

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA:

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE EN DERECHO ROMANO*, MADRID, IUSTEL, 2006, 241 PÁGS.

Alfonso AGUDO RUIZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ROMANO
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

Sale a la luz, en primera edición, un magnífico libro titulado «Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano» del Profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, obra que se integra en el marco del Proyecto de Investigación, SEJ2005-08535/JURI, que dirige sobre: «La reforma de la jurisdicción voluntaria: perspectiva histórica, regulación vigente, propuestas de futuro, derecho comparado», financiado por la Dirección General de Investigación, del Ministerio de Educación y Ciencia.

La materia se expone con absoluto rigor científico, claro y sencillo, en un discurso elegante, lleno de agudísimos matices y sugerencias innovadoras, como corresponde al reconocido magisterio de su autor. Abundan las referencias a las fuentes romanas, jurídicas y literarias, con ausencia de citas a pie de página, que en algunos casos abruman más que iluminan, con una cuidada y selecta bibliografía al final de cada capítulo, que nos pone claramente de relieve que el autor ha tenido muy en cuenta los estudios recientemente publicados, cuyos resultados han sido objeto de algunas precisiones críticas.

La monografía se divide en seis capítulos y éstos en apartados, resultando la siguiente distribución: Capítulo I: Jurisdicción (págs. 13-53): A) Contenido y fundamento de la *iurisdictio* (págs. 13-17); B) Etapas históricas del proceso (págs. 17-23); C) Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria (págs. 23-37); D) Estructura procesal de la *in iure cessio* en las épocas republicana y clásica (págs. 37-43); E) *Legis actio* y *iurisdictio voluntaria* en las fuentes clásicas y postclásicas (págs. 43-49); F) Progresiva disociación entre las nociones de jurisdicción y proceso (págs. 49-52); Bibliografía (págs. 52-53). Capítulo II: La administración de justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales (págs. 55-74): A) *Actio. Iurisdictio. Iudicatio* (págs. 55-66); B) Partes. Representantes. Lugar y días hábiles para la actividad jurisdiccional. Competencia (págs. 66-73); Bibliografía (pág. 74); Capítulo III: El procedimiento de las *legis actiones* (págs. 75-105): A) Fase *in iure*. citación. Comparecencia (págs. 75-79); B) Los diferentes modos de litigar previstos en las leyes, *modi agendi ex lege*. acciones declarativas (págs. 80-82): 1) *Legis actio sacramento* (págs. 82-87); 2) *Legis actio per iudiciis arbitrive postulationem* (págs. 87-89); 3) *Legis actio per conditionem* (págs.

89-91); C) Acciones ejecutivas (págs. 92-99): 1) *Legis actio per manus iniunctionem* (págs. 92-96); 2) *Legis actio per pignoris capionem* (págs. 97-99); D) Fase ante el juez. Sentencia y cosa juzgada (págs. 99-103); Bibliografía (págs. 103-105). Capítulo IV: El procedimiento formulario (págs. 107-159): A) Fase ante el magistrado, *in iure* (págs. 107-113); B) *Litis contestatio*. Efectos (págs. 113-116); C) Estructura de la fórmula: partes esenciales y accidentales (págs. 117-128). Partes extraordinarias en la fórmula (págs. 128-132); D) Clases de fórmulas o acciones (págs. 132-138); E) Fase ante el juez, *apud iudicem*. Sentencia (págs. 138-148); F) Ejecución de la sentencia (págs. 148-153); Bibliografía (págs. 153-159). Capítulo V: Procedimiento extraordinario, *cognitio extraordinaria* (págs. 161-197): A) Nociones preliminares (págs. 161-164); B) Tramitación: citación, comparecencia, *litis contestatio*, período de prueba, sentencia, ejecución, apelación y recursos (págs. 164-179); C) Procesos especiales: por rescripto y sumarios (págs. 179-181); D) Jurisdicción eclesiástica. *Episcopalis audientia* (págs. 181-182); E) Protección pretoria extraprocesal (págs. 182-183): 1) Interdictos (págs. 184-190); 2) Puestas en posesión, *missiones in possessionem* (pág. 191); 3) Estipulaciones pretorias (págs. 191-192); 4) *Restitutiones in integrum* (págs. 192-194); Bibliografía (págs. 194-197). Capítulo VI: Arbitraje (págs. 199-229): A) Observaciones preliminares (págs. 199-200); B) Tipos de arbitraje (págs. 201-202); C) Terminología en materia de arbitraje (págs. 202-204); D) Arbitraje no formal y arbitraje de *ius gentium*. El papel de la *bona fides* y de la equidad en el arbitraje (págs. 204-220); E) Arbitraje legal (págs. 220-222); F) Arbitraje compromisario (págs. 222-227); Bibliografía (págs. 227-229). Se cierra la obra con un útil índice de materias (págs. 231-241).

