

04'11-93174

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
Seminario de Derecho romano

La Influencia del Pretor Sobre el Derecho Privado Romano

Tesis que para obtener el título de Licenciado
en Derecho sustenta el pasante

JUAN JOSE GUERRERO Y FERNANDEZ

MEXICO, D. F.

1968



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Capítulo I.

INSTITUCION Y ORGANIZACION DE LA PRETURA.

Historia.- En este trabajo va a demostrarse el influjo benéfico que el pretor ejerció en la evolución y en el progreso del Derecho romano en su forma originaria del "Ius Quiritium" o del "Ius Civile"; así como también que la actividad creadora del pretor resultó en muchos aspectos el origen de múltiples instituciones jurídicas que aun en la actualidad se continúan aplicando, aunque con los toques modernos que las nuevas modalidades han impuesto a las mismas instituciones jurídicas debido a las nuevas exigencias sociales de la actualidad. Tal es el caso de la acción publiciana, de la acción pauliana y el de los interdictos, antecedentes claros de figuras que se siguen aplicando en nuestros días.

Pero antes de entrar al análisis de la manera o forma cómo se instituyó la magistratura pretoria, conviene hacer un breve recordatorio respecto de los puntos de vista propuestos por algunos autores para dividir el estudio de las etapas del progreso del Derecho romano, es decir, desde la fundación de la ciudad de Roma hasta la muerte del Emperador Justiniano. Entre los autores que adoptan o manifiestan divisiones para estudiar la Historia del Derecho romano es conveniente citar a Robert Von Mayr (1) y a Pietro Bonfante (2), por lo siguiente: el primero de ellos tomó en cuenta en la división que propuso el nombre que se le dió al Derecho que tuvo su origen en la actividad de los pretores urbano y peregrino (Derecho Honorario); el segundo tomó en consideración el nombre del Derecho en que se inspiró exclusivamente en un principio el pretor peregrino para resolver los litigios que se suscitaban entre los ciudadanos romanos y los extranjeros, o entre peregrinos únicamente ("Ius Gentium"), cuyos principios fueron introducidos en forma paulatina por el pretor urbano al ajustar las controversias entre los ciudadanos romanos, a quienes les era aplicable privativamente en un principio el Derecho Quiritario

("Ius Quiritium").

Conviene principiar por analizar la división de la Historia del Derecho romano (3) expuesta por Robert Von Mayr el cual estima que esta historia debe presentarse en cuatro épocas para su estudio que son a saber: 1o. la "era" del Derecho nacional; 2o. la "era" del Derecho Honorario y de Gentes; 3o. la "era" del Derecho Imperial y de los Derechos nacionales; y 4o. la "era" de la "orientalización" del Derecho romano. Los grandes sucesos históricos que indican esta división en "períodos" son: el establecimiento del cargo pretorio, la petrificación del Derecho del pretor con la publicación del Edicto Perpetuo de Salvius Iulianus, y, por último en la fase del Derecho romano bizantino o de la "orientalización" del Derecho romano, la situación o circunstancia de que el Derecho romano llegó a tener un carácter "heleno-oriental" desde que subió al poder el Emperador Diocleciano (284-305).

Para los fines de este trabajo se procede a narrar aunque sea brevemente los acontecimientos principales referentes a las dos primeras etapas del desarrollo histórico-jurídico romano.

El primer período histórico-jurídico romano comprende desde la fundación de la ciudad de Roma (21 de abril del año 753 a. de J. C.) hasta la institución de la pretura en el año 367 a. de J. C.; con este hecho histórico se sostiene que termina la primera etapa de la evolución histórico-jurídica de la ciudad de Roma, y empieza la segunda fase a la que se hará referencia con más amplitud en atención a que forma parte del tema principal a desarrollar.

La primera época evolutiva del Derecho Romano es la "era" de un Derecho primitivo, aunque con alguna influencia extranjera greco-etrusca, es la época conocida como del "Ius Quiritium" o "Ius Civile", es el tiempo en el que domina el elemento sacerdotal, pues el conocimiento del formulismo legal está reservado y limitado a los pontífices. Es un Derecho privativo y exclusivo de los ciudadanos romanos.

En los primeros tiempos de Roma el Derecho fué fundamentalmente de origen consuetudinario, ésto es, estaba formado por las costumbres y los precedentes judiciales ("mores maiorum"), transmitidos de padres a hijos estrechamente vinculados con el Derecho Divino ("Fas"), y complementados, en cuanto al Derecho Público por los acuerdos ("foedera") intergentilicios y además unas pocas leges rogatae; este régimen jurídico estuvo vigente durante toda la

época de la monarquía. Por ésto es de entenderse que "los reyes dictaban el Derecho según sus convicciones, que lo que ellos creían justo y equitativo tenía fuerza de ley", y que "los cónsules de los primeros tiempos resolvían ateniéndose de ordinario a los precedentes de sus antecesores en el cargo" (Dionisio de Halicarnaso) (4).

Pero como el "Ius Civile" de estos primeros tiempos no estaba escrito daba lugar a interpretaciones personales y arbitrarias, lo que tenía como consecuencia que el juez o el sacerdote podía fácilmente disimular una preferencia injusta, con el cosiguiente descontento latente de la plebe.

Los pontífices eran los consejeros obligados tanto en asuntos de Derecho Sagrado como en los de Derecho humano, porque ellos tenían el privilegio del conocimiento de los formularios para la celebración de los actos jurídicos, y para el ejercicio de las "acciones"; también poseían el misterio de los días "fastos" y "nefastos", en resumen, tenían circunscrito a ellos simplemente la técnica para interpretar el Derecho. El Colegio de los pontífices tenía la "custodia" de las colecciones de los formularios de "acciones" y de los demás actos jurídicos, pues todo estaba guardado en su archivo. Los pontífices contaban dentro del campo de sus atribuciones la de redactar los calendarios, en los cuales hacían constar los días "fastos", que eran los días hábiles para ejercitar las "acciones" y para la administración de justicia, y también los "nefastos", es decir, los dedicados a los dioses, o sea los inhábiles, porque no se podían ejercer —en general— las acciones de la ley.

El rey era un magistrado único y vitalicio; se consideraba único porque detentaba los poderes públicos fundamentales sobre todo el pueblo en sus diferentes clases sociales. La autoridad del rey tenía una triple faceta, pues mandaba en el aspecto político, en lo militar y en lo religioso: era "rex sacrificulus". Debido a su carácter vitalicio el rey era irresponsable y por tener la jefatura religiosa era inviolable, ya que había sido ungido o investido con poderes divinos por el augur. Visto desde el ángulo político el rey tenía el "imperium" o sea la facultad de dictar órdenes respecto de todos los ciudadanos; esta facultad suponía el ejercicio de poderes como el de "ius belli ac pacis" y el del

"ius vitae necisque"; pero la potestad del "imperium" estaba condicionada en cuanto a su ejercicio —por parte del rey— a la consulta de los auspicios, ésto es, de la investigación de la voluntad de los dioses. Como resultado de que el rey tenía la potestad del "imperium" era el jefe militar, porque podía mandar a todas las fuerzas de la ciudad para resguardarla de los ataques de las ciudades vecinas.

Un gran número de autores ha sustentado la opinión de que la monarquía fué derrotada por un movimiento revolucionario (año 510 a. de J.C.) y como resultado se estableció la República ("Respublica"), pero no todos los tratadistas están de acuerdo en cuanto al "título" que recibieron, ya sea el magistrado o los magistrados que substituyeron al rey ("dictator" o "praetores"). Por lo tanto, es más conveniente aceptar la teoría clásica de la formación de la República (basada en la tradición romana), porque la teoría moderna preconizada por Maillet, Ellul y otros autores modernos no está apoyada en documentos indubitables, sino en suposiciones y conjeturas fundadas en comparaciones históricas, lo cual no es plenamente convincente, y por lo mismo, a falta de una fuente de información de mayor autenticidad, es más oportuno tomar en cuenta lo afirmado por Pomponius en su libro singulari Enchiridii, (Dig. l. 2). Debido a lo anterior, es de admitirse, en tanto que no se encuentren documentos fidedignos, que el rey fué suprimido y substituído por dos magistrados patricios llamados en un principio "praetores" (generales) a quienes después se les designó también con el nombre de "iudices" (jueces) por su intervención en la función jurisdiccional, y por último, a estos magistrados se les dió el nombre de "consules". (En este punto relativo a la denominación que fueron recibiendo los dos magistrados que ejercieron la autoridad en lugar del rey, coinciden en esencia Bonfante, Von Mayr, Arias Ramos y en parte Ellul).

Los cónsules recibieron el "imperium" de los reyes, sólo que por el término limitado de un año, tiempo del ejercicio de sus funciones públicas. El "imperium" comprendía dos formas: el "imperium domi" y el "imperium militiae" o "militare". El "imperium domi" consistía fundamentalmente en un poder de "coerción" ("coercitio"), ésto es, la posibilidad de represión de ciertos actos antisociales de los particulares; también incluye la potestad de decir

o de declarar el Derecho ("iurisdictio") tanto en materia civil como en lo penal. El "imperium domi" se hacía valer dentro de la ciudad con el límite territorial de una milla alrededor de la "civitas". El "imperium militiae" es primordialmente la facultad de mando sobre el ejército, la que supone, para el efecto de poder mantener el orden, el ejercicio del derecho de vida y muerte ("ius vitae necisque") sobre los soldados que estén bajo las órdenes del magistrado consular, sin que ningún otro magistrado pueda intervenir interponiendo su "intercessio".

Comparando la autoridad del rey con la del cónsul, se advierten las siguientes diferencias: el rey era vitalicio e irresponsable, en cambio, los cónsules desempeñaban sus funciones durante un año, quedando sujetos, al terminar su cargo, a ser procesados por los excesos e indebidas aplicaciones de sus atribuciones públicas; por último, el rey era único, en tanto que los cónsules eran dos (la magistratura consular era colegiada) y en el caso de que uno de estos magistrados no estuviera de acuerdo con el parecer o actuación de su colega podía hacer valer su veto, oposición o intervención ("intercessio").

Como resultado de que los pontífices eran los encargados de "custodiar" los formularios para ejercitar las "actiones" y para celebrar los actos jurídicos, la plebe estaba excluida del conocimiento del formulismo jurídico y por lo mismo expuesta a la imprecisión del "Ius Civile", lo cual dió lugar a una aspiración por parte de los plebeyos de que se estableciera un Derecho general y permanente para las dos clases sociales, redactado en forma escrita para que fuera conocido y consultado en cualquier momento por patricios y plebeyos, todo ésto con la consiguiente oposición tenaz de los patricios a que se estableciera una legislación con los caracteres antes descritos. Pero a mediados del siglo V a. de J.C. (años 451-450 a. de J.C.) el "Ius Civile" de esta época, que era fundamentalmente de formación consuetudinaria, recibió una nueva influencia: la del Derecho escrito, ya que por este tiempo fué redactada la Ley de las XII Tablas por dos cuerpos colegiados de diez miembros denominados de los decenviros ("decenviri legibus scribundis"), nombrados sucesivamente. Esta Ley Decenviral fué aprobada, y fijada en el Foro romano ("pro rostris") en el año 449 a. de J.C.; sin embargo, su texto original no es conocido por haberse destruído en la invasión de los galos (390 a. de J.C.), que

dando tan sólo comentarios jurídicos o filológicos de partes aisladas hechos por autores romanos posteriores los cuales citan a menudo al Derecho decenviral en un latín modernizado; dichos pasajes de los autores se presentan con palabras lacónicas expresadas en modo imperativo e impresionante por su extremoso rigorismo y crueldad (en algunas de sus disposiciones) y además con un formulismo exagerado e invariable. No obstante, hay que tener en cuenta que la ley escrita por los decenviros llegó a ser el fundamento y el "punto de partida" de todas las reinterpretaciones de los juristas, las que no solamente se limitaron al sentido estricto expresado de una manera categórica en la obra legislativa decenviral, sino que también la "interpretatio" amplió el sentido de las disposiciones de la Ley Decenviral, salvando los anacronismos cuando fué indispensable para aplicar la "Lex" a las nuevas circunstancias semejantes a las ya previstas jurídicamente.

El Derecho de este tiempo fué de naturaleza consuetudinaria en gran parte, aunque coexistió y concurrió con normas de Derecho escrito; fué la etapa del "Ius Civile", el período de las "legis acciones".

Como los plebeyos insistiesen en pretender llegar a la magistratura que reemplazó al rey, ésta fué suspendida provisionalmente y sustituida por tribunales militares con poder consular ("tribuni militum consulari potestate"), cargo que también los plebeyos podían ocupar, según el parecer de la organización política patricia, pero como rara vez fueron elegidos los miembros de la plebe para ocupar este puesto se obstinaron en que fuera restablecida nuevamente la magistratura que había sido suspendida con anterioridad.

Al parecer hubo dos causas probables que dieron lugar a la "creación" de la pretura, una de orden político-social y la otra de forzosa especialización de funciones. En relación con la primera causa, se dice que al ser establecido de manera definitiva el puesto consular por las Leyes Licinias ("Leges Liciniae Sextiae"), se volvió "accesible" a los plebeyos, aunque se desmembró el propio cargo consular al quitársele las atribuciones relativas a la administración de justicia y a la dirección de los procesos ("iurisdictio") las cuales fueron encomendadas a un nuevo funcionario, el que recibió el nombre de "praetor" (año 367 a. de J.C.) y dicho funcionario sólo podía ser elegido de entre los patricios, los que quisieron quitarle categoría al cargo de cónsul mediante

la transmisión de las atribuciones judiciales al puesto pretorio. He aquí el origen político-social de la investidura del pretor. Pero posiblemente además de la causa antes citada, la pretura debió su origen al hecho de que como los cónsules descuidaban sus funciones jurisdiccionales para ponerse al frente de los ejércitos y así combatir contra los ejércitos de las ciudades circundantes, lo que tuvo por consecuencia que no hubiera nadie que pudiera declarar el Derecho en la ciudad, motivándose de esta manera la institución de la pretura.

El pretor tomó el nombre de urbano ("praetor urbanus"), porque intervenía en lo referente a la administración de justicia dentro de la ciudad, y también debido a que generalmente se quedaba en la ciudad, pues no debía alejarse de ella por más de diez días.

Inicialmente el pretor urbano se limitó a vigilar que ante él se cumplieran debidamente las formalidades de las acciones de la ley, ayudando de esta manera a la aplicación del "Ius Civile", por lo que no estuvo en condiciones de hacer ninguna aportación que influyera en el progreso del Derecho romano.

En los primeros tiempos de Roma los derechos de los extranjeros eran "regulados" por tratados internacionales de alianza ("amicitiae foedera") y en caso de litigio, éste se sometía al conocimiento de un cuerpo colegiado de "recuperatores" formado por tres, cinco o más miembros, los cuales eran ciudadanos romanos y peregrinos.

Debido a las grandes inmigraciones de extranjeros, provocadas por la ampliación del poder político de Roma en el exterior y por el incremento que tomó el comercio internacional, se hizo necesario el nombramiento de un nuevo pretor para que tuviera la dirección de los procesos en que figurasen como partes los peregrinos entre sí, o bien, peregrinos y ciudadanos romanos; dicho nombramiento se hizo por el año 242 a. de J.C. Este nuevo pretor fué designado con el título de "praetor peregrinus" ("praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit") y en razón de su diversa competencia este cargo vino a ser opuesto al de "praetor urbanus".

Clases y número de pretores. Atribuciones.- Hubo dos clases principales de pretores: el urbano y el peregrino, los cuales influyeron en el progreso del Derecho romano y cuyas atribuciones ya han sido expresadas de manera fundamental con anterioridad.

Como efecto de la primera guerra púnica el Estado romano se

anexó Sicilia en el año 241 a. de J. C.; posteriormente, Roma se aprovechó de la disensión que surgió entre Cartago y sus mercenarios, y exigió la cesión de Cerdeña (año 238 a. de J. C.). Dichos territorios fueron considerados como provincias y por lo tanto se procedió a nombrar a dos pretores (en el sentido etimológico de jefe) para su "gobierno" (año 227 a. de J. C.). Estos pretores eran funcionarios muy distintos, desde luego, de los que se ocupa esta tesis. Después de la segunda guerra púnica Roma tomó posesión de las dos Españas (citerior y ulterior) lo que dió lugar al nombramiento de dos pretores más para que las administrasen (año 197 a. de J.C.). Al aumentar las provincias, con el fin de eludir nombrar otros magistrados, se tomó la costumbre de mandar a una persona ya antes designada cónsul o pretor, en el instante de concluir el tiempo de sus funciones en Roma, prorrogándose sus poderes únicamente para la provincia a la que había sido destinado, y en este caso, era un pro-magistrado; por consiguiente, el cónsul se cambia en pro-cónsul y el pretor en pro-pretor.

En tiempo de Sylla (año 82 a. de C.), los pretores llegaron a ser ocho, debido a que hubo pretores encargados de presidir los tribunales penales conocidos como "quaestiones perpetuae".

En la época de Caius Iulius Caesar la cantidad de pretores llegó a ser de diez en el año 46 a. de C., de catorce en el año 45 y dieciseis en el 44 a. de C.

En el Imperio los pretores llegaron a ser en número de dieciocho y hubo pretores con atribuciones especiales v. gr. como el que se nombró en tiempo de Augustus para presidir el tribunal de los "centumviri" ("praetor hastarius"), los dos que fueron establecidos por Claudius para intervenir en todas las cuestiones que se suscitaban con motivo de la inejecución de los fideicomisos ("praetores fideicommissarii"), los cuales Titus limitó a uno; y el que Nerva estableció para ventilar los problemas que surgiesen entre el Fisco y los particulares.

NOTAS DEL CAPITULO I.

(1) MAYR, ROBERT VON. Historia del Derecho romano. Traducción directa del alemán por el Prof. Wenceslao Roces. Editorial Labor, S. A.: Barcelona - Buenos Aires. Segunda edición: 1930, páginas 18 y ss.

(2) BONFANTE, PIETRO. Historia del Derecho romano. Traducción completada y revisada por José Santa Cruz Teijeiro. Vol. I. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1944, página 12 y ss. Instituciones de Derecho romano del mismo autor. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma. Instituto Editorial Reus. Madrid, páginas 10 y 11.

(3) MAYR, ROBERT VON Op. cit., páginas 18 y ss.

(4) Citado por MAYR, ROBERT VON en su Historia del Derecho romano, página 86 pr.

Capítulo II.

JURISDICCION CIVIL DE LOS PRETORES.

Etimología y concepto de "Jurisdictio".- La palabra Jurisdicción desde el punto de vista etimológico se deriva o proviene de dos palabras latinas: "ius" y "dicere", las cuales formaron la voz "Jurisdictio", la que significa, en principio, "decir", "declarar" o "mostrar" el Derecho; pero en realidad dicho término vino a representar o significar, tratándose de los pretores, el conjunto de poderes, facultades o atribuciones idóneas para dirigir, organizar o encauzar una instancia, las que implican conceder o negar acciones ("dare, denegare actionem"), remitir a las partes ante el juez privado ("iudicare iubere"), en una palabra, señalar el Derecho, aplicable al caso debatido, existente con anterioridad o proponer una regla nueva en el edicto anual, así como la facultad de imprimir "solemnidad" a los actos jurídicos cuyas formas tenían su origen en las acciones de la ley ("manumissio per vindictam", la adopción, la "emancipatio" y la "in iure cessio").

La "Jurisdictio" como potestad derivada del "Imperium" fué ejercida originalmente por los reyes, heredada por los cónsules y por último transmitida a los pretores.

