

ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA EJECUCIÓN DE CONDENAS NO DINERARUAS (1ª PARTE): LOS PERIODOS ROMANOS

Laura Carballo Piñeiro*

Universidade de Vigo

Sumario

1.- Historia “típica” de la ejecución. 2.- Derecho romano: a) El periodo arcaico: las *legis actiones*; b) El periodo clásico: las *formulae*; c) El periodo post-clásico: la *cognitio extra ordinem*.

1. Historia “típica” de la ejecución

La “tipicidad” de la historia de la ejecución obedece al intento de ver en las diferentes etapas históricas un mismo esquema, con el mismo punto de partida y de llegada, porque el proceso, y formando parte de él, la ejecución, no es una institución indiferente a la atmósfera social en la que le toca desenvolverse. Partiendo de esta premisa, numerosos autores han intentado poner de relieve la relación entre ciertas condiciones sociales y las características que definen al proceso de ejecución¹: a sociedades primitivas corresponde un estado de autotutela, propio de un individualismo sin atenuación

* Doutrora en Dereito

¹ LONGO, para las sociedades en que la autoridad es muy débil, señala los siguientes caracteres: “*natura spiccatamente dispositiva, e quindi predominio dell’attività della parte; riduzione al minimo dell’intervento dell’organo statale; difficoltà, o meglio impossibilità nel processo più antico, di identificare l’oggetto dell’esecuzione con l’obbligo inadempito, e quindi di assimilare il risultato finale di essa al soddisfacimento del diritto violato; almeno per i primordi, carattere personale e sanzionatorio-repressivo dell’azione esecutiva, in concomitanza, nel diritto sostanziale, con un originario stato di indistinzione della sanzione civile da quella penale.*” LONGO, E.; *Esecuzione forzata (Diritto Romano)*, voz en Ns.D.I. Vol. VI, UTET, 1957, p. 714. Vid. *Esecuzione forzata (Diritto Intermedio)*. Cit., p. 722. ALLORIO vincula la fase primitiva de la sociedad con el predominio en la ejecución de la figura del acreedor a quien favorecen especialmente las formas de autotutela, de la responsabilidad corporal sobre la patrimonial y la falta de declaración previa a la misma ejecución. La tendencia es ir hacia la responsabilidad patrimonial previa declaración del derecho. Vid. *Esecuzione forzata in genere*. En N.D.I., Vol. 5, U.T.E.T., Turín, 1938, p. 506. En España, en el siglo XIX ya VICENTE y CARAVANTES hacia una introducción de este tenor a su estudio de la LEC de

de ningún tipo, mientras que, a sociedades más evolucionadas, una mayor protección del deudor en la medida en que se priva al acreedor de las funciones de juez y ejecutor para entregarlas a un tercero imparcial. Ello tiene su explicación en que se expande la comunidad, y la necesidad de seguridad jurídica exige unas normas comunes y conocidas por todos. La misión de lograr la seguridad jurídica se encomienda a la autoridad pública. Vistas así las cosas, ALLORIO piensa en la historia típica del proceso como la historia de su “publicización”, de la asunción por el Estado de la función judicial².

Pero, si bien la exposición de ALLORIO tiene lógica y no deja de verse confirmada por elementos históricos, no muestra más que una manifestación de la lucha por el perfeccionamiento del mecanismo procesal. Como señala el profesor SATTA en respuesta a la teoría de ALLORIO: “La historia ideal (...) está en el progresivo afinamiento en el Estado del sentido del propio deber y de la propia responsabilidad frente al derecho reconocido y garantizado, sentido que, así como lo impulsa a veces a crear nuevas formas de autotutela, lo induce también a mejorar la estructura del proceso, para hacerlo más adecuado a su finalidad”. Frente a la “publicización” como piedra de toque de la evolución del derecho, es mejor volver los ojos hacia la relación entre los individuos que es base del proceso. “Si hay un motivo ideal que se pueda encontrar como hilo conductor, en la historia del proceso, el mismo es precisamente la protección del individuo contra las dominantes fuerzas de los otros individuos, ya sean particulares, ya revestidos de autoridad, y que se manifiesta no sólo con la prohibición de la justicia por propia mano, sino precisamente con la institución misma del proceso, y con su progresivo perfeccionamiento”³.

1855, bajo el título *Origen y fundamento filosófico de las autoridades y funcionarios judiciales y del Enjuiciamiento civil*. Vid. *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. T. I, Madrid, 1856, pp. 10-19.

² “Dopo un sommario esame, si ritrae, immediata e irresistibile, la duplice impressione d’una interna coerenza nello svolgimento del diritto processuale entro ciascuna di quelle civiltà giuridiche; e d’un sensibile parallelismo tra quei due svolgimenti. Quella coerenza e questo parallelismo si possono riassumere, come non meglio, nella formula della pubblicizzazione del diritto processuale: ossia, mutazione graduale de quel diritto, da una primitiva figura individualistica, a una finale organizzazione secondo il principio autoritario; o ancora, con altri termini, affidamento progressivo agli organi dello Stato delle iniziative per l’applicazione della sanzione, nella composizione della lite.” ALLORIO, E.; *Significato della storia nello studio del Diritto Processuale*. En R.D.P.C., 1938, p. 187.

³ SATTA, S.; *Historia y “publicización” en el proceso*. En *Soliloquios y coloquios de un jurista* (Trad. SENTIS MELENDO), EJEA, Buenos Aires, 1971, p.189 y 190.

El dibujo de una posible historia típica de la ejecución encuentra su razón de ser en las peculiaridades que se ofrecen a los ojos de los estudiosos del proceso cuando observan el paso de la autotutela al desdoblamiento entre proceso de declaración y proceso de ejecución. La historia de la actividad ejecutiva es la historia de una institución en la que los hombres debaten la forma de doblegar la voluntad de aquél que rompe el pacto social e incumple aquellas obligaciones de las que se hace responsable, limitando de forma voluntaria su propia libertad. El primer impulso es tomarse la justicia por la propia mano. Después, vistas las grandes injusticias a que podía dar lugar, puesto que la autotutela siempre es ejecutiva y no se preocupa de la justicia, se crea un instrumento que permita la defensa del demandado y que ofrezca la certeza a la sociedad de que lo hace justamente: el *processus iudicii*. A partir del momento en que la justicia pasa a ser cosa pública, la tendencia natural es introducir un juicio antes de ejecutar, con el fin de impedir una agresión directa en la esfera particular de los interesados sin un grado mínimo de certeza de existencia de la legitimidad precisa para hacerlo. A continuación, se trata de dibujar la plasmación de este mecanismo en cada momento histórico.

El planteamiento de una historia típica sólo puede tener un objeto actualmente y es alcanzar la eficacia del proceso. Un recorrido histórico ayuda a formar una idea de las medidas que se han barajado con el fin de lograr dicha eficacia. El proceso mismo cumple dos tareas, una preventiva y otra reparadora, que se acentúan en la ejecución⁴; tareas que hay que tener en cuenta cuando se regula el juego de este proceso. Aún más importante que conseguir una ejecución eficaz es evitar la necesidad de acudir a esta institución. De ahí que haya sido común entre los pueblos convertirla en algo temible, de modo que el cumplimiento fuera menos oneroso para el ejecutado que el incumplimiento. Sin llegar a estos extremos, no deja de ser extremadamente interesante advertir que una ejecución eficaz es un argumento suficientemente disuasorio, puesto que la efectividad anula los intereses de aquellos deudores en continuar el proceso con la perspectiva de un beneficio ilícito.

⁴ "A la ejecución no puede asignársele una tarea simplemente "represiva", sino que en muchos casos realiza una tarea "preventiva". (...) no sólo debe servir para reparar un supuesto incumplimiento, sino también para prevenirlo. Esto significa que la ejecución no es tan sólo actividad de sustitución de conductas rebeldes". Vid. RAMOS MENDEZ, F.; *Derecho procesal civil*. Vol. II, 5ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 998.

Las páginas que siguen son un estudio dogmático de la evolución histórica de la ejecución de condenas de dar, con la intención de averiguar el porqué de la actual regulación normativa. No siempre se han podido hallar testimonios de cómo se lograba poner un bien, mueble o inmueble, en posesión del ejecutante, pero ello se debe en gran medida a la diferente concepción de la tutela ejecutiva que reina en cada periodo histórico. En cualquier caso, se intenta mostrar qué mecanismos se empleaban para conseguir proporcionar al ejecutante la prestación debida; esto es, la ejecución *in natura*. De no poder obtenerse, se ha de acudir a la ejecución por equivalente, a la sustitución de la prestación debida por otra. Pero en uno y otro supuesto ha de tenerse en cuenta la duplicidad de medios ejecutivos, modernamente clasificados en medios de subrogación y medios de coerción⁵. Precisamente, objetivo de este trabajo es poner de manifiesto cómo los medios de coerción son tan necesarios como los medios de subrogación para conseguir la ejecución *in natura*. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ya no permite poner en duda esa necesidad sobre la que, en cambio, debió insistirse durante toda la vigencia de la anterior Ley procesal.

2. Derecho romano

El Derecho romano va a ser objeto de un atento estudio, adecuado a la influencia que ha tenido en la formación de los ordenamientos jurídicos modernos. La interpretación que los glosadores hicieron de los textos romanos ha tenido incidencia directa en el proceso codificador; interpretación que desembocó en la máxima *nemo praecise ad factum cogi potest* e influyó en la ausencia de medios de coerción en los códigos⁶. Los glosadores entendían que el remedio oportuno para el incumplimiento de una obligación no pecuniaria era la condena a un equivalente pecuniario, de igual modo que en el periodo romano clásico⁷. Sin embargo, investigaciones ulteriores han puesto de manifiesto que los juristas romanos se valían de otros métodos para obtener la ejecución *in natura*.

⁵ CHIOVENDA, G.; *Instituciones de Derecho procesal civil* (Trad. J. Gómez Orbaneja), t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pp. 312-313.

