

¿EXISTIO LA DENOMINADA, «LEGIS ACTIO SACRAMENTO IN PERSONAM»?

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Se admite tradicionalmente en la doctrina romanística actual la existencia de una doble manifestación de la *legis actio sacramento: in rem e in personam*. Sin duda por influencia de Gayo, nuestra fuente fundamental de información respecto al procedimiento clásico y preclásico, se admitió sin crítica esta manifestación bipartita de la *legis actio sacramento*. Sin embargo, la figura de la *legis actio sacramento in personam*, no resiste una detenida crítica, como vamos a comprobar seguidamente. Nos inclinamos a creer en la inexistencia de dicha forma procesal; por lo menos tal como se admite en la doctrina moderna. Ni los testimonios de las fuentes, ni la historia y caracteres del procedimiento en la época de las *legis actiones*, permiten afirmar la existencia de una *legis actio sacramento in personam* con las características que suelen asignársele.

Para mejor análisis del problema dividiremos nuestro estudio en tres partes. Primero, aludiremos a los testimonios que las fuentes nos proporcionan; después, trataremos de obtener toda la información que los caracteres del Procedimiento en la época de las *legis actiones* nos permiten acerca de la *legis actio sacramento in personam*, y, por último, explicaremos la escasa necesidad de un *agere in personam* en época arcaica.

I.—TESTIMONIOS DE LAS FUENTES

Nuestras fuentes de información respecto a la *legis actio sacramento in personam* son tan escasas que se reducen a las noticias de Gayo en sus Instituciones y a unas fórmulas que nos han sido transmitidas por medio de Valerio Probo. Creemos discutibles ambas informaciones. El testimonio de Valerio Probo es claramente insuficiente, como veremos, y el de Gayo es tan poco claro que más bien sirve de base para negar la existencia de la *legis actio* que nos ocupa.

En efecto, no hallamos en Gayo una descripción de los ritos que debían llevarse a cabo en la *legis actio sacramento in personam*; en cambio, señala minuciosamente (IV, 16-7) los detalles de la actuación en los casos de *legis actio sacramento in rem*. Suele decirse que Gayo se refería a la *l. a. sacramento in personam* precisamente en dos lagunas comprendidas en los párrafos 14 y 15 del libro IV, que en el palimpsesto de Verona no han podido ser descifradas (1). Sin embargo, no hay indicios suficientes para suponer que Gayo describiese allí la acción de la ley que nos ocupa. Es de observar que Gayo está exponiendo en lo que se conserva de los párrafos 14 y 15 una especie de parte general referente al alcance de la *poena sacramenti*, al nombramiento de juez, etc. El párrafo 15 concluye, precisamente, aludiendo a la actuación ante éste. No es de suponer, por tanto, que antes de aclarar estos aspectos generales se refiriese en concreto a la *legis actio sacramento in personam*, interrumpiendo para ello las consideraciones generales con que había comenzado; ello repugnaría a la sistemática más elemental.

La única mención de *legis actio in personam* se halla en medio de la exposición de la *l. a. in rem* (IV, 16), después de hablar de los ritos de ésta y antes de referirse a la situación de la cosa objeto de litigio durante éste. La alusión es la siguiente: *deinde*

1. Cfr. las tres más recientes ediciones de Gayo, la de F. de ZULUETA, Oxford, Clarendon Press, 1946, pág. 236; la de M. DAVID y J. C. VAN OVEN, Leiden, E. J. Brill, 1948, pág. 120, y J. REINACH, París, Ed. «Les Belles Lettres», 1950, pág. 142.

eadem sequebantur, quae si in personam ageretur (2). Esta frase hizo pensar que, efectivamente, Gayo se había referido antes a la *l. a. s. in personam*. Y por el hecho de que existía antes una laguna, cabía pensar precisamente en ésta como posible lugar de descripción de la aludida *legis actio*. Pero a esta hipótesis tradicional se opone esta misma frase antes citada en la que precisamente quiere apoyarse. ¿Por qué dice Gayo—refiriéndose a un momento posterior al *sacramentum*—que luego se seguían los mismos trámites que si se actuase *in personam*? Desde antes del *sacramentum*—a partir de la *provocatio*— las dos supuestas manifestaciones de la *l. a. sacramento* debían de ser idénticas. ¿Podía referirse exclusivamente al último trámite, a la actuación del *iudex*, que aparece mencionada en Gayo IV, 15? En este supuesto más bien eran dos *legis actiones* distintas. Además, ¿por qué no habla directamente del *iudex*?

La explicación de la extraña alusión al *agere in personam* puede ser ésta. Es sabido que en época clásica existían dos posibilidades de *lege agere* (Gayo, IV, 31): una de ellas, *si centumvirale iudicium futurum est*. Pues bien, ante el tribunal de los *centumviro*s se actuaba todavía mediante *legis actio sacramento in rem*. Gayo (IV, 95) afirma: *Ceterum si apud centumviros itur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem sacramento rco provocato; eaque sponsio sestertiorum CXXV nummum fieri solet propter legem Crepereiam*. Aquí nos hallamos en tema de *agere in rem per sponsionem* al que Gayo se refería en IV, 91-95. Pongamos en relación Gayo IV, 95, con IV, 16, y se explica que Gayo, después de referirse a la apuesta sacramental en IV, 16, diga: *deinde eadem sequebantur quae si in personam*

2. Hemos tomado la lectura que se deduce de los fragmentos del papiro de Antinoe. Sobre estos fragmentos de Gayo, editados por ARANGIO RUIZ (PSI, XI, 1182); cfr. *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, en BIDR. 42 (N. S. I.), 1934, 571-624. La lectura *quae si* no es absolutamente segura, puesto que en la palabra *quae* dos letras (*q* y *u*) son dudosas. No obstante, en dos de las recientes ediciones citadas anteriormente, la de ZULUETA y la de REINACH, se acepta *quae si*. En cambio, en la de DAVID-VAN OVEN aparece *quae cum*, que es lectura tradicional. Vid. versión de A. D'ORS, Madrid. Instituto Francisco Vitoria del C. S. I. C., 1943, en la que se utiliza la 7.ª edición de SECKEL-KÜBLER (Leipzig. Teubner, 1935). El sentido es sustancialmente el mismo en todos los casos.

ageretur. En efecto, Gayo describía los ritos de la *legis a. s. in rem* a través del único caso que se conservaba (el otro se había perdido: *damni infecti nemo vult lege agere* (Gayo, IV, 31), que era aquel que tenía lugar ante los *centumviri*, tribunal ante el que se ventilaban las *vindicationes*, quizá de toda clase, mediante el *agere in rem per sponsionem* (3). Este medio especial ante el tribunal de los *centumviri* tenía la modalidad que Gayo (IV, 95) nos refiere; el *sacramentum* servía de *summa sponsionis* (4). Un indicio de

3. Sobre si los *centumviri* entendían únicamente en caso de *hereditis petitio* o en las *vindicationes*, en general, hay discrepancia doctrinal. En contra de F. BOZZA (*Actio in rem per sponsionem*, en *Studi Bonfante*, II, 596 ss.; cfr. también, *Sulla competenza dei Centumviri*, Nápoles, 1928), que limitaba la competencia del tribunal a casos de *hereditatis petitio*, se ha pronunciado recientemente LUZZATTO, con convincentes argumentos. Cfr. *Procedura civile romana*, parte 2.^a. *Le legis actiones*, Zuffi, Bologna, 1948; asimismo, *Spunti critici in tema di actio in rem per sponsionem*, en *Studi Albertario*, I, 169, ss.

