento de las *legis actiones* se podía hacer valer también el (*certum*) *dare oportere* mediante la *legis actio sacramento* y *per iudicis postulationem*.

Así según Guarino⁵⁴, la *lex Aebutia* no abolió las *legis actiones* declarativas, sino que presuntamente se habría limitado a establecer que, si dos ciudadanos hubiesen acordado litigar con arreglo a las fórmulas edictales (*per formulas*), no les sería permitido, o, en

⁵³ BUTI I., *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Jovene, 1984, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Camerino 29, p. 165: "... in particolare, impressiona il silenzio in proposito di Cicerone che pure visse ed operò in un'epoca in cui la *lex Aebutia* doveva ancora spiegare i suoi effetti e che nelle sue opere fa non infrequenti cenni anche all'evoluzione del processo privato", y también PUGLIESE G., *Processo civile romano II*, op. cit., p. 58.

⁵⁴ Vid. GUARINO A., *Diritto privato romano*, op. cit., p. 185, para quien las *legis actiones* declarativas continuaron siendo utilizadas, si bien en medida siempre decreciente, también durante el siglo I a.C.: su eliminación habría sido decretada en el cuadro de la reordenación procesal pública y privada promovida por Augusto, solamente por la *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

concreto, no les sería lícito promover sucesivamente una *legis actio* referida a la misma cuestión (*de eadem re*). También para Pugliese⁵⁵, era indispensable otra disposición legislativa si se quería que el procedimiento formulario tuviese lugar en materia en las que se aplicaban las *legis actiones*: sería una disposición que impidiese *lege agere* después de que se había actuado *de eadem re per formulas*. Y asimismo Sacconi⁵⁶ sostuvo que la *lex Aebutia* habría contenido una cláusula derogatoria del tipo *de eadem re ne bis agatur*.

En cambio, para Kaser, mediante la *lex Aebutia* se habría pasado el efecto consuntivo de las *legis actiones* a los *iudicia legitima* (los casos de *condictio certae pecunia y certae rei*)⁵⁷, ya que el único motivo de que se prefiriera tras la *lex Aebutia* el procedimiento de las *legis actiones* era la eficacia vinculante frente a todos que la sentencia tenía en éstas, al ser constitutiva de derecho.

Una vía de aclaración de esta cuestión la abrió Marrone, al poner en conexión el sistema de preclusión procesal descrito por Gayo IV,

⁵⁵ Vid. PUGLIESE G., *Processo civile romano II, op. cit.*, p. 63: si se considera que *litigare per formulas* exigía no sólo la presencia, sino también la aceptación del demandado con el *iudicium accipere*, ningún procedimiento formulario en materia común con las *legis actiones* habría tenido lugar contra una sucesiva *legis actio de eadem re*, si no se hubiese dado al demandado la misma garantía que él habría obtenido del proceso ordinario de las *legis actiones*. Y concluye Pugliese que, puesto que se sabe que en el siglo I a.C. se desarrollaban procedimientos formularios en materia común con las *legis actiones* (Cic., *in Verr.* II, 2, 12, 31 y *pro Roscio com.* 8, 24) de ello debe deducirse que la *lex Aebutia* estableció muy probablemente la prohibición de *lege agere* después de que se había actuado ya *per formulam de eadem re*.

⁵⁶ SACCONI G., *Appunti sulla lex Aebutia, op. cit.*, p. 90-92, supone la presencia de una cláusula en la *lex Aebutia*, análoga a la existente en la *lex repetundarum: de eadem re ne bis agatur...*; GUARINO A., *Diritto privato romano, op. cit.*, p. 185, vid. nota n.88 defiende que la *lex Aebutia* únicamente habría contenido una cláusula general de prohibición de *agere de eadem re*.

⁵⁷ Según KASER M., *Die lex Aebutia, op. cit.*, p. 54, con la ordenación legal mediante la *lex Aebutia* del procedimiento formulario en materia de las *condictiones*, se habría pasado el efecto consuntivo a estos *iudicia legitima*, que así tendrían eficacia equivalente a las *legis actiones*. Posteriormente, la *lex Iulia* habría extendido el ámbito del *iudicium legitimum* a todas las pretensiones diferentes de las *condictiones*, con lo cual se habría ampliado la consunción *ipso iure* a todos los juicios legítimos sobre acciones civiles *in personam* (Gayo IV, 107). En todos los restantes supuestos se utilizaría la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, que habría sido introducida por los pretores para los *iudicia imperio continentia* (Gayo IV, 106-107).