Desarrollo histórico. Sistema de las acciones de la ley (Derecho Quirritario). Pretor Urbano.- En un principio los pretores urbanos no pudieron apartarse del estricto formulismo legal, sino que tuvieron que concretarse a observar y a vigilar el exacto cumplimiento del ritual y del ceremonial jurídico de las acciones de la ley; sólo posteriormente empezaron una cautelosa iniciativa tendiente a suplir los casos no previstos por el "Ius Civile" mediante su "Imperium", por diferentes medios entre los que quedaron comprendidos los interdictos, las "stipulationes praetoriae" y las "in integrum restitutiones", así como procediendo a ajustar al formalismo procesal inmodificable, el caso semejante no exactamente predeterminado en el origen de la institución jurídica relativa (v.gr. la "actio vitibus succisis" como derivación de la "actio arboribus

succisus" expresa y taxativamente establecida en la Ley de las XII Tablas). De lo anterior cabe deducir que los pretores urbanos, genéricamente hablando, se limitaron a aplicar el "Ius Civile", concediendo o denegando acciones, según que las relaciones jurídicas concretas planteadas estuvieren de acuerdo o no, con los principios del Derecho Quiritario. Asumían una actitud de pasividad frente a los ritos procesales, pues estaban imposibilitados legalmente para alterarlos, y desempeñaban por lo mismo un papel nulo, o por lo menos casi nulo para el progreso y avance del Derecho romano.

Al decir de Gaius el sistema procedimental de las "legis actiones" tomó ese nombre porque las acciones que integraban dicho sistema habían sido instituidas o establecidas por las leyes (seguramente Gaius tomó la palabra "legibus" en un sentido amplio que abarcaba las dos manifestaciones fundamentales del Derecho: ley escrita y costumbre), o tal vez porque las expresiones verbales que habían de pronunciarse al ejercitar dichas acciones deberían adaptarse y ajustarse a las palabras empleadas por las leyes, y por lo mismo, las acciones eran inalterables como las mismas leyes que las habían establecido (Inst. IV, 11), al grado de que el error más insignificante tenía como resultado la pérdida del litigio para la parte que lo cometiera.

La tramitación de las "legis acciones" tenía dos partes, una que se desarrollaba ante el pretor ("in iure, apud praetorem") y otra que tenía lugar después de la litis contestatio ante el "iudex privatus" ("in iudicio, apud iudicem") o el colegio de jueces (decemviri stilitibus indicandis y centumviri).

Del procedimiento o sistema de las acciones de la ley se conocen cinco clases o géneros de acciones (genera agendi): a) la legis actio per sacramentum (acción de ley por apuesta sacramental), b) legis actio per iudicis arbitrive postulationem (acción de ley de petición de juez o árbitro), c) legis actio per condictioem (acción de ley por requerimiento o emplazamiento —para presentarse a día fijo—), ch) legis actio per manus iniectioem (acción de ley por aprehensión o detención del deudor poniéndole la mano) y d) legis actio per pignoris capioem (acción de ley por toma de la prenda). Las tres primeras acciones de la ley se utilizaban para el trámite de los procesos y las dos últimas servían de vías de ejecución judicial o extrajudicial.

Algunas de estas formas de procedimiento tuvieron diversas

"modalidades" ya que hubo una legis actio sacramento in personam y otra in rem; una legis actio per conditionem emanada de la Lex Sillia establecida para la reclamación de ciertas cantidades de dinero prometidas (certae pecuniae) y otra basada en la Lex Calpurnia en relación con cualquier otra cosa cierta (omni certa re).

Al decir de Gaius (Inst. IV, 13) la actio sacramenti era la actio generalis; pues, para todos los asuntos a los cuales la ley no había concedido una acción especial, se actuaba mediante la actio sacramenti.

Las legis acciones tenían entre otras las siguientes características que importaban otros tantos inconvenientes o desventajas: A).- La invariabilidad de sus formas, o sea, su extremado formalismo, pues era preciso que las partes observaran escrupulosa y rigurosamente los ritos exteriores inmodificables, establecidos por las leyes o implantados por las costumbres ("introducta est moribus") los cuales comprendían la emisión de expresiones verbales sacramentales y solemnes predeterminadas ("certa verba"), así como la realización de ademanes y gestos simbólicos determinados previamente. B).- Dichas actitudes rituales debían tener lugar ante el pretor ("in iure") con la comparecencia de las partes en los días fastos, con excepción de la legis actio per pignoris capionem en que la toma de la prenda se llevaba a cabo pronunciando el pignorante ciertas palabras rituales, sin que fuera necesaria la presencia del pretor, ni que estuviera presente el deudor (absente adversario), ni tampoco era preciso que fuera día fasto. C).- Sólo los ciudadanos romanos estaban en posibilidad jurídica de ejercitar y hacer valer las acciones de la ley dentro del ámbito de la ciudad hasta el límite de una milla de ella, pues, como es sabido, representaban el aspecto dinámico del Ius Quiritium y como éste, eran propias y exclusivas de los "cives".

De lo dicho se comprueba que el sistema de las acciones de la ley era defectuoso desde su origen (ab origine), incompleto y poco moldeable a las nuevas circunstancias y situaciones que se presentarían más adelante.

Derecho de Gentes. (Ius Gentium). Pretor Peregrino.- Debido a que el "Ius Civile" y las "legis acciones" no eran susceptibles de aplicarse a los extranjeros, los pretores peregrinos tuvieron que valerse de su "imperium" y se vieron precisados a inspirarse en principios que tenían su génesis en la "aequitas", en la "bona fi-

des", en la "naturalis ratio", así como también tuvieron que basarse en normas o reglas consuetudinarias formadas por el intercambio socioeconómico entre romanos y "externae gentes", para los efectos de enunciar en el "documentum" denominado "formula" la "situación o situaciones de hecho" que las partes debían comprobar ante el "colegio de recuperatores" para lograr la condena o absolución, en su caso, de una de ellas.

CAPITULO III.

EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.

Su introducción progresiva. Las Leges Aebutia y Iuliae Iudiciariae y su relación con el procedimiento formulario.- Las legis acciones con el transcurso del tiempo se volvieron intolerables por la excesiva e immoderada escrupulosidad de los antiguos creadores del formalismo jurídico, pues la más ligera equivocación en su ritual era suficiente para que se perdiera el juicio, aparte de que eran poco moldeables a las nuevas situaciones que la vida social planteó posteriormente, por lo que se hizo necesario que se implantase un nuevo sistema procedimental para regular y resolver las contiendas que tenían lugar entre los propios romanos.

De los escasos testimonios que Gaius proporciona (Inst. IV, 93, 94 y 95) se deduce que en una época no precisada en la actualidad se trató de paliar o atemperar los defectos de las acciones de la ley por un procedimiento denominado "per sponsionem" (por estipulación o promesa solemne). Dentro de este procedimiento, cuando se trataba de ejercitar una acción real (actio in rem) como la "rei vindicatio" el demandante interrogaba solemnemente a su contrario (probablemente in iure), formalizando así la "sponsio" que en estos casos sólo tenía carácter de instrumento prejudicial: "Si homo quo de agitur, ex iure quiritium meus est sestertios XXV nummos dare spondes?" (¿Si el esclavo de que se trata es mío por Derecho Quiritario, prometes dar veinticinco sestercios?). Y probablemente el reo contestaría: "Spondeo". Dicha estipulación o convenio solemne solamente era un trámite previo al examen del fondo de la cuestión debatida en el pleito, no tenía carácter punitivo (non enim poenalis est), por lo que el demandado no estaba facultado para estipular por su parte (unde etiam in cum agitur non restipulatur), pero si estaba obligado a prestar una garantía de que devolvería la cosa litigiosa con sus frutos en el supuesto de que resultara condenado a entregarla al actor; esta fianza o caución se llamaba "pro praede litis et vindiciarum stipulatio" y tomó ese nombre como una

reminiscencia y supervivencia de aquellos "praedes pro lite et vindiciis" (fiadores que garantizaban la devolución de la cosa disputada y de sus frutos), que el pretor (en la "actio sacramenti in rem") obligaba a pronunciar al litigante que había sido favorecido con la posesión "interina", o sea la concedida mientras se resolvía en definitiva la cuestión litigiosa por el tribunal de los centumvirores o por el "unus iudex" (en los casos en que por razones desconocidas le eran encomendados los procesos reales).

En la época indeterminada a la que se hizo referencia cuando por causas que se desconocen se ejercitaba la "actio sacramenti in rem", en lugar de la "actio in rem" del procedimiento "per sponsionem", era preciso que el demandante "provocase" o retase a su contrario a celebrar la apuesta sacramental o "sacramentum", cuya cuantía fué fijada en ciento veinticinco sextercios (al parecer como máximo) por una "Lex Crepercia o Crepuria" (per legem Crepuriam).

Dentro del mismo procedimiento "per sponsionem" en lo que respecta al ejercicio de las acciones personales ("in personam"), la "sponsio" o "stipulatio" tiene carácter penal y no es de simple índole "prejudicial", como en las "acciones in rem", v. gr. en la "actio certae creditae pecuniae" (acción de préstamo de dinero en cantidad cierta) y en la "actio pecuniae constitutae" (acción de dinero cuyo pago se ha fijado para cierto día), aunque la "sponsio" no podía ser mayor de la tercera parte del dinero entregado en préstamo, en el primer ejemplo, ni tampoco, en el segundo caso, la "sponsio" podía sobrepasar de la mitad de la cantidad de dinero entregado para ser cubierto en día fijo y determinado.

El procedimiento formulario ("per formulas"), puesto en práctica inicialmente por los pretores peregrinos en los juicios que se promovían entre extranjeros, o en aquellos en los que intervenían romanos, por una parte, y por la otra peregrinos, fué aceptado, en una época que no se puede precisar, por los pretores urbanos, los que haciendo valer su "imperium", se desentendían de las "legis actiones" y lo fueron introduciendo de manera paulatina y progresiva, para organizar los trámites de las instancias surgidas entre los propios romanos hasta ponerlas en estado de sentencia, mediante la entrega del documento llamado "formula", el cual delimitaba los extremos que debían comprobarse ante el "unus iudex" o los colegios de jueces para los efectos de obtener la condena o la absolución, en cada caso práctico de uno de los contendientes.

El fenómeno de la introducción paulatina del procedimiento "per formulam" se explica por la circunstancia muy probable de que muchos pretores peregrinos fueron ascendidos a la magistratura pretoria urbana con posterioridad, y estando acostumbrados a la simplicidad y moldeabilidad de dicho procedimiento, lo continuaron aplicando al hacer extensivo el uso de la fórmula al trámite de los procesos que se presentaban entre romanos, convirtiéndolos así en "iudicia quae imperio continentur", por basarse en su "imperium" al conceder acciones en las que se daba acceso a la buena fe ("actiones bonae fidei"). De este modo se efectuó la transmisión del procedimiento formulario desde las actividades del pretor peregrino hacia las del urbano.

Esta hipótesis plausible explicaría como la experiencia obtenida ante los pretores peregrinos pudo ser aprovechada y tomada en cuenta por los pretores urbanos al pasar a la etapa "in iure" de las contiendas que tenían lugar entre los nacionales.

La conjetura mencionada relativa al origen del procedimiento formulario fué sustentada entre los romanistas alemanes primero por Huschke y continuada después por Wlassak. Dicha conjetura tiene su apoyo analógico en una inscripción helénica hallada en Lokri, en donde se expresa que el Derecho peregrino se aplicaría igualmente en lo futuro a los ciudadanos.

Gaius enseña (Inst. IV, 30) que el procedimiento formulario fué implantado de manera legislativa por una "Lex Aebutia" (per legem Aebutiam) y dos "Leges Iuliae" (et duas Iulias), que establecieron la abrogación ó supresión de las acciones de ley (sin que este texto explique o aclare el por qué tres leyes contienen la misma reforma procesal en forma absoluta y radical); pero en la actualidad casi la generalidad de los tratadistas se inclina en el sentido de conjeturar que la "Lex Aebutia" estableció una facultad optativa para los ciudadanos romanos de poder elegir entre el antiguo sistema de enjuiciamiento de fórmulas verbales o el entonces moderno procedimiento por fórmulas escritas, aunque en el supuesto hipotético de que ambas partes contendientes no estuviesen concordes en cuanto al tipo de sistema procedimental que debía aplicarse, es decir, que una de ellas pretendiese seguir la causa mediante una "legis actio" y el otro adversario solicitase la entrega de una fórmula escrita, en este caso, el "praetor" con toda seguridad resolvería el problema de desacuerdo referido y en virtud de su "impe-

rium", concedería o denegaría la acción en el caso concreto, y por lo mismo, accedería o denegaría una u otra forma procedimental. En resumen, se cree que la "Lex Aebutia" suprimió la obligatoriedad de las acciones de ley, aunque sin abrogar ninguna de ellas. Por efecto de esta ley de carácter procesal, el procedimiento "per formulam" de origen pretorio peregrino se convierte en "iudicium legitimum" y deja de ser "iudicium imperio continens".

La fecha de la "Lex Aebutia" no ha podido fijarse con certeza, pues los especialistas en Historia del Derecho romano no han llegado a un acuerdo en relación con la época exacta de su promulgación, por lo que se considera este problema como uno de los más discutidos y discutibles del proceso histórico-jurídico romano. Rudolf Sohm y Ursicino Alvarez Suárez afirman que la "Lex Aebutia" fué sancionada hacia el año 130 a. de Cristo. En el Diccionario de Derecho romano de Berger se sustenta el criterio de que la fecha de promulgación de dicha ley es imprecisa y oscila entre 199 y 126 a. de C., o que incluso tuvo fuerza obligatoria en una época posterior.

Las "duae Leges Iuliae" que cita Gaius (Inst. IV, 30) son conocidas con el nombre común y genérico de "Leges Iuliae Iudicia-riae" que denota su carácter procesal y que las distingue de otras "Leges Iuliae" que regularon otras materias ajenas al procedimiento judicial, asegurándose, además, por Wlassak, entre otros, que se trata de la "Lex Iulia iudiciorum privatorum" y de la "Lex Iulia iudiciorum publicorum". Estas dos leyes suprimieron a las "legis actiones" e implantaron el procedimiento formulario, con excepción de dos tipos o clases de asuntos: los que se tramitaban "in iudicio" ante el tribunal permanente de los centumviro (acciones civiles de propiedad, de servidumbres, de derechos hereditarios —en especial la "querela inofficiosi testamenti"—, así como las acciones de tutela y de estado) y en aquellos casos en que era preciso hacer valer la "legis actio damni infecti" (acción de ley del daño que amenaza, del daño inminente o emergente), la que consistía propiamente en una "notificación solemne de orden extrajudicial" —en el sentido de que no había lugar a un "iudicium"—, autorizada por el pretor, llevada a cabo por el propietario de un fundo que peligraba por una construcción contigua en estado ruinoso, al dueño de esta última con la finalidad de que evite la consumación del daño temido.

En especial, la "Lex Iulia iudiciorum privatorum" reglamentó,

lo mismo que la "Lex Aebutia", el trámite que debía efectuarse ante el pretor urbano "in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium" y estableció que los jueces privados debían ser instituidos mediante "formulas", sin ajustarse a las rígidas e invariables formalidades de las acciones de ley.

La otra "Lex Iulia" conocida con el complemento "iudiciorum publicorum", según la opinión dominante, se ocupó de reglamentar el procedimiento a que debían ajustarse las causas que se presentaban en los municipios de ciudadanos romanos y sus disposiciones propendieron a cambiar el sistema procesal de las fórmulas orales de las acciones de ley por el de las fórmulas escritas.

En lo que respecta a la fecha de estas dos Leyes Julias, a las que se refiere Gaius en sus Instituciones, no se ha podido determinar ésta con entera seguridad, aunque algunos romanistas afirman que dichas leyes fueron dictadas hacia los años 27 a 17 a. de C., y la iniciativa de ellas se debe de haber presentado en tiempo del "Imperator Augustus".

Epoca Clásica.- Dentro de las divisiones generales en períodos del Derecho romano sigue a la fase preclásica el período del Derecho Clásico. Desde luego no existe uniformidad de criterio en cuanto al momento histórico en que se inicia esta etapa, que se caracterizó por el máximo brillo, esplendor y desarrollo que alcanzó el Derecho romano en todas sus ramas, por la intervención fundamental de dos impulsos o fuentes creadoras: los edictos de los pretores ("edicta perpetua") y los dictámenes de los jurisconsultos ("responsa prudentium"), las que, como consecuencia de haberse divulgado y laicizado el conocimiento del formulismo jurídico (que antes era patrimonio exclusivo del Colegio Pontifical), se conjugaron y colaboraron entre sí debido a la situación circunstancial especial de que algunos de los jurisprudentes llegaron a desempeñar el cargo pretorio, así como al hecho de que los pretores eran ayudados en la elaboración de las fórmulas de sus edictos por un "consilium" integrado por juristas. Sin embargo, parece lo más aceptable afirmar que la llamada "Epoca Clásica" principió en el siglo I a. de C. (hacia el fin de la República) cuando hacen acto de presencia en el ámbito jurisprudencial Quintus Mucius Scaevola, Caius Aquilius Gallus, Servius Sulpicius Rufus y otros jurisconsultos de gran renombre por sus conocimientos jurídicos; destacándose el primero de los nombrados por el "orden sistemático" que imprimió al

"Ius Civile" al resumirlo en un número limitado de libros (XVIII libri iuris civilis) que integraron su tratado apreciado como ejemplar (1), porque fué la base de sustentación de las obras jurídicas que se escribieron después. Q. Mucius Scaevola tuvo por discípulo a C. Aquilius Gallus, el cual fué elevado a la dignidad de "praetor" para la "quaestio ambitus" en el año 66 a. de C., a quien se le atribuye la creación de la "actio doli" (que fué agregada al Edicto) y la "stipulatio aquiliani". (2)

Resta fijar el tiempo en que finaliza esta "época" o fase histórica, punto sobre el cual tampoco existe un criterio uniforme, aunque probablemente sea lo más acertado sostener que termina en el siglo III después de C., al morir el Emperador Alejandro Severo en el año 235 d. de C.

El Derecho Privado Romano Clásico se caracterizó en todas sus ramas por su simplicidad, elasticidad, ductibilidad y adaptabilidad a los casos concretos imprevistos en el primitivo "Ius Civile".

NOTAS DEL CAPITULO III.

(1) La reconstrucción del "sistema" de Q. Mucius Scaevola no da una mala impresión de las facultades abstractas de este autor.

(2) La famosa "causa curiana", de unos 90 años antes de Cristo, proporciona una idea del alto nivel que la discusión jurídica ya había alcanzado en aquel momento.

Capítulo IV.

EL NUEVO PAPEL DEL PRAETOR.

Sus aportaciones al Derecho romano: Nuevas medidas introducidas, especialmente las acciones pretorias in factum, ficticias y útiles.- Toca el turno al análisis del nuevo papel del praetor durante la etapa formularia, o sea, de la nueva actitud creadora de los pretores frente a la rigurosidad y ritualidad extremas del Ius Civile, tendiente, mediante la creación de nuevos medios o instrumentos procesales, a eludir y a eliminar los extremismos y rigormos que chocaban abiertamente con la aequitas.

Pero antes de entrar de lleno al desarrollo del tema de este capítulo, es conveniente hacer un recordatorio, aunque sea superficial, de los escasos medios extraprocesales basados en el imperium pretorio con los que el pretor podía contar para resolver los casos concretos que le eran sometidos, cuando el Derecho civil romano era insuficiente para resolver equitativamente ciertos conflictos.

Como ya se dijo en el capítulo II, durante gran parte del largo período de las legis actiones los pretores urbanos se limitaron a la vigilancia del ritualismo procesal, pero con posterioridad se vieron precisados a resolver los casos imprevistos en el Derecho civil (las lagunas del Ius Civile) por medio de su imperium, al emplear medidas provenientes de su actividad creadora, tales como: los interdicta, las stipulationes praetoriae, las missiones in possessionem y las in integrum restitutiones.

El término "interdictum" proviene, desde el punto de vista etimológico, de interdicere, que significa prohibir o vetar, pero en las Instituciones de Justiniano (1) se sustenta el criterio de que dicho término tiene su punto de partida en la expresión "inter duos dictum" que manifiesta la idea de una resolución pronunciada por un tercero en una controversia entre dos personas.