4. Esta interpretación de Gayo, IV, 95 (cfr. las lecturas de las diversas ediciones citadas en n. 1), que pudiera parecer sorprendente, es la única posible. He aquí nuestro punto de vista. No cabe dudar de que ante el tribunal de los *centumviri* se empleaba la *l. a. s. in rem*. Era un proceso real; de ello nos da noticia el mismo Gayo (IV, 16) cuando se refiere al *hasta* como símbolo de justo dominio, y la doctrina está de acuerdo en ello. (Cfr. la literatura antes citada, n. 3). Precisamente por tratarse de un proceso real, Gayo se refiere a él al mencionar la *actio in rem per sponsionem* (IV, 91-5). La esencia de este proceso era el convertir la acción real en personal; mejor dicho, el resolver mediante una *sponsio* una cuestión de propiedad. ¿Puede decirse que ante los *centumviri* se empleó la *sponsio* basándose en Gayo, IV, 95? Indudablemente no, porque si bien se habla de *summa sponsionis*, se habla también claramente de una *provocatio sacramento*. Por otra parte, si la *l. a. s. in rem* ante los *centumviri* se resolviese en una *sponsio*, se burlaba la singularidad del procedimiento. Hay, pues, ante los *centumviri* una apuesta sacramental. ¿Quería decir Gayo que se hacía una *sponsio* y la suma en ésta prometida se reclamaba mediante *legis actio s. in personam*? Esta idea choca con los siguientes inconvenientes: a) el *iudex* no realizaba un *iudicatum*, se limitaba a declarar cuál de los *sacramenta* era *iustum* y habían de hacer el *sacramentum* ambas partes; b) este *sacramentum* tendrían que prometerlo las partes, además de la *sponsio* ya realizada que serviría de base a la *l. a. s. in personam*; c) el *sacramentum* lo perdería la parte a favor del Estado, no a favor del vencedor; d) entonces éste debía recuperar todavía la cosa en litigio. Por tanto, no resulta admisible—ni sería más sencillo el proceso—el suponer aplicable la *l. a. s. in personam* sobre una *summa sponsionis* prometida, porque ello

que Gayo pensaba en el *iudicium* ante los centumviri es la alusión final de IV, 16: *unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur*.

Por otra parte, Gayo había hecho una especie de *summa divisio* de las *actiones*, al comenzar el libro IV, con carácter exhaustivo: 1. *Superest, ut de actionibus loquamur, et si quaeramus, quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam*. Ello prueba que estaba arraigada la idea de la bipartición *actio in rem actio in personam* en el pensamiento clásico; pero no puede retrotraerse a la época de las *legis actiones*. No es de extrañar, pues, que Gayo comience a referirse a la *vindicatio* en el párrafo 16 diciendo: *Si in rem agebatur...* Sin embargo, cabe preguntarse ¿por qué no distingue la *l. a. sacramento in rem* cuando comienza su descripción: 13. *Sacramenti actio generalis erat* (5). To-

exigia el trámite del *sacramentum* además de la *sponsio*. Si se pretendía evitar la *i. s. in rem* convirtiéndola en reclamación *in personam*, no vemos un medio de realización de esta hipótesis más adecuado que el aplicar una forma de *legis actio* típica de la *sponsio*: la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*. Esta nos parece la única interpretación aceptable de Gayo, IV, 95. Lo único cierto es que intervenía una apuesta sacramental y, por ello, la suposición más viable es admitir que esta apuesta había perdido su antiguo carácter y operaba ahora como *summa sponsionis*. Realizada la apuesta, se actuaba *in personam*. La *lex Creperia*—de alcance desconocido—señaló una cantidad fija de apuesta, 125 sextercios. Quizá se deba a esta *lex* la transformación del *sacramentum* en *summa sponsionis*, cosa explicable dado el arcaísmo de aquél. Acaso el *agere in rem per sponsionem* tenga su origen aquí, ante el tribunal de los centumviri. La reclamación *in rem*, mediante *legis actio*, se transformaba, con la apuesta sacramental, en *agere in personam*. De ahí la frase gayana: *deinde eadem sequebantur quae si in personam ageretur*. La expresión *in personam* no se refiere precisamente a la *l. a. sacramento in personam*. Parece ser una expresión técnica que se refiere a una *intentio* concebida en forma de *dare facere oportere*, que Gayo repite suficientemente; IV, 2: *In personam actio est... cum intendimus dare facere praestare oportere*; IV, 4: *Si paret eo dare oportere*; IV, 5: *in personam vero actiones, quibus dare fieri oportere intendimus...* Esta es una razón más que impide el suponer que Gayo (IV, 16) se refería a la *l. a. s. in personam* al decir que seguían los mismos trámites que si se actuase *in personam*.

5. Que Gayo denominase *actio generalis* a esta forma de actuación resulta explicable. Como veremos, las otras *legis actiones* tenían finalidades taxativas. Pero no puede deducirse de esta denominación que en ella se comprendiesen juntamente como objeto, derechos reales y créditos.

avía puede pensarse que de haber tenido noticia Gayo de la *l. a. s. in personam* la hubiese colocado como *legis actio*, aparte, porque si existiese las diferencias con la *vindicatio* tenían que ser tan fundamentales, como veremos más adelante, que forzosamente debían de responder a concepciones distintas. En Gayo, en cambio, aparecen solamente cinco acciones de la ley (IV, 12):

Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniunctionem, per pignoris capionem.

Esta clasificación se nos muestra insuficiente y en desacuerdo respecto a otras afirmaciones del mismo Gayo en sus Instituciones, como señalaremos al final de nuestro estudio. Aquí hacemos esta advertencia para poner de manifiesto la inseguridad de las afirmaciones de Gayo en materia de *legis actiones*.

El segundo testimonio respecto a la *legis actio* que nos ocupa, el de Valerio Probo, es más débil todavía que las deducciones que pueden hacerse de Gayo. Los autores, en general (6), toman el testimonio de Probo como una mención utilizable para la reconstrucción de nuestra acción de la ley. A nuestro juicio, las fórmulas en siglas que se atribuyen a Valerio Probo (7) no son más que esquemas obtenidos del conjunto de acciones personales, extrayendo de todas ellas una parte común. La primera fórmula aparece en las ediciones de fuentes así:

A. T. M. D. O. = *ait te mihi dare oportere.*

Puede observarse que la expresión aquí contenida es común a la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem* y a la *l. a. per conditionem*. En la primera de éstas se afirma: *ex sponsione te mihi*

6. Cfr. p. ej. LUZZATO: *Procedura civile romana*. Parte 2.^a. *Le legis actiones*, cit., pág. 123.

7. Cfr. BAVIERA: *Fontes² (Auctores)*. Florencia, 1940, pág. 456 (4. *In legis actionibus hacc*. núms. 1 y 2). Sobre los problemas de los manuscritos, cfr. GIRARD: *Un second manuscrit des extraits alphabétiques de Probus* (Paris latin 4841), en *RH.*, 1910, 479-520; ORESTANO, R.: *Un nuovo ms. «de iuris notarum» di Valerio Probo*, en *BIDR.*, 43 (N. S. II), 1935, 186-194.

8. Por otra parte, estas siglas de Valerio Probo no aparecen presentadas como pertenecientes a la *legis actio sacramento in personam* concretamente, sino a las *legis actiones*. La identidad de dichas siglas con las correspondientes a la *legis actio per conditionem* es bien elocuente.