107 y IV, 108 con la *legis actio per conditionem*. Marrone⁵⁸ parte del pasaje gayano IV, 108⁵⁹, según el cual, en las *legis actiones* el principio de preclusión habría actuado en todo caso *ipso iure*, interpretando *ipso iure* en el sentido de que los *certa verba* de la *legis actio* no habrían sufrido ni adaptaciones ni alteraciones. En cambio, afirma Marrone, en el procedimiento formulario, el efecto preclusivo opera *ipso iure* solamente si se ha actuado con un *iudicium legitimum in ius in personam*, y en virtud de la *exceptio* en los demás casos⁶⁰.

Según Marrone⁶¹, en el paso del sistema de preclusión procesal de las *legis actiones* al procedimiento formulario habría intervenido la *lex Aebutia* aboliendo la *legis actio per conditionem*, a partir de la cual la *condictio* formularia se habría convertido en un instrumento judicial propio de los créditos de *certa pecunia* o de *certa res* que recogía el régimen de la *legis actio per conditionem*, en la que la prohibición de *agere acta* se realizaba por obra del juez, sin que el formulario de la *legis actio* sufriese integraciones o modificaciones. Es decir, para Marrone, la preclusión procesal *ipso iure* aplicable a la *legis actio per conditionem* habría sido aplicable, tras la *lex Aebutia*, a la *condictio* formularia.

Pero se puede todavía avanzar algo más en esta línea de investigación abierta por Marrone, partiendo de la base de que los supuestos de *certum dare oportere* habrían sido desde antiguo los auténticos *iudicia legitima*, término que adquirió un nuevo significado solamente a partir de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

Así, según Gayo IV, 107⁶², únicamente cuando se trata de un *iudicium legitimum in personam*, con *intentio iuris civilis*, la acción se

⁵⁸ Vid. MARRONE M., *Agere lege, formulae e preclusionione processuale*, AUPA 52 (1992), p. 232; vid. también *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, AUPA 24 (1955); LIEBS D., *Die Klagekonsumption des römischen Rechts*, ZSS 86 (1969), p. 169-191; BONIFACIO F., *Riflessioni su Gai 4, 108*, Studi Volterra 4 (1971), p. 401 ss.

⁵⁹ Vid. FIRA, *Gai Institutionum*, IV, 108: *Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat, nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptio.*

⁶⁰ Vid. MARRONE M., *Agere lege, formulae e preclusionione processuale*, op. cit., p. 233.

⁶¹ Vid. MARRONE M., *Agere lege, formulae e preclusionione processuale*, op. cit., p. 236.

⁶² Vid. Auctores, *Gai Institutionum*, IV, 107: *si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris ciuilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio superuacua est; si uero uel in rem uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est*

extingue *ipso iure*. Se trata de una excepción a la regla general del procedimiento formulario, según la cual la preclusión procesal se realizaría mediante la *exceptio rei iudicate vel in iudicium deductae*. Esta distinción se puede fundamentar en el originario significado de *iudicia legitima* (los casos de un *certum dare oportere*), fundamentados en el *ius civile*, que constituirían una *actio in personam* que se extingue *ipso iure*. Es decir, una excepción de ámbito pretorio (la excepción *rei iudicatae vel in iudicium deductae*) no produciría efectos en los originarios *iudicia legitima*, y en cambio, sí sería de aplicación a las acciones *in rem* o *in factum*, como se establece en Gayo IV, 107⁶³.

Así se debe entender la afirmación de Guarino⁶⁴, de que la apreciación *ex officio* de la preclusión, limitada en el procedimiento formulario únicamente a los *iudicia legitima in personam* con fórmula *in ius* era una regla del procedimiento de las *legis actiones* (Gayo IV, 108, cit.)