El capítulo primero (págs. 13-53) se dedica al análisis de la jurisdicción en sus distintas manifestaciones a través de las diversas épocas del Derecho Romano. Afirma el autor que en el lenguaje jurídico romano, con el término *iurisdictio* se indica el poder de que está investido el magistrado, la actividad que éste realiza, e incluso la función para cuyo cumplimiento al magistrado le es atribuido el correspondiente poder.

Dificultad especial presenta la determinación del contenido y el fundamento de la *iurisdictio*. Respecto al fundamento, el autor opta por aquella posición doctrinal que hace referencia a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que pueden ser objeto de delegación y conferidos a magistrados privados de *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento. Respecto al contenido, el autor se decanta por la línea iniciada por Gioffredi, según la cual la *iurisdictio* no es una simple indicación técnica de la norma aplicable, sino que supone una indicación vinculante del ritual a seguir y de los formularios a pronunciar, cuyo fundamento sería el *imperium*.

A continuación aborda el autor las distintas etapas históricas del proceso que se sucedieron a lo largo de 14 siglos: a) la conocida como sistema de los juicios privados, *ordo iudiciorum privatorum*, en la que se encuadran los procesos denominados de acciones de la ley, *legis actiones*, y formulario, *per formulam*; b) la *cognitio extra ordinem*, deteniéndose en las características de cada uno de ellos, así como en las razones que impulsaron la sustitución de unos por otros.

Seguido analiza el autor la polémica doctrinal existente sobre la jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, que en su opinión surge porque no está, en ciertos aspectos, apuntalado el andamiaje científico que proporciona el Derecho moderno. A pesar de la enorme fortuna que la expresión *iurisdictio voluntaria* ha tenido a lo largo de los siglos, desde que aparece por primera vez en el Libro I de las *Institutiones* de Marciano, y a través de los glosadores e intérpretes medievales, pasa al Derecho común y se recoge en los códigos modernos, no se había hecho un estudio de conjunto que proporcionase una visión global y orgánica, laguna que fue cubierta en 1986, fecha en la que el maestro FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., publica una excelente monografía titulada «Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano». Tema que encontraría ulterior proyección en el año 2001 en otra

monografía titulada «La Jurisdicción Voluntaria», a propósito del tratamiento otorgado a la jurisdicción voluntaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

Para el autor, el término *voluntaria* apunta a que la participación del magistrado se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que espontáneamente, voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado –y en caso contrario, cabría la vía de la jurisdicción contenciosa–, sin que del mismo se derive un perjuicio para los derechos de terceras personas. Analiza después las diferencias entre los actos de *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*, así en relación con la titularidad; en relación con las reglas por las que se rigen, en cuanto al lugar y al tiempo en que se ejerce la jurisdicción; en relación con la presencia de lictores; en relación con la circunscripción territorial; en relación con los actos *in rem suam*; en relación con la tramitación.

Los supuestos que Marciano considera de *iurisdictio voluntaria* requieren para su formalización de una *in iure cessio*, cuya naturaleza jurídica es muy discutida en la doctrina. En este punto el autor se inclina por su carácter jurisdiccional en la época republicana. En época clásica se produce una atenuación de las formalidades requeridas para la realización de la *in iure cessio*, pero ello no suprime su carácter jurisdiccional, como lo prueba la *addictio* magistratual. En la época postclásica, perdido ya todo vestigio procesal en la realización de las actuaciones correspondientes, se produce la quiebra de su naturaleza procesal, pero, por otra parte, la coetánea disociación en esta etapa entre jurisdicción y proceso, que se había venido gestando en siglos anteriores, provoca la inclusión de tales actuaciones dentro de la noción de *iurisdictio*, que ahora abarca ya cualquier actuación realizada ante el magistrado.

En las fuentes clásicas el término *legis actio* se utiliza para calificar o bien el acto o bien la competencia del magistrado para intervenir en los supuestos que Marciano denomina de *iurisdictio voluntaria*, y quizá el empleo de este término, *legis actio*, en vez de *iurisdictio*, se deba al deseo de los jurisconsultos de poner de relieve el carácter meramente formal del ejercicio de la *iurisdictio* por parte del magistrado en la *legis actio*. Respecto a la clasicidad de la contraposición entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*, que ha dado lugar a una notable división de opiniones en la doctrina, considera el autor que es obra de Marciano, que no habría tenido intención de introducir una novedad institucional en el ámbito de la *iurisdictio*, sino que se habría limitado a calificar como *voluntaria* el ejercicio de determinadas competencias de los procónsules y a incluirlas dentro de la noción de *iurisdictio*, que en la época en que escribe Marciano abarcaría toda la actividad del magistrado jurisdiccional.

El capítulo segundo (págs. 55–74), la administración de justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales, afirma el autor que en el plano jurisdiccional, la comunidad política, es muy pronto consciente de la necesidad de asumir el monopolio de la administración de la justicia, en aras del mantenimiento del orden público y de la tutela de la paz social.