X milia sextertiorum dare oportere. La segunda contiene la afirmación que indican las siglas de Valerio Probo: *Aio te mihi sextertiorum decem milia dare oportere* (8).

Esta fórmula abreviada de Valerio Probo no es más que un resumen de las expresiones más corrientes en las *actiones in personam* que en su tiempo—de Tiberio a Domiciano (9)—se transmitían ya como lugares comunes sin ninguna precisión, mayormente entre no juristas. Valerio Probo fué un gramático del siglo I época en que la *cognitio extra-ordinem* estaba ya muy en uso y, por tanto, sus informes acerca de las *legis actiones* no pudieron haber sido muy precisos, especialmente por su condición de gramático.

La otra fórmula en siglas de Valerio Probo que parece referirse a la *legis actio sacramento in personam* es la siguiente:

Q. N. T. S. Q. P. = *quando negas, te sacramento quingenario prouoco*.

Nada permite asegurar ni la auténtica transmisión de estas siglas hasta la época de Valerio Probo, después de varios siglos, ni mucho menos la exactitud de su lectura. ¿Por qué no suponer, por ejemplo, que en vez de aludir al *sacramentum* aludían a la *sponsio*? (10). Podía tratarse de una invitación a la *sponsio* (juramento) en caso de negativa (11).

En todo caso, estas fórmulas que Valerio Probo recogió podrían aducirse como prueba de la existencia de una *legis actio sacramento in personam* entre otras más sólidas; pero por sí solas nada significan. ¿Cómo vamos a deducir de estas fórmulas aisladas la existencia de la *l. a. s. in personam* si tenemos multitud de razones que nos hacen dudar de ésta? De Gayo, que por hoy es la única fuente

9. Cf. P. KRÜGER: *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*², Munich-Leipzig, Dunker-Humb'ot, 1912, 288 y 289. Por último, cf. WENGER: *Die Quellen des römischen Rechts*, Viena, Holzhausen, 1953, 211.

10. Otra fórmula ambigua, pero no aducida generalmente (núm. 5) puede referirse tanto al *sacramentum* como a la *sponsio*. Se trata de las siglas, S. N. S. Q. = *si negat sacramento quaerito*. Puede interpretarse como una alusión al juramento (*sponsio*) en caso de negativa.

11. Nos parece un tanto infundada la lectura de las siglas S. Q. como *sacramento quingenario*, en ese caso, mientras las mismas siglas se leen en otro caso, como *sacramento quaerito* (Vid. cita anterior).

atendible en materia de proceso clásico, no puede deducirse la existencia de tal *legis actio*. Por ello, no basta el dudoso significado de estas siglas recogidas por un gramático: bastarían, si poderosísimas razones deducidas del proceso no militasen en contra de la admisión de una *l. a. s. in personam*, como mostraremos seguidamente.

II.—PRUEBAS OBTENIDAS DEL MISMO PROCEDIMIENTO CIVIL.

1.—*Vindicatio* frente a afirmación abstracta de *oportere*.

Gayo, además de clasificar las acciones al comienzo de la parte de *actionibus*, en *actiones in rem* y *actiones in personam* (IV, 1), señala la identidad de las primeras con las *vindicationes*, y de las segundas con las *condictiones* (IV, 5):

Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones.

La referencia a las *vindicationes* se halla de acuerdo con la descripción que Gayo realiza luego (IV, 16) del desarrollo de la *legis actio sacramento in rem*. En ésta, efectivamente, demandante y demandado realizaban una *vindicatio* solemne de la cosa objeto de litigio. Esta *vindicatio* se concretaba en la afirmación de pertenencia de la cosa al reivindicante —no de un derecho de propiedad— en virtud del Derecho quirritario:

Ex iure Quiritium meum esse aio.

Era la afirmación de una *potestas* que tenía mucho, probablemente, de rito antiquísimo (12) en la extraña frase:

12. Vid. H. LEVY BRUHL: *Sur la laïcisation du droit à Rome*, en *Revue internationale des Droits de l'Antiquité*, 4, 1951, pág. 83, ss. Cfr. del mismo, *Le très ancien procès romain*, en *SDH*, 17, 1952, 1-20; del mismo puede verse últimamente, *Le sacramentum in personam*, en *Studi Arancio Ruiz*, 11, 15-29. La simplificación de ritos de *l. a. sacramento in personam* no deja de ser advertida por Levy Bruhl (*op. cit.*, pág. 17), si bien este autor no duda de la existencia de aquella. Cfr. además P. FREZZA: *Ordalia e legis actio sacramento*, en *Studi Classici e Orientali*, vol. 11, 1953, 63-8.

Ius feci, sicut vindictam imposui.

Cualquiera que sea el sentido de esta afirmación (13) y de los demás actos rituales que las partes debían cumplir en esta *legis actio*, lo cierto es que se trata de un acto complejo, ligado a ritos específicos. ¿Cómo es posible imaginar una manifestación de esta misma *legis actio* en que simplemente se afirme por parte del demandante: *ait te mihi dare oportere?* Una afirmación así, de tipo abstracto, supone un estadio mucho más avanzado en que el Derecho no necesita ya apoyarse en actos materiales de carácter ritual. A nuestro entender, hay un abismo insalvable entre la presunta manifestación *in personam* de la *legis actio sacramento* y la *vindicatio* transmitida por Gayo, que sería su manifestación *in rem*. No es posible imaginar qué ritos cumplía el acreedor demandante frente al deudor. No cabía un rito material al hacer la afirmación, porque no podía manifestar el acreedor (por ejemplo) que la persona del deudor le pertenecía.

La *vindicatio* que Gayo nos trasmite a propósito de la *l. u. s. in rem* conserva el carácter de una antigua afirmación de *potestas* del *paterfamilias* de época anterior a las *legis actiones*. Los ritos y afirmaciones que las partes realizaban estaban vinculados al carácter mágico-religioso del más primitivo Derecho. Es posible, incluso, que la fórmula de Gayo haya sufrido alguna superposición para reflejar el momento de la intervención estatal que parece desprenderse de la frase: *mittite ambo hominem* (14). Aquí el Pretor se colocó como órgano estatal encauzador de la justicia privada. Así se ha transmitido la idea de una antigua *legis actio sacramento*, que, sin duda, no nació como tal. En sus orígenes no pudo ser una *legis actio*, sino una actuación no regulada legalmente y realizada antes ya de la intervención estatal según ritos antiguos. Las *legis*

13. Cfr. sobre esta frase, P. NOAILLES: *Vindicta*, en *Fas et Jus (Etudes de Droit Romain)*, Paris. «Les Belles Lettres», pág. 75 ss. El rito de la *vindicatio* viene a ser, en la concepción de Noailles, una manifestación o nueva creación (recreación) del Derecho cada vez que se realiza. Cfr. además, KASER: *Religione e diritto in Roma arcaica*, en *Annali Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, vol. III, 1948-49, pág. 94 ss.