⁶ Vid. epígrafe 5 en *Aspectos históricos de la ejecución de condenas de dar (2ª parte): Del periodo visigodo a nuestros días* (próximo número de *Dereito*).

⁷ Vid. epígrafe 2.b).

Los historiadores han dividido en tres periodos la evolución histórica romana correspondiendo a cada uno de ellos un tipo procesal diferente. Estos periodos fueron denominados arcaico, clásico y postclásico. Ahora bien, en materia procesal, es necesario dar constancia de otra clasificación, seguida por varios autores, que atiende al carácter privado o público del proceso⁸. Conforme a este criterio los tres procesos históricos señalados se pueden dividir en dos grupos; el primero, donde la actividad de las partes tenía un papel esencial en el desenvolvimiento del proceso (sin que ello supusiera, claro está, ausencia de control público) y que comprendía el proceso de las *legis actiones* y el de las fórmulas; y el segundo correspondiente a la *cognitio extra ordinem*, caracterizada por el dominio que sobre el proceso tenía el magistrado⁹.

2.1. El período arcaico: las *legis actiones*

En este periodo, pese a alguna opinión contraria que quiere ver aquí la aparición del principio de condena pecuniaria, primaba la ejecución *in natura*. El sistema judicial operaba por medio de las *legis actiones*¹⁰, siendo

⁸ COSTA, E.; *Profilo storico del processo civile romano*. Ed. Athenaeum, Roma, 1918, pp. 1-3; WENGER, L.; *Istituzioni di procedura civile romana* (Trad. R. Orestano), Giuffrè, Milán, 1938, p. 253; PUGLIESE, G.; *Processo privato e processo pubblico*. En *R.D.P.C.*, junio 1948, pp. 63-109; BIONDI, B.; *Intorno all'romanità del processo civile romano*. En *Scritti Giuridici*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 368-439; BIONDI, B.; *Il processo civile giustiniano*, en *Scritti...cit.*; pp. 567-598; CARRERAS, J.; *El embargo de bienes*. Cuarta ed., Bosch Editor, Barcelona, 1957, p.30.

⁹ Las *legis actiones* y las fórmulas conformaban el llamado *ordo iudiciorum privatorum*. A pesar de su denominación, no se puede aplicar el concepto actual de acción a las *legis actiones*. GAYO ofrece una doble explicación de ésta: se llamaban así o "porque provenían de la ley o porque estaban modeladas sobre la ley misma y eran fórmulas solemnes que recordaban las leyes que se invocaban en juicio". Vid. SCIALOJA, V. *Procedimiento civil romano* (Trad. Sentís melendo y Ayerra Redín), EJE, Buenos Aires, 1954, p.132; MASCHI, C.A.; *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*. Segunda ed. ampliada. Giuffrè, Milán, 1966, p.333; COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; p. 17.

El nombre de *cognitio extra ordinem* procede del hecho de que empezó a desarrollarse paralelamente al *ordo*, pero al margen del mismo; esto es, como un procedimiento excepcional. El hecho es que acabó absorbiendo al *ordo iudiciorum* y se convirtió en el único proceso utilizado, aunque mantuviera la denominación. WENGER, por esta razón, prefiere abandonar la tradición y bautizarla como "cognición oficial". Vid. *Istituzioni...cit.*; p. 254.

¹⁰ Sobre el desarrollo de las *legis actiones* vid. WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*, pp. 118-126 y 220-226; SCIALOJA, V.; *Procedimiento civil romano...cit.*; pp.131-155; COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; pp. 18-27; MASCHI, C.A.; *Il diritto romano I. Cit.*; pp. 333-373; PUGLIESE; *Processo privato...cit.*; pp. 77-83; FUENTESECA, P.; *Investigaciones de derecho procesal romano*. Ed. Gráficas Europa, Salamanca, 1969, pp. 176.

las más antiguas la *legis actio per sacramentum in rem* y la *legis actio per manus iniectionem*. Aplicando criterios modernos, la primera se dirigía a la protección de los derechos reales y, llegado el caso, se bastaba por sí sola para poner en posesión de la cosa al demandante¹¹; y la segunda a la protección de los derechos de crédito.

En las *legis actiones per sacramentum* la presencia de ambas partes en la primera comparecencia ante el magistrado era imprescindible para la constitución del proceso, por lo que se autorizaba el empleo de la violencia en la *in ius vocatio*. El actor intimaba al demandado a que le siguiese para continuar su disputa y resolver el desacuerdo bajo el poder del Estado. La actitud negativa y de resistencia del *vocatus* legitimaba el empleo de la fuerza (*manus iniectio*), siempre y cuando ésta se practicase con la presencia de testigos (*antestamino*) de la desobediencia¹².

La *manus iniectio* era una institución que presentaba puntos de coincidencia con la *legis actio per manus iniectionem*, acción que se utilizaba para ejecutar al *iudicatus* o *confessus*. A pesar de los paralelismos, su finalidad era distinta; una buscaba garantizar la presencia del *vocatus* en la fase *in iure*; la *legis actio* se dirigía a la ejecución. La presencia de *vindex* también tiene distinta finalidad en cada una de ellas¹³. En la *in ius vocatio*,

¹¹ La *legis actio sacramentum in rem* no iba seguida de la *legis actio per manus iniectionem*, sino que la decisión en ella alcanzada permitía el empleo de medios de defensa privados, a fin de hacerse con la posesión de la cosa. Lo normal era que fuera suficiente la *addictio* del magistrado para culminar esta acción, para que la parte vencedora en el proceso recibiera la cosa discutida.

¹² XII Tablas, I, 1: *Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em capito*. 2. *Si calvitur pedemve struit, manum endo iacit*. 3. *Si morbus aevitasve vitium escit, qui in ius vocabit iumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito*. Vid. GIOFFREDI, C.: *Diritto e processo...cit.*; pp. 89-91. Pero, ¿y si el actor no conseguía vencer al llamado y presentarlo ante el magistrado?, ¿y si su resistencia era tan fuerte que no lograba ser superada por el *vocatus*? Se trataba de un rechazo total al proceso como medio de resolución de controversia que, en época arcaica, no contaba con ningún medio público para dominar la negativa, más que el recurso a la solidaridad de otros parientes o vecinos que iban en ayuda del acreedor. Vid. PROVERA, G.: *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Ed. Giappichelli, Turín, 1970; pp. 13-14.

¹³ La *legis actio per manus iniectionem* solía conllevar la *addictio* de la persona del deudor al acreedor, realizada por el magistrado. Sólo se libraba de esta atribución el deudor mediante cumplimiento o presentación de un *vindex*. ¿También se procedía a la *addictio* cuando se ejercitaba la *manus iniectio* en la *in ius vocatio*? Este magistrado debía, en el primer momento, examinar la legitimidad del empleo de la fuerza y, en su caso, conceder la *addictio* al demandante. La *addictio* sólo podía tener lugar cuando era el único medio de asegurar la presencia del demandado en el juicio, y ésto ocurría cuando él mismo u otro no ofrecían

el *vindex* se ofrecía como garante de la comparecencia del llamado ante el magistrado en el término prescrito¹⁴. Su promesa debía ser suficiente para el actor, ya que el prestigio social del *vindex* actuaría como impulsor de un recto cumplimiento de la promesa¹⁵.

Presentes ambas partes ante el magistrado, el actor ponía en conocimiento de éste y del demandado su pretensión, dirigida a hacer valer un derecho real o un derecho de crédito. Si el demandado no estaba de acuerdo con las razones del demandante, se fijaba una nueva audiencia para que pudiese preparar su oposición. La nueva comparecencia también exigía garantías y la forma de aseguramiento utilizada respondía a la denominación de *vadimonium*; promesa de comparecencia, prestada por los *vades*¹⁶.

Llegado este punto, se hace preciso distinguir entre *legis actio sacramento in rem* y *legis actio sacramento in personam*, puesto que existía un mecanismo procesal para las acciones reales y otro para las personales. Aunque en ambas el demandado tenía la carga procesal de comparecer y participar activamente, si no quería sufrir las sanciones ejecutivas¹⁷.

garantías de que así lo haría. GIOFFREDI, C.; *Diritto e processo...cit.*; p. 89; PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; pp. 15-16.

¹⁴ COSTA señala que *il vindex si concepisce come un defensor personae, che si sostituisce verso l'attore al vocatus in ius, così come si sostituisce verso il creditore al debitore convenuto sulla legis actio per manus iniunctionem*. COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; p. 10, nota 3 y p. 14. El *vindex* se presentaba como un personaje que actuaba en nombre de la comunidad porque entendía que se estaba realizando un acto de fuerza injusto. La etimología apuntaba a su origen en *vim dicere* y, por esta razón, la doctrina lo presentaba como un tercero imparcial, miembro destacado de la comunidad, que, por su dignidad, intervenía en un supuesto de fuerza para decidir su justicia. WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; p. 92, nota 10 y bibliografía allí citada. Estudios posteriores cambiaron su origen etimológico, pusieron de relieve que la función señalada correspondería a un juez y no a un *vindex*; y, finalmente, viene descrito como quien se opone al actor en nombre del agredido. Los filólogos reconducen la palabra *vin* a un prefijo con un valor negativo, adversativo: *Il vindex è chi si oppone, chi nega, chi proclama la sua volontà avverso qualcuno, cioè avverso il persecutore*. GIOFFREDI, C.; *Diritto e processo...cit.*; pp. 91-95.

¹⁵ WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; p. 92; COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; pp. 9-11; PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; pp. 15-16.

¹⁶ En el último siglo de la República el *vadimonium* pasó a consistir en una promesa formal prestada por el mismo demandado, aunque ésta debía garantizarse, con la excepción de que el demandado fuese propietario de inmuebles. Ya en el periodo formulario, el *vadimonium* se convirtió en la forma usual de iniciar el proceso: cuando una persona realizaba la *editio actiones* contra otra, ésta, sin necesidad de que la primera acudiese a la *in ius vocatio*, prestaba el *vadimonium*, caso que debió ser muy frecuente. COSTA, E.; *Profili storico...cit.*; pp. 11-13.