Durante los ocho primeros siglos de la historia de Roma y, en especial, en los seis siglos de República, el proceso fue oral, por influencia del proceso griego. Desde el inicio del procedimiento ante el magistrado, las actuaciones desarrolladas por los *adversarii*, *actor* y *reus*, se desarrollaban de forma verbal y pública, a lo largo de un día ante aquél, que encauzaba el litigio, y de uno o varios ante el juez o jurado, elegido por las partes, que era el encargado de dar su opinión o sentencia, lo que constituía, en la práctica procesal, una manifestación de los principios de brevedad, concentración, publicidad, contradicción, intermediación e inmediatez temporal, a los que cabe añadir los principios dispositivo y de

aportación de parte, dado que son los litigantes, los que aportan, de forma exclusiva, los hechos y los medios de prueba, a tener en cuenta por el juez.

El proceso del Imperio fue, por contraste, predominantemente escrito, lento, lleno de cautelas, de garantías procesales, de posibilidades dilatorias, de tecnicismos, de sutilezas jurídicas, y de reforzamiento del papel activo del magistrado como conductor del proceso, al tiempo que se le atribuye a éste, la competencia para dictar sentencia, como profesional del derecho y funcionario del Estado.

Eterno y clásico retorno de principios, figuras e instituciones en el mundo del derecho, polémica sin fin, tan romana y tan moderna al propio tiempo, entre una concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial. Acentos y contrapesos romanos, según las épocas, entre oralidad y escritura, formalismo y ausencia de formalidades, poder coercitivo del magistrado o cargas procesales de las partes, obligación legal de fomentar la transacción o conciliación entre los litigantes o posición neutral del órgano jurisdiccional.

La *iurisdictio* consiste en determinar, *ius dicere*, la norma jurídica aplicable al caso concreto, *dare actionem*, o, en su caso, la ausencia de norma jurídica al respecto, lo que desembocaría en la negación de la *actio*, *denegare actionem*, y, en consecuencia, del cauce procesal para conocer de la supuesta pretensión. La *iudicatio* sería, en la primera etapa de bipartición del proceso, la función propia del juez unipersonal o del órgano colegiado, competente para valorar la prueba de los hechos alegados por las partes y decidir la solución del conflicto mediante la aplicación de la disposición legal predeterminada por el magistrado.

En la monarquía la *iurisdictio* corresponderá al rey y, en la práctica, a los magistrados en quienes éste delegase su competencia. En la República la *iurisdictio* habría formado parte del poder global, *imperium*, que se atribuiría a los magistrados supremos ordinarios, cónsules o extraordinarios, *interrex*, *dictator*, *decemviri legibus scribundis*, etc. La atribución específica de la competencia en materia de *iurisdictio* a los pretores urbanos en el 367 a. C. y a los pretores peregrinos en el 241 a. C., supone un avance sustancial en el lento proceso de conformación de la potestad jurisdiccional. Notable importancia en el ámbito de las transacciones comerciales, en especial en materia de evicción y vicios ocultos en las cosas objeto de tráfico jurídico, tuvo la atribución singular de la competencia a los ediles curules. En los municipios y colonias se reconoce la competencia a magistrados locales. En las provincias, el grado superior de competencia correspondía al gobernador.

En la etapa del procedimiento o *cognitio extra ordinem* toda la tramitación desde que se inicia el pleito hasta que se dicta la sentencia y, en su caso, se ejecuta, se sustancia ante un magistrado, representante del Estado, con lo que se produce un proceso de profesionalización y funcionarización de la justicia, en detrimento de la participación directa de los *cives*, como jueces, en la actividad jurisdiccional. Otra relevante novedad viene constituida por el sometimiento de los magistrados jurisdiccionales a los dictámenes y criterios interpretativos emanados de la cancillería imperial. Una última novedad de la *cognitio* extraordinaria, es la referente a la jerarquización y organización territorial de la administración de justicia, con el consiguiente efecto de apelación de las sentencias dictadas por jueces de menor categoría profesional. De forma particularizada ejercen jurisdicción en esta etapa, de forma jerarquizada, magistrados municipales, gobernadores provinciales, *vicarii* de las diócesis, prefectos, con competencia específica, *urbi*, *praetorio*, *annonae*, *vigilium*, etc, y en última instancia, el emperador, que acabó acaparando todos los mecanismos de realización de la justicia.

Analiza el autor, a continuación, las partes y representantes que intervienen en el proceso, así como el lugar y días hábiles para la actividad jurisdiccional. En principio, tienen

capacidad para ser parte en juicio todas las personas no sometidas a potestad ajena, *sui iuris*, con independencia de que sean *cives romani* o extranjeros, *peregrini*. Los casos de representación en la época de las *legis actiones* estaban tasados: *pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* y *pro absentia* o *rei publicae causa*. En la época del procedimiento formulario se acepta, con carácter general, la idea de la representación, la cual podía realizarse a través del *cognitor*, del *procurator* y del *defensor*. Los efectos de la intervención de cada uno de estos representantes diferían de forma notable.