Los interdictos consistían en órdenes que podían tener un ca-

rácter positivo-imperativo, o bien, un carácter prohibitivo, por lo que Gaius (Inst. IV, 139, 140) con toda propiedad, los clasificó en dos clases: decreta et interdicta; dichas órdenes eran emitidas para proteger ciertos estados de hecho que frecuentemente, aunque no siempre, tenían relación con la posesión o con la cuasi-posesión a fin de prevenir disputas o de finiquitarlas de una manera rápida, aunque fuera provisional en muchas ocasiones, puesto que la parte inconforme podía recurrir a la vía ordinaria. Gaius (Inst. IV, 140, 142) también subdividió los interdictos en: restitutorios, exhibitorios y prohibitorios (unde omnia interdicta aut restitutoria, aut exhibitoria, aut prohibitoria vocantur). Al aplicar la subclasificación anterior a los interdictos posesorios resultan como restitutorios los posesorios: unde vi, de clandestina possessione et de precario; aparecen como exhibitorios el de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis, de liberto exhibendo et de tabulis exhibendis, pero como las dos subclases anteriores incluyen órdenes para efectuar la "restitución" de un bien o la "exhibición" de algo, deben comprenderse dentro de la categoría de "decreta"; y por último, son interdictos prohibitorios los posesorios uti possidetis et utrubi, aunque este último, por efecto reflejo en ciertas circunstancias, podía tener un carácter restitutorio (como en el caso de que alguno de los opositores que aspiraban a que les fuese atribuida la posesión del bien mueble litigioso hubiese estado en posesión del mismo bien la mayor parte del tiempo correspondiente al año anterior al pronunciamiento del interdicto, siempre que por su parte no existiese violencia o clandestinidad con respecto a su opositor, ni tampoco hubiera obtenido la posesión del opositor a ruegos).

Los interdictos más trascendentales por sus repercusiones modernas son los creados para retener la posesión —retinendae possessionis: uti possidetis, utrubi— y para recobrarla —recuperandae possessionis: unde vi, de clandestina possessione et de precario—.

Las stipulationes praetoriae son contratos revestidos de la forma solemne de la "stipulatio", sancionados y respaldados por la autoridad pretoria (por el imperium) que consistían en una "simple promesa" (nuda repromissio, nuda promissio), aunque las más de las veces estaba garantizada dicha promesa por una cautio o una satisfatio. Se clasifican en dos clases fundamentales: las de carácter procesal y las de naturaleza extraprocesal; como ejemplo típico de

estipulación pretoria procesal de la época de las legis actiones se menciona el vadimonium (acuerdo por el cual el demandado se comprometía a comparecer nuevamente en otra oportunidad procesal, señalada al efecto por el pretor, en virtud de que no hubiese sido posible agotar la tramitación de la fase "in iure" en un solo día); y como ejemplo típico de estipulaciones pretorias extraprocesales se señala la mediante la cual el pretor constreñía al heredero "puero y simple" a obligarse en beneficio del legatario cuya institución fuese bajo condición o a término; esta stipulatio estaba además garantizada por una cautio o satisdatio en la que figuraban fiadores solventes que respaldaban la promesa del heredero, por lo que esta institución toma el nombre de "cautio legatorum" ("cautio legatorum servandorum causa").

Las missiones in possessionem eran órdenes de los pretores que otorgaban el "envío en posesión" de un bien determinado (missio in rem) o de un patrimonio íntegro (missio in bona). Como ejemplo típico de missio in possessionem cuando estuvieron en vigor las legis actiones, Bonfante (2) cita la que se concedía en contra del demandado que se escondía para eludir o evitar la "in ius vocatio" (qui fraudationis causa latitat), aunque quizás también los pretores concedieron la missio in possessionem en esta misma época al acreedor de una sucesión respecto de la que los herederos todavía no pueden o no quieren hacer "aditio" (herencia ya cente), en cuyo caso el acreedor que entraba en posesión, por decreto del magistrado, podía llegar a ser propietario de los bienes de los que había tomado posesión, en virtud de la usucapio pro herede (suprimida en tiempos de Adriano) que surtía sus efectos al término de un año (inclusive para inmuebles). Los anteriores ejemplos muestran la función de los magistrados pretorios tendiente a colmar los casos imprevistos por el Ius Civile, ayudando en el fondo a su aplicación y cumplimiento por medios no directos.

La in integrum restitutio era un instrumento extraordinario (3) creado fundamentalmente por los pretores (aunque posteriormente fué usado por otros magistrados dotados de imperium) que tenía por efecto, en caso de declararse procedente, la declaración de nulidad o de rescisión, en su caso, de un acto estimado como válido a la luz del Ius Civile pero considerado como contrario a la equidad y perjudicial para personas que merecen protección (menores de edad, víctimas de dolo o intimidación, ciertos casos de ausencia,

etc.). Tenía como consecuencia definitiva (final) el retorno del estado jurídico anterior al "acto lesivo" que motivó el decreto restitutorio.

Como requisito principal de procedibilidad se requiere que la postulatio o impetratio de restitutio in integrum se verifique dentro de un plazo determinado que debe contarse a partir del instante en que deje de tener efecto el óbice que coarta la voluntad o la acción del perjudicado para promover la supplicatio inicial, la que debía culminar con el decreto restitutorio; dicho plazo llegó a ser de un año útil ratione initii en la Epoca Clásica.

Como "causas" o casos en los que probablemente en un principio se concedía la restitutio in integrum, cabe citar el de ausencia necesaria —ob absentiam— al caer prisionero en poder del enemigo un ciudadano romano o por verse éste en la necesidad de ausentarse para poder ejercer un cargo público (rei publicae causa). En esta circunstancia la persona afectada se encontraba impedida para ejercitar sus derechos y acciones, por lo que fácilmente podía suceder que al no hacerlos valer oportunamente corriese la prescripción de los mismos, consumándose en muchos casos en contra del perjudicado la usucapio. En tal caso el pretor declaraba que procedía la in integrum restitutio para el efecto de que el afectado pudiese actuar como si la prescripción no hubiera operado. También procedía en el caso de los acreedores de un deudor que hubiese caído bajo los efectos de una capitis deminutio minima (como consecuencia de una adrogatio o de una conventio in manum) —ob capitis deminutionem—; en esta situación específica el pretor autorizaba a los acreedores para actuar como si no hubiese existido cambio en el status familiae del deudor.

Posteriormente los pretores llegaron a otorgar su protección a los menores de veinticinco años "por causa de edad" —ob astutem— para declarar sin validez los actos jurídicos perjudiciales que hubiesen celebrado por falta de experiencia y cuando no fuera aplicable la Lex Plaetoria (¿Laetoria? 192/1 a. C.) que en muchos casos concedía al menor de veinticinco años una exceptio contra la posible actio de la parte contraria. Sin embargo, en muchos casos, un medio de defensa (exceptio) no servía: el menor necesitaba un medio de ataque (actio), y entonces (como la Lex Plaetoria no producía una "actio Legis Plaetoriae") el remedio debía buscarse en la in integrum restitutio.

Además de los casos ya mencionados de procedencia de la in integrum restitutio, con el tiempo los pretores llegaron a ampliar la aplicabilidad de este medio extraordinario fundado en su imperium; y así fueron aceptando otras causas tales como ciertos "vicios de la voluntad": —i. i. r. ob errorem— cuando se hubiese incurrido en un error excusable y substancial (iustus error) especialmente en materia procedimental v. gr. como cuando el demandado se hubiera abstenido de hacer valer una excepción perentoria, o bien, cuando el actor por error excusable hubiera formulado su reclamación con plus petitio, o sea con una intentio exagerada en la fórmula; —i. i. r. ob metum (quod metus causa gestum erit)— v. gr. como cuando se celebraba un contrato de compraventa influenciado por la violencia moral (vis compulsiva) o física (vis absoluta), o bien, cuando el presunto heredero repudiaba la herencia compelido por las amenazas de otro pariente; —i. i. r. ob dolum— v. gr. como en el caso de que se hubiera celebrado un acto jurídico, en el que una de las partes hubiera sido impulsada a contratar mediante el uso de ardidés, insinuaciones, falacias, intrigas, maquinaciones o artificios que la hubieran inducido en un error que redundase en menoscabo de su patrimonio. Cabe observar que las in integrum restitutiones sólo se concedían ex magna et iusta causa; de ahí la validez del aforismo "de minimis non curat praetor". La institución pretoria de la restitutio in integrum representa (con relación a los casos últimamente mencionados) el antecedente directo de las acciones y de las exceptiones doli y quod metus causa, así como también representa el antecedente remoto de las acciones modernas de nulidad relativa y de rescisión.

Con el tiempo fueron decayendo los medios de protección pretoria extraordinaria, especialmente los interdictos y las in integrum restitutiones, siendo substituidos lentamente por acciones de origen pretorio, muchas de las cuales tuvieron nombre propio (actio doli, actio quod metus causa) mientras que otras eran innominadas y llegaron a ser conocidas con la denominación genérica de "actiones in factum", en virtud de que estaban fundadas en un hecho considerado como merecedor de ser tutelado a la luz de la equidad. Estas acciones eran concedidas respecto de situaciones de hecho que el Ius Civile no tomaba en cuenta, pero que los pretores reconocían en sus edictos. Ellos ofrecían al público ciertas medidas jurisdiccionales y formulaban las proposiciones a veces de manera

condicional ("Si alguien hace lo siguiente facilitaré un juicio contra él" — "Si quis iudicium dabo"), a veces también sin recurrir a la forma condicional ("Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo"). (4). De todos modos se trataba siempre de una oferta al público a tomar o dejar. El público debía tomar la iniciativa, invocando la protección del pretor, en forma de acciones, excepciones u otras medidas propuestas, si quería llegar a un resultado diferente del Ius Civile. Sin embargo, si una de las partes consideraba que la aplicación del Ius Civile daría resultados contrarios a la equidad, y si el edicto no ofrecía escape del Ius Civile, siempre podía solicitar del praetor una medida procesal "ad hoc", para este caso especial, y luego, con base en su imperium, el pretor podía, discrecionalmente, conceder la actio, exceptio u otra medida solicitada, en los casos en que también él estimaba que la situación del solicitante merecía una protección que no se encontraba en el Ius Civile, ni tampoco en su edicto.

Como ejemplos claros de acciones in factum previstas en los edictos pretorios cabe citar las acciones penales que se concedían en su título "de in ius vocando" contra los reos que, habiendo sido llamados para comparecer ante el pretor, no se hubiesen presentado, ni tampoco hubieran proporcionado un vindex; otro caso de acciones in factum son las penales que en la división edictal "de in ius vocando" se daban contra los que impedían por cualquier medio violento que el llamado "in ius" se presentase. Además se puede señalar como ejemplo el de la acción in factum que se otorgaba al patrono contra su liberto que lo hubiese citado a juicio sin la amonesta previa del pretor, violando su deber de obsequium.

Como ejemplos de situaciones que inicialmente no estaban previstas en el edicto del pretor, pero a las que éste amplió su tutela es conveniente mencionar las acciones creadas con motivo de los contratos de depósito, comodato, fiducia, prenda, mutuo y quizás los actos de gestión de negocios, asimismo los contratos de compra venta consensual (emptio-venditio), los de permuta, de arrendamiento (locatio-conductio), de sociedad (societas) y mandato. A este respecto Gaius (Inst. IV, 47 in fine) nos muestra la fórmula de la actio in factum creada con motivo del contrato real de depósito:

"IUDEX ESTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM

ARGENTEM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO
REDITAM NOM ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NU-
MERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO".

No obstante que las fórmulas de las acciones que tuvieron su origen en los contratos reales y consensuales (mencionados anteriormente) estuvieron basadas propiamente en un hecho o hechos apreciados como merecedores de protección pretoria, y aunque estuviesen al margen del Ius Civile y muchas veces en contra del mismo, llegaron con el tiempo a ser aceptadas por el propio Ius Civile. De este modo se operó el fenómeno de la "recepción" de estas fórmulas in factum en el Ius Civile. Gaius proporciona un testimonio de esta circunstancia, ya que manifiesta que existían en su tiempo fórmulas de acciones concebidas, algunas de ellas, con relación a un derecho (in ius concepta) y otras, concebidas con referencia a un hecho (in factum concepta) —Inst. IV, 47—, puesto que la supervivencia de las acciones con intentio in factum concepta (con pretensión concebida con relación a un hecho) al lado de las acciones con intentio in ius concepta (con pretensión basada en un derecho) implica o supone necesariamente la existencia anterior de las primeras, o sea de las acciones in factum, que sobreviven tal vez por la costumbre romana de no substituir o suprimir de una manera radical las instituciones más antiguas por las más modernas, sino que todo se deja a la acción del desuso (desuetudo). (5)

Un ejemplo más de acciones in factum es el de la actio serviana que fué creada por un pretor llamado Servius para garantizar el pago de las rentas de predios rústicos; mediante esta acción se reconoció validez y sanción a los pactos que establecían la afectación de los objetos de labranza y de los ganados del colono (inventa et illata introducta) a dicho pago, sin que por ello el deudor perdiese, en principio, la posesión de los mismos. Así emanaba de dicha acción un derecho real persecutorio, que implicaba la facultad del acreedor de tomar posesión de dichos aperos y ganados en caso de incumplimiento del deudor, incluso si estuvieran en poder de un tercero, garantizando de este modo el valor de su crédito. Posteriormente, para beneficiar a otra clase de acreedores que hubieran estipulado con sus deudores una garantía real sin entrega del bien afectado, la actio serviana fué extendida a otros casos diversos a la garantía de pago de las rentas provenientes de un fundo rural, y en éstos también se estableció una garantía real,

sin que los deudores fuesen privados de la propiedad, ni menos aun de la posesión de los bienes garantes del crédito; tratándose de estas situaciones últimamente señaladas tomó esta acción el nombre de actio quasi serviana y con el tiempo el de actio hypothecaria, por lo que se advierte que dentro del devenir histórico jurídico romano representa el germen de nuestra acción real hipotecaria moderna. Ya con anterioridad, en fecha imprecisa, el pretor Salvius había establecido el interdictum que lleva su nombre —Salvianum— para favorecer al arrendador de una finca rústica que no hubiese recibido la renta; el cual tomaba posesión, en razón de este interdicto, de los bienes que el colono había introducido en el fundo arrendado y que, por convenio, estaban destinados para garantizar el pago de la renta. Como este interdicto empero, solamente podía hacerse valer contra el arrendatario rural y no contra terceros que estuvieran indebidamente en posesión de los objetos "afectos" al pago, resultó que en muchos casos era ineficaz para salvaguardar los intereses jurídicos de los arrendadores de fincas rurales, por lo que fué necesaria la creación de acciones in rem que por su propia naturaleza fuesen aptas para perseguir y lograr la posesión de las cosas que servían de garantía. Estas acciones fueron la serviana y quasi-serviana o actio in rem hypothecaria.

Hay que pasar ahora al tema de las excepciones. En las legis actiones, fuera de los casos de la legis actio sacramento in rem en que a la vindicatio del demandante el reo oponía su contravindicatio, y los de las legis actiones per iudicis arbitrive postulationem y per conditionem en que el demandado podía, a efecto de defenderse, desmentir la existencia de la deuda, no se conocen con todo detalle y precisión los medios de defensa extintivos o restrictivos de las acciones que podían hacerse valer en contra de las pretensiones reclamadas apud praetorem. Desde luego, por regla general, los pretores debían denegar la acción (denegare actionem, denegatio actionis) cuando la "relación concreta" planteada no estaba fundamentada en el Ius Civile, excepto cuando estuvieran en el caso de que las costumbres hubieran evolucionado en el sentido de permitirles emplear medios de su creación, apoyados en el imperium, tratándose de situaciones excepcionales, merecedoras de su protección, con lo que estuvieron en la posibilidad de ayudar y completar al Ius Civile. Estos medios no sólo eran acciones o interdictos pretorios. También servían como tales aquellas partes de

la fórmula que se llaman exceptiones, replicationes y duplicatio- nes, las cuales actualmente se designan como partes accesorias, accidentales o extraordinarias de ese documento. La serie de innovaciones pretorias continúa en algunos casos inclusive con triplicaciones o cuadruplicaciones como sugiere Gaius (Inst. IV, 129).

Las excepciones en el período formulario constituían instrumen- tos de defensa creados por los pretores en beneficio de los deman- dados para los casos en que éstos estuviesen en la imposibilidad de negar de una manera rotunda el fundamento de las acciones ejer- citadas en su contra. Como la fórmula es una autorización condicio- nal dirigida por el magistrado al iudex, para que éste condene (siem- pre que se compruebe por el actor que la intentio corresponde a la realidad), se puede decir que la exceptio es una restricción a es- ta autorización condicional, pues aunque se compruebe la intentio, el iudex no deberá condenar si, al mismo tiempo, se comprueba (por el demandado) la exceptio. Estos instrumentos de defensa eran in- sertados en la fórmula a petición de los demandados con carácter restrictivo respecto de la orden emitida y dirigida al iudex priva- tus para que condenase en el supuesto de que la intentio estuviese justificada. Las excepciones estaban redactadas dentro de la fórmu- la en forma de condición negativa en relación con la facultad de condenar (condemnatio), según se advierte de las palabras: "a me- nos que", "a no ser que" (nisi), "fuera de que", "excepto el caso en que" (praeterquam si), "si no" (si non), "si na- da" (si nihil), etc.

Durante el procedimiento formulario, sin que se pueda precisar la época, hubo dos modos de defensa en beneficio de los enjuiciados:

a) El modo ope exceptionis que comprendió las exceptiones strictu sensu que eran medios indirectos de evitar la condena y que se agregaban al texto de la fórmula del caso concreto en cues- tión entre la intentio y la condemnatio.

b) La manera de defenderse ipso iure (iure civili) que no era preciso que constara en la fórmula y que podía hacerse valer en cualquier momento, ya sea ante el magistrado, o bien ante el juez privado (v. gr. el pago que se alegase por el demandado en contra de una actio certae creditae pecuniae).

A lo que parece la manera de defenderse ope exceptionis, o sea las exceptiones, se originaron dentro de la actividad creadora de

los pretores, si se acepta el testimonio de Gaius (Inst., IV, 108) que afirma que las excepciones no se usaban en la época de las acciones de la ley. Además el mismo jurista clásico afirma que dichas medidas procesales eran expresadas casi siempre en los edictos pretorios, sin que por ello se elimine la posibilidad de que se otorgue una exceptio fuera de los supuestos previstos en dichos edictos (exceptio in factum).

Como ejemplos de excepciones, dignos de tomarse en cuenta, deben citarse: la exceptio pacti conventi o exceptio pacti de non petendo, por la cual se dirigía al iudex privatus la orden de que se absolviera al demandado si éste probaba la existencia de un pacto de remisión de su deuda; la exceptio doli que era insertada en las fórmulas in ius conceptae a favor del demandado en caso de mala fe del actor; cuando el demandado aduciera que no le había sido entregada la cantidad que le reclamaba el demandante con motivo de haberse celebrado una stipulatio procedía, desde comienzos del siglo III, la exceptio non numeratae pecuniae; y la exceptio quod metus causa que era concedida al demandado cuando éste se hubiera comprometido bajo el influjo de la coacción.

Las excepciones se han clasificado desde muy diversos puntos de vista; la clasificación más notable y trascendental por sus repercusiones modernas es la que Gaius formuló en sus Instituciones (IV, 120, 121, 122 y 124), pues en nuestro tiempo se continúa haciendo referencia a las excepciones perentorias y dilatorias. Al efecto Gaius definió a las perentorias como aquellas que pueden hacerse valer en cualquier tiempo y que no se pueden eludir v. gr. como las excepciones antes citadas, así como también la exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae y las excepciones que emanaban de la violación de leyes o senadoconsultos: la exceptio legis Cinciae, la que se derivaba de la Lex (P) Laetoria; y la del senadoconsulto Velleiano. Gaius incluyó dentro de las dilatorias tanto a aquellas excepciones que tienen valor hasta cierto tiempo —ex tempore— (v. gr. la que tenía su origen en el hecho de haberse celebrado un pacto que estipulaba que no se reclamaría el crédito en cuestión antes de que hubiera transcurrido un término de cinco años; así como la exceptio litis dividuae et rei residuae), como a aquellas que se hacían valer "en razón de la persona" que actuaba representando al actor —ex persona— (excepciones cognitivae et procuratoriae).