¹⁷ WENGER opinaba que existía un deber de estar en juicio, válido para quienes se les reclamaba un derecho de crédito. Su actividad era imprescindible para formar la *litis*

a) La *legis actio sacramento in rem* consistía en la representación ante el magistrado de la lucha por la posesión de la cosa a través de gestos simbólicos, lucha a la que éste ponía fin con las palabras *mittite ambo hominem*¹⁸. Este rito exigía, pues, la presencia de la cosa, materialmente si era posible, simbólicamente si no lo era. Y para asegurar esta presencia, el magistrado autorizaba, de nuevo, el empleo de la violencia si el demandado se negaba a traer la cosa o su símbolo; esto es, la acción se desarrollaba en función de una futura ejecución *in natura*, puesto que era preciso asegurar la presencia de la *res*, no sólo como centro de los ritos, sino como presupuesto de la atribución de la posesión a quien correspondiese, después de la declaración del derecho¹⁹.

El demandado podía aquietarse a la demanda y realizar la *in iure cessio*; esto es, se declaraba *confessus in iure*. Reconocía la pretensión del demandante como legítima, lo que conllevaba normalmente la asignación de la cosa a éste a través de cesión, que se hacía inmediatamente mediante *addictio* del magistrado. No hay que olvidar que la cosa estaba en el lugar del juicio. Al mismo resultado abocaba el silencio del demandado; es decir, si no contravindicaba, si no se defendía de la pretensión del actor afirmando su posesión a su vez, perdía la cosa en favor de aquél²⁰.

contestatio, de modo que las dos únicas actitudes posibles consistían en la confesión *in iure* o la apertura de la fase *apud iudicem*. Se descartaba la indefensión, pero ésta era una actitud que, evidentemente, también podía darse en el proceso arcaico. Vid. WENGER, L.; *Istituzioni...*cit.; pp. 101-105. PROVERA, por su parte, mantiene la tesis de que ambas partes tenían la carga de estar presentes, tanto en las acciones reales como en las personales. PROVERA, G.; *Il principio del cotraddittorio...*cit.; p. 16.

¹⁸ Vid. Gayo IV, 16.

¹⁹ La reivindicación de un bien inmueble, primero se desarrollaba sobre el mismo bien. Posteriormente, se llevaba ante el magistrado un símbolo del inmueble, un terrón por ejemplo, para cuya adquisición el actor podía emplear la fuerza si el demandado no le permitía entrar en el inmueble.

Cuando se trataba de un bien mueble, el problema era la facilidad con que se la podía hacer desaparecer. La persecución de la cosa mueble por el acreedor se conjetura que podría llevarse a cabo empleando los mecanismos utilizados en caso de *furtum manifestum* o *furtum conceptum*. Se permitía la entrada en el domicilio del demandado para su búsqueda, siguiendo el rito de la *quaestio lance et licio*, descrita por Gayo (III, 192-193), y que obligaba a quien hacía el registro a entrar en paños menores para no suscitar sospechas. Al lado de esta persecución formal, también podría recurrirse a un registro *testibus praesentibus*. Cuando se hallaba la cosa, se la aprehendía para llevarla ante el magistrado. Vid. PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...*cit.; pp. 16-34; d'ORS, A.; *Derecho...*cit.; p. 424, nota 2.

²⁰ Gayo II, 24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: "hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio"; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra*

Pero el demandado podía defender su derecho sobre la cosa y oponerse a la postulación del actor. Después de la formulación de estas dos afirmaciones contrapuestas, cualquiera de las partes recurría a la *provocatio sacramento*²¹. Ambas debían, si no querían perder la posesión, formular el *sacramentum* que era la denominación de la más antigua y solemne forma de juramento. El que una de las partes no prestase el *sacramentum* se equiparaba al silencio y, por tanto, significaba la pérdida del proceso para ella. El *sacramentum* formaba parte de la *litis contestatio*²², declaración solemne que las partes realizaban ante testigos y que era paso previo a la decisión definitiva por un *iudex*. La resolución de la controversia, en una fase histórica previa a la bipartición del proceso²³, surgía de un pronunciamiento del magistrado que, después de examinar cuál de los dos *sacramenta* era *iustum* o *iniustum*, culminaba en la *addictio* de la cosa a quien correspondía²⁴. La *addictio* legitimaba al vencedor para posesionarse de la cosa, recurriendo a medios de defensa privados si era necesario²⁵.

vindictet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit; itque legis actio vocatur, hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum. PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; pp. 43-47.

²¹ GIOFFREDI encuentra un paralelismo entre el duelo judicial y el *sacramentum*. La comunidad, queriendo evitar el derramamiento de sangre, trasladó la forma de solucionar la *litis* a este juramento. La venganza divina actuaba, aunque no por la mano del duelista; esto es, se introduce una nueva prueba con el fin de superar el duelo primitivo. En un cierto momento, éste devendrá ineficaz y se convertirá en una apuesta en dinero; más tarde, esta suma venía únicamente prometida con la garantía del *praedes sacramenti*. Vid. GIOFFREDI, C.; *Diritto e processo...cit.*; pp. 119-130; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 120-121.

²² *Litem contestari* significaba, según BISCARDI, *solennizzare mediante invocazione di testimoni la instaurazione di un contraddittorio*. Citado por PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*, p. 38, nota 32.

²³ d'ORS opina que es posible que esta fase no tuviera existencia hasta la aparición de la *legis actio iudicis arbitrive postulationem*. d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; p. 113. Vid. PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; pp. 40-42.

²⁴ En este proceso, el magistrado, con anterioridad a la definitiva resolución del conflicto y previendo su duración, procedía a *vindictas dicere*. A través de esta institución, el magistrado, todavía en la fase *in iure*, asignaba la *res*, en función de la presentación de *praedes*.

²⁵ Tras la división entre la fase *in iure*, o ante el magistrado, y la fase *apud iudicem*, o ante un *iudex*, la ejecución *in natura* debió mantenerse sobre la base de una condena *in ipsam rem*, aunque con la posibilidad añadida de hacer efectiva la condena por el recurso a la garantía prestada por el *praedes litis et vindiciarum*. La sustitución de la *addictio* por la *adiudicatio*, que tendría el mismo contenido que la primera, pero su autor sería el *iudex*, no está del todo clara. Vid. en contra ROMANO, A.; *Economia naturale ed economia monetaria*. Giuffrè, Milán, 1986, pp. 40-48. BROGGINI (en *Sulle origini del "Iusiurandum in litem"*. En *Studi in onore di E. Betti*. Vol. II, Giuffrè, Milán, 1962, p. 127) considera que no existió ningún procedimiento ejecutivo sobre la *res*. Pero se muestra de acuerdo con la hipótesis de un control social de la autotutela en orden a la consecución de la cosa, después de haber

b) En cambio, la *legis actio per sacramentum in personam* precisaba de la *legis actio per manum iniunctionem* para la realización de la condena. El demandado en la *legis actio sacramento in personam*, si no quería verse sometido a la ejecución, tenía la carga de comparecer y colaborar en la formación de la *litis contestatio*²⁶. Si el demandado no intervenía en ningún sentido, lo más probable era que el magistrado considerase los ritos completos y se procediese a la *addictio*, pero ahora de la persona del deudor al acreedor; es decir, se empleaba inmediatamente la fuerza ejecutiva²⁷. El demandado que se declaraba *confessus* se equiparaba al *iudicatus* a efectos de ejecución²⁸. En caso de que prosiguiese el proceso, después de la formalización de la *litis contestatio*, se abría la fase *apud iudicem*. Si una de las partes no comparecía, se fallaba a favor de la que estaba presente²⁹.

obtenido un *iudicatum* a su favor. Vid. BONIFACIO, F.; *Letture. Iudex arbiterve. LABEO* 5, 1959, pp. 90 y 92; MASCHI; *op. cit.*; p. 393. WENGER se preguntaba cómo sería esta ejecución en cosa específica. Descartaba la existencia de un medio oficial de ejecución e, incluso, apuntaba a que fuese el *praedes* quien, para evitar convertirse en responsable, se apoderase de la cosa para entregarla al acreedor. WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; p. 139, nota 19. Más explícito es d'ORS: "La *addictio* debió de ser la forma por la que, en el proceso arcaico, el magistrado decidía el litigio como juez, y por eso tiene efectos civiles y no meramente pretorios" (en *Derecho...cit.*; p. 128, nota 3).

²⁶ Este esquema se seguía también en la *legis actio sacramento in rem*, salvo en el contenido de la *litis contestatio*, distinto por los diferentes derechos protegidos. La *litis contestatio* arcaica consistía en la preparación del juicio arbitral pronunciando los *sacramenta* y se hacía con presencia de testigos. Estos legitimaban, en nombre de la sociedad a quien representaban, la ejecución, en el caso de ser precisa, contra el condenado. No podía ser de otra forma en una sociedad en que la publicidad tenía un gran peso específico. GIOFFREDI, C.; *Diritto e processo...cit.*; pp. 152-154.

²⁷ El caso del silencio del *indensus* es una interrogante en las investigaciones de los romanistas, que, incluso, aventuran que tal conducta sólo era posible en las acciones reales. Vid. WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 108-109. Señala GIOFFREDI que *l'attore infatti non proclama un diritto assoluto che vale verso tutti e che perciò il convenuto può riconoscere con la semplice astensione da un'analogia pretesa sulla cosa, ma fa valere un diritto che trae il suo fondamento da un rapporto che intercorre tra lui e il convenuto: il tacere del convenuto non ha senso, egli deve ammettere o negare*. Pero ciertamente existía esa posibilidad. No cree que pudiera procederse a la *manus iniectio*; es decir, que el procedimiento se convirtiera en ejecutivo porque a éste sólo se podía acudir cuando había un derecho probado. Entonces, la solución estaba en la *ductio*. Por la misma razón que era precisa su presencia en la fase *in iure*, la contumacia en la fase *apud iudicem* permitía la *addictio*; que es un acto ejecutivo. GIOFFREDI; *Diritto e processo...cit.*; pp. 147-152; PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; pp. 60-63.