14. Cfr. NOAILLES: *Op. cit.*, pág. 75.

actiones, como afirma Guarino (15), serían ajenas al viejo *ius Quiritium*, porque, habida cuenta de la vinculación a las *leges* que Gayo les atribuye (IV, 11), y su mismo nombre indica, no pudieron haber pertenecido a aquél. Hoy parece claramente admisible que las *leges* fueron, en principio, enteramente ajenas al *ius*. Según Guarino, hasta fines del siglo I d. C. no se consideró como jurídico, como *ius*, el ordenamiento constitucional y administrativo de la *res publica*. Sólo por un procedimiento indirecto, la admisión de las *leges publicae*, junto a los *mores*, en el sistema de fuentes del *ius*, se llegó a admitir que formaba también parte de éste lo establecido mediante *leges* (16).

Es discutible, pues, el carácter de *legis actio* de la *vindicatio* que Gayo nos transmite como tal. Es posible que, a partir de una época determinada, se considerase como un medio de *lege agere* en virtud de la intervención del pretor como representante del Estado. En todo caso, es una forma antiquísima, que revela un mecanismo enteramente ajeno a la realización de la justicia encauzada por órganos estatales. No es explicable una forma de esta *legis actio* en que el actor comparezca solamente para afirmar un *oportere*—deber jurídico ya desde las XII Tablas, según J. Paoli (17)—ante un órgano del Estado. Este supone una decidida intervención estatal, en cuanto el Pretor actuaría como receptor de la afirmación junto con el demandado. Ante el Pretor se afirmaría, sin ninguna clase de rito material, la simple existencia del deber: *dare oportere*. Esta simplicidad no puede admitirse al lado de otra forma procesal nutrida de ceremonias imprescindibles. Una forma tan simple de actuación judicial pertenece a una época en que el proceso se hallaba enteramente en manos del Estado y éste había reconocido la posibilidad de *lege agere* para reclamar lo que se debía mediante la antigua promesa jurada —*sponsio*— con tal que se probase la

15. *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, en *Studi in onore de Vincenzo Arangio Ruiz*, vol. I. Nápoles, Jovene, 1952. págs. 400 ss.

16. *Op. cit.*, págs. 377-79.

17. J. PAOLI, en *Revue des études latines*, 1937. págs. 326-343.

existencia de ésta (18). El Estado creó así una *legis actio* con la cual convirtió en estrictamente jurídico —es decir laico— el deber religioso que se contraía mediante *sponsio*, sin duda por influjo de un ambiente social elevado en que se admitía ya el fenómeno del *credítum*: el *credere pecuniam* sería ya fenómeno corriente. Con este fin surgió la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en la que el demandante podía afirmar ante el Pretor: *ex sponsione te mihi X milia tertiorum dare oportere aio* (19). Nació *ex lege* el primer vínculo de sustancia jurídica entre acreedor y deudor. Siempre que se podía afirmar un deber de dar —*dare oportere*— frente al deudor, éste se hallaba *obligatus*. Así apareció el primer acto lícito obligante a través del proceso, por imperio de la ley, que facultaba al acreedor para exigir un deber jurídico de prestar de parte del deudor. Deber jurídico en cuanto perteneciente al ordenamiento jurídico y exigible por órganos legalmente establecidos. Es probable que mucho más tardía fuese la simple demanda abstracta que se hacía mediante *legis actio per conditionem*: *Aio te mihi sextertiorum decem milia dare oportere* (20). El carácter abstracto de esta afirmación parece revelar un estadio posterior en la evolución procesal romana. Según Gayo (IV, 20), efectivamente, esta *legis actio* es posterior a la *l. a. sacramento* y a la *l. a. p. i. a. p.* y no ve claro el motivo de su introducción, ya que las deudas eran reclamables por cualquiera de estas dos *legis actiones* (21). Esto

18. Del carácter del juramento religioso de la *sponsio* primitiva no cabe dudar. Cfr. KASER: *Das altromische ius*, Göttinga, Vandenhoeck-Kuprecht, 1949, págs. 236 ss. Cfr. asimismo, de KASER: *Religione e diritto in Roma arcaica*, en *Annali del Seminario Giuridico*, cit., pág. 92.

19. GAYO, IV, 17 a.

20. GAYO, IV, 17 b.

21. GAYO, IV, 20. Una prueba muy significativa de que las *legis actiones* eran enteramente extrañas ya al pensamiento posterior es el hecho de que no se comprenda la novedad que significó la *legis actio per conditionem*. Para nosotros resulta clara la innovación; significó la posibilidad de una demanda abstracta, sin alusión a la causa, a la *sponsio* correspondiente, como era obligado en la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*. BESELER, en *SZ.* 57, 1937, 30, considera falso el empleo del verbo *desiderare* en este pasaje gayano; cfr. también SCHULZ: *I principii del Diritto romano* (traducción italiana A. Ruiz. Sansoni, Florencia, 1946, págs. 87-88), para quien dicho pasaje puede ser postclásico. Del mismo, vid. *Das «Quare» und die Rationalisierung der römische Wissenschaft*, en *Archives-RIDA*, 1, 1952,

nos lleva al análisis de otra cuestión, que choca con la existencia de la *l. a. s. in personam*.

2. Coincidencia en la finalidad de tres *legis actiones*.

Resulta incomprensible la existencia de tres *legis actiones* con objeto coincidente: la reclamación de créditos. Los autores procuran explicar la concurrencia a favor de un presunto acreedor de tres formas procesales de actuación dentro de los límites del *lege agere*, pero no han resaltado debidamente la anomalía que ello significa. ¿Qué motivo hay para que un acreedor disponga de tres medios distintos de acción judicial? En efecto, suele admitirse que los créditos eran exigibles por medio de la *l. a. s. in personam*, de la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem* y de la *l. a. per condictionem*. Cada cual tenía su esfera: pero, por ejemplo, una deuda de *certa res* mediando *sponsio*, podía, según la doctrina tradicional, hacerse valer por cualquiera de las tres *legis actiones*. Así Luzzatto (22) hace un esfuerzo para explicar esta coincidencia, pero no halla más motivo esencial para la introducción de la *legis actio per condictionem* al lado de las demás que el carácter abstracto de ésta, mientras la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem* era causal y limitada a poquísimas categorías taxativamente determinadas (23). Y es curioso observar que, sin embargo, constituye un enigma el medio de reclamación de los créditos *incertae rei*. Arangio Ruiz

557-69. Que Gayo no comprendiese la finalidad de la *legis actio per condictionem* resulta difícil de admitir, ya que él mismo señala sus características, diciendo que se trata de una verdadera *condictio*, pues el actor hacía una *denuntiatio* al adversario *ad iudicem capiendum* (IV, 18), a los treinta días. Luego dice que dicha *legis actio* fué introducida por la *lex Silia* para una deuda de *certa pecunia* y por la *lex Calpurnia* para *certa res* (IV, 19). Sus peculiaridades son claras. Gayo IV, 20 parece, por ello, una glosa posterior de tono escolástico.

22. *Procedura*, II, cit. págs. 150 ss.

23. Esta característica fundamental que es el carácter causal de la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem* no la ve Gayo, que únicamente hace notar respecto a ésta (IV, 17 a.): *itaque sine poena quisque negabat*. Gayo quiere decir, simplemente, que no había opuesta sacramental, pero no puede deducirse del verbo *negare* una implícita alusión a la *l. a. sacramento in personam*, sino a la misma *l. a. per iudicis arbitrive postulationem* en que se preguntaba al demandado: *id postulo aias an neges*.

piensa, como es sabido, que la *l. a. s. in personam* tendría entre sus formalidades una *aestimatio* (24). ¿Por qué se dieron tres posibilidades de reclamar un *certum*?