Con la finalidad de corregir y completar al Ius Civile los pretores realizaron ampliaciones de éste, extendiéndolo fuera de su aplicación normal hasta alcanzar situaciones que estimaron como merecedoras de su protección. Y al efecto, los pretores concedieron acciones ficticias para subsanar los defectos del antiguo Derecho Quirritario, cuando dichas ampliaciones del mismo Derecho tuvieron como base la suposición de que en el caso concreto se había cumplido una condición imprescindible para obtener la sanción del Ius Civile. Lo mismo acontecía en los casos en que los pretores otorgaban acciones omitiendo tomar en cuenta la presencia de un impedimento jurídico que obstaculizaba, de acuerdo con el Ius Civile, la protección jurídico-procesal. En los casos últimamente referidos los magistrados actuaban como si tales situaciones, que eran un obstáculo, no hubieren tenido lugar. De lo anterior se deduce que las acciones ficticias se pueden clasificar en dos grandes grupos:

A).- Acciones ficticias en cuyas fórmulas se consideraba, contrariamente a los hechos, como realizada una condición imprescindible para lograr la tutela del Ius Civile, v. gr., como en los casos en que procedía el ejercicio de la actio publiciana in rem, en los que se fingía concluido el término de la usucapio a favor del poseedor de buena fe y con justo título de una res mancipi; es decir, esta acción se concedía a favor de quienes poseían "in bonis habebant" y que habían sido despojados de la cosa litigiosa por un tercero antes de que se cumpliera el plazo de la usucapio.

La fórmula de la actio publiciana se debe a la inspiración del pretor Publicius que la insertó por primera vez en el edicto. Esta acción contenía en su fórmula una intentio in ius concepta modificada, puesto que implícitamente ordenaba al iudex privatus que dictara su sentencia como si ya hubiera pasado el tiempo necesario para la usucapición, que era de un año para los bienes muebles y de dos para los inmuebles, (ésto se entiende cuando el poseedor es de buena fe y provisto de un justo título, como la entrega de la cosa —traditio— en virtud de una compraventa consensual).

En otros ejemplos de acciones ficticias los pretores aceptaron como existente una condición jurídica exigida por el Ius Civile y redactaron la fórmula como si el demandante tuviera la cualidad de la que formalmente carecía. Al respecto conviene citar las que se concedían en beneficio de los bonorum possessores cuando actuaban contra los deudores de la sucesión de cuyos bienes estaban en pose

sión, con base en el edicto pretorio; en tales supuestos los actores accionaban como si fuesen herederos civiles (heredes). De esta misma naturaleza son las acciones que se otorgaban por los pretores a favor o en contra de los peregrinos, sin considerar la carencia de ciudadanía romana, por lo que en la fórmula se consignaban las siguientes palabras: "si civis romanus esset".

B).- Otros ejemplos de acciones ficticias son aquellas en las cuales se fingía que un acto jurídico del Ius Civile no había tenido lugar; así, en la fórmula de la rei vindicatio ficticia se aparentaba que una mancipatio, celebrada con vicios volitivos, no había tenido efecto, por lo que prácticamente se ordenaba al juez privado que actuase como si el demandante no hubiera transmitido el objeto litigioso al demandado en virtud de tal mancipación. Otros ejemplos de acciones ficticias se refieren a los casos en que el pretor pasaba por alto una mutación en el estado o en la capacidad jurídica del demandado que había operado como consecuencia de ciertos actos jurídicos que implicaban sumisión a otra persona, como la adrogación o la coemptio (per adrogationem, per coemptionem); en estos casos, en las acciones que se otorgaban a favor de los acreedores del adrogado o de la mujer, el pretor obligaba al juez a comportarse como si tales deminutiones capitis minimae no se hubieren efectuado.

Los pretores también llegaron a conceder acciones que tenían una semejanza con las que ya había establecido el Ius Civile, es decir, crearon acciones analógicas respecto de las acciones civiles. Dichas acciones pretorias tendieron a resolver los casos que no encuadraban plenamente dentro de los moldes previstos para las acciones civiles; y tales nuevas creaciones tomaron el nombre de "utiles". Como ejemplo de ellas conviene recordar la actio legis Aquiliae utilis que se llegó a otorgar cuando no se habían llenado alguna de las condiciones exigidas por la Lex Aquilia, como cuando se concedió protección al usuario, al usufructuario, al acreedor prendario, al poseedor de buena fe y aun al simple detentador de la cosa, que había sufrido un damnum iniuria datum; en estos casos, manifiestamente se advierte que se trataba de una ampliación de la acción aquiliana en relación con los sujetos activos de ella, ya que la Lex Aquilia taxativamente sólo concedía acción al propietario, víctima del daño injusto. Conviene citar como

otros ejemplos que representen ampliaciones de la acción de la Ley Aquilia, los que se presentan cuando, a pesar de existir una "lesión material" (corpus laesum), el daño injusto había sido ocasionado sin que hubiera existido impulso corporal del delincuente sobre la cosa ajena dañada (nec corpore) v. gr. como cuando se aterroza o se asusta a un esclavo o a un animal ajenos, y por este motivo pierden la vida al caer a un barranco, o bien, cuando el esclavo propiedad del perjudicado era convencido por un tercero para subir a un lugar elevado o para bajar a una profundidad y al hacerlo resultara lesionado o muerto. En todos los supuestos últimamente citados el pretor concedió acciones "útiles", en virtud de que no se reunía el requisito indispensable de acuerdo con el Ius Civile de que el daño hubiese sido inferido por la intervención directa del cuerpo del sujeto que causó el daño (corpore). También cuando el daño había sido ocasionado sin derecho (damnum iniustum) y redundaba, no en una "lesión material" (corpus laesum), sino sólo en un daño patrimonial, el pretor juzgó prudente ampliar —utilitatis causa— la aplicación de la Ley Aquilia a estos casos de "damnum nec corpori" (por ejemplo: por culpa o dolo se deja caer en un río un anillo ajeno; no hay daño al anillo; sin embargo hay daño en el patrimonio de su dueño). De la misma manera es mediante acciones útiles que el pretor amplía la estrecha base de la Lex Aquilia, consistente en dolo del demandado, hacia los casos de culpa.

NOTAS DEL CAPITULO IV.

(1) Vide Inst. Iust. 4. 15. 1. Cfr. ALVAREZ SUAREZ, URSICINO. Curso de Derecho romano. Tomo I. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1955, página 500 y ss.

(2) BONFANTE, PIETRO. Historia del Derecho romano. Traducción completada y revisada por José Santa Cruz Teijeiro. Vol. I. Madrid, 1944, página 569.

(3) "Extraordinario", en este caso, significa: "extraordinam" o sea, el pretor concede la i.i.r. "causa cognita", después de tomar conocimiento de los hechos, y sin que se encargue la decisión al iudex.

(4) Vide DAUVE, D. Forms of Roman Legislation, Oxford, 1956, sobre todo pp. 30 y ss., 97 y ss.

(5) Una aclaración más respecto de la terminología procesal pretoria: la fórmula, como se sabe, era una autorización otorgada al juez privado, por el magistrado (pretor, generalmente), para que aquél condenara en caso de encontrar comprobada la "intentio", y para que absolviera en el caso contrario. (Esta definición básica debería complicarse en caso de que la fórmula comprendiera también exceptiones, replicationes, praescriptiones, etc.).

La intentio puede someter al juez una cuestión de derecho ("si resulta que A debe a B"), en cuyo caso el juez deberá estudiar la situación a la luz del Ius Civile. Por lo tanto, si el magistrado quería apartarse precisamente del Ius Civile, debía otorgar una fórmula con la intentio formulada "in factum".

En otras ocasiones, el pretor permitía al juez aplicar el Ius Civile, pero sólo después de sustituir algún factor de la constelación de hechos, por una ficción, formulada en la "intentio". En tal caso se habla de una acción ficticia.

Por lo tanto, es mediante una intentio in factum o una intentio fictitia que el pretor crea todo el edificio del Ius Honorarium; y si estaba de acuerdo con la solución del Ius Civile, simplemente otorgaba una acción con intentio in ius.

A menudo, cuando el magistrado se apartaba del Ius Civile, se limitaba a extender las normas de este Derecho a nuevos campos; en tonces la acción, a la que la fórmula diera lugar, se parecía a una acción del Ius Civile. Típico ejemplo: la actio legis aquiliae utilis, que sancionaba el daño causado por imprudencia (mientras

NOTAS DEL CAPITULO IV.
(Continuación)

que la actio legis aquiliae, en su forma pura, perteneciente al Ius Civile, sólo sancionó el daño causado por dolo).

En tal caso, la acción que nace de la iniciativa pretoria se llama la actio utilis, y la acción que se tomó como modelo, la actio directa. En otras ocasiones, el magistrado creaba acciones que no tenían nada que ver con algún modelo del Ius Civile (ejemplo: la actio rei uxoriae, con la que el pretor hizo posible la recuperación de la dote por la esposa repudiada). En tal caso se trataba de una actio in factum, pero no de una actio utilis. Por lo tanto, las acciones pretorias son siempre acciones in factum o ficticias, sólo algunas de ellas son acciones "utiles".

Capítulo V.
EL FIN DEL PAPEL CREADOR DEL PRETOR.

Introducción. Denominaciones relativas al contenido de los edictos pretorios.- Concluido el análisis del contenido de los edictos pretorios, o sea de la práctica procesal apoyada en el imperium de los pretores (acciones y excepciones, así como medios extraordinarios), hay que tratar sobre ciertas denominaciones relativas al contenido de tales edictos: edictum perpetum, edictum translaticium, edictum novum, edictum repentinum. EL EDICTUM PERPETUM era inicialmente un conjunto de preceptos y principios apoyados en la equidad, escritos en tablas de madera pintadas de blanco (por lo que también toma el nombre de album) que eran colocadas en el forum de manera visible, para que fueran conocidas por todos los ciudadanos. Cada pretor, al tomar posesión del cargo en el mes de enero ("Kalendis Ianuariis") daba a conocer en esta forma dichas disposiciones, las que había redactado por sí mismo o con asesoramiento de su consilium de juristas, y las cuales se comprometía a cumplir durante todo el tiempo del ejercicio de su magistratura, para el efecto de dirigir el trámite de las instancias, particularmente para conceder acciones, excepciones y medios extraordinarios con base en su imperium. Dicho edicto debía permanecer inmutable durante todo el año en que el pretor ejercía sus funciones, por lo que se le llamó "edictum annum" o "perpetuum". Estaba formado de dos partes: una llamada "edictum translaticium" o "pars traslaticia" y otra denominada "edictum novum" o "pars nova"; la primera representa todos los elementos tradicionales del edicto, es decir, todas las medidas que provenían de los edictos de los pretores anteriores que eran adoptadas por el pretor que sucedía en el desempeño del cargo, en razón de los resultados beneficiosos experimentados en el ambiente jurídico romano y que por lo mismo pasaban de un pretor a otro de manera reiterada y sucesiva. La otra parte del edictum perpetuum estaba formada por cláusulas que implicaban novedades agregadas al texto

del edicto del pretor anterior por el magistrado que entraba en funciones. El edictum repentinum era el que se emitía de manera súbita para un caso especial, no previsto desde un principio en el album. Tales decisiones pretorias ad hoc son conocidas como "edicta repentina".

Origen de los edictos pretorios. Testimonio de Plauto. Papel del pretor.— Se ignora desde cuando los pretores comenzaron a fijar sus edictos. No obstante, algunos autores —como P. Van Wetter— aseguran que es probable que los edictos de los pretores surgieran contemporaneamente con el cargo pretorio (367 a. de J.C.), aunque otros romanistas —como Robert Von Mayr— se limitan a colocar el origen de estos edictos anteriormente a la Lex Aebutia; de todos modos en las comedias de Plauto (que fueron escritas hacia principios del siglo II a. de J.C.), se encuentran referencias aisladas al edicto pretorio, especialmente en "El Cartaginés". Lo más seguro es que los edictos en sus orígenes fueran de una importancia insignificante, ya que únicamente ratificaban y dilucidaban las normas del Ius Civile; sólo posteriormente se procedió en los edictos a la resolución de los casos no previstos en el Ius Civile, utilizando para este fin el pretor en turno su imperium, al establecer en las cláusulas edictales medidas extraordinarias tales como los interdictos, las estipulaciones pretorias y los envíos en posesión. Por estas medidas extraordinarias se procedió en algunos casos a ratificar el espíritu de las normas del Ius Civile (iuris civilis "adiuvandi" gratia) mientras que en otros el Ius Civile se completó (iuris civilis "supplendi" gratia). En lo que respecta a las missiones in possessionem y en relación con la materia hereditaria los pretores crearon la institución de la bonorum possessio que tuvo como carácter fundamental el de ser un "sistema paralelo" con el Ius Civile en un principio, cuando concedieron la posesión de los bienes hereditarios a los herederos reconocidos por el Derecho quiritarario (o sea a los heredes ab intestato: sui heredes, proximus agnatus et gentiles) para facilitar la aplicación del Ius Civile (bonorum possessio unde legitimi iuris civilis "adiuvandi" gratia) pero, mas tarde, cuando se otorgaba la bonorum possessio a los parientes cognaticios a falta de parientes agnaticios, servía para suplir al Ius Civile (bonorum possessio unde cognati iuris civilis "supplendi" gratia).

Los pretores crearon acciones nuevas para completar al Ius Civile; estas innovaciones pretorias tomaron el nombre de "acciones in factum". Las acciones in factum eran acciones de creación pretoria "ex novo" que podían ser concedidas ya sea en el edicto o por decreto. Estas acciones fueron creadas para suplir al Ius Civile (iuris civilis "supplendi" gratia), ya que fueron establecidas para proteger situaciones de hecho —dignas de tutela jurídica— que no estaban previstas por el Ius Civile.

Las acciones ficticias y útiles fueron establecidas para completar y reformar al Ius Civile (vel "supplendi" vel "corrigendi" iuris civilis gratia). De lo expuesto tanto en el capítulo que antecede como en el presente en relación con el "papel del pretor", se corrobora que la definición de Derecho pretorio de Papinianus contenida en el Digesto, está correcta y debidamente formulada en virtud de que expresa todas las formas que adoptó la fuerza creadora de los pretores a través del devenir histórico.

Antecedente de la Lex Cornelia de edictis praetorum: El Senatusconsultum que vedó a los pretores que se desviarán del edicto publicado al comenzar sus funciones. Lex Cornelia que prohibió a los pretores que se separaran de lo que habían dispuesto en sus propios edictos. ¿En qué sentido se les llamaba "perpetuos" a los edictos pretorios?.— Llegó a suceder con mucha frecuencia que los pretores emitían edictos para casos que consideraban especiales y que no estaban previstos en el edictum perpetuum —quod prout res incidit propositum erit—, pero en muchos casos tales edictos aislados en realidad contrariaban el edicto inicial, publicado al tomar posesión del cargo, por lo cual dichos edictos degeneraron, convirtiéndose en abusos de autoridad que fué preciso reprimir. Con este objeto se promulgó un senatus-consultum, siendo cónsules Lucius Paulus Aemilius y C. Licinius Crassus. Dicho senatusconsultum estableció que los pretores no debían separarse de los principios que ya habían proclamado en el edicto que habían publicado al principiar el desempeño del cargo, por lo que esos principios no debían ser modificados mientras durara el cargo anual; y por lo mismo quedó limitada la emisión de edicta repentina a los casos no previstos en el edicto anual. Sin embargo, como al mencionado senatusconsultum le hacía falta el consentimiento de los tribunos para que entrara en vigor y como este no llegó a ser otorgado oportunamente, las disposiciones derivadas del senado consulto quedaron

suspendidas en su aplicación. En consecuencia, las irregularidades edictales indicadas persistieron al grado de que fué menester ponerles coto. Con este fin, en 67 a. de C. el tribuno Lucius Cornelius presentó un proyecto de ley en el que proponía que se prohibiese a los pretores que se retractasen del contenido de sus edictos anuales, los cuales debían permanecer vigentes todo el tiempo en que ejerciesen sus cargos. Lo anterior significaba que los edictos pretorios debían tener un carácter perpetuo en sentido restringido, es decir, una vigencia permanente durante un año. Desde luego, a pesar de la aprobación de esta ley, los pretores pudieron válidamente emitir edictos nuevos para casos especiales, a condición de que no se contrariase el edicto inicial.

Algunas partes del edicto tomaron el nombre de los pretores que las insertaron y publicaron por primera vez.- En algunas ocasiones ciertas fórmulas contenidas en los edictos recibieron a través del tiempo el nombre del pretor que por primera vez las publicó v. gr.: la actio publiciana in rem que se atribuye al pretor Publicius; la actio serviana que procede del edicto del pretor Servius Sulpicius; la fórmula octaviana que tomó su nombre de C. Octavius, quien fué gobernador de Macedonia y padre de Caesar Augustus (esta fórmula configuró la acción que tenía por objeto la ineficacia de los actos jurídicos celebrados bajo el influjo del miedo y a la acción que se deriva de esta fórmula se le denominó posteriormente "actio quod metus causa"); o la actio pauliana que probablemente se debe a un pretor de nombre Paulus.

Lo anterior prueba que el edicto pretorio llegó a adquirir un núcleo permanente, o sea, una "pars translaticia" y que muchas de sus clausulae conservaron para la posteridad los nombres de quienes las publicaron por primera vez.

Intentos de codificación o compilación de los edictos pretorios: Servius Sulpicius Rufus, Aulus Ofilius.- A fines de la República los pretores poco a poco fueron dejando de introducir cambios trascendentales en las proclamaciones edictales; una tarea que quedaba por efectuar, empero fué la de sistematizar la materia de los edictos pretorios a fin de que se facilitara su consulta. Hubo juristas que se propusieron recopilar y resumir los edictos de los pretores, con el fin de formar un cuerpo jurídico único e integral que contuviese todas las partes de los edictos que mere

cieran estar vigentes. En este sentido hay que tener presente a Servius Sulpicius Rufus que fué quien primero intentó realizar este propósito con su obra titulada "Ad Brutum" que constaba de dos libros y que tal vez contenía observaciones o explicaciones aclaratorias a las fórmulas y cláusulas del album. Servius Sulpicius Rufus pretendió ordenar metódicamente el contenido de las materias de los edictos para obtener un texto ideal, completo y exacto, pero es dudoso que lo haya conseguido, dada la corta extensión de su obra.

Respecto de Aulus Ofilius, se sabe que llevó adelante la idea de organizar sistemáticamente los méritos de los diversos edictos pretorios, lo cual hizo de una manera más pormenorizada, sin que conozcamos muchos detalles de su obra. No obstante todos los posibles beneficios que pudieran resultar de la obra de Aulus Ofilius para sus coetáneos, hay que advertir que dicha recopilación tuvo tan sólo un carácter privado y por lo mismo su autoridad radicó únicamente en el prestigio personal de este jurisconsulto. Así, fácilmente se comprende que esta obra, al no estar respaldada por una sanción jurídica se fué quedando atrás, pues con el tiempo que dó extraña a las reformas que se fueron realizando en los edictos pretorios.