Por otra parte, en estrecha relación con lo hasta aquí expuesto respecto a la preclusión procesal se encuentran los pasajes gayanos

rei iudicatae uel in iudicio deductae. Según BONIFACIO F., *Iudicium legitimum e iudicium imperio continens*, *Studi Arangio Ruiz* 2, Napoli, Jovene, 1953, p. 226 y 227, la regla enunciada por Gayo IV, 107 (en el caso del *iudicium legitimum* con fórmula *in ius*, la acción personal no se puede volver a interponer después de la *litis contestatio*) no representa un posicionamiento diferente de la consunción entre los *iudicia legitima* y los *iudicia imperio continentia*: es más bien consecuencia del hecho de que la *litis contestatio* en los *iudicia legitima* produce la extinción de la *obligatio*, según Gayo III, 180. Según Bonifacio, la regla enunciada por Gayo IV, 107 para el *iudicium legitimum in personam* no representa en absoluto una excepción al principio procesal del empleo de la *exceptio* preclusiva de una nueva acción: éste simplemente queda inoperativo por el hecho de que la *obligatio* se extinguía con la *litis contestatio* y de que, consecuentemente, no subsiste ya un *oportere* a cargo del *reus*.

⁶³ Así se explicaría también lo afirmado por KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 303, para quienes a partir de que la *lex Iulia* permitió el acceso de todo tipo de acciones, civiles y honorarias, al *iudicium legitimum*, se acercaron los casos de consunción *ipso iure* de la acción a los de la *exceptio*, aunque sin llegar a ser considerados como una unidad. Según Kaser/Hackl, queda por comprobar en qué medida se mencionaba también la *exceptio* en aquellos casos en los que se esperaba consunción *ipso iure*.

⁶⁴ Vig. GUARINO A., *Diritto privato romano*, *op. cit.*, p. 232, n.11.8.1.

III, 180 y 181⁶⁵, referidos a los efectos la *litis contestatio*. Según Gayo III, 180 la obligación se extingue por la *litis contestatio*, siempre que se trate de un *iudicium legitimum*, pues entonces se extingue la obligación principal, quedando el demandado obligado por la *litis contestatio*⁶⁶. Como han afirmado Kaser/Hackl⁶⁷ se trata evidentemente de un regla muy antigua, que se remonta a la época de las *legis actiones*, en la que todavía no se distingue entre el derecho material del demandante (*in personam*) y su derecho procesal a interponer la acción (*actio*), y en la que, por tanto, se parte de la base de que con la *litis contestatio* se consume la *obligatio (consumitur)*.

También estos pasajes gayanos encuentran explicación si se entienden referidos al más antiguo y genuino significado de *iudicia legitima* (de ahí la expresión Gayo III, 180: *et hoc <est> quod apud veteres scriptum est*), que serían los casos de *certum dare oportere* (de ahí la expresión Gayo III, 181: *quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit*), supuestos

⁶⁵ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* III, 180: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc <est> quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.* III, 181: *Vnde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agi non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae uel in iudicium deductae summoueri. Quae autem legitima <sint> iudicia et quae imperio continentia, sequenti commentario referemus.*

⁶⁶ Vid. BISCARDI A., *La litis contestatio nella procedura per legis actiones*, *Studi Arangio-Ruiz* 3, Jovene, Napoli, 1953, p. 469 refiere el principio preclusivo *bis de eadem re ne sit actio* no a la *litis contestatio*, sino a la *actio*. Según Biscardi, la *actio* consiste en un rito solemne, con el cual el actor realiza inmediatamente el propio derecho si éste es incontrovertido (acción ejecutiva) o bien tiende a dejar incontrovertida una cierta situación jurídica que todavía no lo es (acción declarativa) y a este resultado se llega, según Biscardi mediante la aquiescencia del adversario, o bien, en caso de resistencia, a través del pronunciamiento del órgano juzgador. Según Biscardi, de ahí que la *actio*, en cuanto tal, tenga eficacia resolutoria entre las partes: y de ahí que el principio *ne bis in idem* sea aplicable a todas la *legis actiones* (Gayo IV, 108) y que la preclusión se ligue a la solemnidad del rito, tanto si a la *actio* le sigue una sentencia como si no. Vid. BONIFACIO F., v. *litis contestatio*, *NNDI*, p. 972-976.

⁶⁷ Vid. KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht, op. cit.*, p. 81.

en los cuales la *actio* queda extinguida *ipso iure* al no ser admisible ninguna *exceptio* de origen pretorio⁶⁸.