No se halla una explicación convincente de la coexistencia de tres *legis actiones* en materia de crédito, más que suponiendo inexistente la llamada *l. a. sacramento in personam*. La primera *legis actio* de tipo personal es seguramente la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*, con que se reclamaban las obligaciones nacidas *ex sponsione*. Esta accionabilidad de la *sponsio* significa un gran avance como prueba el mismo procedimiento *per sponsionem* (25), por el cual se procuró convertir en procesos de carácter personal las reclamaciones reales. La *sponsio* debió de ser la forma más frecuente de creación de obligaciones, y acaso la única en sentido técnico. Ello nos hace pensar que la conocida tendencia a identificar *actio* y *obligatio* (26) tenga su explicación en una remota identidad de origen. Es posible, en efecto, que la primera *legis actio* haya sido la que sancionó con carácter laico a la vieja *sponsio-juramento*. El sujeto promitente quedaba *obligatus* a un *dare oport-*

24. Cfr. A. RUIZ, bibliografía sobre el papiro de Antinoe, cit. en n. 2. Además *Istituzioni* ¹¹, Nápoles, Jovene, 1952, pág. 117. Puede verse, sobre *arbitrium liti aestimandae*, BETTI: *Istituzioni*, Padua; Cedam, 1947, pág. 264, con bibliografía en n. 12. LUZZATO: (*Procedura*, cit. II, pág. 135) considera insoluble el problema debido al silencio de las fuentes.

25. Cfr. el desarrollo de este procedimiento en U. ALVAREZ SUÁREZ: *Curso de Derecho Romano*. Fasc. II. *Derecho procesal civil romano*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, págs. 239 ss. Vid ahora *Curso*², 1955, 270 ss. Cfr. asimismo, LUZZATO: *Procedura*, cit., vol. III, págs. 56-81. Este autor intenta demostrar que el *agere per sponsionem* pertenece a época *preebucia* y significa la posibilidad de reclamar un *incertum* realizando una *sponsio*, resolviendo así este grave problema. Cfr. del mismo, *Spunti critici in tema di actio in rem per sponsionem*, en *Studi Albertario*, cit.

26. Cfr.: U. ALVAREZ: *Curso* cit., págs. 141 ss. ARANGIO RUIZ: (*Istituzioni* ¹¹, Nápoles, Jovene, 1952, pág. 287) cree que la *obligatio* se presenta en el pensamiento jurídico romano en lucha por obtener su cumplimiento, de ahí la relación entre *obligatio* y *actio*; ej., el título *De obligationibus et actionibus* (D. 44, 7).

erc. que venia a ser un *vinculum iuris*, es decir una *obligatio* (27).

3. Ausencia de *iudicatum*.

Otra dificultad para la admisión de la *l. a. s. in personam* se halla en la ausencia de *iudicatum* propiamente dicho, de sentencia en sentido estricto. El *iudex* en la *l. a. sacramento* se limita a declarar cuál de las dos partes ha pronunciado un *sacramentum iustum* (28). Como observa acertadamente Luzzato (29), no habiendo ni *litis contestatio* en el significado más reciente del término, ni *accipere iudicium*, y dado el carácter voluntario del proceso civil, faltan los presupuestos para que el juez pueda pronunciar una condena que, efectivamente, ningún texto menciona. Ahora bien: si no existía un *iudicatum*, ¿cómo podría realizar la *manus iniectio iudicati* el acreedor cuya deuda no había sido satisfecha durante el ejercicio de la *legis actio*? Si el *iudex* consideraba *iustum* el *sacramentum* del acreedor e *iniustum* el del deudor, ¿cómo se compelia a éste al pago, o en definitiva, cómo se llegaba a la *manus iniectio* si ésta suponía una condena —*iudicatum*— en dinero? El momento característico, de ejecución sobre la persona del deudor, que supone la denominación *l. a. s. in personam* no puede explicarse con arreglo a los trámites de la *l. a. sacramento*. Por el contrario, más bien puede decirse que está en contradicción con estos la actuación *in personam*, no sólo por las dificultades de ejecución antes aludidas, sino también por el discutido testimonio de Gayo, IV, 48, en que parece admitirse una *condemnatio in ipsa re* como existente antiguamente, en otro tiempo: *sicut olim fieri solebat*. Esta afirmación gavana, que ha hecho admitir a algunos una posible *condemnatio in ipsa re* (30), originariamente, no es admitida por otra parte de la

27. Sin que pretendamos entrar ahora en el problema del origen de la *obligatio*, queremos dejar aquí apuntada esta idea que acaso sea utilizable en una revisión de este concepto.

28. Cfr. LUZZATTO: *Procedura*, cit., págs. 119 ss. Vid. también U. ALVAREZ SUÁREZ: *Curso*, cit., págs. 236 ss. Esta opinión suele basarse en dos noticias de Cicerón: *Pro Caec.* 33, 97: *Decemviri... sacramentum nostrum iustum iudicaverunt*; *De domo* 20, 78... *Si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent...*

29. Loc. cit.

30. Así, A. GIFFARD: *Leçons de Procédure Civile Romaine*, Paris, Donat-Montchrestien, 1932, págs. 41-3 y con amplia literatura. L. WENEGR:

doctrina, basándose en serios argumentos (31). Se argumenta que la *menus iniectio indicati* no se refiere al objeto de la pretensión sino a la suma de la condena: *quod tu mihi iudicatus est HS X milia*. Se añade que de haberse dado una *condemnatio in ipsa re* no hallaría luego tanta dificultad en afirmarse; se alude a la necesidad de una *litis aestimatio*, incluso cuando el objeto del crédito era una *certa res*, en la *l. a. s. in personam*, etc.

A nuestro juicio, esta oscura cuestión se ilumina un poco si se descarta la existencia de una *l. a. s. in personam*, uno de los elementos que perturban la visión del problema. En efecto, el testimonio de Gayo concuerda con la idea de una *vindicatio* en que ambas partes afirmaban mutuamente que la cosa les pertenecía y se sometían, finalmente, a una apuesta sacramental—sin duda antiguo juramento—y el *iudex* decidía cuál de los *sacramenta* era justo. Y a consecuencia de esta suprema decisión—que en principio llevaría consigo sanción religiosa—la parte que había realizado su *vindicatio* con justicia tendría derecho a quedarse con la cosa, si ya la poseía, o apoderarse de ella en caso contrario. En este sentido la sentencia u opinión del *iudex* hacía terminar el litigio con una decisión que recaía indirectamente *in ipsa re*. Es ésta la única solución admisible según las normas de *l. a. sacramento*. Gayo tendría razón en su afirmación porque sin duda esta *legis actio*—cuyo carácter es muy discutible—tenía como contenido único una *vindicatio*. No se daba en ella una forma *in personam* en la que se afirmase simplemente un *dare oportere* por parte del acreedor frente al deudor. Esta afirmación supone una sociedad bastante avanzada en que el *creditum* era un factor económico que el Estado había tomado en cuenta.

En la controversia en torno al carácter de la *condemnatio* primitiva hay algo de razón por ambas partes. La *condemnatio* pecu-

Istituzioni di Procedura Civile Romana, trad. italiana de Orestano, Milán, Guitré, 1938, págs. 137 y ss. (especialmente pág. 138, n. 19). Cfr. asimismo de WENGER: *Zu drei Fragen aus dem römischen Zivilprozessrechte*, I. *Zur «condemnatio pecuniaria»*, en SZ. 59, 1939, 316 ss.