²⁸ El contenido de las formas exigidas para la confesión sólo puede ser objeto de conjetura. WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; p. 107-114.

²⁹ Para cierto sector doctrinal, en el proceso de las *legis actiones*, no existía propiamente condena porque el juez se limitaba a determinar quien había jurado bien y quien no; esto es, que *sacramentum* era *iustum*. Por tanto, no tendría la posibilidad de pronunciar ninguna

La condena que podía dictar el *iudex* era *in natura*, coexistiendo condenas pecuniarias con condenas *in ipsam rem*³⁰, aunque un sector doctrinal considera que la condena era siempre pecuniaria, al igual que en el periodo clásico³¹. En consecuencia, la *legis actio sacramento in personam*, si versaba sobre un crédito pecuniario, terminaba con una condena pecuniaria. Pero ¿qué sucedía si el objeto de la controversia era un crédito de *certa res*?. Podría existir una condena *in natura*, pero no se detalló cómo se ejecutaba. Quienes buscan en este momento histórico el origen de la condena pecuniaria se inclinan por considerar que se traducía su valor en una cantidad monetaria; traducción realizada por un *arbiter*. También se procedería a dictar condena pecuniaria si la cosa se había perdido.

condena ni pecuniaria, ni no pecuniaria. En esta idea redundan BIONDI, B.; *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*. En *Scritti Giuridici II*, Giuffrè, Milán, 1965, p.440; GIOFFREDI, C.; *Contributo al studio del processo civile romano*. Giuffrè, Milán, 1947, pp. 50 y 53; GIOFFREDI, C.; *Diritto e processo...cit.*; pp. 162-164; FUENTESECA, P.; *op. cit.*, p. 32-33; MASCHI, C.A.; *Il Diritto romano. I. Cit.*; p. 391. ROMANO, A.; *Condanna "in ipsam rem" e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*. LABEO 28 (1982), pp. 130-137.

³⁰ La polémica se articula en torno a un texto de GAYO, D.IV,48. Defienden la existencia de condena *in ipsam rem*, con base en este texto, WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*, p. 139, nota 19; ROMANO, A.; *Condanna "in ipsam rem" e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*. LABEO 28 (1982), pp. 130-149. Por su parte, VISKY se fundamenta en el supuesto paralelismo entre la monarquía etrusca y el Imperio romano: ambos absolutismos habrían favorecido la existencia de la condena *in ipsam rem* porque la moneda no estaba lo suficientemente establecida, y, por ello, imposibilitaba la existencia de condenas pecuniarias. Sugiere que la evolución en "zig-zag" que se produce desde el periodo arcaico, luego formulario con condena pecuniaria y, por último, post-clásico que contempló de nuevo la condena *in ipsam rem*, se debió a las fluctuaciones monetarias, muy estable durante la época clásica y muy devaluada en tiempos del Bajo Imperio. Vid. *Quelques remarques sur la thèse ipsam rem condemnare et ses rapports économiques*. R.I.D.A., Bruselas, 1972, n°XIX, p. 489. Esquematiza las diferentes posturas adoptadas en la interpretación de G.IV,48 BROGGINI, G.; *Sulle origini del "Iusiurandum in litem"*. *Cit.*; p. 124. La doctrina acaba admitiendo que, también en este periodo, al lado de la condena *in ipsam rem*, es posible una condena pecuniaria. ROMANO, A.; *Economia naturale...cit.*; pp. 83-115.

³¹ BURDESE ofrece una concepción muy interesante sobre el tema considerando que, efectivamente, existía condena, pero ésta no era *in ipsam rem* sino pecuniaria. Se basa en la existencia de multas y del mismo *sacramentum* que implicaban el pago de una suma. Por otro lado, el *tempus iudicati*, según el autor, concedía, antes de permitir la apertura de la *legis actio manus iniectio*, un plazo al deudor para encontrar el dinero y, si no pagaba, se procedía a la *addictio* de su persona al acreedor. De esta situación sólo podía salir si alguien ofrecía pagar por él el crédito pecuniario o reducido a términos monetarios. Vid. *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*. Seminarios Complutenses de Derecho Romano I (abril-junio 1989). Facultad Complutense de Madrid, 1990, pp.175-203. d'ORS concuerda con que el posible origen de la condena pecuniaria puede estar en la *manus iniectio*, "pero la Jurisprudencia romana no la superó quizá por haberse desarrollado al

La forma de ejecución de esta *legis actio* conduce al estudio de la *legis actio per manus iniectionem*³². Transcurrido el *tempus iudicati*³³, concedido al condenado o al *confessus* para que cumpliera, el acreedor podía iniciar este proceso. Comenzaba como otra *legis actio*, con la comparecencia ante el magistrado, para lo cual el actor recurría, si era preciso, a la *manus iniectio*³⁴. El deudor se convertía en objeto de la ejecución y no tenía más medios de defensa que cumplir o recurrir a un garante, un *vindex* que cumpliera por él, o que se opusiese ante el magistrado a esa ejecución. En otro caso, el magistrado procedía a la *addictio* del deudor al acreedor, quien lo mantenía en condición de siervo, durante sesenta días, con la obligación de, en ese tiempo, llevarlo a tres mercados para exponerlo y hacer público su crédito. La finalidad era dar la oportunidad al deudor de encontrar un *vindex*.

Si no se presentaba oposición o ésta no daba sus frutos y no se cumplía, el acreedor adquiría el derecho de vida o muerte sobre el deudor que podía ser muerto o vendido como esclavo *extra Tiberim*³⁵. Avanzada la República,

mismo tiempo que una corriente mercantilista, que valora las cosas por su posible precio en venta". d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; p. 116, nota 1.

³² XII Tablas III, 1. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt.* 2. *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito.* 3. *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ductio, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito.* 4. *Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato.*

Esta acción, junto con la *legis actio sacramento in rem*, fueron las primeras en desarrollarse. Después, previamente a su ejercicio, se hizo preciso acudir a la *legis actio sacramento in personam*. Así, la *manus iniectio* no se empleó para ejecutar una *vindicatio*, la cual encontraría su ejecución en la *addictio* del magistrado. d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; p. 159. Esta *legis actio* se dirigía contra el deudor condenado o *confessus in iure*. Al lado de éstos, existían otros créditos, equiparados en fuerza ejecutiva, para cuya ejecución el acreedor podía recurrir a la *manus iniectio pro iudicato*. Se trataba de créditos privilegiados como los nacidos del *nexum*, el crédito de repetición que tiene el garante por lo que pagó, etc... Si se trataba de exigir la devolución de intereses indebidamente pagados (*ex lege Marcia*), se recurría a la *manus iniectio pura* y que, además de no ser preciso un previo procedimiento de declaración, permitía al deudor defenderse por sí mismo, sin recurrir a un *vindex*. Por la *lex Vallia*, esta innovación se extendió a las otras modalidades de *legis actio per manus iniectionem* con la excepción de la dirigida contra el condenado y aquél *pro quo depensum est*. COSTA, E.; *Perfil storico...cit.*, pp. 89-91; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 224-225.

³³ El *tempus iudicati* era un plazo concedido al deudor, después de pronunciada la sentencia, para que realizase el comportamiento de él esperado. En las XII Tablas era de treinta días. WENGER, L.; *Actio iudicati* (Trad. R. Goldschmidt y J.J. Santa Pinter); E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, pp. 1-16.

³⁴ *Vid. supra* pp. 27-28.

³⁵ Diferente era el caso del deudor con varios acreedores. Entonces, éstos podían repartírselo físicamente en proporción al crédito que cada uno tuviera. La función de este tipo de

en lugar de esta ejecución brutal, se permitía al deudor pagar con su trabajo la deuda (*lex Poetelia*)³⁶. Probablemente su uso quedaría reducido contra los insolventes que, además, no pudieron hallar quien pagase por ellos³⁷.

La última *legis actio* con finalidad ejecutiva desarrollada en el periodo arcaico fue la *pignoris capio* que se caracterizaba por la posibilidad concedida

ejecución era fundamentalmente preventiva, buscando con la amenaza del castigo un cumplimiento voluntario. Si era preciso acudir a estos mecanismos, era debido a la insolvencia del deudor.

³⁶ COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; pp. 87-89; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 220-224.

³⁷ La sociedad romana, con el paso del tiempo, fue desarrollando relaciones jurídicas cada vez más complicadas. Atendida esta complejidad, las *legis actiones sacramento* se quedaron muy anticuadas y fueron surgiendo otras más veloces y menos formalistas, hasta alcanzar el periodo de las fórmulas. La forma de solucionar el conflicto que se iba imponiendo consistía en el recurso a una ejecución genérica, a una *condemnatio pecuniaria*.

En las *legis actiones sacramento*, la fase principal era la fase *in iure* con un carácter decisivo. Las nuevas *legis actiones* se caracterizaron por poner más énfasis en la labor de declaración y, en este sentido, adquiere relieve la figura del *iudex* con el consiguiente interés de las partes en su elección. En el campo de las obligaciones surgen dos nuevas acciones que se fundaban en una mayor rapidez y en una condena pecuniaria. La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* estaba prevista en las XII Tablas para las pretensiones de *stipulatio*. Gayo mencionó también los casos de *hereditas dividenda* y la *res communi dividenda*. Se basaba en que, con la valoración de la pretensión del actor, realizada por el *arbitrator*, el demandado podría proceder a la satisfacción de la misma sin gravámenes peligrosos como los derivados del *sacramentum*. Esta *legis actio* finalizaba con una condena pecuniaria. Esta *condemnatio* ha llevado a la doctrina a preguntarse si esta acción sería utilizada como procedimiento de liquidación después de haber obtenido un pronunciamiento favorable al actor en la *legis actio sacramento*. Esta tesis es enunciada por quienes consideran que la condena era pecuniaria también en el periodo arcaico. La mayoría doctrinal se pronuncia en contra de este uso de la *legis actio*.