Los días aptos para la actividad judicial eran denominados días hábiles, *iudicarii* o *fasti*. En los primeros siglos eran fijados en el calendario elaborado por el Colegio Pontifical. El número de días *iudicarii* fue siempre en aumento, desde los cuarenta primitivos en la etapa republicana, a los doscientos treinta en el gobierno de Marco Aurelio, hasta llegar a los doscientos cuarenta en época justiniana. En materia de jurisdicción voluntaria todos los días eran hábiles.

En cuanto al lugar, en los primeros siglos la actividad jurisdiccional se desarrollaba en el comicio, ubicado en la parte nordeste del foro, sólo a fines de la República se habilitarían locales cerrados, *basilicae* o *auditoria*, para el desarrollo del proceso. La extensión del territorio estatal más allá del río Tíber, determinó la necesidad de establecer estrictas reglas de competencia, como el *forum prorrogatum*, el *forum originis* o *domicilii*, el *forum solutionis*, el *forum contractus*, el *forum delicti commissi* o el *forum rei sitae*.

El capítulo tercero (págs. 75–105) se dedica al análisis exhaustivo y en profundidad del primer procedimiento que conoció Roma, las *legis actiones*. El inicio del proceso requiere una previa citación que, en cualquier lugar y sin sujeción a ninguna formalidad, realiza el actor al demandado para que acuda ante el magistrado. En caso contrario, debe garantizar la futura comparecencia mediante un garante o *vindex*. En otro caso, el actor queda autorizado para conducirlo por la fuerza, *manus iniectio*, al *reus* ante el tribunal, inhibiéndose los poderes públicos de proceder a ejecutar esta actuación. Presentes las partes ante el tribunal, éstas debían emplear necesariamente las palabras prescritas en el texto legal, *certis verbis*, so pena de perder el litigio. Se trataba de fórmulas verbales, ligadas en ocasiones a gestos y comportamientos rituales. El más leve error o incumplimiento de lo prescrito en la ley suponía la pérdida del litigio, en especial en las dos primitivas acciones de la ley, la acción de la ley por el juramento y la acción de la ley por apoderamiento.

Seguido el autor se detiene en cada una de las distintas *legis actiones* declarativas, comenzando por la *legis actio sacramento*. Tiene un carácter general, con ella se puede reclamar tanto el cumplimiento de un derecho real, *legis actio sacramento in rem*, como la exigencia de un compromiso o una prestación a un sujeto pasivo, *legis actio sacramento in personam*. Las partes debían realizar los ritos y formalidades prescritas literalmente en la ley, so pena de perder el pleito. Para el autor, la apuesta sacramental, de 50 a 500 ases, según que el valor del objeto litigioso fuese menor o mayor de 1000 ases, que ambas partes venían obligadas a realizar, y que el vencido tenía que ceder al erario público, cumplía, en la práctica un papel próximo al propio de las costas procesales, en el procedimiento formulario y, en todo caso, constituía un mecanismo de contención para los litigantes temerarios. El pretor exigía a los litigantes que prestaran garantes, posteriormente se procedía a la elección y posterior designación del juez o jueces.

La *legis actio per iudiciis arbitrive postulationem* habría sido creada *ex novo* por la Ley de las XII Tablas para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato verbal de *sponsio*, conocido por un juez, y para reclamar la división de una herencia; una ley Licinia, del 210 a.C., añadió el caso de división de una cosa común; y la doctrina incluye el supuesto de fijar los linderos o confines controvertidos de fincas pertenecientes a distintos propietarios, conocidos por un árbitro. Ya no hay juramento, ni apuesta sacramental, ni hay que esperar 30 días para la designación del juez o árbitro.

La *legis actio per conditionem* constituye el antecedente de la acción clásica del procedimiento formulario denominada *condictio*, que era asimismo una acción civil abstracta, es decir, la causa existe pero no se explicita. Introducida por una *Lex Silia* hacia el 250 a.C., para las reclamaciones de deudas de cantidad cierta de dinero, se generalizó, a partir de una *Lex Calpurnia* hacia el 200 a.C., a reclamaciones de deudas de objeto cierto. Sanciona la temeridad del litigante vencido, que debe entregar al litigante victorioso una cantidad de dinero equivalente a 1/3 del valor del objeto litigioso.

A continuación analiza el autor las acciones ejecutivas, comenzando por la *legis actio per manus iniunctionem* o apoderamiento de la persona del condenado o del confeso, así como otros casos que se equiparan al incumplimiento de una sentencia declarativa, como a favor del *sponsor* o fiador que ha pagado por el deudor garantizado; a favor de uno de los *sponsores* o cofiadores que ha pagado una cantidad mayor de la que le correspondía; o contra los prestamistas que hubiesen percibido intereses superiores a los legales. Cabía la posibilidad de que el condenado o ejecutado presentase un *vindex* antes de que hubiese transcurrido el plazo de 30 días, que tenía siempre el riesgo de la *litis crescentia*. Transcurrido dicho plazo, sin cumplimiento de la sentencia, ni presentación de un *vindex* que procediese a una revisión del proceso, y tramitada una citación ante el magistrado, el actor quedaba autorizado para proceder a la aprehensión o apoderamiento del condenado y conducirlo a su casa, donde permanecería bajo su custodia. Durante los sesenta días siguientes queda obligado el actor a exponer su situación en tres días de mercado consecutivos, por si alguien se presenta como *vindex* o asume la condena. En caso negativo, puede darle muerte o venderlo como esclavo en el extranjero, *trans Tiberim*. Habrá que esperar hasta el año 326 a.C., fecha de la Ley *Poetilia Papiria* para que se derogue la responsabilidad personal y establecer únicamente la responsabilidad patrimonial por la condena pecuniaria o en especie, a través de un convenio entre litigante victorioso y vencido, mediante el que éste se compromete a amortizar el cumplimiento de la condena por medio de su trabajo a favor del actor.