El llamado "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus. La obra codificadora de los edictos pretorios es emprendida nuevamente por Salvius Iulianus en tiempo de Hadrianus. ¿Cómo se realizó este "Edictum perpetuum"?.- Los especialistas informan que diversas causas confluyeron en la formación del "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus, a saber:

A).- El hecho de que la expresión edictal del Derecho ya había alcanzado su máximo desenvolvimiento en los últimos tiempos republicanos, y que las partes novae o novae clausulae edicti se fueron haciendo cada vez más escasas, al grado de que en la época de Cicerón muchos de los principios edictales de los pretores urbanos, (ya definitivamente cristalizados), habían comenzado a trascender a la redacción de algunos edictos provinciales. Resulta que en éstos, después de tratar algunas materias típicamente locales, en la rúbrica final (cuando menos en el caso que Cicerón nos transmite) (1) —rúbrica intitulada "De reliquo iure dicendo"— el Derecho honorario de la Ciudad de Roma es trasladado globalmente al Derecho provincial, para llenar los huecos. Esta "cristalización" debe haberse manifestado ya a fines de la República, pues en las Pro

vincias los gobernadores estaban inspirándose desde tiempos de Cicerón en el Edicto urbano de Roma, y ésto no podía ser el caso si dichos edictos urbanos mostrasen aún demasiados cambios de año en año. Esto se corrobora con lo expresado en una carta dirigida por el propio Cicerón a su amigo Atticus, en la que se refiere al contenido del edicto que publicó en su carácter de procónsul de Cilia; en esta carta le manifiesta que para aquellos casos concretos en que no hubiera disposición expresa ("De reliquo iure dicendo") aplicaría el edicto del pretor urbano.

B).- El hecho de que el cargo pretorio original fué disminuyendo en importancia debido a que a su esfera de competencia se le restaron varias materias, las cuales se atribuyeron a los pretores especiales, creados en el primer siglo del Imperio, sea para presidir el tribunal de los "centumviri" o para conocer de los casos de incumplimiento de los fideicomisos, así como de los asuntos fiscales contenciosos. El cargo de pretor también desmereció por el hecho de que el número de los pretores fué aumentado considerablemente; además se degradó debido a que a menudo se confirió a miembros de la familia imperial y sin ajustarse a las formas y demás requisitos republicanos que se comprenden bajo el término de "cursus honorum". De este modo los pretores quedaron manifiestamente influidos por los emperadores y perdieron su espíritu de iniciativa e independencia de criterio, además de haber perdido prestigio social.

C).- Fuera de lo ya expuesto, hay que tener presente, como factor propicio para la redacción del "Edicto perpetuo" de Salvius Iulianus, la ingerencia indirecta y directa que los emperadores ejercieron en el desempeño del cargo pretorio y en la redacción de los edictos anuales. Hubo intervención imperial indirecta a través de algunos Senadoconsultos tales como el Velleiano (46 desp. de J.C.) y el Trebelliano (56 desp. de J.C.); dichos senadoconsultos dieron la pauta a los pretores sobre la manera de otorgar acciones o excepciones que se derivaran de lo dispuesto en ellos. La intromisión imperial directa en la obra edictal pretoria está representada por la actitud acaparadora de la creación del Derecho por parte de los imperatores. Es verdad que las magistraturas republicanas coexistieron en nivel formal de igualdad con las magistraturas imperiales, tras un aparente respeto y reconocimiento, pero como resultado de la mencionada actitud imperial, los magistrados republicanos quedaron reducidos a meros figurones del absolutismo imperial y los

pretoreos no fueron la excepción a este respecto. Por lo tanto no se atrevieron a introducir ninguna reforma fundamental sin la previa anuencia del emperador en turno, puesto que éste podía oponer el veto o "ius intercessionis" en virtud de la "tribunicia potestas" (concedida por una "Lex curiata de imperio" a Caius Iulius Caesar Octavius junto con otras potestades extraordinarias, las cuales fueron confirmadas a los sucesores de Augustus).

Durante su gobierno el Imperator Hadrianus comisionó al jurista y pretor Salvius Iulianus para que llevase a cabo una labor compiladora y de selección de los mejores aciertos de los edictos pretorios, a fin de lograr una "redacción definitiva" de ellos. En efecto, Salvius Iulianus hizo el análisis de los edictos de los pretores urbanos y peregrinos de las últimas generaciones, y procedió a eliminar las partes de ellos que resultasen anticuadas para la época o que hubiesen caído en desuso; así como también modificó las cláusulas edictales que hubieran sido escritas de una manera oscura; además introdujo ciertas reformas substanciales, tales como la "nova clausula (Iuliani) de coniungendis cum emancipato liberis eius" —relativa a los derechos de sucesión ab intestato del emancipatus— y la modificación a la actio de eo quod certo loco dari oportet. Por último puso por orden sistemático los títulos y las materias edictales. Por todas estas razones a Salvius Iulianus se le conoce en las fuentes como "edicti perpetui conditor et ordinator". Todo parece indicar que la obra renovadora de Salvius Iulianus incluyó al final, como un apéndice, un compendio de los edictos de los ediles curules. Es posible que esta labor de Salvius Iulianus haya comprendido también los principios generales admitidos en los edictos de los gobernadores de las provincias, pero con exclusión de las modalidades regionales.

Las fechas en que Salvius Iulianus inició y concluyó la recopilación y renovación de los edictos que integraban el Ius honorarium no han sido determinadas hasta ahora con precisión, pues las opiniones de los especialistas sólo concuerdan en que fué en los últimos años del gobierno del Imperator Hadrianus. Así, por ejemplo, Robert Von Mayr señala que esta obra se terminó probablemente entre los años del 125 al 128, o sea antes de 129, fecha en la que sostiene (como también Bonfante y Fitting) que Iuliano empezó a escribir sus Digestos, hecho que implica, según él, haber acabado con el trabajo edictal que le fué confiado. Bonfante y De Francisci afir-

man que la "redacción definitiva" del "Edictum perpetuum" fué encomendada a Iulianus tal vez entre los años 125 y 126. Ursicino Alvarez asegura que esta redacción edictal se ordenó a Salvio Juliano hacia el año 130. Enrique Ahrens opina que en 131 se realizó la reunión de los elementos edictales constitutivos del Ius honorarium, después de haberlos revisado. De acuerdo con San Jerónimo (en un pasaje a Eutrop., 8, 17 que se considera apócrifo) el Edicto de Salvio Juliano fué escrito en 131. Con arreglo a lo que dice Mackeldey, este trabajo fué sancionado por un senatus-consultum en 131. José M. Carames Ferro y Carlos Alfredo Vogel aceptan que en general se reconoce como fecha de este hecho histórico-jurídico, la de 134, punto de vista que se ajusta en esencia al de Berger, de que esta revisión y compilación se hizo hacia el fin del Gobierno de Adriano (después de 132 pero antes de 138).

El llamado "Edictum Perpetuum" de Salvius Iulianus o "Edictum Hadrianum" quedó respaldado por la autoridad de Salvius Iulianus, tanto en su calidad de jurista como en su carácter de pretor, pero además contó con la aprobación y el apoyo del Príncipe, al extremo de que el Divus Imperator Hadrianus envió al Senado una "oratio" en la que se arrogaba la facultad de modificar la obra edictal definitiva y en la cual implícitamente se prohibió a los pretores que realizaran nuevas aportaciones, limitándose de esta manera el imperium de los pretores. Como consecuencia de esta "oratio", el trabajo de Salvius Iulianus fué ratificado por un senatus-consultum. Del modo antes descrito la obra de recopilación y reforma edictal de Salvius Iulianus llegó a ser el "EDICTUM PERPETUUM" en un sentido nuevo, pues con este término se quería indicar que en vez de edictos anuales habría en lo sucesivo un edicto ("perpetuo") de vigencia continua e incesante, ésto es, que quedaba en vigor en tanto que el Emperador no decidiera modificarlo.

Consecuencias de la formulación, sanción y publicación del "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus: a).- La estratificación o petrificación del Derecho pretorio. b).- El ius edicendi no se retiró a los pretores y demás magistrados de origen republicano.

El resultado directo e inmediato de la formulación definitiva del "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus, de su ratificación senatorial y de su publicación consecutiva consistió en el estancamiento del Derecho honorario, en razón de que el Divus Imperator Hadrianus se atribuyó la potestad de dilucidar las dudas e impre-

cisiones a las que su aplicación práctica diera lugar, por medio de rescriptos, así como la de introducir reformas y agregados, en caso de ser necesarias. En las fuentes de información de que se dispone no se observa ninguna modificación a esta recopilación edictal reformadora y todo parece indicar que el senadoconsulto que la revisó de sanción jurídica estableció la disposición de que los magistrados debían atenerse a esta redacción definitiva, concretándose a publicarla al tomar posesión de sus cargos. Así pues, pese a la sanción y publicación del "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus los magistrados de creación republicana —y en especial los pretores— continuaron ejerciendo formalmente el "ius edicendi", ya que debían publicar el texto de la reforma edictal definitiva al empezar el desempeño de su cargo. Lo expresado antes se desprende de un texto de Gaius (Inst. I. 6). No obstante el imperium pretorio y en especial el "ius edicendi" quedaron materialmente restringidos, en virtud de que los pretores estaban implícitamente impedidos para efectuar variaciones trascendentales sin la previa anuencia imperial. Por mucho tiempo los pretores continuaron dando a conocer este texto edictal en la misma forma en que ya se acostumbraba desde antes del Emperador Adriano, es decir, anualmente y al inicio de las funciones del pretor que estaba en turno. Por ésto, desde un punto de vista exterior, debe considerarse que el fundamento del Edicto siguió siendo el imperium del "pretor edicente", aunque en realidad estaba limitado en la forma ya indicada.

Por lo tanto, aparentemente se mantuvieron las facultades constitutivas del imperium de los pretores, aunque prácticamente las normas neodictales expresaban más bien la voluntad del Emperador, ya que detrás de lo que hacía saber el pretor —que iniciaba sus funciones— se encontraba la anuencia y el respaldo imperiales. Sin embargo, para la aplicación usual o común, los comentarios a este "Edictum perpetuum" fueron substituyendo paulatinamente al texto original del "album" de Iulianus. Para terminar la narración del devenir histórico del cargo pretorio, resta expresar que a principios del siglo III dejó de estar en vigor la costumbre de exponer al público el album reorganizado por Iulianus, al ser suprimida la magistratura del pretor peregrino y al ser eliminada la iurisdictio del pretor urbano.

Reconstrucción del "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus; estudios realizados con esta finalidad, principalmente por Haubold,

A. F. Rudorff, M. L. Jousserandot y O. Lenel.- El "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus no ha llegado a los tiempos actuales en su forma original, sino que se le conoce de un modo parcial a través de los fragmentos y de los comentarios que de él figuran en el Digesto, redactado por orden del Imperator Justinianus. Gracias a que el orden sistemático de este "Edictum perpetuum" fué seguido por la comisión redactora del Digesto y del Código justiniano, los especialistas del Derecho romano han podido intentar "reconstrucciones" aproximadas a la redacción original. Al efecto, es el caso citar a los siguientes especialistas y a sus obras encaminadas a lograr esta finalidad, lo más completamente que les fué posible:

Guillaume Ranchin, "Edictum perpetuum ad ordinem Digestorum restitutum", París, 1597, y edición de Parma, 1787.

Jac. Gothofredus, Quatuor fontes iuris civilis.

Wieling, Frag. edicti perpetui, Franco., 1733.

Haubold, Institutionum iuris romani privati historico-dogmaticarum lineamenta II, Leipzig, 1826.

Adolfus Fridericus Rudorff, De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt, Lipsiae, 1869.

M. Louis Jousserandot, L'Edit perpétuel restitué et commenté, París, 1883, y por último Otto Lenel, Das Edictum perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, ediciones de 1883, 1907 y 1927, publicadas en Leipzig.

P. Van Wetter (2) informa que Haubold reunió los pasajes del "Edictum perpetuum de Hadrianus" que consideró como indiscutiblemente auténticos; éstos eran un total de ciento cuatro fragmentos, de los cuales cinco correspondían al "Edictum aedilium curulium".

Otro intento de reconstrucción de la obra edictal juliana digno de atención fué el de Rudorff, pues los críticos de su época juzgaron que había deslucido a los que le precedieron.

En opinión de Jousserandot el "Edictum perpetuum" de Iulianus estaba compuesto de dos partes: la primera incluía la tramitación de los juicios en su fase preparatoria (o sea lo que denominaba "Instrucción preparatoria" o "Fraeparatoria iudiciorum"); además contenía las normas ordinarias del Ius Civile, respecto de los juicios ("iudicia") y la ejecución o cumplimiento forzado ("exsecutio"); la segunda parte reglamentaba los medios extraordinarios que tenían como finalidad la de completar o enmendar al Ius Civile, como los

interdicta y las stipulationes praetoriae, así como también las exceptiones.

Si se acepta el parecer de Paul Frédéric Girard y de Lenel se llega a la conclusión de que el trabajo de restitución del Edicto adrianeo de M. Louis Jousserandot carece de valor, tomando en cuenta los resultados que ya habían alcanzado otros estudios realizados sobre el mismo tema.

La crítica histórico-jurídica estima que la obra de O. Lenel ha dejado atrás a las demás citadas anteriormente.

Al realizar un examen minucioso, panorámico e integral de la reconstrucción del "Edictum perpetuum" propuesta por Otto Lenel, se advierten cuatro partes principales (aunque no siempre bien delimitadas) y un "Apéndice". La primera parte constituía una entrada que señalaba las reglas que debían observarse al tramitarse la fase "apud praetorem", ésto es, desde la "in ius vocatio" y la "editio actionis" hasta la redacción —por el praetor— de la instrucción escrita o "formula". La segunda parte del texto principal hace alusión a las disposiciones y fórmulas edictales relativas a la "Jurisdictio ordinaria", ésto es, fundamentalmente a las acciones reconocidas por el Ius Civile, las cuales se comprenden dentro de la denominación de "iudicia legitima", porque están sometidas a las formalidades jurídicas normales ("rerum actus"). La parte tercera versaba sobre cierto tipo de disposiciones y fórmulas que se apoyaban en el imperium, tales como las bonorum possessiones (las cuales constituían el sistema sucesorio pretorio), así como también la operis novi nuntiatio, la cautio damni infecti y los iudicia recuperatoria. La cuarta división contenía lo relativo a la "res iudicata", al cumplimiento forzoso de las sentencias, o sea, a la vía de apremio ("actio iudicati"), así como a la missio in bona adversus indefensum, a la bonorum venditio y a los recursos de nulidad contra las sentencias ("De sententia in duplum revocanda"). El "Apéndice" estaba integrado principalmente por una triple colección de formularios, a saber: fórmulas de los interdicta, de las exceptiones y de las stipulationes procesales. A este "Apéndice" estaba agregado el "Edicto de los ediles curules" ("Edictum aedilium curulium").

NOTAS DEL CAPITULO V.

(1) Vide KRUGER, PAUL. Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts. Primera edición. Leipzig, 1888; página 39.

(2) Vide Cours élémentaire de Droit romain contenant l'His-
toire du Droit romain et la Législation de Justinien, par
..... Seconde édition, complètement refondue. Tome premier.
Gand et Paris, 1875; pages 27 - 28.

BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. A. M.

Capítulo VI.

ANÁLISIS DE LO QUE EN EL DERECHO PRIVADO MEXICANO SE DEBE A LAS INNOVACIONES PRETORIAS.

De lo que resta del Ius praetorium. La "recepción" del Ius praetorium en el Derecho privado mexicano.- Ha llegado el momento de tratar lo relativo a las reminiscencias del Derecho pretorio, o sea los vestigios de ese Derecho que han resistido el paso de los siglos y que han sido transmitidos al Derecho privado mexicano en vigor, a través del Derecho español, perdurando de este modo en muchas disposiciones de los Códigos de Derecho privado vigentes en el Distrito y Territorios Federales. Para los fines de este estudio conviene analizar inicialmente las instituciones del Ius civile, sobre las cuales la influencia de los pretores se dejó sentir con el tiempo; después se hará un estudio comparativo entre el Derecho privado mexicano y las creaciones de los pretores que han dejado sus huellas en dicho Derecho. Sin embargo, no serán objeto de especial atención aquellas instituciones del Ius civile en las cuales el pretor no dejó una señal trascendental, es decir, se hace mención a aquellas figuras respecto de las cuales el pretor sólo confirmó el Ius civile v. gr.: los derechos reales de servidumbre.

Para las finalidades de este trabajo, como resorte dialéctico, hay que aludir primero a las formas y moldes contractuales de más "rancio sabor arcaico" del Ius quiritium (Ius civile), como los "negotia per aes et libram", entre los que se cuentan como elementos la "mancipatio" (quizá denominada "mancipium" en el período más primitivo) y el "nexum" que se celebraban fundamentalmente mediante la emisión de fórmulas orales que una de las partes pronunciaba ritual y solemnemente ("Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto": Tabula VI, 1). La "mancipatio" se debía utilizar para efectuar la transmisión y adquisición de las "res mancipi": predios, tanto urbanos como rústicos, comprendi

dos dentro del territorio de la Ciudad de Roma, primero, y después dentro de la Península Itálica; las servidumbres de paso y de acueducto sobre las propiedades rústicas (servitutes vel iura praediorum rusticorum velut via, iter, actus, aquaeductus); los siervos y los animales adecuados para cargar y jalar (servi et quadrupedes quae dorso collove domantur, velut boves, equi, muli, asini). Por virtud de la figura del "nexum", el deudor (debitor) o su garante quedaban ligados para con el acreedor (creditor) como resultado de las palabras simbólicas pronunciadas —las cuales integraban la "damnatio"— ante cinco ciudadanos romanos púberes y un "libripens". El nexum venía siendo una autopignoración del deudor, condicionada por el incumplimiento en cuanto a su ejecución, la cual todo parece indicar que se llevaba a cabo "per manus iniunctionem".

Cabe exponer que también hubo contratos cuyo perfeccionamiento tenía lugar mediante la escritura en el libro familiar del acreedor de la cantidad que debía restituir el deudor ("contractus litteris"); estos contratos se agruparon bajo la denominación genérica de "nomen transcripticium". No se va a entrar, empero, en detalles sobre estos contratos literales, ni sobre los antes citados que componen los "negotia per aes et libram", y si se ha hecho referencia a ellos, es con el objeto de establecer una diferencia constructiva entre las rígidas formas contractuales del Ius civile y los contratos consensuales, cuya eficacia práctica y jurídica fué reconocida por los pretores en muchos casos, para el efecto de poder establecer debidamente cuáles son las aportaciones edictales pretorias que repercutieron en el Ius civile en forma positiva y progresista, contribuyendo así a la evolución del Derecho privado romano. En efecto, en muchos casos, los pretores les dieron sanción jurídica, como en el caso de una compraventa celebrada sin ajustarse a las formas mancipatorias, ni a las de la "in iure cessio"; en estas situaciones dichos contratos se revistieron de sanción jurídica por medio del otorgamiento de una exceptio ("rei venditae et traditae") y aun de una actio ("publiciana in rem"), para el respaldo y el apoyo de los intereses de los que poseían "in bonis". Lo anterior implica que los pretores fueron combatiendo el carácter fútil del ritualismo del antiguo Derecho romano, al grado de que se fueron atreviendo a relegar al olvido el principio iuscivilista "per extraneam personam nihil adquiri potest", llegan

do por lo mismo a dar cabida al contrato de mandato (contractus mandati), entendido ésto, claro está, por vía de las acciones pro metidas edictalmente tanto al mandatario como al mandante. Así pues, los pretores implantaron el principio del consensualismo, ya que reconocieron validez y eficacia jurídica a los pactos y convenios desprovistos de forma, y por lo tanto de acción, contemplados desde el punto de vista del rigorismo del Ius civile. Lo antes expresado se descubre de la lectura de la reconstrucción del "Edictum perpetuum" de Iulianus propuesta por Lenel, en su Tit. IV párrafo 10 relativo a los pactos y convenios ("De pactis et conventionibus"): "Dice el pretor: Mantendré los pactos celebrados sin dolo malo, que no vayan en contra de las leyes, de los plebiscitos, senadoconsultos, edictos y decretos de príncipes, ni en fraude de ellos", es decir que con los pactos no se hubiera hecho fraude a las disposiciones, emanadas de las fuentes enumeradas.