31. Vid. LUZZATTO: *Procedura* II, cit. págs. 118 ss. Vid. la nutrida bibliografía de WENGER. *Procedura* cit., pág. 138, n. 19.

niaria no es compatible con la *l. a. sacramento*, pero sí parece haberse dado en las otras dos *legis actiones* declarativas. No es posible explicar de otro modo el carácter de la *manus iniectio iudicati*, forma ejecutiva que parece nacida exclusivamente para condenas pecuniarias, frente a las demás *manus iniectioes*. Por otra parte, no tenemos noticia clara de la *litis aestimatio* ni en la *l. a. sacramento* (condición precisa para la admisión de una condena pecuniaria) ni en ninguna otra *legis actio* (32). En el enigma de la *litis aestimatio* se encierra gran parte del problema de la *condemnatio* primitiva. No obstante, una vía para la solución de éste puede hallarse en la conclusión que acabamos de obtener. Supuesta la inexistencia de una *l. a. s. in personam* cabe admitir una *condemnatio in ipsa re* en la antigua *vindicatio* que hallamos descrita en Gayo bajo la denominación de *legis actio sacramento*.

III. ¿“AGERE IN PERSONAM” EN ÉPOCA ARCAICA?

Pudiera pensarse que el suponer inexistente la *l. a. s. in personam* deja sin explicación el modo de sancionar todo un conjunto de relaciones jurídicas que se suponían reguladas por aquélla, según la doctrina tradicional. Anticipándonos a esta objeción, vamos a exponer unas breves aclaraciones acerca de este extremo.

Suele decirse que la *l. a. s. in personam* constituía la sanción de aquellos créditos que no tenían sanción directa por *manus iniectio* y de los delitos en general.

Es difícil, con arreglo a un sistema de ideas posterior—el que en la época clásica nos proporciona Gayo—reconstruir el sistema procesal de épocas remotas; por ejemplo, el de las XII Tablas.

En dicha época aparecen sancionadas las deudas nacidas *ex sponsione*, con lo cual la *sponsio* (Gayo, IV, 17 a) aparece como primera figura de los que luego se llamarían contratos. Por lo menos, la primera de que tenemos noticia histórica. ¿Por qué esta

32. No obstante, algunos autores afirman su existencia como hemos indicado. Cfr. n. 24. Cfr. asimismo la bibliografía de BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, s. v. *litis aestimatio*.

sanción autónoma de la *sponsio* mediante la *legis actio per iudicis arbitrive postulatione* si existía ya la *l. a. s. in personam* como sanción de los créditos? Kaser (33) ha dado una explicación ingeniosa a este respecto. Puesto que el *sacramentum* fué originariamente un juramento y la *sponsio* también lo era, no pareció admisible la superposición de dos juramentos en un mismo procedimiento. Si ello fuese así, ¿cómo se justifica el nacimiento mismo de la *sponsio*-juramento? ¿Por qué el juramento-*sponsio* adquirió relevancia aparte y obtuvo sanción especial en la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*?

Todo parece indicar que la *sponsio* (34) fué la primera promesa entre partes que tuvo sanción laica. De ella nació una *obligatio*, es decir, un *vinculum iuris*, en cuanto el promitente venía forzado a cumplir mediante un procedimiento preestablecido: la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*.

¿Qué otra figura de relación obligatoria, de lo que podíamos denominar derecho de obligaciones, podemos hallar entonces?

En una visión de conjunto del sistema de acciones—del procedimiento civil y penal—podríamos decir que en la época de las XII Tablas, y con anterioridad a éstas, no se nos muestra, fuera de la *sponsio*, ninguna otra relación con naturaleza obligatoria pura. Se reconocen procedimientos y sanciones en las XII Tablas para actos que encierran cierta ilicitud, es decir, actos que tienen un matiz delictivo, composiciones pecuniarias, etc. (35). Incluso el de-

33. KASER, *Das altrömische ius*, cit., pág. 254-255.

34. Sobre la *sponsio* el más autorizado estudio es el de KASER, *op. cit.*, págs. 256 ss., con bibliografía. Cfr. asimismo, BERGER: *Encyclopedic Dictionary*, cit. s. v. *sponsio*.

35. No hacemos una enumeración de sanciones contenidas en las XII Tablas. Cfr. la reconstrucción de éstas en RICCOBONO: *Fontes² (Leges)*, págs. 23 ss. En éstas podemos obtener una idea clara del sistema y ámbito de las sanciones contenidas en las XII Tablas, aparte del problema de si la tendencia arcaizante de Justiniano multiplicó o no las citas de aquéllas en el Digesto. BERGER defendió el carácter no espurio de las alusiones a las XII Tablas en la Compilación; cfr. A. BERGER: *Le XII Tavole e la codificazione giustiniana*, en *Atti Congresso di Diritto Romano*, vol. I. Pavia, 1934. págs. 39 y ss. y en *Studi Riccobono*, vol. I, Palermo, 1936. págs. 587 ss.

pósito aparece visto desde el ángulo penal: condena *in duplum* al depositario infiel (36).

La relación entre estas figuras que llamaríamos delictuales y el *agere in personam* es discutible, como veremos más adelante.

Otros institutos jurídicos que pudieran hacer pensar en una relación de naturaleza obligatoria parecen haber hallado una sanción directa mediante *manus iniectio*, en virtud de la *damnatio* que les acompañaba. Así, el discutido *nexum* y el legado *per damnationem* eran actos acompañados de una *damnatio*—cuyo alcance no conocemos exactamente—, que llevaba consigo la ejecutividad de la *manus iniectio* (37).

Pensando con categorías jurídicas posteriores podíamos preguntarnos: ¿no existían más medios de hacer nacer un crédito ni otras figuras que implicasen una relación obligatoria? ¿Cómo se regulaba una relación crediticia sin acudir a la *sponsio* incluso antes de ser ésta reconocida con sanción autónoma?

Las deudas pecuniarias debieron de tener su sanción antes de la *sponsio*—e incluso después hasta la *lex Poetelia Papiria* en casos en que la *sponsio* no se realizaba—en el arcaico instituto denominado *nexum*. Fuera, por tanto, de toda idea de obligación como *vinculum iuris*, más bien en un orden de ideas que hace pensar en la vinculación real, en el ámbito de los derechos reales. Véase como se quiera la naturaleza del *nexum* (38), lo cierto es que en diversos

36. Cfr. *Collatio*, X, VII, 11.

37. La existencia de la *manus iniectio damnati* se basa en Gayo IV, 21 y III, 174 y en las expresiones como la correspondiente al legado *per damnationem*: *heres meus damnas esto dare*. La literatura romanística del siglo pasado, siguiendo a HUSCHKE: (*Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846), ha admitido en general la existencia de dicha *manus iniectio damnati*. Recientemente NOAILLES: (*Nexum*, en *Revue Historique*, 1940, 205 y ss.), revalorizó el carácter ejecutivo de la *damnatio*. En contra de la *manus iniectio damnati* se ha pronunciado recientemente LUZZATTO: *Procedura*, *op. cit.*, págs. 40 ss. Sin embargo, la idea de la *damnatio* no halla más explicación que su ejecutividad mediante *manus iniectio*.