La última acción ejecutiva es la denominada *legis actio per pignoris capionem*, supone un apoderamiento de los bienes y no de la persona del deudor en ciertos supuestos transmitidos por Gayo y con anterioridad por la Ley de las XII Tablas. El mantenimiento de esta forma de ejecución, con posterioridad a la derogación del procedimiento de las *legis actiones*, lo encontramos en el siglo I d.C. en la *Lex Metallis Vipascensis* a favor de los concesionarios de la explotación minera de Vipasca respecto de los particulares por el cobro de sus créditos impagados.

Una vez descrita la fase *in iure*, analiza el autor la fase *apud iudicem* que se desarrolla ante el juez, y cuyas características consustanciales son concentración, brevedad y presencia activa del juez o intermediación. Las partes podían ser defendidas o auxiliadas por oradores, *oratores*, o abogados, *advocati*. Las exposiciones de las partes se realizaban de forma oral. La prueba fundamental era la testifical, conociéndose asimismo el juramento de las partes, la inspección ocular del juez y los dictámenes periciales. Corresponde probar a la parte que alega la existencia de un hecho. En tema de valoración de la prueba habría habido una evolución, desde una valoración objetiva y reglada a una libre apreciación de la prueba por el juez. El juez no tiene obligación de dictar sentencia, pero si se prueba que su abstención ha sido dolosa o negligente, incurría en prevaricación. Al ser el juez o jueces ciudadanos y no jueces profesionales, no cabe un recurso, contra la sentencia dictada, ante un juez superior. Sólo cabía considerar como recurso la revisión del proceso ante el magistrado formulada por el *vindex* o por el propio condenado. Decidida la cuestión por la sentencia judicial, era considerada la cuestión cosa juzgada y no cabía volver a plantear la misma controversia, entre las mismas partes, ante otro magistrado.

Hacia el año 130 a.C. una Ley *Aebucia* habría introducido el procedimiento formulario o escrito. Conforme a esta ley, se habría permitido a los ciudadanos optar entre

sustanciar los litigios por las acciones de la ley o por el proceso formulario. Dos *Leges Iuliae*, de ordenación de los juicios públicos y privados de aproximadamente el año 4 d.C. habrían establecido la derogación formal de las acciones de la ley, con las excepciones del juicio ante los centumviro, del juicio por el daño temido y de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, y la implantación del procedimiento formulario con carácter obligatorio.

El capítulo cuarto (págs. 107–159) se dedica al estudio del procedimiento formulario. Constituye un tema polémico en la doctrina romanística el relativo al origen de este procedimiento, para el autor lo que en todo caso parece claro es la progresiva influencia del derecho pretorio u honorario, y a través de éste del *ius gentium*, en el *ius civile*, así como la unificación de la tramitación de los procesos ante los pretores urbanos y peregrinos, junto al reconocimiento a los extranjeros de la legitimación para intervenir en los mismos.

El inicio de la tramitación *in iure*, iría precedido por una comunicación verbal, *aditio actionis*, mediante la cual el actor advertía al demandado la petición que tenía en proyecto formular, así como el fundamento y las pruebas que pensaba aportar. Dicha comunicación tenía por finalidad evitar el proceso. En caso contrario, se procedía a la citación, formal y con publicidad, del *reus*, para que compareciese ante el magistrado. Si el demandado no comparece ni presenta un *vindex*, el pretor concede una acción penal *in factum*. Igualmente, si el demandado se ocultase, el pretor autorizaba una puesta en posesión, *missio in bona*, de sus bienes a favor del actor y, en su caso, una venta posterior en pública subasta.

Presentes ambas partes *in iure*, el actor expone su pretensión, el fundamento de la misma y la acción de que intenta valerse, *editio* o *postulatio actionis*. La postura del demandado puede variar, así como el desarrollo de la tramitación, conforme a las siguientes posibilidades: 1) *confessio*, 2) *indefensio*, 3) *iusiurandum*, 4) *transactio*, 5) desistimiento, 6) *interrogationes* y 7) *cautiones*. En caso de que el proceso continuase en días posteriores al fijado, el demandado prestaba garantía de nueva comparecencia, *vadimonium*.