La *legis actio per condictionem* se desarrolló para *certa pecunia (lex Silia)* y *certa res (lex Calpurnia)*. Se discutían créditos pequeños. El actor, enunciada su pretensión y ante la negativa del actor al cumplimiento, le conminaba a comparecer de nuevo ante el magistrado treinta días después para elegir *iudex* y se prometían recíprocamente para el caso de sucumbir la *sponsio* y la *restipulatio tertiae partis*. El juez debía pronunciarse sobre la pretensión, no ya sobre el *sacramentum*.

En otro orden de cosas, el *agere per sponsionem* vino a ser una forma de declarar la propiedad sin tener necesidad de acudir a la *legis actio sacramento in rem*. El poseedor prometía al actor no poseedor una pequeña suma de dinero (*sponsio praeiudicialis*) que servía para introducir el litigio y no tenía carácter penal. Al mismo tiempo prometía la restitución de la cosa con los frutos si era vencido (*cautio pro praede litis et vindictiarum*). De esta forma, para las pretensiones reales y sobre la base de esta apuesta, se evitaba la acción real y se acudía a la acción personal o a la *legis actio per condictionem*. Otra ventaja venía dada por la carga de la prueba que, en este caso, correspondía al actor quien debía probar su derecho frente al demandado poseedor que no tenía que probar nada. Si el condenado no cumplía voluntariamente, la ejecución se encauzaba por los trámites de la *manus iniectio*. WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 124-126 y 139 nota 19; GIOFFREDI, C.; *Diritto e processo...cit.*; pp. 166-172; COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; pp. 23-27; PROVERA, G.; *Il principio contraddittorio...cit.*; pp. 52-55 y 76-82.

al acreedor de prender extrajudicialmente bienes de su deudor cuando la deuda era de derecho fiscal o sacral. Su interés reside en el paso a la responsabilidad patrimonial, aunque limitado a ciertos ámbitos privilegiados³⁸.

2.2. El periodo clásico: las *formulae*

El proceso formulario sucedió a las *legis actiones*³⁹. Prevalecía su carácter privado en la medida en que, al igual que en las *legis actiones*⁴⁰, las partes tenían un gran peso en el proceso. El rechazo a participar en el proceso suponía el ejercicio de sanciones que, normalmente, culminaban en la ejecución, si el demandado no se defendía⁴¹.

Como en las *legis actiones*, el proceso estaba partido en dos fases y se iniciaba con la comparecencia de ambas partes ante el magistrado⁴². Una vez más, correspondía al acreedor la tarea de comunicar al deudor la intención

³⁸ COSTA, E.; *Perfil storico...cit.*; pp. 91-92; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 225-226; MURGA, J.L.; *Derecho romano clásico. II. El proceso*. 3ª ed., Universidad de Zaragoza, 1989, pp. 150-157.

³⁹ El origen del procedimiento formulario no es nada claro porque no existen datos suficientes. Sobre el año 130 a. C. la *lex Ebuca* introdujo una fórmula escrita para la *condictio*, a imitación probablemente de lo que se hacía en los procesos con extranjeros ante el Pretor peregrino. En esta fórmula se establecía una condena pecuniaria si la deuda resultaba existente (*si paret oportere*) y, si el objeto de la deuda no era una cantidad de dinero se procedía a su estimación objetiva. Las fórmulas, que se caracterizan por su tipicidad, no desplazaron definitivamente a las *legis actiones* hasta la *lex Iulia de iudicia privata* (17 a. C.). Vid. d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; p. 113-115, nota 1.

⁴⁰ BIONDI expresa su creencia de que las fórmulas son la continuación de las acciones de la ley pero sin su excesivo formalismo. BIONDI, B.; *Intorno a la romanità...cit.*, p. 375. Sobre esta cuestión se extienden WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*, pp. 126-218 y 227-238; SCIALOJA, V.; *op.cit.*, pp.157-273; COSTA, E.; *Perfil storico...cit.*, pp.7-86; PUGLIESE; *Processo privato...cit.*, pp.64-77; MASCHI, C.A.; *Il diritto romano. I. Cit.*; pp. 373-390.

⁴¹ Dependía de la naturaleza de la acción ejercitada. La indefensión en las *actiones in rem* suponía, según concluyeron los juristas romanos, la inexistencia de *animus* en la posesión, por lo que la cosa quedaba a disposición del actor, aunque el pretor careciera de potestad para declarar su derecho de propiedad sobre ella; en su lugar, le atribuía la posesión a través de interdictos o de decreto, como veremos. En cambio, una acción *in personam*, habida cuenta de que recaía sobre la persona del deudor, no podía prescindir de la colaboración del demandado para su prosecución. MURGA, J.L.; *Derecho romano clásico. Cit.*; pp. 248, 252-256, 285-286; PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; p. 181.

⁴² La competencia del pretor venía determinada por la regla del domicilio o lugar de origen del demandado a elección del demandante, salvo que se hubiera pactado otro lugar. Esta regla se aplica también a las acciones reales, puesto que el *forum rei sitae* es una regla del año 385 (CJ.3,19,3). d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; p. 135, nota 2.

y el por qué de iniciar un litigio contra él (*editio actiones*). En el nuevo proceso, la *in ius vocatio* ya no permitía el empleo de la violencia al acreedor para llevar al *vocatus* al lugar donde se iba a celebrar el juicio. Este debía ofrecer garantías de que comparecería en el día fijado. Como tal, pervivía la institución del *vindex*, a pesar de que lo más normal era la prestación por el propio llamado de una promesa de comparecer, el *vadimonium*⁴³. La simple negativa o resistencia a la comparecencia conllevaba una *actio in factum* contra el *indefensus*⁴⁴. Además de la *actio in factum*, el pretor ejercitaba la *missio in bona* sobre sus bienes.

Se diferenciaba entre *actiones in rem* e *in personam*, aunque, ambas, abocaban a una condena pecuniaria, por lo que el resultado era una ejecución dineraria en todos los casos. El esquema procesal ponía el acento en la participación activa de las partes. En la fase *in iure*, el *agere* procesal de éstas desembocaba en la elaboración de la *litis contestatio*. En ella se contenía la fórmula creada con la pretensión del actor, la simple adhesión o las objeciones del demandado y las directrices del pretor, que era quien tenía la última palabra, pues en él residía la facultad de *dare* o *denegare actionem*.

Sobre la base de aquella fórmula, correspondía al *iudex* dictar sentencia ajustándose a sus términos⁴⁵. Si el demandante no se presentaba ante el *iudex*, se absolvía al demandado; y si éste no comparecía, se le condenaba como *contumax*⁴⁶. En la *litis contestatio*, además de fijarse el objeto del proceso, las partes *accipere iudicium*; es decir, ya no era posible otro juicio sobre lo mismo: el demandante, vencido, no podía replantear el asunto; el demandado, vencido, sufría la ejecución.

La ausencia del demandado convertía en imposible la *litis contestatio*, por ser elemento esencial su declaración de voluntad sobre la apertura de

⁴³ La cantidad fijada como *vadimonium* solía ascender a la mitad del valor del crédito, salvo si la acción que se quería iniciar era una *actio iudicati* o una *actio depensi* en que su cuantía asciende al mismo importe de la condena o del pago del fiador. d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; p. 133, nota 2. Si el *vindex* no presentaba al demandado ante el pretor, éste concedía una *actio in factum* por el *quanti ea res est* contra él. GIOFFREDI, C.; *Diritto e processo...cit.*; pp. 91-92; MURGA, J.L.; *Derecho romano clásico. Cit.*; pp. 257-266.

⁴⁴ WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 93-94.

⁴⁵ El deber de aceptar el cargo de *iudex* venía impuesto por un *iussus iudicandi* dictado por el pretor, junto con la *litis contestatio*. En el periodo arcaico no existía tal imposición. WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*;

⁴⁶ WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 123-134; d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; pp. 144-146.

la fase *apud iudicem*. Por tanto, se consideró que la ausencia o indefensión equivalían al decaimiento de su derecho y era posible adelantar la ejecución. Era *indefensus* el deudor que rehuía al acreedor para no ser *vocatus* (el *latitans*), el ausente del lugar del juicio, el *vocatus* que no comparecía, y el que no prestaba las cauciones exigidas o no se adhería a la *litis contestatio*. En estos casos, el actor obtenía del pretor un decreto que le permitía tomar posesión de los bienes del *indefensus*, a fin de proceder a la ejecución si éste no se defendía por sí mismo o por un tercero que se ofreciese a hacerlo. Este embargo se conocía como *missio in bona rei servandae causa*. En principio, estas medidas contra el reticente (el embargo y la *actio in factum*) sustituían a la coacción personal que se permitía en el periodo arcaico. Aun así, pervivió en algunos casos en los que al demandante se le permitía la *ductio* del deudor. Esta situación se producía cuando el demandado no tenía bienes o los que poseía eran fácilmente ocultables. De esta forma, convivían formas de ejecución patrimoniales y personales⁴⁷.

Las *actiones in rem* se enfocaban de otro modo⁴⁸. La situación era distinta si se trataba de un bien inmueble que de un bien mueble. En el primer caso, cuando se trataba de indefensión ante una acción de propiedad o de usufructo sobre un inmueble o de reclamar una herencia, el pretor solía decretar una simple *missio in possessionem* sobre los bienes reclamados; y daba, para entrar en posesión de dichos bienes un interdicto especial, previas las cauciones que procediesen: *interdicta quem fundum, quem usumfructum y quam hereditatem*⁴⁹. Su juego conllevaba que el poseedor que se resistía a

⁴⁷ PROVERA, G.; *Il principio contraddittorio...cit.*; pp. 87-94, 120-125; MURGA, J. L.; *Derecho romano clásico. Cit.*; pp. 282-284.

⁴⁸ PROVERA, G.; *Il principio contraddittorio...cit.*; pp. 132-182.