En consecuencia, el *iudicium legitimum* derivado de un *certum dare oportere* todavía despliega sus originarias características que se encuentran subyacentes en algunos pasajes gayanos, no siendo posible la oposición a aquél de ninguna excepción pretoria, de ahí su consunción *ipso iure*, que se adelanta al momento de la *litis contestatio*. Los problemas interpretativos que han planteado estos pasajes gayanos son debidos a que el jurista en otros pasajes establece la distinción procesal entre *iudicia legitima* e *imperio continentia*⁶⁹, apareciendo, por tanto, un nuevo significado del *iudicium legitimum* pero únicamente en contraposición a los *iudicia imperio continentia* y en congruencia con la instauración del procedimiento formulario mediante la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, como expongo a continuación.

7.- El *iudicium legitimum* tras la *lex Iulia iudiciorum privatorum*

Como es sabido, mediante la *lex Iulia iudiciorum privatorum* (= *lex Iulia de iudiciis privatis*, 17 a.C.)⁷⁰ se instauró el procedimiento

⁶⁸ De ahí la tardía aparición para la *actio certae creditae pecuniae* de la específica *exceptio non numeratae pecuniae*, creada, según KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 487, para el procedimiento de cognición y acreditada desde época de Caracalla. Esta *exceptio* más tarde se denominó *querela non numeratae pecuniae*.

⁶⁹ Para adaptar el concepto de *iudicium legitimum* que aparece en Gayo IV, 104 y 105 a su teoría de la preclusión procesal afirma MARRONE M., *Agere lege, formulae e preclusionione processuale*, *op. cit.*, p. 237 que el efecto preclusivo *ipso iure* de la *condictio* no habría tenido aplicación más que a situaciones jurídicas para las cuales habría encontrado aplicación la *legis actio per conductionem*, es decir, las *conditiones* que habrían tenido lugar en Roma o dentro de la milla de la ciudad, entre ciudadanos romanos y *sub uno iudice* también ciudadano romano, por tanto, a las *conditiones* que fuesen *iudicia legitima* en el sentido de Gayo IV, 104.

⁷⁰ Seguimos a KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 161, que afirman que Gayo IV, 30 se refería con la expresión *leges Iuliae* a las leyes procesales de Augusto del año 17 a.C. que “probablemente” se referían ambas a los *iudicia privata*. Mediante éstas, según KASER M./HACKL K., se reconoció legalmente el procedimiento formulario en el ámbito del *iudicium legitimum* para todo tipo de pretensiones, suprimiéndose las *legis actiones* con las excepciones de la *legis actio damni infecti* y del procedimiento centunviral. Pero se ha discutido en la doctrina romanista si se trataba de dos *leges Iuliae*, siendo, sin embargo, una sola de ellas la que se refería a los *iudicia privata*, mientras que la segunda se habría referido a los

formulario, siendo *iudicium legitimum* cualquier procedimiento *per formulas* que cumpla los presupuestos descritos por Gayo IV, 104 (*Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarum inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur*)⁷¹.

Por tanto, a partir de la mencionada *lex Iulia iudiciorum privatorum* el *iudicium legitimum* es un concepto que se extiende a todos los procedimientos indistintamente, siempre que se celebren en Roma, entre ciudadanos romanos y ante el *iudex unus* (Gayo IV, 104). Es decir, desde la mencionada *lex*, todo procedimiento o bien era un *iudicium legitimum* o bien un *iudicium imperio continens*, como dice Gayo IV, 103 : *omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur*.

En consecuencia, a partir de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* el concepto de *iudicium legitimum* adquiere un significado distinto en contraposición al *iudicium imperio continens*, ya que la expresión *iudicium legitimum* tiene un mayor recorrido histórico, como ha sido