38. No puede considerarse enteramente superada la idea de HUSCHKE: *Über das Recht des Nexum* *cit.*, de que el *nexum* fué un contrato de préstamo sancionado por una *manus iniectio* basada en la *damnatio*. Esta tesis no podrá desecharse en tanto no se aclare el contenido y alcance de la *dam-*

fragmentos de las fuentes en que se habla de los *nexi* se nos presenta su situación como un estado de vinculación real de una persona a otra, por deudas, por una promesa a cumplir (39). He aquí un modo de regular, con primitivismo, pero con eficacia, el cumplimiento de algo que se ha prometido. Esta vinculación material—*per aes et libram*—servía para lograr, indirectamente, todas las finalidades que dieran lugar más tarde a las diversas *obligationes ex contractu*. Dicha vinculación real fué un estadio anterior al *vinculum iuris*, en que no puede hablarse de *obligatio*. Entonces no existía ni remotamente la distinción entre el ámbito de los derechos reales y los de crédito. El rito material—*per aes et libram*—tenía quizá un carácter creador de derecho.

La necesidad de un *agere in personam* en la época de las XII Tablas, y anteriormente a ésta, no debió de haberse sentido, en cuanto el pensamiento jurídico se movía bajo otros supuestos vinculadó a ritos materiales y a través de medios arcaicos, ajenos a la idea de un *vinculum iuris* (40).

natio. La tesis de Huschke tuvo gran acogida entre los romanistas franceses: Senn, Girard, Cuq. También JOLOWICZ: *Introduction to roman law*², Cambridge, University Press, 1939, pág. 169. La tesis de MITTEIS (SZ. 22, 1901, 96-125 y 25, 1904, 282-83), que conmovió a la doctrina tradicional, tiene, ciertamente, un punto firme: la constatación de que los *nexi* eran deudores en situación de rehenes. Sobre las huellas de Mitteis, con variantes, pueden citarse: SCHLOSSMANN: *Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig, 1904; LENEL, SZ. 23, 1902, 84-101; HUVELIN, en *Daremborg Saglio s. v. nexum*. El más completo estudio reciente es el de KASER: *Das altrömische ius*, cit., pág. 232 y ss. que afirma la ejecutividad del *nexum* y su relación con el préstamo pecuniario y los orígenes de la *obligatio*. Cfr. la nutrida bibliografía sobre el tema en BERGER: *Dictionary. cit. s. v. nexum*. Además, IMBERT: *Fides et nexum*, en *Studi in onore Arangio Ruiz*, Jovene, Nápoles, 1953, vol. 1, 339-63; SCHÖNBAUER: *Mancipium und nexus*, en IURA, 1, 1950, 300-305; LÜBTOW: *Zum Nexumproblem*, en SZ., 67, 1950, 112-61. Cfr. además WESTRUP: *Notes sur la sponsio et le nexum dans l'ancien Droit romain* Copenhague, 1947. Ultimamente, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, Apollinaris, 1955, págs. 198 ss.

39. Cfr. las noticias de LIVIO, VIII, 28: *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset*.

40. De ahí que no consideremos convincente la hipótesis de AMBROSINO (La «*legis actio sacramento in personam*» e la *protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, en *Studi Arangio Ruiz*, II, págs. 251-268), según la cual en la *mancipatio* fiduciaria el *mancipio dans* podía lograr la *remancipatio*

Las que más tarde se denominaron *obligationes ex contractu* son creación sin duda posterior, históricamente sucesiva, a partir de la *sponsio*. Pero si no se nos presenta como una necesidad *ab antiquo* el *agere in personam* en el campo de las *obligationes ex contractu* ¿puede admitirse en las que denominaríamos *obligationes ex delicto*. En otros términos, las reclamaciones nacidas del núcleo de actos ilícitos ya sancionados en la época de las XII Tablas, ¿tendrían su sustanciación mediante una *l. a. s. in personam*? Corrientemente, la doctrina admite esta posibilidad sin reparar debidamente en las dificultades que este punto encierra. El hecho de que el sistema de obligaciones que Gayo nos transmite nos presente la bipartición de las mismas en contractuales y delictuales como una idea básica —Gayo, III, 88: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*— influyó notablemente en la equiparación de *delictum* y *contractus* respecto al *agere in personam* (41). En realidad, dicha equiparación es un punto de llegada. Investigaciones de los últimos años, cuyas conclusiones, en líneas generales, creemos muy aceptables, han puesto de manifiesto el carácter tardío de la *obligatio ex delicto* (42). Aparte de razones históricas,

invocando un *oportere*. El autor supone a éste nacido de la *nuncupatio*, idea que no puede deducirse de las fuentes. La hipótesis de Ambrosino implica una anticipación de ideas clásicas a épocas arcaicas en las que el alcance de la *nuncupatio* se encierra en la misteriosa norma ... *uti lingua nuncupassit ita ius esto* (TAB. VI).

41. Cfr. Gayo, IV, 2.

42. Desde que BETTI ha aprobado con suficientes argumentos la posterioridad de la *obligatio ex delicto*, respecto a la nacida *ex contractu* (Cfr. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, en *Annuario Università di Camerino*, 1918-9, y *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, en *Archivio Giuridico*, vol. 93, fasc. 2, 1925), la *obligatio ex delicto* sufrió la más fuerte crítica por obra de DE VISSCHER, que la considera creación tardía (cfr. *Les origines de l'obligation ex delicto*, en *Revue Historique de Droit français*, 1928, 335-386; *Études de Droit Romain*, Sirey, París, 1931, pág. 257 y ss.). Más radicalmente, LAVAGGI (*Injuria e obligatio ex delicto*, SDHI, 13-4 (1947-8), 141-98, considera a la *obligatio ex delicto* mera creación de sistemática desafortunada. En contra de la doctrina tradicional de la prioridad de la *obligatio ex delicto*, cfr. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*¹¹, 287. ss.; asimismo,

deducidas de la misma sistemática de las fuentes romanas, un poderoso argumento milita en contra de la idea de ver en el *delictum* —en el acto ilícito, en general— una fuente de *obligatio* desde antiguo. La razón es ésta: Puesto que consta la existencia de la llamada composición pecuniaria —las XII Tablas señalan tipos de ésta— como una facultad del reo para eximirse de la ley inexorable del talión, ¿cómo puede admitirse que dicha composición pase a convertirse, en breve lapso de tiempo, de facultad otorgada al culpable —casi un derecho de rescate— en deber u obligación de éste respecto al ofendido? Que esta fué la evolución histórica es evidente, pero las etapas de la misma no están claras ni habrán sido rápidas. De Visscher supone que la obligación de componer surgió cuando el Estado se interpuso entre el ofensor y la víctima del delito obligando a componer (43). Cuando esta necesidad de componer se hacía valer en juicio, después de la *litis contestatio*, la obligación nacida de delito se regulaba lo mismo que la surgida *ex contractu*. De ahí que la doctrina, hacia el siglo I o II d. C., haya admitido que el deber del demandado corresponda a una obligación anterior nacida *ex delicto*. Lavaggi es más radical que De Visscher y supone que la composición pecuniaria se consideró pena de carácter afflictivo de la misma naturaleza que las penas corporales. La responsabilidad por delito privado tiene siempre carácter penal, y la *obligatio ex delicto* es, en el pensamiento de Lavaggi, simple categoría de escuela, una tentativa infeliz de sistematización (44).