Este principio consensual, conocido en nuestro ambiente como "de la autonomía de la voluntad", ha sido admitido con ciertas restricciones en el Código Civil vigente, al tenor de lo que disponen los artículos 1796 pr. y 1832: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, ..." y "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de".

Si se toma en cuenta que la gestión de negocios era una institución contraria al principio iuscivilista "per extraneam personam nihil acquiri posse" (Gaius, Inst. 2, 95), hay que concluir que se trata de una creación innovadora pretoria, o bien, a lo sumo que es el resultado del reconocimiento sancionador de los pretores respecto de hechos dignos de protección y tutela jurídica que se realizaban en todo caso al margen del ordenamiento del Ius civile. Estos hechos constitutivos de la figura de gestión de negocios, tal vez inicialmente se desarrollaron consuetudinariamente y por la vía de la "interpretatio" jurisprudencial; y fueron posteriormente incluidos en el edicto pretorio, mediante la redacción de la promesa de conceder las acciones relativas en caso de presentarse objetivamente las hipótesis edictales previstas v.gr. como cuando se interviniese por propia iniciativa en la gestión de los negocios de otra persona que se encontrase ausente, o que hubiera dejado de existir. Es decir, que en este Edictum "de ne-

gotiis gestis" estaban comprendidos los casos en que una persona realizaba una "gestio" en los "negotia absentis", debiéndose entender esta última expresión en el sentido de que se refiere a los ausentes en una forma más amplia, ésto es, tanto a los que físicamente no están presentes, como a los que no lo están por haber dejado de existir.

Tal parece que las fórmulas de las acciones relativas a la gestión de negocios fueron inicialmente concebidas "in factum" y que después, en época no precisada, dichas fórmulas llegaron a redactarse "in ius concepta". Sin embargo, esto último no es lo que interesa, pues lo más importante es constatar si la disposición edictal "de negotiis gestis" ha sido transmitida al Derecho privado mexicano en vigor en el Distrito Federal y Territorios Federales, entendido ésto, naturalmente, en sus rasgos esenciales y fundamentales; ya que no debe esperarse que dicho edicto se encuentre transcrito íntegramente en el Código Civil. Para el efecto, revisando la reconstrucción del Edictum perpetuum de Iulianus propuesta por Otto Lenel, en su Tit. VIII párrafo 35 relativo a la gestión de negocios ("De negotiis gestis"), se lee lo siguiente: "Dice el pretor: Si alguien hubiere administrado los negocios de otra persona ausente, o bien si hubiere administrado los negocios que hubieren sido de cualquiera al morir, daré acción por esta causa"; y en el artículo 1896 del Código Civil que rige en el Distrito Federal y Territorios se dispone lo siguiente: "Art. 1896.- El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe de obrar conforme a los intereses del dueño del negocio". De las disposiciones anteriores se advierte que la institución de la "representación espontánea" encuentra acomodo y sanción jurídica tanto en el Derecho edictal pretorio como en el ordenamiento jurídico civil mexicano vigente en las circunscripciones territoriales indicadas, ésto es, en ambos Cuerpos de Derecho. A mayor abundamiento y en apoyo de lo expresado, hay que hacer resaltar que estas expresiones: "Si alguien hubiere administrado los negocios de otra persona ausente," "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro," tienen relación directa con la administración y con el cuidado de los asuntos ajenos. Por otra parte, en ningún artículo de dicho Código Civil se reglamenta el caso de la gestión por parte de un extraño de los negocios de quien hubiere falleci-

do, pero en cambio en el artículo 1909 se estatuye la obligación a cargo de los herederos de reintegrar las erogaciones funerarias que se hubieren realizado por un tercero; de esta obligación no quedan relevadas las personas que hubieren tenido el deber de alimentar a aquél "de cuius successione agitur" por el hecho de que en la sucesión del caso específico no existan bienes. Ahora bien, si se consulta la reconstrucción edictal propuesta por Lenel en su Tít. XVI párrafo 94, que se refiere a los gastos de los entierros ("De sumptibus funerum") se manifiestan los mismos principios que en el precepto citado del Código Civil: "Dice el pretor: Para recuperar el gasto que con motivo de un funeral se hubiere hecho, daré acción contra aquél a quien este asunto corresponde".

Como ya se dijo en el capítulo IV intitulado "EL NUEVO PAPEL DEL PRAETOR", las "in integrum restitutiones" constituyen el antecedente remoto de las acciones modernas de nulidad relativa y de rescisión. Debe entenderse al enunciarse lo anterior que estas acciones de nulidad relativa suponen como presupuesto procesal la existencia de los llamados "vicios del consentimiento" o de la "voluntad": metus, dolus, los cuales representan causas internas por las cuales los actos jurídicos en cuestión son susceptibles de ser anulados, o sea lo que se incluye en el campo de la anulabilidad. Si se lleva a cabo una consulta a la reconstrucción del Edicto juliano propuesta por Lenel, en su Tít. X ("De in integrum restitutionibus"), especialmente en los párrafos 39 y 40, se llega a la conclusión de que los pretores tutelaron a los afectados con estos vicios volitivos mediante la concesión del medio extraordinario de la "restitutio in integrum". Así pues, en el párrafo 39 de dicha reconstrucción ("Quod metus causa gestum erit") se enuncia lo siguiente: "Dice el pretor: Lo que se hubiere hecho por causa de miedo, no lo tendré por válido". Lo anterior lleva involucrada la idea de una posibilidad de ser declarados inválidos los actos jurídicos que hubieren tenido como antecedente causal la violencia moral o miedo en sentido estricto (vis animo illata, metus), o bien, el miedo en sentido amplio; entendiéndose por éste la violencia física (vis corpori illata, vis absoluta), máxime si se acepta que la redacción más antigua de este Edictum contenía las expresiones verbales "quod vi metusve causa". Este punto de vista de comprender dentro del concepto de miedo tanto a

la violencia física como a la violencia moral, fué admitido por el artículo 1299 del Código Civil de 1884, el cual al efecto definió el miedo en la forma siguiente: "Hay intimidación cuando se emplean fuerza física o amenazas que importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del que contrae, de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes". Sólo en el Código vigente se distingue hasta cierto punto entre la fuerza física y las amenazas; sin embargo, las hace entrar dentro del concepto de la violencia: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado". (Art. 1819 C. C.). Además, de la lectura del artículo 1812 del mismo ordenamiento civil vigente, se advierte que dicho edicto pretorio relativo al miedo ha repercutido en la redacción de la disposición moderna que se cita, ya que si bien el pretor afirma que no tendrá por válidos los actos jurídicos celebrados por el influjo del miedo, dicho precepto del Código Civil estatuye que la voluntad no será eficaz si ha sido arrebatada por violencia (art. 1812 del Código Civil).

Ahora bien, si se lee la misma reconstrucción de Lenel del Edicto adrianeo en el ya mencionado Tit. X, sólo que esta vez en el párrafo 40 ("De dolo malo"), se encuentra lo siguiente: "Mas tales son las palabras del Edicto: Respecto a las cosas que se dijere que han sido hechas con dolo malo, si sobre tales cosas no hubiere otra acción, y apareciere que hay justa causa, daré una acción (dentro del plazo de un año a partir del momento en que sea posible ejercitarla)". Pues bien, si se leen los artículos 1812 y 1815 del Código Civil en vigor, se llega a las siguientes conclusiones:

A).- La disposición edictal antes transcrita repercutió en la redacción del artículo 1812 del Código Civil, en lo que respecta a la parte relativa en la que se hace mérito al hecho de que si el consentimiento ha sido sorprendido por dolo no es válido, es decir, que la voluntad expresada e influenciada por dolo debe ser considerada inoperante como consecuencia del ejercicio de la acción de nulidad por el afectado. Por lo que debe estimarse, que en realidad ambas disposiciones son casi idénticas, ya que el

Edictum contiene la promesa del pretor de conceder una acción cuando un acto jurídico se hubiere celebrado con dolo malo, por parte de uno de los contratantes o de un tercero; y el artículo 1812 del ordenamiento jurídico citado establece implícitamente la posibilidad jurídica del ejercicio de la acción de nulidad relativa, cuando se presente y se realice la hipótesis normativa de que la voluntad se manifieste por la intervención del vicio volitivo del dolo.

B).- Si se lee ahora el artículo 1815 del Código Civil en vigor, se concluye que en la disposición edictal ya transcrita con anterioridad se hace referencia al concepto de dolo, sólo que con el calificativo de malo, el cual no trasciende al precepto jurídico moderno antes mencionado; en el que por otra parte se fracciona sutilmente la noción de dolo en dos ideas: el dolo y la mala fe, lo cual no aconteció en el Derecho romano, ya que en él sólo se hace mención al dolo malo, al dolo bueno y a la buena fe como conceptos opuestos.

Antisio Labeo definió el dolo malo de la siguiente manera: "Dolo malo es toda sagacidad, falacia o maquinación utilizada para sorprender, engañar o defraudar a otro". (D. 4. 3. 1. 2). Así pues, el dolo malo es todo acto o disposición de ánimo manifestada exteriormente que se asume, en forma contraria a las normas de la probidad, para provocar engaño o falso concepto de la realidad en el entendimiento ajeno. Por tanto, comete dolo el que actúa con astucia, falacia o maquinaciones para hacer caer en error o a efecto de que se continúe en el mismo error.

El dolo bueno consistía en el resultado del uso de palabras lisonjeras, insinuantes y elogiosas constitutivas de artificios más o menos diestros para lograr un fin lícito, v. gr.: como en el caso del comerciante que ensalza con exceso la calidad de las mercancías que vende, o el que para sorprender a un ladrón hace afirmaciones falsas.

La buena fe (bona fides) es la actitud positiva o negativa que se traduce en una conducta plenamente honesta en relación con el cumplimiento de los deberes jurídicos expresa o implícitamente contraídos.

Si se examina con atención la reconstrucción edictal juliana propuesta por Lenel en el Tit. XI párrafo 49 ("Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant") se encuentra la siguiente

disposición pretoria: "Dice el pretor: Si los navieros (armadores y capitanes), hoteleros y dueños de establos no restituyeren lo de cualquiera que hubiesen recibido para que esté a salvo, daré acción contra ellos". Ahora bien, al consultar el Código de Derecho mercantil vigente se encuentran los siguientes preceptos:

"Art. 666.- Se entiende por naviero la persona encargada de avituallar o representar al buque en el puerto en que se halle".

"Art. 668.- Al naviero pertenece privativamente hacer todos los contratos respectivos a la nave, su administración, fletamento y viajes;"

"Art. 670.- Pueden los navieros desempeñar por sí mismos los oficios de capitán o contramaestre de sus naves, sin que lo estorbe la repugnancia de ningún propietario ...".

"Art. 672.- También recae sobre el naviero la responsabilidad de las indemnizaciones en favor de tercero a que haya dado lugar la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargó en la nave; ...".

"Art. 692.- El capitán será responsable civilmente para con el naviero y éste (el naviero) para con los terceros que hubieren contratado co él:

I. De todos los daños que sobrevinieren al buque y su cargamento por impericia o descuido de su parte.....

II. De las sustracciones y latrocinios que se cometieren por la tripulación, salvo su derecho a repetir contra los culpables; ..."

"Art. 693.- El capitán responderá del cargamento desde que se hiciere entrega de él en el muelle o al costado a flote en el puerto en donde se cargue, hasta que lo entregue en la orilla o en el muelle del puerto de la descarga, a no haberse pactado expresamente otra cosa".

Así pues, las anteriores prescripciones del Código de Comercio en vigor tienen relación directa con la primera hipótesis edictal que se refiere a los navieros, es decir, a los armadores y a los capitanes ("nautae"), especialmente por lo que toca a la responsabilidad de custodia (saluum fore receperint) que gravita sobre ellos respecto a los objetos que le son confiados por los pasajeros o cargadores y por lo tanto, en el caso de que no se devuelvan dichos bienes por haber sido sustraídos o extraviados quedan sujetos al ejercicio de las acciones respectivas.

Al comparar el artículo 1925 del Código Civil con el texto edictal antes citado, por lo que respecta a la segunda y a la tercera de las hipótesis edictales, se llega a la conclusión lógica y necesaria de que dicha disposición del pretor influyó en nuestro ordenamiento jurídico civil vigente, ya que el párrafo mencionado de la reconstrucción edictal leneliana hace referencia a dos situaciones hipotéticas más: hosteleros (posaderos, venteros) y arrendadores de establos o cuadras (mesoneros) y ambas prevén que si tales personas no devuelven los bienes que les fueron entregados para ser conservados hasta que sus dueños los requirieran para que los regresaran; y dicho artículo del Código Civil alude a "los dueños de hoteles o casas de hospedaje", y los sujeta a una responsabilidad que incluso trasciende a la situación de quedar obligados a responder de los daños y perjuicios que causen sus subordinados a los objetos que les fueron confiados durante sus labores.

Por lo tanto, al comparar la segunda y la tercera de las hipótesis edictales relativas a los grupos de personas que comprenden los "caupones" (hosteleros y venteros) y los "stabularii" (dueños de establos y mesoneros) con el artículo 1925 del Código Civil en vigor, se establece y corrobora la influencia de los pretores en el orden jurídico vigente, ya que dicho precepto consigna la obligación de "los dueños de hoteles o casas de hospedaje" de responder de los daños y perjuicios ocasionados (a los objetos que les fueron confiados) por sus servidores en el desempeño de sus labores. Se ve pues que se trata de una responsabilidad "pro custodia".

Después de leer el Tit. XV párrafo 61 ("De his qui deiecerint uel effuderint") se encuentra la siguiente disposición del Edicto pretorio: "Dice el pretor respecto de los que hubieren arrojado o derramado alguna cosa: Por lo tanto, si se hubiere arrojado o derramado alguna cosa en el sitio por donde generalmente se transita, o donde la gente se detiene, daré acción al doble en contra de quien allí habitare, por cuanto daño con ello se hubiere causado o hecho. Si se dijera que del golpe de lo arrojado había perecido un hombre libre, daré acción de cincuenta mil sestercios (cincuenta áureos figura en el Digesto); si viviera, y se dijese que se le causó daño, daré acción para que aquél contra quien se recla

na sea condenado en tanto cuanto por tal cosa pareciere justo al juez. Si se dijera que un esclavo lo hizo ignorándolo su dueño, será responsable a lo que se determine en el juicio; o lo entregará en satisfacción del daño".

Al comparar el trozo edictal que antecede con el artículo 1933 del Código Civil se infiere que la primera parte de la disposición pretoria en cuestión se refiere substancialmente a la responsabilidad "quasi ex delicto" que se engendra en el hecho o circunstancia de que la persona obligada a resarcir los menoscabos viva en la habitación desde la cual se dejó caer o se arrojó aque- llo con lo que se ocasionó detrimento patrimonial, y el mismo su- puesto es contemplado por el precepto citado del ordenamiento ju- rídico civil vigente, puesto que expresamente estatuye que: "Los jefes de familia que habitan una casa o parte de ella son respon- sables de los daños causados por las cosas que se arrojen o caye- ren de la misma", máxime si se toma en cuenta el concepto de da- ños que proporciona el artículo 2108 del mismo cuerpo jurídico: "Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el pa- trimonio por la falta de cumplimiento de una obligación", en es- te caso la pérdida o menoscabo se sufre, en el supuesto indicado, en el patrimonio del afectado en su esfera jurídica como resulta- do de la inobservancia del deber jurídico (que implícitamente es- tablece el artículo 1933 del Código Civil) de vigilancia que gra- vita a cargo de "los jefes de familia que habitan una casa o par- te de ella".

En cuanto a las otras hipótesis edictales que se refieren en forma progresiva al resultado de la muerte de un hombre libre co- mo efecto de haber sufrido un golpe con lo que se arrojó; o bien, al hecho de que el hombre libre quede lesionado (dañado en su cuerpo), no repercutieron de manera clara y precisa en el Derecho civil mexicano, pero en cambio en el Derecho penal sí, por lo que respecta a los tipos delictivos de lesiones y de homicidio.

Las cuatro figuras correspondientes a los cuatro cuasideli- tos del Derecho romano no han pasado al Derecho moderno bajo esta voz, como lo hace notar el Dr. Guillermo Floris Margadant en su texto denominado "El Derecho privado romano", pues algunos han pa- sado al campo de los delitos públicos, (como el caso del dolo del juez), otros configuran responsabilidad civil como es el caso del

artículo 1933 del Código Civil, o bien, el contenido en el artículo 1924 del mismo cuerpo legal que se contrae a la responsabilidad de los dueños de establecimientos mercantiles por actos de sus dependientes, así como también el del artículo 1925.

De la lectura de la reconstrucción leneliana del "Edictum perpetuum" en su Tit. XVII párrafo 98 ("Commodati uel contra"), se descubre que los pretores reconocieron la validez y existencia jurídica del contrato de comodato al otorgar una acción directa (actio principalis) al comodante y una acción contraria (iudicium contrarium) al comodatario.

Así pues, el Edictum establecía: "Dice el pretor: Daré acción por lo que se dijere que alguno dió en comodato".

El contrato de comodato ha trascendido a nuestro Derecho privado vigente, y lo encontramos definido en el artículo 2497 del Código Civil en la siguiente forma:

"Art. 2497.— El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".

No obstante que el propio Otto Lenel sostiene que el Edictum "De pigneraticia actione" no fué transmitido en sus términos literales, (ya que fué suprimido por los compiladores justinianos) incluye, en la reconstrucción edictal juliana que él propone, dentro del mismo Tit. XVII antes citado el párrafo 99 relativo a la acción pignoraticia directa o contraria ("De pigneraticia actione uel contra"); y esto lo hizo con toda seguridad porque en el Digesto (13. 7) figuran diversos comentarios de diferentes jurisconsultos al Edictum. Lo anterior presupone con toda certidumbre la existencia previa de un Edictum "De pigneraticia actione uel contra", del cual se derivaron dichos fragmentos de comentarios al Edictum.

Por lo demás, en el Código Civil vigente, el contrato de prenda se encuentra definido de la siguiente manera:

"Art. 2856.— La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenado para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

En un fragmento del Libro XXVIII ad Edictum de Ulpianus (D. 13. 7. 9 pr.) se localiza lo siguiente: "Si el deudor me dió en prenda una cosa ajena, o hubiera procedido maliciosamente respec

to a la prenda, se ha de decir, que tiene lugar la acción contraria (locum habere contrarium iudicium). Lo que antecede es comparable con lo que dispone el artículo 2868 del Código Civil, el cual textualmente está redactado de este modo: "Art. 2868.- Nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño". Esto que se expuso antes confirma a favor del acreedor un derecho exigible a cargo del deudor, en el sentido de que éste debe observar una conducta de probidad y buena fe a fin de que no sea perjudicado el interés legítimo del acreedor, lo cual supone, implícitamente, en caso de incumplimiento el ejercicio de la acción contraria del contrato de prenda. La misma idea de que la acción contraria de prenda compete al acreedor se desprende de D. 13. 7. 16.1: "Contrariam pignoratitiam creditori actionem competere certum est". Y el mismo orden de ideas se deduce de lo que estatuye el artículo 2873 del Código Civil, que al efecto está concebido en los siguientes términos: "Art. 2873.- El acreedor adquiere por el empeño:

I.- El derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, con la preferencia que establece el artículo 2981;

II.- El derecho de recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor;

III.- El derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que use de ella por convenio;

IV.- El de exigir del deudor otra prenda o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde o se deteriora sin su culpa".

Por lo que se refiere a la acción directa emanada del contrato de prenda, cabe citar el párrafo 3 del fragmento 9 del Libro 13, Tít. 7 del Dig., en el cual se lee lo siguiente: "3.- Para que nazca la acción pignoratitia (directa) debe haberse pagado toda deuda, o haberse satisfecho de cualquier otro modo por tal motivo..." ("Omnia pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio"); lo cual concuerda en esencia con lo que establece el artículo 2891: "Extinguida la obligación principal, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda" y con el artículo 2876 del mismo ordenamiento jurídico civil en cita: "Art. 2876.- El acreedor está obligado:

II.- A restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hechos los segundos".