iudicia publica, como por ejemplo afirma PUGLIESE G., *Processo civile romano II, op. cit.*, p. 65 y 66: Gayo habla de *duae Iuliae* porque la *lex iudiciorum publicorum* habría nacido el mismo año y contenía disposiciones paralelas y formaba en cierto sentido con la primera un único cuerpo. Ha sido aceptada en la doctrina romanista la teoría de A. D'ORS, [vid. *Item suam facere*, *SDHI* 48 (1982), p. 368 ss. ; *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre la jurisdicción municipal*, *SDHI* 49 (1983), p. 18 ss. ; *La nueva copia Irnitana de la lex Flavia Municipalis*, *AHDE* 53 (1983), p. 8 y *De nuevo sobre la jurisdicción municipal*, *SDHI* 50 (1984), p. 179 ss.] que, partiendo de la *lex Irnitana*, cap. 91, donde hay una referencia al *tempus* (por *mors litis*), *quod legis Iuliae, quae de iudiciis privatis proximae lata est, kapite XII... comprehensum est*, defendió la existencia de una *lex Iulia* de Augusto para *municipia* (itálicos), que habría adaptado Domiciano como *lex Flavia municipalis* para *Hispania ulterior*. KASER/HACKL (*op. cit.*, p. 161 n.71) se remiten a los buenos argumentos de D'ORS, en *Sobre la legislación municipal*, *Labeo* 40 (1994), p. 89 ss. En p. 92 afirma d'Ors respecto a las *duae leges Iuliae* (Gai IV, 30) por las que se generalizó el procedimiento ordinario, que sin duda una sería la *lex Iulia de iudiciis privatis*, y le parece evidente que la otra no podía ser la de los juicios públicos. Asimismo, en este mismo sentido vid. GIMENEZ CANDELA T., *La lex Irnitana. Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, *RIDA* 30 (1983), p. 132, afirma que cuando Gayo IV, 30 habla de abolición de las acciones de la ley por las *duae leges Iuliae* se debe pensar en una ley municipal de Augusto como segunda ley : no sería una segunda ley de procedimiento, sino una ley municipal que acompañó la reforma procesal da la *lex de iudiciis privatis*. En contra de esta teoría se ha pronunciado recientemente BERTOLDI F., *Lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, Giapichelli 2003, quien afirma que la mencionada referencia de la *lex Irnitana* es a la ley augústea de *iudiciis privatis*.

⁷¹ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV, 104, p. 16.

reconocido por Gioffredi⁷², para quien los términos *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia* no son homogéneos, sino que en un determinado momento fueron yuxtapuestos - probablemente por la *lex Iulia* - y no armonizan entre ellos porque la expresión *iudicium legitimum* era preexistente.

Un dato muy significativo lo aporta Bonifacio⁷³ al afirmar que la distinción entre *iudicia legitima* y *iudicia imperio continentia* solamente aparece formulada por Gayo, y no hay huella de ella, ni explícita o implícita, en la compilación justiniana ni en otras fuentes. Este hecho demuestra que Gayo pretendía aclarar expresamente el concepto de *iudicium legitimum* porque éste arrastraba un secular recorrido histórico, cuyas huellas todavía se hacían notar en su época. Tras la *lex Iulia* existió una bipartición procesal entre *iudicia legitima* y *iudicia imperio continentia* que prácticamente sólo se diferencian entre sí en la *mors litis*, de 18 meses de duración a partir de la *litis contestatio* en los *iudicia legitima* y en el caso de los *iudicia imperio continentia* en tanto durase el cargo del magistrado *qui ea praecepit* (Gayo IV, 104 y 105)⁷⁴.

⁷² Vid GIOFFREDI C., *Legis actio*, op. cit., p. 197.

⁷³ Vid. BONIFACIO F., *Iudicium legitimum e iudicium imperio continens*, op. cit., p. 207.

⁷⁴ Para la *pecunia (o res) certa credita*, por tanto, es demostrable la existencia de un *iudicium legitimum* antes de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, siendo Kaser de la opinión de que se trataba de un *iudicium legitimum* por ser proveniente de la *lex Aebutia*, mientras que Bonifacio niega la existencia de la categoría del *iudicium legitimum* (como opuesto a *iudicium imperium continens*) antes de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Estas posturas son compatibles entre sí, en cuanto que el concepto de *iudicium*, referido a un *certum dare oportere*, era siempre *legitimum* desde la época más arcaica, en contraposición a *arbitria honoraria*, pero es sólo a partir de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* cuando realmente se puede hablar de un nuevo concepto procesal del *iudicium legitimum*, cuando concurren los presupuestos descritos por Gayo IV, 104, frente al *iudicium imperio continens*, como Bonifacio ha logrado probar. Así, respecto a los pasajes que mencionan el *iudicium* con anterioridad a la *lex Iulia*, como son el *Fragm. Atestinum* [ll. 8-9, *utei de ieis rebus, quibus ex h(ac) l(ege) iudicia data erunt, iudicium fieri exerceri oportebit*] y la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, cap. XXI (11, 12-14) *eius pecuniae iei, quei eam suo nomine petierit quove eam d(arei) oportebit, ex iudicis dateis iudicareve recte iusseis iure lege damantus esset fuisset*; Cap. XX 11. 15-16: *ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito...*; 19-20: *iudicium datum iudicareve iussum iudicatumve erit, ius ratumque est...*; 32: *in ea verba iudicium det...*; 48: *quos inter in iudicium accipietur leisque constabitur...*etc) ha puesto de manifiesto BONIFACIO F., *Iudicium legitimum e iudicium imperio continens*, op. cit., p. 213 y 214, que no se trata de