El magistrado decidía la concesión o la denegación de la acción solicitada. A su vez, el magistrado podía aceptar la fórmula escrita, correspondiente a la acción propuesta por las partes o introducir modificaciones en la misma. La fase *in iure* concluye con la aceptación del juez, elegido por las partes y designado por el magistrado, así como con la resolución del magistrado autorizando el inicio de la fase ante el juez y otorgando a éste potestad para decidir la controversia.

Analiza el autor la polémica cuestión de la naturaleza jurídica de la *litis contestatio*, en su opinión parece razonable pensar que fueran las partes las que procediesen a introducir las variantes específicas en el escrito de la fórmula y que presentase la correspondiente propuesta al magistrado, que sería aceptada en unos casos y modificada en otros, correspondiéndole en último término la autorización del esquema de la fórmula. El más importante efecto de la *litis contestatio* es la consunción de la acción ejercitada, concebida como poder de reclamar el propio derecho conforme a una determinada fórmula procesal. Otros efectos serían declarar la cosa objeto del litigio como cosa fuera del comercio; fijación de las posiciones de las partes, a los efectos de una posible petición inapropiada: *re, loco, tempore* o *causa*; las acciones intransmisibles se convierten en transmisibles; las acciones temporales se convierten en perpetuas; si fallece el juez o alguna de las partes es necesario redactar una nueva fórmula escrita.

A continuación se detiene el autor en el estudio de la estructura de la fórmula: partes esenciales y accidentales. La fórmula era un documento escrito en una doble tablilla en su parte interna y en su parte externa, con el mismo texto, si bien la parte interna se

sellaba por las partes y por los testigos ante el magistrado, procediéndose a su apertura ante el juez. La fórmula debería comenzar con el nombramiento de juez o tribunal. A continuación se insertaban las cláusulas ordinarias o esenciales y eran la *demonstratio*, la *intentio*, la *condemnatio* y la *adiudicatio*. Junto a ellas, podía haber partes accidentales, y eran la *exceptio* y la *praescriptio*.

Concluida la *litis contestatio*, con la redacción de la fórmula, la aceptación por las partes de someter la controversia a la autoridad judicial y la resolución del magistrado mediante la que se le ordena al juez que proceda a juzgar, *iussum iudicandi*, al propio tiempo que se le otorga la potestad de absolver o condenar, *potestas absolvendi aut condemnandi*, comienza propiamente el juicio, que se va a desarrollar sobre la base y en los estrictos límites del programa expuesto en el escrito que constituye la fórmula si bien, el aumento de las facultades del juez, que conforman el denominado *officium iudicis*, constituye una constante en el transcurso del período de tiempo de vigencia del procedimiento formulario, especialmente en el marco de los juicios de buena fe, *iudicia bonae fidei*.

Los trámites a desarrollar, básicamente, exposición y defensa de las posiciones de los litigantes, práctica de la prueba y sentencia, se caracterizan por la oralidad, audiencia y contradicción de las partes, principio dispositivo, intermediación y publicidad.

El juicio comenzaba con una breve exposición oral de las partes o de sus abogados. La ausencia de una de las partes conlleva casi siempre para ésta la pérdida del litigio. Seguido tiene lugar la prueba, en principio, versa sobre los hechos alegados por las partes, dado que se presume que el juez conoce el derecho, *iura novit curia*. Los medios de prueba más frecuentes eran: la declaración de las partes, la *confessio*, el juramento, los testigos, los documentos, la inspección personal del juez, los dictámenes periciales y las presunciones. El juez tiene libertad para valorar la prueba, sin disposiciones legales que le condicionen, según las reglas de la sana crítica, concediendo la relevancia que, en consecuencia, considere oportuno, a las distintas pruebas aportadas.

Por último vendría la sentencia que era la opinión que el juez o el tribunal tenía sobre el asunto controvertido, *iudicatum*. El juez tenía obligación de dictar sentencia si había visto claro el asunto, pero no, si no había logrado formar una opinión razonable sobre el mismo. La sentencia carecía de motivación y era expuesta de forma oral por el juez ante las partes. La condena era siempre pecuniaria. El principal efecto de la sentencia es la cosa juzgada y, en consecuencia, no volver sobre el asunto de forma reiterada, siempre que no se produzca una variación en los sujetos o en el objeto litigioso.

No cabe afirmar la existencia de apelación en el procedimiento formulario, dado que la sentencia es dictada por un juez o un tribunal de ciudadanos no profesionales de la justicia, ni funcionarios, por lo que no cabe respecto de ellos una jerarquía de instancias. Cabría únicamente: a) una *restitutio in integrum* procesal, en supuestos excepcionales, como falsificación de pruebas, fraude o intimidación; b) oposición a la ejecución de la sentencia, con riesgo en caso de resultar vencido a una condena al *duplum*; c) la *intercessio* de un magistrado superior al que había autorizado la fórmula o de un tribuno de la plebe.