⁴⁹ El *interdictum* era un mandato del pretor ordenando que se respetasen las situaciones de apariencia jurídica de forma que se mantuviese la paz y la seguridad en las relaciones privadas. Con ellos, el magistrado podía evitar una acción más complicada y larga. La orden se dictaba tras la petición y un somero examen de los presupuestos. Si esta orden era desoída, el interdicto iba seguido de un procedimiento de *sponsio et restipulatio*, procedimiento por el cual se examinaban en profundidad los presupuestos del interdicto. En él, ambas partes se comprometían por una suma para el caso de que resultara en contra suya el proceso. A este procedimiento, le seguía un *iudicium secutorium*, que se dirigía a la constitución del estado de hecho que el demandado se negaba a establecer, o a obtener la correspondiente indemnización: El demandado tenía otra oportunidad de ajustarse al *arbitratus iudicis*; si no se sometía, se le condenaba al *quanti ea res est*. En todo caso, pagaba la suma prometida por *sponsio*, ya que es la pena por el incumplimiento de la orden pretoria. Con la finalidad de hacer más sencillos los trámites, se recurrió a un procedimiento *per formulam arbitriam*, por el que el demandado podía sustraerse al procedimiento de *sponsio*.

la orden contenida en el interdicto de abandonar la posesión, si no presentaba oposición fundada, sufriese la *missio in bona*. Una vez perdida la posesión, si quería reclamar la propiedad u otro derecho real, debía acudir a las acciones pertinentes, ahora como demandante⁵⁰.

Cuando se trataba de una acción real sobre un mueble, la indefensión conducía a un decreto de entrega del mismo a favor del demandante (*iussum de duci vel ferri*), pero si la cosa mueble no estaba presente para que el demandante se la pudiese llevar, debía éste ejercitar una acción exhibitoria (*actio ad exhibendum*⁵¹), que, al ser personal, conducía a la aplicación de las sanciones ejecutivas; esto es, llevaba a la *missio in bona* si no era aceptada por el demandado que poseía la cosa o había dejado dolosamente de poseerla.

Ahora bien, el litigio terminaba y no precisaba de sentencia cuando se lograba una *transactio* o el demandado se consideraba *confessus in iure*. En este último caso, la regla era *confessus pro iudicato habetur*, de igual forma que en el proceso arcaico. En las acciones reales, la confesión podía dar lugar a una atribución del derecho (*addictio*) que hacía el magistrado a favor del

solicitando el nombramiento de un árbitro. Este condenaba a una cantidad de dinero por la infracción y falta de exhibición o restitución, si el demandado no cumplía antes de la sentencia: Gayo IV, 163; *namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur*. Vid. COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; pp. 105-113; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 244-249.

⁵⁰ Era usual utilizar los interdictos posesorios para definir las posiciones de las partes de cara al ejercicio de una acción reivindicatoria. El interdicto *uti possidetis* fue el primero utilizado. Se caracterizaba por ser prohibitorio y doble, frente a los más sencillos, restitutorios (se basaban en el empleo de la fuerza por una de las partes), y simples. Quien tenía atribuida la posesión durante el desarrollo de la acción, no necesitaba probar la propiedad. Esta ventaja no existía en la antigua *legis actio sacramento in rem*, pero, con el recurso al procedimiento de *vindictas dicere*, se introdujo la nueva organización de fuerzas en el proceso, cuyo marco, buscando precisamente eludir el peligroso procedimiento del *sacramentum*, fue el *agere per sponsionem*. Vid. d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; pp. 189-193 y 196-197; MURGA, J.L.; *Derecho romano clásico*. Cit.; pp. 254-256, en esp. nota 356.

⁵¹ La *actio ad exhibendum* era postulada junto con la acción real de la reivindicatio de cosa mueble. Si el demandado rechazaba esta última, se ejercitaba la primera. En ésta, el actor cargaba con la prueba de que la cosa estaba en manos del demandado. Si la prueba era positiva, el demandado recibía el mandato de presentarla. Si se negaba, se reconocía el derecho de propiedad del actor. Si la presentaba, se seguían los trámites de la acción reivindicatoria, previas las cauciones correspondientes, en el caso de que el demandado quisiera ejercitar la *defensio*, porque, en otro caso, se entregaba la cosa al actor. Por lo demás, operaba como una acción personal. PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; pp. 158-162; d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; pp. 199-200; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 104-105.

demandante⁵². El juez dictaba sentencia con la particularidad de que solamente podía contener una condena pecuniaria y, por tanto, los medios de ejecución se dirigían a la obtención de una suma de dinero⁵³. Se ha producido el paso de la responsabilidad personal a la patrimonial.

El principio de la condena pecuniaria ofrecía dificultades cuando se ejercitaban acciones que, por su propio fin, no podían contentarse con una cantidad de dinero⁵⁴. Responden a esta idea las acciones reales, las acciones

⁵² Otra forma de resolver inmediatamente el litigio consistía en el *iusiurandum deferre*; esto es, una de las partes se comprometía a atenerse a lo jurado por la otra. Esta contaba con dos opciones, o jurar, o *iusiurandum referre*, para que fuese quien planteó esta situación la que resolviese el litigio. En caso de que no opte y se abstenga, perdía el litigio procediendo el pretor inmediatamente a atribuir la cosa u abrir ejecución. d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; pp. 139-143; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 114-118.

⁵³ Los primeros estudios sobre la obligación se desarrollaron tomando como modelo la obligación romana clásica. La consecuencia fue el desarrollo de una serie de caracteres que han larvado de forma directa el avance de los estudios sobre la ejecución *in natura*.

⁵⁴ El enigma de la condena pecuniaria conlleva al planteamiento de diferentes hipótesis sobre su existencia y su razón de ser. Por un lado, se afirma que su existencia implica un privilegio para el condenado: *il convenuto che ha denaro, può aver tutto; egli non ha bisogno di restituire la proprietà altrui; egli affronta ogni istanza di restituzione, ogni sentenza che ne lo minacci, con la parola del villano arricchito: io posso pagare* (WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; p. 141). Por otro lado, se afirma lo contrario; esto es, la condena pecuniaria, de acuerdo con la tendencia general a colocar en una posición difícil al deudor, suponía en realidad un beneficio para el acreedor, en cuanto que su pronunciamiento tenía lugar en unas circunstancias económicas que la escasez monetaria la convertía en difícilmente realizable, favoreciendo la concentración de tales recursos (ORESTANO; *Prefazione*, en WENGER; *Istituzioni...cit.*; p. IX).

Ambas teorías se asientan sobre precarios pilares por cuanto, la primera, no tiene en cuenta la tendencia general de todo el ordenamiento romano a castigar el incumplimiento, incluso por las connotaciones religiosas que conllevaba; y, la segunda, porque no tiene en cuenta la labor preventiva ejercida por la condena pecuniaria y que se manifiesta, en especial, en las fórmulas con cláusula arbitral donde todo el proceso está dirigido a que el deudor cumpla *in natura* antes de alcanzar la sentencia.

Se plantea una última teoría que, haciendo hincapié en la supervivencia de la jurisdicción de los *recuperatores* y de los *centumviri*, asimila la condena pecuniaria a los casos en que correspondía la competencia al *unus iudex*, quien se limitaría a fallar en cuestiones monetarias. Así, la ejecución de las sentencias por él dictadas se ejecutarían a través de los medios establecidos para la condena pecuniaria; las dictadas por *recuperatores* y *centumviri* a través de sus poderes coercitivos (CHIARLONI, S.; *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Giuffrè, Milán, 1980, pp. 43-46). A mi juicio, es suficiente con la presencia de la fórmula prevista para el ejercicio de la acción reivindicatoria para desarticular esta teoría; esta acción caía bajo la competencia del *unus iudex*. Por otro lado, el mismo autor reconoce la irrealidad de la equivalencia (CHIARLONI, S.; *Misure coercitive...cit.*; p. 45).

La explicación más lógica es aquella que pone en paralelismo las *legis actiones* y las fórmulas para incidir en el paso de la responsabilidad personal a la patrimonial. Ambos procesos se orientan a un cumplimiento exacto con la colaboración del deudor porque buscan plegar

ex interdicto, algunas acciones personales de restitución⁵⁵. Se denominaban *actiones arbitrariae*, y, en ellas, el *iudex* valoraba la prueba y emitía una *pronuntiatio*, de forma que, el demandado pudiese cumplir y restituir la cosa con sus frutos antes de la emisión de la sentencia; por tanto, sin ser condenado a pagar una cantidad de dinero. Esta cantidad venía estimada por el juez (*arbitrium litis aestimandae*) quien podía recurrir al actor para que, mediante un *iusiurandum in litem*, determinase el valor de la cosa. El *iusiurandum in litem* actuaba como medio indirecto de coacción, pues no se sujetaba al valor objetivo de la cosa y daba lugar a una condena elevada⁵⁶.

su desobediencia a una regla de convivencia, base del pacto social. Si no lo logran, se dirigen contra su persona, privándole de su entidad por no haber respondido como un miembro de la sociedad; en las fórmulas, se traslada el castigo del cuerpo del deudor a su patrimonio como una prolongación de su personalidad. En este momento histórico no coinciden el objeto de la obligación con el objeto del proceso. La razón de este cambio de la responsabilidad que se derivaba de la primitiva *obligatio* con probabilidad se produjo como consecuencia del problema social generado por la gran cantidad de personas sujetas por el *nexum* a la venganza privada, a la esclavitud, etc... Por ello, una *Lex Poetelia Papiria* estableció que la responsabilidad por deudas no se hiciera efectiva sobre la persona, sino sobre los bienes del deudor: *pecunia creditae bona debitoris non corpus obnoxia esse*. DIEZ PICAZO, L.; *Fundamentos de Derecho civil y patrimonial*. T. I; 2ª ed., Tecnos, 1983, p.336 (Cit. BIONDI).