Además, a partir de la *lex Iulia* continúa siendo diferente el concepto de *iudicia legitima* y *iudicia ex lege*, como se pone de manifiesto en el pasaje gayano IV, 109⁷⁵, según el cual, un juicio puede basarse en una ley (*iudicium ex lege*) y no ser *legitimum*, o, al contrario, no ser *ex lege*, pero sí *legitimum*. Un *iudicium ex lege* sería, según Gayo, un *iudicium* derivado de la *lex Aquilia*, o de la *lex Ollinia* o de la *lex Furia*, pero no es *legitimum* si a pesar de ser instaurado por dichas *leges* se celebra en provincias. Tampoco según Gayo IV, 109, es *legitimum* un *iudicium* si se celebra en Roma ante el tribunal de los *recuperatores*, o, aunque se celebre ante el *unus iudex*, si interviene un *peregrinus*; y a la inversa, si concurren todos los requisitos, es decir, se celebra en Roma, ante el *unus iudex* y entre ciudadanos romanos, es *legitimum*, aunque emane del *edictum praetoris*.

Se deduce de este pasaje gayano que *iudicium ex lege* significa a partir de la *lex Iulia* también (igual que en los *iudicia ex lege* tramitados mediante la *legis actio per iudicis postulationem*) un *iudicium* que se fundamenta en una *lex* reguladora del derecho sustantivo (*lex Aquilia*, p. ej.); pero, además, existen unos requisitos procesales para que el *iudicium* pueda considerarse *legitimum* tras la *lex Iulia*. Por tanto, es ésta la primera norma que regula el procedimiento, es decir, a partir de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* se diferencian las normas y requisitos procesales del *iudicium* del derecho sustantivo que es aplicable al mismo. Un *iudicium* será *legitimum* cuando concurren los tres presupuestos objetivos descritos por Gayo IV, 104, con independencia de que sea aplicable el *ius civile* o el *ius honorarium*⁷⁶.

iudicia legitima en los términos descritos en Gayo IV, 104 y 105, porque se desarrollan *extra primum urbis Romae miliarum*, y, por tanto, se extinguen con el cargo del magistrado *qui ea praecepit*.

⁷⁵ Vid. FIRA, *Gai Institutionum* Gayo IV, 109: *Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. Nam si uerbi gratia ex lege Aquilia uel Ollinia uel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est et si Romae apud recuperatores agamus uel apud unum iudicem interueniente peregrini persona; et ex diuerso si ex causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes ciues Romanos accipiat iudicium, legitimum est.*

⁷⁶ Según PUGLIESE G., *Processo civile romano II*, op. cit., p. 70 la legitimidad de los *iudicia legitima* y el carácter honorario de los *iudicia imperio continentia* no se refería sólo al término dentro del cual debía pronunciarse la sentencia, sino que se extendía a los efectos de la *litis contestatio* (Gayo IV, 106-107) y a los efectos de la

Así se convierte el procedimiento romano en un procedimiento *ex lege (Iulia)*, es decir, regulado por una ley procesal. Es por tanto a partir de esta *lex* cuando se puede hablar de la distinción entre *iudicia legitima* y *iudicia imperio continentia* en el sentido gayano, distinción únicamente de ámbito procesal⁷⁷. Como ya afirmó Bonifacio la distinción *iudicium legitimum- iudicium imperio continens* únicamente se puede remontar a la *lex Iulia iudiciorum privatorum*⁷⁸ y Kaser/Hackl⁷⁹ han confirmado esta idea.

sentencia (*Vat. Fr. 47a, Paul 1 manualium*). También, según Pugliese (*op. cit.*, p. 71), a la *lex Iulia* se remonta la escisión entre el aspecto procesal y el aspecto sustancial, eficazmente ilustrado por Gayo IV, 109.