Si el condenado o el confeso no acata la sentencia, e incumple la condena, en su caso, pecuniaria, el demandante podía ejercitar contra él la *actio iudicati*, quedando en una situación de sujeción personal al actor, hasta que con su trabajo o de cualquier forma satisfactoria para éste, retribuya el importe de la condena pecuniaria. Muy pronto, por evidentes razones de índole práctica, dada la escasa efectividad de los efectos de la *actio iudicati*, esta fórmula de ejecución fue sustituida por la venta de todo el patrimonio del *iudicatus*, *bonorum venditio*, la cual, a su vez, fue relegada por la venta selectiva de bienes específicos del *iudicatus*, para hacer frente a la condena, *bonorum distractio*.

El capítulo quinto (págs. 161–197) se dedica al estudio del procedimiento extraordinario. La denominación obedece a que la tramitación procesal acoge a asuntos que no se encontraban protegidos en la jurisdicción pretoria, o bien se trataba de relaciones que daban lugar tan sólo a obligaciones morales o naturales.

La *cognitio* extraordinaria supone una nueva concepción de la justicia y del Estado, alejada de la libertad republicana y de la participación directa del ciudadano, como juez elegido por las partes, entendida como garantía democrática frente al poder estatal.

El absolutismo imperial, instaurado de forma progresiva en la vida política, se manifiesta en el nombramiento de los magistrados jurisdiccionales por el emperador, en la creación del derecho a través de las constituciones imperiales, en la interpretación de la normativa legal y en la decisión de las controversias por el tribunal imperial, lo que supuso un clamoroso retroceso histórico respecto a los logros de independencia judicial y libertad de la república y una ominosa asunción de funciones legislativas, ejecutivas y judiciales por el poder constituido.

Notas fundamentales de éste procedimiento son: a) ausencia de bipartición en dos fases, *in iure* y *apud iudicem*; b) la *litis contestatio* únicamente fija las posiciones de las partes, produciéndose el efecto de la *litispendencia*; c) la valoración de la prueba es tasada; d) apelación de la sentencia ante un juez de rango superior; e) fusión de la normativa procesal civil, honoraria y la propia del nuevo tipo procedimental.

La citación a juicio del actor al demandado se hacía mediante un escrito, *litis denuntiatio*, autorizado por el magistrado, o remitido a su domicilio por medio de un funcionario, *executor*. En época justiniana, al escrito de citación del actor, *libelus conventionis*, debía contestar el demandado mediante un *libelus contradictionis*. Cabía, asimismo, que el proceso se tramitase en rebeldía, pudiendo dictarse sentencia a favor o en contra de la parte ausente.

Fijadas las posiciones de los litigantes, se abre el período de prueba. La prueba originaria por excelencia habría sido la deposición de testigos, que habrían cumplido el papel de instrumentales o esenciales para el negocio oral o escrito, de ahí se habría ampliado además su papel como testigos probatorios en juicio. Las declaraciones testificales siempre deben incorporarse a los documentos *quasi publice confecta* y a los *publice confecta*. Por el contrario, no se requieren ni en los documentos privados *strictu sensu*, ni en los documentos públicos.

A efectos de prueba en juicio, la prevalencia de la prueba testifical, prioritaria hasta entonces, comienza a cuestionarse en la época postclásica. En caso de discrepancia entre los testigos y la *comparatio litterarum*, se dará preferencia a la prueba testimonial, dado que lo dicho de viva voz y con juramento merece más crédito que la escritura por sí sola. Se establece un desigual valor a la prueba testifical en atención a su consideración social, así como el mayor valor probatorio otorgado, en determinadas etapas, al valor de los cristianos, frente al de los judíos y los apóstatas.

En la etapa final de la evolución sobre la fuerza probatoria de los documentos en juicio, de menor a mayor valor, habría que referirse, primero a los documentos privados; en segundo lugar se encontrarían los *instrumenta quasi publice confecta*; en tercer lugar se encontraban los instrumentos tabeliónicos o *instrumenta publice confecta*; en cuarto lugar, los documentos públicos, *instrumenta publicae*.

Valorada la prueba, el juez estaba obligado a dictar sentencia, que se recogía por escrito, del que se entregaba una copia a las partes. La sentencia se conformaba con la naturaleza de la prestación reclamada por el actor.

Como remedios contra la sentencia, además de la apelación, se conocía el recurso de nulidad en aquellos casos en los que en atención a determinadas circunstancias graves acaecidas durante la tramitación del procedimiento, como falta de capacidad procesal de una de las partes o falta de audiencia a uno de los litigantes, cabía alegar la nulidad de pleno derecho de las actuaciones realizadas. Otra posibilidad, excepcional, era presentar un recurso de revisión, *restitutio in integrum*, en atención a alguno de los supuestos –dolo, violencia, intimidación, fraude, error esencial, etc– previstos por la ley.

En cuanto a la ejecución, si bien se mantiene la posibilidad de ejecución personal, se trataba de algo excepcional en la práctica, siendo lo usual la *bonorum venditio* y la *bonorum distractio*, analizadas en la etapa del proceso formulario.

En cualquier momento de la tramitación de un litigio, los litigantes podían dirigir una petición a la cancellería imperial, para que decidiese el fondo del asunto. La sección de la cancellería encargada de conocer en estos casos, se denominaba *a cognitionibus* y resolvía mediante *decretum*.