⁵⁵ Esta precisión se puede considerar una forma de ampliación del concepto de *dare* que abarca el cambio en el estado patrimonial de las partes. Las acciones personales dirigidas a la restitución, que podían utilizar el *iusiurandum in litem*, eran la *actio ad exhibendum*, *redhibitoria*, *depositi*, *commodati*, *aquae pluviae arcendae*, *quod metus causa*, *de dolo*, *Fabiana* y *Calvisiana*, *rerum amotarum*, y otras, pero no seguras. Vid. d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; p. 117, nota 1; MURGA, J.L.; *Derecho romano clásico*. Cit.; pp. 244-246. ROMANO defiende la tesis de convivencia de condenas específicas y pecuniarias en el periodo arcaico poniendo de relieve que, en el mismo formulario, existían acciones que no podían abocar más que a una condena específica, como era el caso de reivindicación de servidumbre. Asimismo, apunta que, a su parecer, la cláusula arbitraria no se limitaba a determinadas acciones, sino que su inclusión en la fórmula de cualquier acción era posible. Y, por último, recuerda que el régimen de las *legis actiones*, de atribución inmediata, se mantuvo en ciertos procesos hereditarios que juzgaban los *centumviri*, así como en las *vindicatio in libertatem* y *vindicatio in servitute*. Vid. ROMANO, A.; *Economía natural...cit.*; pp. 119-158, en esp. 136-141.

⁵⁶ Se ha discutido mucho sobre el *iusiurandum in litem*, dividiéndose quienes piensan en él como mecanismo de coacción, y quienes, como BROGGINI, lo consideran el único medio de estimación de la cosa cuando ésta no estaba presente en el juicio. La imperatividad que este juramento contenía respecto del juez ha sido objeto de muchas discusiones. Lo más probable era que fuera simplemente orientativo, porque el juez solía encontrarse con un límite pecuniario a la hora de imponer la condena.

El ejemplo característico de este tipo de acciones con cláusula arbitraria correspondía a la fórmula petitoria de la *reivindicatio*: *Si paret rem de qua agitur ex iure Quiritium Ai. Ai. esse, neque ea res arbitrio iudicis Ao. Ao. restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm. mnrato. Si non paret, absolvo*. Vid. d'ORS, A.; *Derecho...cit.*; p. 117; COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; pp. 57-58; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 141-147; BROGGINI, G.; *Sulle origini del Iusiurandum in litem*. Cit.; pp. 119-155

De la sentencia dictada por el *iudex* y reforzada por el *iudicatum*, surgía una *obligatio iudicati* para el demandado. Para cumplirla se le concedía un plazo, a cuyo término el acreedor podía abrir la ejecución. Tenía una acción personal, denominada *actio iudicati*, que exigía del demandado la prestación de la *cautio iudicatum solvi*, a fin de garantizar la ejecución⁵⁷.

En su tramitación la *actio iudicati* no se diferenciaba de cualquier otra acción personal, a no ser porque en ella lo normal era emplear inmediatamente las medidas ejecutivas, que en las demás se utilizaban como recurso coercitivo para proseguir el proceso. En todo caso, el deudor podía ejercitar la oposición si quería (con excepciones tasadas), asumiendo el riesgo de, si no triunfaban sus objeciones, ver aumentar hasta el doble el importe de su obligación como castigo a su temeridad (*infittari*).

Los medios ejecutivos se ajustaban a una ejecución pecuniaria. El magistrado, si el deudor no cumplía voluntariamente, decretaba la *addictio* con mandato de *ductio* de la persona del deudor o el embargo de sus bienes (*missio in bona* o *missio in rem*); es decir, persistían ejecución personal y patrimonial. La prisión del deudor se utilizaba en casos de insolvencia o con escasos bienes, para que el ejecutado pudiera cumplir con su trabajo; otra función era compeler al deudor a que realizase por sí mismo sus bienes a fin de conseguir el líquido necesario para el pago⁵⁸.

2.3. El período post-clásico: la *cognitio extra ordinem*

En los últimos años del imperio romano el proceso llamado de la *cognitio extra ordinem* finalizó desbancando al *ordo iudiciorum privatorum*⁵⁹. La

⁵⁷ PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; p. 110.

⁵⁸ Como forma de evitar la ejecución personal y la pérdida de *status* que implicaba ser sujeto de un proceso de este tipo, se permitía al ejecutado la *cessio bonorum*, el abandono de sus bienes al acreedor u acreedores. Si el pretor decretaba el embargo de todo el patrimonio, aún se esperaba un tiempo para ver si el ejecutado pagaba y dar la publicidad necesaria a la ejecución (*proscriptio bonorum*). Después, estos bienes se realizaban a través de la *bonorum venditio*, que implicaba la venta total del patrimonio a un *bonorum emptor*. Respecto de ciertas personas, se permitía la venta parcial del patrimonio a través de la *bonorum sectio*. La *bonorum distractio* se empleaba cuando la ejecución se dirigía contra patrimonios pertenecientes a personas sujetas a alguna forma de tutela. Para el desarrollo de la ejecución *vid.* WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 229-238.

⁵⁹ Un análisis detallado de los principales rasgos de la *cognitio extra ordinem* se encuentra hecho por PUGLIESE en *Proceso privato...cit.*, p. 101. Asimismo, WENGER; *Istituzioni...cit.*; pp. 253-316.

“publicización” se impuso en toda la esfera del proceso. La sentencia se dictaba no ya por un juez elegido por las partes entre sus conciudadanos, sino por el mismo magistrado ante quien se desenvolvía el proceso.

La citación a juicio se practicaba por medio de una *litis denuntiatio* escrita, comunicada por el actor, pero elaborada con la intervención del magistrado. En el proceso vigente en tiempos de Justiniano, íntimamente relacionado con la *cognitio extra ordinem*, la citación (*libellus conventionis*) era oficial, comunicada por medio de *executores*, quienes exigían determinadas promesas de comparecencia, pudiendo poner en prisión a quien se negase a prestarlas. La *cautio iudicio sisti* garantizaba el pago de las costas del proceso y correspondía su prestación tanto al demandante como al demandado⁶⁰.

La rebeldía del demandado adquirió otro sentido. Ya no suponía la aplicación de la regla *dare litem secundum praesentem* y la actuación de las medidas ejecutivas. El proceso se llevaba a su término por el mismo magistrado que lo iniciaba; esto es, no era preciso que la decisión sobre el conflicto se diese por un juez privado, de carácter arbitral, en cuya elección tenían que colaborar ambas partes. Es más, la *litis contestatio* perdió la significación que tuvo en el *ordo iudiciorum privatorum* y, por consiguiente, desaparecieron las medidas dirigidas a “forzar” al demandado a estar en el proceso si quería mantener su derecho. El principio que regía en la *cognitio extra ordinem* obedecía a la máxima *absens, si bona causa habuit, vincet*. El contumaz soportaba el *damnum litis*, la continuación del litigio en su ausencia, proceso conocido como *eremodicium*. La ejecución procedía después del proceso de declaración, después de una sentencia sobre el fondo, se hubiese llegado a ella con la oposición activa del demandado o no⁶¹.

La ejecución sufrió alteraciones importantes en la medida en que se diversificó, respecto al período anterior, el tipo de pronunciamientos que iba a poder realizar el magistrado en función de lo pedido por las partes: se contempló la posibilidad de ejecutar las condenas *in ipsam rem*, además de las condenas pecuniarias. En este momento se identificó el objeto de la

⁶⁰ COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; pp. 151-158.

⁶¹ COSTA, E.; *Profilo storico...cit.*; pp. 187-191; WENGER, L.; *Istituzioni...cit.*; pp. 267-282; VERGE GRAU, J.; *La rebeldía en el proceso civil*. Librería Bosch, Barcelona, 1989, p. 55; PROVERA, G.; *Il principio del contraddittorio...cit.*; pp. 183-233.

obligación con el objeto de la ejecución⁶² y, consecuentemente, surgieron medios adecuados para el cumplimiento de la sentencia, aunque reducidos a las medidas de subrogación.

Al igual que en el proceso actual, el magistrado se subrogaba en la posición del deudor, prescindiendo de su colaboración para obtener el cumplimiento de la sentencia. El límite de su actuación estaba, y está, en lo que el mismo deudor podía hacer con su patrimonio. El ejecutante, después de haber obtenido una sentencia condenatoria y transcurrido el *tempus iudicati*, presentaba una demanda ejecutiva, también denominada *actio iudicati*, al magistrado. Este adoptaba las medidas de ejecución pertinentes, siempre permitiendo al ejecutado la posibilidad de denunciar las nulidades e irregularidades que creyese concurrían en la ejecución⁶³. Una vez más, la regla de la contradicción se hace presente en un proceso ejecutivo.

Para la ejecución de una condena al pago de una suma de dinero, se recurría a la figura del *pignus in causa iudicati captum* como primera medida ejecutiva⁶⁴. Este consistía en la aprehensión, en virtud del *imperium* del magistrado, de objetos del patrimonio del deudor, por medio de un procedimiento rápido y sumario. Con la ayuda de *executores* o *apparitores*, el magistrado procedía a constituir un derecho de prenda judicial sobre determinados bienes del ejecutado, a favor del ejecutante. El *apparitor* acudía a la casa del deudor, donde identificaba los bienes que a éste pertenecían y, una vez determinados bienes suficientes para pagar el crédito, se prendaba.

⁶² Esta frase es tributaria de aquella doctrina iniciada por BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, II tomos, Milán 1953) que, distinguiendo dentro de la obligación el débito (*schuld*) y la responsabilidad (*Haftung*), ligó aquella a la ejecución forzosa. Frente al *ordo iudiciorum privatorum* en el que a un deber dado le corresponde, en caso de incumplimiento, una responsabilidad que recae sobre todo el patrimonio del deudor; en la *cognitio extra ordinem* la actuación de la responsabilidad se ajusta al deber pactado.

La consecuencia de la asimilación de dicha doctrina es la restricción de la responsabilidad del deudor al resarcimiento de daños y perjuicios, por cuanto se cita el art. 1911 CC, olvidando el interés específico del acreedor.