⁷⁷ Así, según FUENTESeca P., *La necesidad de retornar al estudio del Edicto pretorio, Investigaciones, op. cit.*, p. 76, nota n.9, la *lex Iulia* trató de suprimir la distinción de raíz histórica entre *iudicia legitima* cuyo instrumento procesal era la fórmula *legis actionis legitimae* (vinculado a la idea de *legis actio*) y los *abitria honoraria inter cives, in urbe Roma* y ante un *iudex unus romanus*. Según P. Fuenteseca acaso detrás de esta regulación de la *lex Iulia* haya la influencia de un cambio en la concepción de la *iurisdictio*: la noción de legitimidad o *iudicium legitimum* (con fórmula *actionis legitimae*) se desvincula de su origen que eran las *legis actionis* para circunscribirse a una razón territorial - *Urbs Roma* - y *ratione personae (cives romani) litigatoris et iudicis (iudex unus)*. Según P. Fuenteseca, a esta diferencia formal se uniría la de la *mors litis* (18 meses para los *iudicia legitima*) puesto que diferencias sustanciales no existirían entre *iudicia imperio continentia* y *legitima*.

⁷⁸ Vid. BONIFACIO F., *Iudicium legitimum e iudicium imperio continens, op. cit.*, hace esta afirmación en las p. 219, 221, 231, entre otras. En este artículo Bonifacio logra demostrar que la contraposición *iudicium legitimum - iudicium imperio continens* no se puede fundamentar en la contraposición *lex - imperium*, como hace la *communis opinio* (p. 209). Según Bonifacio (*op. cit.*, p. 214) Gayo IV, 104-105 califica de *legitima* los procedimientos no por ser previstos en una ley cualquiera, sino en cuanto están comprendidos entre los procedimientos dispuestos por una *lex* bien determinada que debía regular precisamente los *iudicia* que fuesen instaurados en Roma y se desarrollasen *inter cives Romanos* y *sub uno iudice*. Para Bonifacio (*op. cit.*, p. 216), antes de la *lex Iulia* no se podía hablar de *iudicium legitimum* en el sentido empleado por Gayo. Según Bonifacio (*op. cit.*, p. 219), la denominación *iudicia legitima* alude al hecho de que los juicios que se desarrollaban *in urbe romana vel intra primum urbis Romae miliarum, inter cives romanos, sub uno iudice*, fueron regulados por una ley -la *lex Iulia iudiciorum privatorum* - que estableció para ellos un término especial de duración de 18 meses desde la *litis contestatio*. Para Bonifacio (*op. cit.*, p. 219), la *lex Iulia* debió ser la primera ley que la historia del Derecho romano recuerde, reguladora del proceso y no de la acción. Según Bonifacio, las XII Tablas habrían dictado normas para el *lege agere* de las partes, habrían regulado acciones individuales; las leyes Silia y Calpurnia habrían introducido nuevas acciones y la propia *lex Aebutia*, que hizo facultativo el recurso a la fórmula, y que, según la doctrina común, se habría limitado a introducir las fórmulas en lugar de las

En definitiva, se encuentra en la *lex Iulia* el punto de partida para la distinción entre derecho procesal y derecho sustantivo. El primer paso en esta dirección lo habría dado la *lex Aebutia*, que sería la primera norma procesal que instauró el procedimiento *per formulas* para los supuestos de *certum dare oportere*, en los cuales, desde antiguo, estaban fusionadas la esfera procesal y la esfera sustantiva.

conditiones únicamente, no habría regulado en absoluto el procedimiento. De ahí que, para Bonifacio, la *lex Iulia* se presente como un *quid novi*: regula el proceso y no las acciones, y lleva consigo la definitiva abolición de las *legis actiones* (Gayo IV, 30).

⁷⁹ Vid. KASER M./HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 178, n.48: la referencia de la *lex Irnitana* a la legislación civil augústea es clara: el cap. 91 se remite expresamente en lo referente a la distinción entre *iudicium legitimum e imperio continentia* al cap. 12 de la *lex Iulia de iudiciis privatis*.