Aparte de lo expresado hay que incluir un fragmento de Paulus libro XXIX ad Edictum que figura en D. 13. 7. 20 pr: "Puede darse en prenda una cosa ajena con la voluntad de su dueño"

("Aliena res pignori dari voluntate domini potest;..."); pues bien, el mismo principio jurídico campea en el artículo 2869 del mismo Código de Derecho privado, el cual está formulado de este modo: "Art. 2869.- Si se prueba debidamente que el dueño prestó su cosa a otro con el objeto de que éste la empeñara, valdrá la prenda como si la hubiere constituido el mismo dueño".

Hay que tratar ahora lo relativo a la representación en materia mercantil, o sea, al mandato que se aplica a los actos de comercio, y ésto en relación con sus antecedentes remotos en el Derecho pretorio (Ius praetorium). Por lo tanto es el momento de hacer alusión a las acciones exercitoria e institoria que son el origen de la representación comercial, es decir, del contrato de comisión mercantil.

La actio exercitoria tenía lugar en el supuesto de que un padre o un amo hubieran nombrado a su hijo, o a su esclavo, o bien, a una persona extraña libre como capitán o patrón de su nave y se hubiera llevado a cabo algún negocio con ellos, que estuviera relacionado con el carácter para el que fueron designados. A tal grado se vislumbra el papel representativo de esta situación protegida por la actio exercitoria que inclusive en el caso de que se hubiera puesto al frente como magister nauis a una persona extraña a la familia del exercitor nauis que lo nombró, ya fuera esclavo perteneciente a otra persona, o bien una persona libre, procedía esta acción pretoria en contra del exercitor nauis. En esta forma se demuestra, una vez más, que los pretores rompieron con los rígidos moldes del Ius civile cuando éstos entraban en pugna con la aequitas, puesto que en esta hipótesis edictal pretoria se podía celebrar con una persona ajena al grupo familiar un contrato y resultar obligada, con todas sus consecuencias jurídicas, la persona con cuya autorización (expresa o tácita) se había celebrado el negocio jurídico que dió origen al litigio. Así pues, de lo dicho se descubre que en la situación jurídica contractual, emana da de la representación reconocida por los pretores para actos

mercantiles marítimos, respaldada por la actio exercitoria figura ban los siguientes elementos personales:

a).- El magister nauis (capitán o patrón de la nave) que tiene carácter de representante;

b).- El exercitor nauis (naviero, armador o fletante) que viene siendo la persona representada; y

c).- Por último, el contratante del negocio principal que fué lesionado en sus intereses jurídicos por el incumplimiento del magister nauis el cual asume la postura de demandante al deducir la actio exercitoria.

Es conveniente delimitar y distinguir debidamente entre el concepto de capitán o patrón de buque (magister nauis) y el de naviero (exercitor nauis), y al efecto se procede a efectuar un examen comparativo entre las definiciones sustentadas en los diccionarios jurídicos especializados por una parte, y por la otra las que de manera expresa o implícita se desprendan del análisis de los fragmentos del Digesto y de las disposiciones del Código de Comercio.

Así pues, en el "Diccionario de Derecho privado" figura la siguiente definición de capitán de buque: "Persona a quien corresponde el mando de la tripulación y la dirección del buque al puerto de su destino, según las instrucciones recibidas del naviero".

Ahora bien, en el "Diccionario de Derecho Usual" se encuentra esta definición de capitán de buque: "Persona que ejerce el mando de una embarcación, tanto en lo técnico, administrativo, mercantil, penal y disciplinario como en cuantos aspectos ofrece la navegación, el transporte de pasajeros y mercaderías, la tripulación de la nave y la policía marítima".

En cuanto al concepto de capitán de buque la "Nueva Enciclopedia Jurídica" expresa lo siguiente: "En términos generales, el capitán es la persona encargada de la dirección técnica de la nave, del mando de la tripulación, y que actúa como agente principal del armador a bordo, en funciones que van ligadas a la expedición marítima y a la vez como representante de la autoridad del Estado cuya bandera ostenta el buque".

Por otra parte, en el Digesto se prescribe:

"Debemos entender por patrón de nave (magister nauis = capitán) aquél a quien está encomendado el cuidado de toda la nave". (D. 14. 1. 1. 1). Por otro lado, el artículo 683 del Código de

Comercio alude a los requisitos (condiciones indispensables) que deberán reunir los capitanes y patronos para "mandar y dirigir el buque" y el 684 del mismo ordenamiento jurídico mercantil, enumera "las facultades inherentes al cargo de capitán o patrón de buque", entre las que figuran resalta la contenida en la fracción IV que se refiere a la atribución relativa a la posibilidad de contratar el fletamento del buque, sin que esté presente el naviero (lo cual denota que el capitán es el representante del naviero), pero de acuerdo con las órdenes recibidas, y actuando con "exquisita diligencia" para salvaguardar "los intereses del propietario"; y asimismo es de trascendencia la facultad del capitán contenida en la fracción II del mismo precepto, que consiste en mandar la tripulación y dirigir el buque al puerto a que va destinado, de acuerdo con las instrucciones del naviero; en razón de que también dicha fracción II revela el carácter del capitán como representante del naviero, lo cual configura y tipifica la existencia del contrato de comisión mercantil, sólo que en este caso en relación con actos mercantiles marítimos. De lo que antecede se deduce y se descubre a la vez que tanto en el Digesto como en el Código de Comercio que rige actualmente, figura substancialmente el mismo concepto respecto a la persona que manda la tripulación y dirige el buque al puerto de su destino (magister nauis = patrón de buque o capitán), la que tiene el deber de observar una "exquisita diligencia" para la conservación de la nave.

En cuanto a la noción de naviero (exercitor) es conveniente tomar en consideración lo que Gaius expone (Inst. IV, 71) cuando trata de explicar el por qué se le llama "exercitoria" a la acción que el pretor concede en caso de incumplimiento del "magister nauis" lo cual coincide esencialmente con lo que aparece en Inst. Inst. 4. 7. 2. Así pues, según Gaius se llama (actio) "exercitoria", porque se denomina "exercitor" al que recauda las ganancias cotidianas de la nave; y la Instituta justiniana contiene lo siguiente en su parte relativa: "se llama 'exercitoria', porque se llama 'exercitor' (armador) aquél a quien corresponde la utilidad cotidiana de una nave (Inst. Inst. 4. 7. 2); por su parte el Digesto define al "exercitor" (naviero) de este modo: "mas llamamos naviero a aquél a quien corresponden todas las ganancias y utilidades (obventiones et redditus), ya sea el dueño de la nave

(dominus navis), ya haya tomado del dueño la nave en arrendamiento a su riesgo temporalmente, o a perpetuidad (vel ad tempus, vel in perpetuum)" —D. 14. 1. 1. 15—. En estas definiciones de "exercitor" que son proporcionadas en las fuentes de conocimiento del Derecho romano se encuentra una idea común o general a todas ellas, la de que "exercitor" (naviero, armador) es el que puede lícitamente obtener los beneficios de la explotación de la nave. Ahora bien, multitud de diccionarios de la lengua castellana definen el concepto de armador en el sentido de que es la persona que construye o equipa una embarcación por su cuenta y por lo que se refiere al de naviero sostienen el punto de vista de que es el dueño o propietario de barcos o navíos, pero como ordinariamente el que habilita por su cuenta un buque es su propietario se debe considerar que prácticamente armador y naviero son términos equivalentes. No obstante lo expuesto con relación al vocablo naviero, hay que intentar formular una definición, o bien, aunque sea una mera descripción con connotaciones jurídicas y con este objeto se consulta el Código de Comercio en las disposiciones relacionadas. Pues bien, del examen de los artículos 666 y 668 del mismo Código cabe concluir que: "naviero es la persona encargada de 'avitual-llar' al buque en el puerto en que se halle y a quien pertenecen privativamente las facultades de hacer todos los contratos respectivos a la nave, su administración, fletamento y viajes".

Por otra parte, si se acepta la reconstrucción del "Edictum de exercitoria actione" propuesta por Lenel, —la cual figura en el Tit. XVIII párrafo 101 de su obra titulada "Das Edictum perpetuum"—, dicha disposición edictal pretoria estaría concebida aproximadamente en los siguientes términos: "Por lo que se hubiere contratado con el capitán de la nave en su carácter de tal, en relación con aquello que le hubiere sido encomendado, daré acción contra aquél que sea dueño de la nave".

En el mismo sentido del texto edictal antes indicado parecen inclinarse los siguientes artículos del Código de Comercio:

"Art. 671.— El naviero es responsable de las deudas y obligaciones que contraiga el capitán de su nave para repararla, habilitarla y aprovisionarla,". "Art. 684.— Serán inherentes al cargo de capitán o patrón de buque las facultades siguientes:

IV. Contratar el fletamento del buque en ausencia del navie-

ro o su consignatario, obrando conforme a las instrucciones recibidas y procurando con exquisita diligencia por los intereses del propietario;". "Art. 686.- Serán inherentes al cargo de capitán, las obligaciones que siguen:

XI. Ajustar su conducta a las reglas y preceptos contenidos en las instrucciones del naviero,". "Art. 692.- El capitán será responsable civilmente para con el naviero y éste (el naviero) para con los terceros que hubieren contratado con él:

IV. De los daños y perjuicios

V. De los (daños y perjuicios) que sobrevengan por el mal uso de las facultades y falta(a) en el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden, conforme a los artículos 684 y 686;...

"Art. 730.- Los contratos de fletamento celebrados por el capitán en ausencia del naviero, serán válidos y eficaces"

La actio institoria se concedía en contra de un paterfamilias cuando éste había puesto al frente de su tienda o de cualquier otro establecimiento comercial a su hijo, a su esclavo, o bien, a un extraño, ya fuera un esclavo ajeno o una persona libre y se hubiera contratado con dicho representante del dueño de la negociación ("institor"). Gaius estima que la acción a que se alude recibe la denominación de "institoria" en razón de que se le nombra "institor" al encargado de una tienda o almacén (Inst. IV, 71 infine)..

Si nos atenemos a la reconstrucción edictal propuesta por Otto Lenel (Tit. XVIII párrafo 102), el Edictum "De institoria actione" debió ser formulado de este modo: "Por lo que se hubiere contratado con el factor de comercio ("institor") en virtud del mismo cargo, respecto de aquello para lo que hubiere sido puesto al frente, daré acción en contra de aquél que lo hubiere nombrado".

Los preceptos del Código de Comercio que a continuación se enumeran y transcriben, son vinculables con la actio institoria:

"Art. 273.- El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña".

"Art. 283.- El comisionista, salvo siempre el contrato entre él y el comitente, podrá desempeñar la comisión tratando en su propio nombre o en el de su comitente".

"Art. 285.- Cuando el comisionista contratare expresamente

en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común".

"Art. 309.- Se reputarán factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos.

Se reputarán dependientes los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste".

"Art. 313.- En todos los contratos celebrados por los factores con tal carácter, quedarán obligados los principales y sus bienes".

"Art. 321.- Los actos de los dependientes obligarán a sus principales en todas las operaciones que éstos les tuvieran encomendadas".

Al continuar con el examen de la reconstrucción edictal juliana propuesta por Otto Lenel se llega al Tít. XIX, el cual comprende los párrafos 106 ("Depositum uel contra"), 107 ("Fiducia uel contra"), 108 ("Mandatum uel contra"), 109 ("Pro socio"), 110 ("Emptum uenditum"), 111 ("Locatum conductum") y 112 ("De aestimato"), pero sólo interesan para los fines de este trabajo el 106 referente a la acción de depósito directa o contraria, el 108 (acción de mandato, directa o contraria), el 109 (De la acción de sociedad), el 110 que tiene relación con la compraventa y el 111 con el contrato de locación o arrendamiento. Esto en razón de que la actio fiduciae y la actio de aestimato provienen del Ius civile.

En cuanto al contrato de depósito se sabe, (por la misma reconstrucción edictal formulada por Lenel, —Tít. XIX, 106 "Depositum uel contra"—), que este contrato figuraba reconocido en dicha compilación edictal en los siguientes términos:

"El pretor dice: Por lo que ni por (causa de) tumulto, ni por incendio, ni por ruina, ni por naufragio se haya depositado, dará acción contra el mismo depositario, por el simple importe, mas por alguna de estas circunstancias, que arriba se han comprendido, en el duplo; contra el heredero del que haya fallecido, por

lo que se dijere que se hizo con dolo malo de él (del que haya muerto), en el simple importe, y por lo que con el dolo de él mismo (del heredero) en el doble daré acción" (es decir, cuando hay dolo del mismo heredero, en el duplo se daba la acción).

De lo que se lee en Dig. 16. 3. 1 pr. se concluye que hay contrato de depósito cuando se entrega algo para su guarda (custodia), conservación y para su devolución.

Desde luego, si se establece una comparación de este texto edictal con el artículo 2516 del Código Civil se llega a la convicción de que el reconocimiento pretorio respecto de la institución del contrato de depósito continúa vigente en los tiempos actuales, sólo que las hipótesis del edicto constitutivas del "depositum miserabile" (depósito forzoso celebrado en condiciones aflictivas y de imperiosa necesidad): tumultus, incendii, ruinae et naufragii no están previstas de ningún modo en el ordenamiento jurídico civil en vigor. Al efecto, el artículo 2516 del cuerpo de Derecho civil actual dispone: "Art. 2516.- El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante".

Del examen del Digesto se revela que las obligaciones emanadas de esta institución contractual estaban respaldadas por acciones, una de ellas a favor del depositante y ejercitable en contra del depositario: actio depositi (directa); y la otra que "eventualmente" podía hacer valer el depositario contra el depositante: "contrarium iudicium". Así pues, en Dig. 16. 3. 1. 22 consta la existencia de la actio depositi: "el que depositó una cosa puede ejercitar desde luego la acción de depósito" ("qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere;"), asimismo la misma acción podía ser entablada en los casos en que una cosa que fuese propiedad de un "civis" se depositaba por cualquiera que de buena fe le prestase servicios (Dig. 16. 3. 1. 27); y la misma actio depositi tenía lugar en el supuesto de que se hubiese conve- nido que el bien depositado se devolviese al morir alguno de los contratantes. Por lo tanto, en estos últimos casos la actio depositi podía deducirse por el heredero del depositante o por el propio depositante si cambiase de parecer, y en contra del depositario o de su heredero en su caso (Dig. 16. 3. 1. 45/46). Lo funda-

mental de las diversas hipótesis contempladas por el Digesto en las que era jurídicamente posible el ejercicio de la actio depositi se pueden incluir en el artículo 2522 del Código Civil: "Art. 2522.- El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba, y a devolverla cuando el depositante se la pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado.

En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia".

Según aparece de Dig. 16. 3. 5 pr. ("Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur, ...") en forma incidental el depositario podía actuar en contra del depositante por un iudicium contrarium, en el supuesto hipotético de que hubiese tenido que realizar dispendios para mantener en buen estado lo que le fué depositado v. gr.: como cuando se hubiera alimentado a un esclavo o a un animal constituidos en depósito. El contrarium iudicium depositi se refleja en el artículo 2532 del Código Civil: "Art. 2532.- El depositante está obligado a indemnizar al depositario de todos los gastos que haya hecho en la conservación del depósito y de los perjuicios que por él haya sufrido".

Al seguir adelante con el estudio de la reconstrucción edictal pretoria sugerida por Otto Lenel se llega al Tít. XXI párrafo 118 ("De inspiciendo uentre custodiendoque partu"), relativo al tema de la inspección del vientre y de la custodia del parto. Pues bien, en dicho párrafo figura un texto edictal que en sus partes substanciales se puede concordar y relacionar simultáneamente con ciertas disposiciones del Código Civil: "Respecto a la inspección del vientre y a la custodia del parto dice así el pretor: Si, muerto su marido, dijere la mujer que está preñada, cuide de hacerlo saber dos veces al mes a aquellos a quienes les interesare, o al procurador de ellos, para que envíen, si quisieran, quienes inspeccionen el vientre". Esta parte del edicto pretorio se puede enlazar con el artículo 1638 del Código Civil, el cual denota cierta influencia pretoria: "Art. 1638.- Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a

la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo". El Edictum a que se hace alusión en seguida ordena: "Pero envíense solamente cinco mujeres libres, e inspecciónenlo todas estas al mismo tiempo, con tal de que ninguna de ellas toque el vientre contra la voluntad de la mujer, mientras lo inspecciona. Que la mujer para en casa de mujer muy honesta, que yo designaré". La parte antes transcrita del Edictum en sus elementos principales refleja su influencia en el artículo 1639 del Código Civil: "Art. 1639.- Los interesados..... pueden pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la substitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es.

Cuidará el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda".

El mismo Edictum sigue con lo siguiente: "Treinta días antes de que la mujer crea que ha de parir, hágalo saber a quienes les concierne, o a sus procuradores, para que envíen si quisieran, quienes custodien el vientre. En la habitación en que la mujer haya de parir no haya más entradas que una; y si las hubiere, clávense con tablas por ambas partes. Hagan la guardia delante de la puerta de aquella habitación tres hombres libres, y tres mujeres libres con dos acompañantes. Siempre que la mujer fuere a aquella habitación o a otra cualquiera, o la del baño, examínenla antes los guardas, si quisieran, y registren a los que en ella entraren; y los guardas, que estarán apostados delante de la habitación, registren, si quieren, a todos los que entraren en la habitación o en la casa. Cuando la mujer empiece a parir, hágalo saber a quienes les importa, o a sus procuradores, para que envíen personas en cuya presencia lo haga. Envíense sólo cinco mujeres libres, de manera que además de dos parteras no haya en aquella habitación más mujeres libres que diez, ni más esclavas que seis. Sean registradas en la habitación todas las que hubieren de estar dentro, no sea que alguna esté embarazada. Haya allí tres luces, y no menos, a saber, porque la obscuridad es más a propósito para la suposición de un parto. Muéstrese lo que naciere a quienes les afecta, o a sus procuradores, si quisieran inspeccionarlo". El artículo 1640 del Código Civil contiene disposiciones muy semejantes a las del texto edictal que se transcribió antes: "Art. 1640.- al aproximarse la época del parto la viuda deberá ponerlo en cono

cimiento del juez, para que lo haga saber a los interesados. Estos tienen derecho de pedir que el juez nombre una persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento; debiendo recaer el nombramiento precisamente en un médico o en una partera".

En el Tít. XXV de la reconstrucción edictal leneliana se encuentra comprendido el párrafo 147 referente a "De la posesión que se ha de dar al que está en el vientre materno y a su curador" ("De ventre in possessionem mittendo et curatore eius"). Pues bien, dentro del Digesto se encuentran diversos textos de fragmentos y párrafos relacionables con este título de la reconstrucción de Lenel a saber:

Dig. 37. 9. 1 pr.: "Ulpianus libro XLI ad Edictum.— Así como el pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, a los que todavía no habían nacido; porque también los amparó en esta parte del Edicto, poniendo al que está en el claustro materno en posesión

Fr. 1. 2 h. t.: "Pero el que está en el vientre materno es puesto en posesión, si no fué desheredado, y lo que hubiere en el útero habrá de ser considerado entre los herederos suyos (quod in utero erit, inter suos heredes futurum erit)

Dig. 37. 11. 3.: "Paulus libro XLI ad Edictum.— La verdad es, que todo póstumo, que al morir el testador estuviere en el claustro materno (qui moriente testatore in utero fuerit), si hubiera nacido, puede pedir la posesión de los bienes".

Por último, en relación con este tema se agrega en su parte relativa lo que a continuación se transcribe:

Dig. 40. 4. 13. 3.: "..... el Edicto del pretor, en el que se dispone así: 'mandaré que esté en posesión el que está en el claustro materno juntamente con los hijos'; porque está determinado, que aunque no haya ningunos hijos, ha de ser, sin embargo, puesto en posesión en virtud del Edicto el que está en el vientre materno".