DE FRANCISCI (*Storia del Dir. romano*, vol. I. Giuffré, Milán, 1943, página 386, núm. 1) mostró pronta adhesión a la tesis de Betti. En la misma línea de pensamiento, cfr. SEGRÉ, en *Studi Bonfante*, III, 501-617; SIBER, *Römisches Privatrecht*, vol. II, 223. La idea de Betti fué expuesta anteriormente por VON MELTZL (*Die Obligation im Zeichen des Delicts*, Kolozsvár, Hungría, 1909). Este trabajo del entonces *Privatdozent* húngaro está repleto de brillantes sugerencias, como otros del autor en materia de obligaciones. Una posición ecléctica, que pretende superar el problema, es la recientemente sostenida por VOCI, *Istituzioni di Diritto romano*³. Giuffré, Milán, 1954, para quien el concepto de *obligatio ex delicto* se remonta a la Jurisprudencia republicana (*op. cit.* pág. 309, núm. 8), y la discusión respecto a la prioridad no la estima correcta en cuanto se halla viciada de errores metodológicos (*op. cit.* pág. 303, núm. 13). Voci parte del prejuicio de ver la *obligatio* como débito y responsabilidad.

43. Cfr. *Etudes*, cit. pág. 301.

44. Cfr. *Injuria e obligatio ex delicto*, *op. cit.* pág. 165 y ss.

La interrogante que la transposición de ideas aludida lleva implícita no se halla resuelta. Para nosotros resulta evidente que no puede equipararse la vinculación nacida de actos lícitos (diríamos *ex contractu*) con la nacida de actos ilícitos (*ex delicto*) en los primeros estadios del pensamiento jurídico romano, y, en consecuencia, no son equiparables inicialmente *obligaciones ex delicto* y *ex contractu*.

Toda una gran evolución que va de la venganza privada a la *actio poenalis* está detrás de las que Gayo denomina *obligaciones ex delicto*; en dicha evolución hay todavía mucho por estudiar.

Expresión concreta y máxima de estas dificultades es la de adecuar la reclamación *ex delicto* al tipo de fórmula del *agere in personam* tal como se nos transmite en las fuentes. Sabemos por el mismo Gayo que la fórmula del *furtum* (IV, 37) se refería a un *damnum decidi oportere*. ¿Cómo conciliar el *damnum decidere* con el *dari oportere* del *agere in personam*? A nuestro modo de ver, en este punto se concretan todas las dificultades que nacen al intentar equiparar la responsabilidad nacida de actos ilícitos —desde época antigua— con la que da lugar a un *agere in personam*. Gayo mismo distingue claramente (IV, 45) tres tipos de *intentio* así concebidas: *nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dare oportere aut pro fure damnum decidi oportere*.

No se puede suponer idéntico medio procesal originario para dos afirmaciones distintas; una referida al *damnum decidere* y otra referida a un *dari oportere*. Kaser (45) intenta superar esta dificultad admitiendo la posibilidad de una expresión amplia y compleja en la *legis actio sacramento in personam: damnum decidere dare oportere*. Pero esta hipótesis no halla apoyo alguno en las fuentes y, por otra parte, da por supuesta la idea de que el delito engendraba un deber —*oportere*— del demandado u ofensor, situación que fué el punto de llegada de una evolución, como hemos visto. No se ha precisado toda la trayectoria, pero sí es evidente que en la época de las XII Tablas el *pactum* era una vía de salida, un sustitutivo para evitar el talión: Tab. VIII, 2:

45. *Das altrömische ius*, cit. pág. 189.

Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.

En esta época la compensación pecuniaria está lejos de ser un deber del ofensor. No puede el ofendido entablar una acción afirmando un deber (*oportere*) concretando en el *damnum decidere*, salvo que medie *sponsio*.

En conclusión, no parece admisible el suponer, por lo menos para la época de las XII Tablas, una vía procesal idéntica para una deuda y para un acto ilícito. No es posible cohonestar el *damnum decidi oportere* con el *dari oportere* (46). La doctrina no parece haber reparado especialmente en esta dificultad, quizá por el hecho de haber admitido literalmente la información de Gayo (contradicha en sus mismas Instituciones), según la cual las *legis actiones* fueron cinco. Noailles (47), intentando probar que la *manus in jectio* que se realizaba en caso de *in ius vocatio* era una *legis actio* autónoma, ha criticado acertadamente el elenco gayano. Y este es, en efecto, un punto digno de especial atención. Que las *legis actiones* fueron más de cinco se deduce claramente de la lectura de las Instituciones. Allí se nos habla de una *legis actio de vitibus succis* (IV, 11) y se califica a la *in iure cessio* como *legis actio* (48). ¿Qué venían a ser, pues, las denominadas *legis actiones*? Gayo (V, 11) parece decir que era una forma ritual de procedimiento que se acomodaba a las palabras prescritas en las leyes. Las *legis actiones* no fueron, pues, únicamente las que Gayo nos transmite; las posibilidades de *lege agere* no se limitaron a cinco, y es admisible el suponer que las diversas sanciones señaladas desde las XII Tablas para actos ilícitos tenían una tramitación específica, ritualizada en cada caso. Comoquiera que sea, no parece aceptable el subsumir los actos ilícitos bajo hipótesis de *agere in personam*.

46. La expresión *damnum decidere* existía ya en la época de las XII Tablas. Tab. XII, 3... *duphone damnum decido*.

47. Fas et Jus (*Études de Droit Romain*), op. cit. pág. 178 y ss.

48. Gayo, II, 24, después de exponer los ritos de la *in iure cessio*, afirma: *idque legis actio vocatur*. Asimismo, en Gayo, III, 154 b, aparece mencionada otra *legis actio*: *Alii quoque qui volebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praetorem certa legis actione*. Cfr. NOAILLES, loc. cit., para otros casos. Se dudaba, en cambio, si la *pignoris capio* era una *legis actio* (Gayo, IV, 29).

CONCLUSIONES

Como resultado de nuestro estudio, creemos posible el emitir, modestamente, la siguiente hipótesis:

a) La *legis actio sacramento in personam*, tal como la concibe la doctrina romanística actual, no parece admisible y cabe dudar de su existencia histórica. La idea de un *agere in personam* resulta difícilmente conciliable con el arcaico procedimiento del *sacramentum*.

b) La bipartición *agere in rem-agere in personam* refleja un pensamiento clásico de distinción de las acciones en el ámbito del procedimiento *per formulas* según se desprende de Gayo, IV, 16. El *agere in personam* tenía unos caracteres perfectamente definidos, según Gayo (IV, 2; IV, 4; IV, 86-7) reiteradamente señala; consistían éstos en la afirmación de un *dare facere oportere* y resultan incompatibles con la *vindicatio* de ritos arcaicos que Gayo nos transmite (IV, 16).

c) La descripción que Gayo hace de la *legis actio sacramento in rem* (IV, 16) probablemente responde a la que se realizaba ante el tribunal de los *centumviri*, única supervivencia histórica del viejo procedimiento de que Gayo pudo tener información completa. Ante este tribunal debió de existir una posibilidad de *agere in rem per sponsionem* muy especial. Quizá la *summa sacramenti* se transformó en *summa sponsionis* por la *lex Crepereia*. Es muy probable, incluso, que el *agere in rem per sponsionem* haya surgido ante el tribunal de los *centumviri* para aligerar las formalidades de la vieja *legis actio sacramento in rem*; sobre todo para obviar el inconveniente del *sacramentum* transformándolo en puente de paso hacia una reclamación *in personam* que viniese a facilitar los trámites de la *legis actio* y a lograr la solución, de modo indirecto, de las *vindicaciones* que se ventilaban ante los *centumviri*.

Pablo FUENTESECA