⁶³ LIEBMAN, E. T.; *L'actio iudicati nel processo giustiniano*. En *Studi Bonfante III*. pp. 400 ss. BORTOLUCCI; *"Rivendita Romana?"*. En *Studi Perozzi*; pp.290-291. SANFILIPPO, C.; *Sull'ammissibilità della rivendita del pignus in causa iudicati captum*. En *Studi Riccobono*; p. 526; WENGER, L.; *Actio iudicati*. (Trad. R. Goldschmidt-J.J. Santa Pinter). E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, p.206.

⁶⁴ GUTIERREZ-ALVIZ y ARMARIO, F.; *Bosquejo del "pignus in causa iudicati captum"*. En *Estudios jurídicos*. Ed. Universidad de Sevilla, 1978, pp. 409-424.

En la constitución del *pignus in causa iudicati captum*, los *apparitores* seguían un orden establecido: muebles, inmuebles y, finalmente, créditos. Se prefería ante todo las cosas muebles, y particularmente los esclavos y el dinero contante que pudiera encontrarse en las cajas del deudor⁶⁵. Asimismo, se admitía la doble prenda; es decir, si el bien sobre el que se quería constituir la prenda judicial ya había sido objeto de otra prenda y se hallaba en posesión de otro acreedor, ello no era impedimento para afectarlo a la segunda ejecución que se cubría con el sobrante de la venta hecha en la primera ejecución, después de pagado el otro acreedor⁶⁶.

Si el deudor no rescataba las prendas en el plazo de dos meses, el magistrado, auxiliado de nuevo por *apparitores*, vendía los bienes en pública subasta. En esta venta, él era el *dominus negotii* y no se consideraba representante judicial de nadie⁶⁷. Esta venta iba precedida de un bando

⁶⁵ D. XVII,1,15,2: *ULPIANUS libro tertio de officio consulis. In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles et animales pignori capi iubent, mox distrahi; quarum pretium si suffecerit, bene est, si non suffecerit, etiam soli pignora capi iubent et distrahi, quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt: sic denique interloqui solent, si moventis non sint, ut soli quoque caiantur: nam a pignoribus soli initium faciendum non est, quod si nec quae soli sunt sufficiant vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad iura, exsequuntur itaque rem iudicatam praesides isto modo.*

En D.XLII,1,15,8-12 preveía la prenda de créditos del deudor frente a terceros y la prenda de dinero. Respecto de los créditos, se especificaba que no se prendasen aquéllos que no hubiesen sido reconocidos por el deudor; es decir, el problema que se planteaba era que, una vez embargado el crédito, éste se convirtiese en litigioso porque el deudor del deudor lo negase. La solución sería aplicar D.XLII,1,15,4 y que el mismo magistrado conociese de la controversia, pero el fragmento recomendaba la no prendación. SCIALOJA, V.; *Procedimiento civil romano*. (Trad. Sentís Melendo-Ayerra Redín), E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, p. 298.

⁶⁶ D.XLII,1,15,5: *Quod si res sit pignorat, quae pignori capta est, videndum est, an sic distrahi possit, ut dimisso creditore superfluum in causa iudicati convertatur, et quamquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere: tamen in iudicati executione servatur, ut, si emptorem invenerit res quae capta est, qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admittenda sit huius quoque rei distractio nec videtur deterior condicio creditoris fieri suum consecuturi nec prius ius pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum.*

⁶⁷ D.XLII,1,31: *CALLISTRATUS libro secundo cognitionum: Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat: si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli divus Pius in haec verba rescripsit: "His, qui fatebuntur debere aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum, qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint pignora capi eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant."*

público. En general, la mayoría de la doctrina coincide en que se trataba de una venta pública que se celebraba bajo el *hasta* (lanza romana, señal de poder) y ahí encuentra su origen la palabra “subasta” (*subhastatio*)⁶⁸. Por consiguiente, la cosa era adquirida por el mayor oferente (que a partir de ese momento soportaba el *periculum*); al adquirente, una vez que le era otorgada la *addictio* de la cosa por el magistrado, se le ponía en posesión de la misma, incluso frente a la resistencia del deudor⁶⁹. Después de la *addictio*, el magistrado ya no era competente para conocer de las controversias en que se viese implicado el adjudicatario⁷⁰.

De lo obtenido en la subasta, se pagaba al acreedor en cuyo favor se había constituido el *pignus in causa iudicati captum* y, en reconocimiento al derecho que sobre la cosa ostentaba el deudor, si quedaba algo después de hechos los pagos pertinentes, se le devolvía el sobrante. Si la subasta no tenía éxito, el acreedor se adjudicaba los bienes en pago⁷¹.

En la *cognitio extra ordinem* se tuvo en cuenta la posibilidad de que se afectase a la ejecución de la deuda un bien perteneciente a un tercero ajeno a ésta. Para encauzar la reclamación del tercero, se admitía un incidente del que conocía el mismo magistrado de la ejecución. La resolución que se adoptase en los mismos respecto de la pertenencia de la cosa sujeta a *pignus*, no impedía un ulterior proceso en el cual se juzgase definitivamente a quien le correspondía⁷².

Por el contrario, cuando la condena consistía en la entrega de cosa específica, sea mueble o inmueble, el magistrado ordenaba a los *apparitores* que la tomaran y la pusieran en posesión del acreedor. En el caso de que el deudor ocultase la cosa o se resistiese sin más a su entrega, se recurría

⁶⁸ TALAMANCA, M.: *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*. En *Studi de Francisci II*, p.239; SCIALOGIA, *op. cit.*; p.298. BORTOLUCCI, respecto a esta venta, afirma que, a pesar de la falta de noticias precisas, su desarrollo se ajustaría a la forma y modo acostumbrados para las otras *auktiones*; es decir, le otorga la misma naturaleza que a cualquier enajenación pública. BORTOLUCCI, G.: *Rivendita romana?*. *Cit.*; p. 298.

⁶⁹ BORTOLUCCI, *loc. cit.*, p.298

⁷⁰ D.XLII,1,15,6 y 7.

⁷¹ D.XLII,1,31, *in fine*. *Vid.* nota 73.

⁷² D. XLII,1,15,4: *Sed sciendum est summam eos cognoscere debere neo sententiam eorum posse debitori praeiudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi eius sit, qui controversiam movit, non eius, cuius nomine capta est: nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte iure ordinario coeperit ab eo res peti, sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res iudicata proficiat. Sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debet et capi aliud, si quod est sine controversia.*

a la fuerza pública y se le condenaba también a entregar los frutos y todos los accesorios de la cosa. Los oficiales, habilitados por mandato del magistrado, podían proceder a la búsqueda de la cosa, incluso mediante el registro de los demás bienes del deudor. Incluso, ante un posible dolo del demandado, cabía la posibilidad de que el juez dispusiese en el proceso declarativo una *missio in possessionem rei servandae causa* a favor del actor, para que la entrega no se convirtiese en imposible⁷³.

Si la restitución era imposible, y la imposibilidad se debía a dolo del ejecutado, entonces se lo condenaba, sin limitación alguna, a la suma que el actor jurase que se le debía⁷⁴. Ahora bien, si no ha intervenido dolo en la imposibilidad de restituir, sólo era condenado al pago de la suma correspondiente al valor de la cosa. Por tanto, en caso de imposibilidad de la ejecución *in ipsam rem*, ésta se convertía en una ejecución pecuniaria, como una condena al pago de una suma de dinero. Este procedimiento era aplicable independientemente de que la acción ejercitada en el proceso de declaración hubiera sido *in rem* o *in personam*⁷⁵. Se optaba por la prisión en cárceles privadas cuando el condenado era insolvente.

Como es fácil comprobar, no se detenían en la forma de ejecutar las obligaciones de hacer o de no hacer. Es probable que la existencia de la esclavitud y la estructura económica tuvieran una importante influencia en la ignorancia de las mismas. No se puede negar su existencia, desde luego, sino su relevancia jurídica. El recurso a la condena pecuniaria salvaba su ejecución, ya que no había interés en desarrollar otros medios más eficaces de cumplimiento⁷⁶.

⁷³ También se habla de *sequestratio*, con la misma finalidad aseguratoria que la *missio in possessionem*. Vid. MURGA, J.L.; *Derecho procesal clásico*. Cit.; pp. 386-387.

⁷⁴ La distinción en ejecución según se hubiese actuado o no con dolo para hacer imposible la entrega se tenía presente en todo el Derecho romano. En las Partidas también se recoge esta distinción.

⁷⁵ L. 68 de rei vindic. 6.1 (Ulpianus lib. LI ad Edictum): *Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur, et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, siquidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta sive actiones in rem, sine in personam sunt, ex quibus arbitrati iudicis quid restituitur, locum habet. Vid. SCIALOJA, V.; *Procedimiento...cit.*; p. 299.*

⁷⁶ BORRE, G.; *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*. Jovene, Nápoles, 1966, p. 10.

En conclusión, la asimilación de este periodo histórico con el tipo de ejecución procesal que se contempla en los códigos que tienen influencia francesa se comprende en la medida en que existe en ambos un predominio de las medidas de subrogación, de forma que se tienda a lograr el resultado de la ejecución prescindiendo de la colaboración del deudor. La estructura social y económica, que marginaba las obligaciones de hacer y de no hacer, y el problema de la insolvencia, que desembocaba en la prisión, ponen de relieve el hecho de que tales medios eran, y son, absolutamente insuficientes para ofrecer un cumplimiento exacto de la prestación. La colaboración del deudor es siempre fundamental, incluso en los casos de condenas pecuniaras, siendo paradigmático el recurso a la prisión en la *cognitio extra ordinem* en la medida en que, la misma, al margen de su función represiva, debía cumplir una importantísima función preventiva de disuasión al deudor de colocarse voluntariamente en situación de insolvencia⁷⁷.

⁷⁷ MURGA, J.L.; *Derecho procesal romano*. Cit.; pp. 385-386. Desde luego, en un ordenamiento democrático, una medida de esas características no es concebible porque, en todo caso, conllevaría el encarcelamiento de un insolvente involuntario, lo cual entra plenamente de lleno en la prisión por deudas.