Así pues, el texto de Paulus (Dig. 37. 11. 3), así como el del Edicto pretorio que antecede se pueden relacionar con el artículo 1314 del Código Civil, el cual al ser interpretado a contrario sensu reconoce capacidad a los que "estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia": "Art. 1314.— Son inca-

paces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia,". De dicho artículo se deduce fácilmente que, si se presenta el supuesto contrario de que un ser humano esté concebido al momento de la muerte del autor de la herencia, debe entenderse que tiene capacidad para adquirir la herencia, ya sea por sucesión testamentaria o ab intestato.

En los casos en que no existiese testamento los pretores establecieron el precedente de otorgar la posesión de los bienes en primer término a los descendientes del autor de la herencia (bonorum possessio unde liberi), sin distinguir si se encontraban o no bajo la patria potestas del mismo, es decir, tomaron en cuenta fundamentalmente los lazos de sangre e hicieron abstracción de ciertos efectos del Ius Civile tales como los de la emancipatio, la que a la luz del Derecho quirritario privaba al emancipatus de sus derechos hereditarios.

Hay que tomar en consideración los siguientes textos obtenidos de diversas fuentes de conocimiento del Derecho romano:

A).- En Gaius (Inst. III, 26) se encuentra el siguiente fragmento: "En efecto, el pretor llama a la herencia a todos los que están desprovistos de derecho legítimo, como si hubiesen estado en la patria potestad del ascendiente en el momento de su muerte, ya se encuentren solos, ya en concurrencia con los herederos suyos, es decir, con los que estaban en la patria potestad".

Y en las instituciones de Justiniano se localiza en 3. 1. 9 lo que a continuación se transcribe:

"Mas los hijos emancipados, según el Derecho civil no tienen ningún derecho; pues ni son herederos suyos, porque dejaron de estar bajo la potestad del ascendiente, ni son llamados con ningún otro título por la Ley de las XII Tablas. Mas el pretor, movido por la equidad natural, les da la posesión de los bienes "unde liberi", del mismo modo que si hubiesen estado bajo (la) potestad (del ascendiente) al tiempo de su muerte, ya sean solos, ya concurren con herederos suyos. Y así, quedando dos hijos, uno emancipado y otro que al tiempo de la muerte se hubiere hallado bajo potestad, ciertamente éste, que hubiere estado bajo potestad, es el único heredero por Derecho civil; esto es, el solo heredero suyo; pero como el emancipado es admitido a la parte por el beneficio

del pretor, resulta que el heredero suyo se hace heredero por una parte".

B).- En Dig. 38. 6. 1. 5 aparece escrito:

"Pero con razón dió el pretor comienzo por los descendientes a las sucesiones ab intestato, para llamarlos también ab intesto,"

En Dig. 38. 6. 1. 6 se comprenden dentro del concepto de descendientes tanto a los naturales como a los adoptivos, sólo que por lo que respecta a estos últimos deben permanecer en la patria potestas de quien los hubiera adoptado.

En el artículo 1602 del Código Civil, en su fracción I, se confiere derecho para heredar por sucesión legítima a los descendientes:

"Art. 1602.- Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes,

Y el artículo 1607 del mismo ordenamiento dispone: "Art. 1607.- Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales".

Los pretores otorgaron la posesión de los bienes hereditarios a los herederos legítimos, es decir, a los que el Ius civile reconocía como tales (bonorum possessio "unde legitimi"); pero no se va a entrar en mayores detalles en este punto, en razón de que propiamente no se trata de una creación pretoria, sino en todo caso de uno de tantos matices de la función coadyuvante del pretor para la aplicación del Derecho quirritario (bonorum possessio iuris civilis adyuvandi gratia).

Los pretores concedieron la posesión de los bienes sucesorios a los parientes consanguíneos por línea femenina inclusive hasta el sexto y séptimo grado, por parte de los colaterales, (bonorum possessio "unde cognati"), pero para los efectos del Derecho actual ésto pierde en parte su interés, ya que el Código Civil solamente reconoce derechos sucesorios hasta el cuarto grado (primos hermanos). Cfr. arts. 1602 fr. I y 1634 del Código Civil.

Por último, los pretores establecieron la procedencia de la posesión de los bienes respecto del cónyuge supérstite, ya sea que se trate del esposo o de la esposa, en su caso (bonorum possessio "unde uir et uxor"). Debe entenderse que en este caso debía tratarse de un matrimonium iustum sine manu entre el cónyuge su-

perviviente y el fallecido, puesto que si se trataba de un matri-
monium en el cual la uxor hubiera estado sometida a la manus ma-
ríti, ésta heredaba en la primera clase "unde liberi" por ocupar
el lugar de una hija (quia filiae loco est), por efecto de la
"conventio in manum". Esta posesión de bienes era deferida en
cuarto lugar y en defecto de descendientes, de herederos legíti-
mos o de cognados próximos; en cambio en el Código Civil se esta-
blece como primer llamamiento a la sucesión intestada a los des-
cendientes cuando concurran con el cónyuge sobreviviente: "Art.
1608.- Cuando concurran descendientes con el cónyuge que sobrevi-
va, a éste le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con
lo dispuesto en el artículo 1624". Este primer llamamiento se con-
firma y completa con lo que prescribe el artículo 1624 del Código
Civil: "Art. 1624.- El cónyuge que sobrevive, concurriendo con
descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes
o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la
porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará
si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia". A su
vez el artículo 1624 del Código Civil se complementa con lo que
establece el 1625 del mismo ordenamiento: "Art. 1625.- En el pri-
mer caso del artículo anterior (cuando el cónyuge carece de bie-
nes), el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el se-
gundo (cuando los bienes que tiene el cónyuge al morir el autor
de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe co-
rresponder), sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igua-
lar sus bienes con la porción mencionada". En cambio, si no exis-
ten descendientes, ascendientes o hermanos del autor de la heren-
cia, el cónyuge que le sobreviviera heredará todos los bienes (artí-
culo 1629 del Código Civil). En este último evento se contempla
que el cónyuge viudo sucede en el cuarto lugar, a semejanza de lo
que acontecía en el Ius praetorium, por lo que toca al orden suce-
sorio.

Originalmente hubo dos clases de testamento:

A).- Una para el tiempo de paz y de calma ("in pace et in
otio"), o sea el que se formulaba ante los comicios reunidos para
este efecto, lo cual podía tener lugar dos veces por año ("testa-
mentum calatis comitiis").

B).- La otra ante el ejército dispuesto y armado para entrar

en batalla ("testamentum in procinctu").

Después con el tiempo se estableció el "testamentum per aes et libram" en el que intervenían los siguientes elementos personales:

I.- El "familiae emptor", que inicialmente fué adquirente real del patrimonio hereditario, y posteriormente un simple "ejecutor testamentario", ya que su derecho de propiedad sobre los bienes sucesorios llegó a ser sólo aparente o "formal" y quedaba obligado a cumplir con lo dispuesto en las disposiciones testamentarias ("tabulae").

II.- Un "libripens" (portabalanza o pesador), cuya función primitiva era la de pesar los trozos de metal que servían de moneda en las transmisiones mancipatorias de dominio.

III.- Y cinco testigos ciudadanos romanos púberes.

En cuanto a los detalles del rito de la "mancipatio" y de la "nuncupatio" consecutiva, es menester remitirse a lo que Gaius expresa (Inst. II, 102, 103, 104) para no incurrir en duplicaciones innecesarias.

Bajo el impulso sancionador pretorio el "testamentum" deja de presentar la apariencia de una lex promulgada "in calatis comitiis" o bien, de un acto jurídico transmisivo de propiedad en el que se utilizaban como medio las ceremonias de la "mancipatio" y de la "nuncupatio" ("testamentum per aes et libram"); para llegar a tener el carácter y la calidad de un acto jurídico unilateral del testador en el que se eliminan los formulismos mancipatorios y en el que bastaban al pie de las "tabulae" testamentarias los sellos y los nombres de siete testigos —para patentizar su autenticidad— ("testamentum septem signis testium signatum").

Cuando el pretor resolvió ya no fijarse en la existencia de una "mancipatio", sino sólo en la de las "tabulae" con garantías de autenticidad, el Derecho romano pasó de la fase "testamento en forma de acto jurídico transmisivo de dominio en vida del de cuius" a la de "testamento en forma de declaración unilateral de última voluntad", a la cual aun pertenece el Código Civil de 1928. Lo que antecede se confirma al leer el artículo 1295 del mismo cuerpo legal: "Art. 1295.- Testamento es un acto (jurídico) personalísimo (es decir unilateral), revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, (así como de

sus obligaciones que no se extinguen por la muerte) y declara o cumple deberes para después de su muerte".

Ultima parte.

CONCLUSIONES GENERALES.

I.- La "creación" de la pretura preparó el progreso y el avance del Derecho romano, ya que si bien es cierto que en un principio los pretores urbanos se limitaron a vigilar que ante su presencia las partes cumplieran con las formalidades de las legis acciones; posteriormente y de manera paulatina fueron estableciendo, con apoyo en su imperium, medios extraordinarios y acciones procesales para suplir los casos no regulados por el Ius Civile.

II.- La implantación del procedimiento formulario representa el inicio del progreso y avance del Derecho romano, auspiciado por los pretores, porque la instrucción escrita de la fórmula señaló o marcó nuevos derroteros en las formas procesales que influyeron en el fondo de los problemas jurídicos litigiosos.

III.- Los pretores durante el período del procedimiento formulario introdujeron acciones y excepciones que constituyen el origen de ciertas acciones y excepciones que están adaptadas al actual medio social y que todavía rigen las relaciones jurídicas vigentes.

IV.- Los pretores no creaban el Derecho sino que, en virtud de su imperium, concedían acciones y excepciones que inclusive modificaron el Ius Civile.

V.- Los pretores al conceder la acción o la excepción tomaron más en consideración los principios fundamentales de la equidad, de la buena fe y de la razón natural que las exigencias procesales del Ius Civile.

VI.- La "recepción" del Ius praetorium en el Derecho privado actual se ha operado en forma indirecta, a través del Derecho Justiniano, del Derecho español y del Derecho francés. En términos generales se puede sustentar que las aportaciones pretorias que han sobrevivido al paso del tiempo son más notables en el Derecho de obligaciones y contratos, siguiendo en importancia la materia de sucesiones; no puede decirse lo mismo en lo que respecta a la regulación jurídica de los bienes, pues en ella la contribución de los pretores que permanece en vigor con adaptaciones del Derecho moderno es menos importante, sin desconocer la trascendencia de institutos tales como los interdictos posesorios.

B I B L I O G R A F I A .

A).- Libros de Historia del Derecho romano:

AHRENS, ENRIQUE. Historia del Derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Primera edición argentina. Buenos Aires, 1945.

ARIAS RAMOS, JOSE. Compendio de Derecho público romano e Historia de las fuentes como introducción a un curso de Instituciones. Quinta edición. Valladolid, 1953.

BONFANTE, PIETRO. Historia del Derecho romano. Traducción completada y revisada por José Santa Cruz Teijeiro. Volumen I. Madrid, 1944.

CASTILLEJO, JOSE. Historia del Derecho romano. Política, Doctrinas, Legislación y Administración. Primera edición, Madrid, 1935.

ELIUL, JACQUES. Histoire des Institutions de l'antiquité. Paris, 1961.

KRUGER, PAUL. Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts. Primera edición. Leipzig, 1888; traducción francesa de la primera edición por M. Brissaud. París, 1894. (Manuel des antiquités romaines par Théodore Mommsen, J. Marquardt & P. Krueger. Tome seizième).

MAILLET, J. Histoire des Institutions et des faits sociaux. Paris, 1956.

MAYR, ROBERT VON. Historia del Derecho romano. Traducido por Wenceslao Roces. No. 57-58. Vol. I. Segunda edición. Barcelona, 1930.

PALLARES PORTILLO, EDUARDO. Historia del Derecho procesal civil mexicano. México, 1962.

VOGEL, CARLOS ALFREDO. Historia del Derecho romano desde sus orígenes hasta la época contemporánea. (Versión taquigráfica de las clases dictadas por el Profesor Titular de Derecho romano Dr. José M. Caramez Ferro). Buenos Aires, 1957.

B).- Libros sobre el tema de la tesis:

KALINDERO, JEAN. Droit prétorien et réponses des prudentes. Paris, 1885.

VILLEY, MICHEL. El Derecho romano. Traducida de la cuarta edición francesa por Martha Lafitte de Juncal y Julio Angel Juncal. Revisión técnica a cargo del Dr. Carlos Ambrosioni. Buenos Aires, 1963.

C).- Libros que tratan sobre las fuentes de conocimiento del Derecho romano.

Domenget, M. L. INSTITUTES DE GAIUS contenant le texte et la traduction en regard avec le commentaire au-dessous par Paris, 1866.

D'Ors Pérez-Peix, Alvaro. GAIUS INSTITUTIONES. Texto latino con una traducción de Madrid, 1943.

Girard, Paul Frédéric. TEXTES DE DROIT ROMAIN. Sixième édition. Paris, 1937.

Kriegel, Hermann y Osenbrüger. CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO a doble texto, traducido al castellano del latino por D. Ildefonso García del Corral. Primera parte: Digesto. Tomos I, II y III. Barcelona, 1892.

Lenel, Von Otto. DAS EDICTUM PERPETUUM Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Leipzig, 1927.

Reinach, Julien. GAIUS INSTITUTES. Texte établi et traduit par Paris, 1950.

OH).-- Obras panorámicas de Derecho romano:

ALVAREZ SUAREZ, URSICINO. Curso de Derecho romano. Tomo I. Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho Procesal Civil Romano. Madrid, 1955.

ARIAS RAMOS, J. Derecho romano. Séptima edición corregida con la colaboración de J. A. Arias Bonet. Tomos I y II. Madrid, 1958.

BONFANTE, PEDRO. Instituciones de Derecho romano. Traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa revisada por Fernando Campuzano Horma. Madrid.

FOIGNET, RENE. Manual elemental de Derecho romano. Traducción del Lic. Arturo Fernández Aguirre. México, 1948.

IGLESIAS, JUAN. Derecho romano Instituciones de Derecho privado. Cuarta edición revisada y aumentada. Barcelona, 1958.

JÖRS, PAUL. Derecho privado romano. Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel. Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro. Barcelona, 1965.

MACKELDEY, F. Manual de Derecho romano, que comprende la Teoría de la Instituta precedida de una introducción al estudio de este derecho, por Traducido al castellano y anotadas las concordancias y diferencias entre la Legislación española y la romana por Don Eduardo Gómez Santa María. Madrid, 1847.

MARGADANT S., GUILLERMO FLORIS. El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea. Primera edición. México, D. F., 1960.

ODERIGO, MARIO N. Sinopsis de Derecho romano. Buenos Aires, 1957.

PEÑA GUZMAN, LUIS ALBERTO.- Argüello Luis Rodolfo. Derecho romano. Buenos Aires, 1962.

PETIT, EUGENE. Tratado elemental de Derecho romano. Traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales por D. José Ferrández González. México, D. F. 1953.

SANTA CRUZ TEIJEIRO, JOSE. Manual elemental de Derecho romano. Madrid, 1946.

SOHN, RODOLFO. Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema. Traducción de Wenceslao Roces. México, 1951.

WETTER, P. VAN. Cours élémentaire de Droit romain contenant l'Histoire du Droit romain et la Législation de Justinien. Seconde édition, complètement refondue. Tome premier et tome second. Gand et Paris, 1875 - 1876.

B).- Diccionarios y Enciclopedias de Derecho:

BERGER, ADOLF. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia, 1953.

CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario de Derecho usual. Buenos Aires, 1953.

DE CASO Y ROMERO, IGNACIO — CERVERA Y JIMENEZ ALFARO, FRANCISCO. Diccionario de Derecho privado. Derecho civil. Común y Foral. Derecho mercantil. Derecho notarial y registral. Derecho canónico. Barcelona — Madrid — Buenos Aires — Río de Janeiro — México — Montevideo. Segunda reimpresión: 1961.

FERNANDEZ DE LEON, GONZALO. Diccionario de Derecho romano. Buenos Aires, 1962.

FERNANDEZ DE LEON, GONZALO. Diccionario Jurídico. Buenos Aires, marzo de 1961.

LEBNER, BERNARDO (Director) — OSSORIO Y FLORIT, MANUEL (Jefe de redacción); y otros. Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, 1954.

MASCAREÑAS, CARLOS E. Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona, 1950.

E).- Legislación del Distrito Federal y Territorios:

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA que entró en vigor el 1.º de junio de 1884.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. En vigor desde el 1.º de octubre de 1932 y abrogó el Código Civil anterior de 1884.

CODIGO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS vigente desde el 1.º de enero de 1890.

**DIVISION DE CAPITULOS DEL TEMA:
LA INFLUENCIA DEL PRETOR SOBRE EL DERECHO
PRIVADO ROMANO.**

PRIMERA PARTE.

- Capítulo I.- INSTITUCION Y ORGANIZACION DE LA PRETURA.- Histo
ria.- Clases y número de pretores. Atribuciones... 1
- Capítulo II.- JURISDICCION CIVIL DE LOS PRETORES.- Etimología y
concepto de "Iurisdictio".- Desarrollo histórico.
Sistema de las acciones de la ley (Derecho Quiri-
tario). Pretor urbano.- Derecho de Gentes. (Ius
Gentium). Pretor peregrino..... 9
- Capítulo III.- EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.- Su introducción pro
gresiva. Las Leges Aebutia y Iuliae Iudiciariae y
su relación con el procedimiento formulario.- Epo-
ca Clásica..... 13
- Capítulo IV.- EL NUEVO PAPEL DEL PRAETOR.- Sus aportaciones al
Derecho romano: Nuevas medidas introducidas, espe-
cialmente las acciones pretorias in factum, ficti
cias y útiles..... 19
- Capítulo V.- EL FIN DEL PAPEL CREADOR DEL PRETOR.- Introducción.
Denominaciones relativas al contenido de los edic-
tos pretorios.- Origen de los edictos pretorios.
Testimonio de Plauto. Papel del pretor.- Antece-
dente de la Lex Cornelia de edictis praetorum: El
Senatus-consultum que vedó a los pretores que se
desviaran del edicto publicado al comenzar sus fun-
ciones. Lex Cornelia que prohibió a los pretores
que se separaran de lo que habían dispuesto en sus
propios edictos. ¿En qué sentido se les llamaba
"perpetuos" a los edictos pretorios?.- Algunas par-
tes del edicto tomaron el nombre de los pretores
que las insertaron y publicaron por primera vez.-
Intentos de codificación o compilación de los edic-
tos pretorios: Servius Sulpicius Rufus, Aulus Ofi-
lius.- El llamado "Edictum perpetuum" de Salvius
Iulianus. La obra codificadora de los edictos pre-

torios es emprendida nuevamente por Salvius Iulianus en tiempo de Hadrianus. ¿Cómo se realizó este "Edictum perpetuum"?.- Consecuencias de la formulación, sanción y publicación del "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus: a).- La estratificación o petrificación del Derecho pretorio. b).- El ius edicendi no se retiró a los pretores y demás magistrados de origen republicano.- Reconstrucción del "Edictum perpetuum" de Salvius Iulianus; estudios realizados con esta finalidad, principalmente por Haubold, A. F. Rudorff, M. L. Jousserandot y O. Lenel..... 32

SEGUNDA PARTE

Capítulo VI.- ANALISIS DE LO QUE EN EL DERECHO PRIVADO MEXICANO SE DEBE A LAS INNOVACIONES PRETORIAS.- De lo que resta del Ius praetorium. La "recepción" del Ius praetorium en el Derecho privado mexicano..... 43

Ultima parte.- CONCLUSIONES GENERALES..... 69

BIBLIOGRAFIA..... 71