En ocasiones, el emperador o la sección de la cancellería imperial denominada *a libellis*, daba instrucciones mediante un rescripto, al juez que lo solicitaba, acerca de la correcta interpretación de la normativa legal. Cabía asimismo que la controversia se tramitase de forma directa ante el *quaestor sacri palatii*, que cumplía una función análoga a la de un ministro de justicia de la cancellería, quien decidía mediante una resolución inapelable, con la firma del emperador.

En los procesos sumarios, se produce una abreviación en la tramitación, con la finalidad de lograr una mayor rapidez en la resolución del asunto. La abreviación puede afectar a formalismos, plazos, medios de prueba, tiempo de debate o remedios contra la sentencia. En los procedimientos abreviados o simplificados, cabe también una abreviación, salvo en el conocimiento sumario de la prueba.

Aborda, a continuación, el autor la jurisdicción eclesiástica, *episcopalis audientia*. Se trata de supuestos en los que el conocimiento de la controversia entre clérigos o laicos, se plantea ante el Obispo. Los litigantes, de común acuerdo, o uno de ellos de forma unilateral, que hubiera incoado un proceso ante un juez secular podían, en cualquier momento de la tramitación, someter la decisión del asunto al Obispo, cuya decisión tendría efecto de cosa juzgada y produciría plenos efectos civiles. Cabía apelar la decisión del Obispo ante la autoridad estatal competente por razón del asunto.

Se estableció, con posterioridad, la necesidad de que ambas partes estuviesen de acuerdo en someter al Obispo la decisión de su controversia, así como la limitación de competencia a cuestiones canónicas relevantes o a asuntos que afectasen a clérigos, y de ahí que quepa hablar de un fuero eclesiástico.

Se cierra el capítulo quinto con el estudio de la protección pretoria extraprocesal. Los pretores además de su función esencial de encauzar el proceso y autorizar la fórmula, que serviría de base programática para la decisión del juez, en ocasiones dictaban resoluciones, si se producían determinadas situaciones extra procesales, generalmente previstas en el edicto, pero que podían asimismo no estarlo, después de proceder a una valoración sumaria del caso, *causae cognitio*.

Trataba el pretor de tutelar intereses de una persona, prohibiendo u obligando a un determinado comportamiento (interdictos), ordenando la formalización de una promesa por medio de un contrato (estipulaciones pretorias), declarando un embargo de bienes (puestas en posesión, *missiones in possessionem*) o teniendo por no celebrado un acto o

negocio en atención a la existencia por ejemplo de fraude, dolo o intimidación (*restitutiones in integrum*).

Si la parte contra la que se dicta la resolución no la acataba, el magistrado procedía a la utilización de medios de presión como podían ser la imposición de multas o incluso la imposición de su cumplimiento por la fuerza. Se trataba de actuaciones en las que el magistrado actuaba más bien con fundamento en su *imperium*, que en su potestad jurisdiccional.

El capítulo sexto (págs. 199–229) se dedica al estudio del arbitraje. Afirma el autor que con anterioridad a la organización de la administración de justicia, la decisión de las controversias entre los particulares se encargaría a uno o varios árbitros, elegidos de común acuerdo por los interesados en solucionar sus conflictos. Originariamente los árbitros serían a la vez garantes y peritos y actuarían dirimiendo conflictos que se planteaban en el tráfico mercantil.

Distingue el autor los siguientes tipos de arbitraje: a) arbitraje no formal, sin consecuencias jurídicas inmediatas, que se movería en el campo de la *fides* y de la moral ciudadana; b) arbitraje del *ius gentium*, contraídos entre extranjeros y ciudadanos romanos entre sí, reconocidos por el *ius pretorium*; c) arbitraje legal, previsto en las XII Tablas o en leyes posteriores; d) arbitraje compromisario, de marcado carácter contractual, al que se añadían estipulaciones recíprocas, generalmente con cláusula penal.

Toma posición el autor en la polémica doctrinal relativa al origen y naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe, en su opinión de los *arbitria* nacidos en el ámbito de la protección otorgada por los pretores a las prácticas e instituciones propias del tráfico comercial y del *ius gentium*, con fundamento no en el *ius* ni en las *leges*, sino en la *fides*, matizada en la nueva expresión de *bona fides*, se habría pasado a su incorporación al *ius civile* como *bonae fidei*.

Las etapas correspondientes a la evolución habida desde los pactos realizados en el marco del tráfico comercial a los contratos consensuales serían las siguientes: 1) pactos realizados en el ámbito del mercado interno libres de formalidades, y protegidos por la *fides* primitiva; 2) pactos realizados en el marco del tráfico internacional y del *ius gentium*, y protegidos por una *fides* ya evolucionada; 3) *pacta conventa* protegidos por el edicto pretorio peregrino; 4) trasvase de los *pacta-conventa* al edicto del pretor urbano, protegidos con la *exceptio* y la *denegatio actionis*, y de éste al ámbito del *ius civile*; 5) transformación de los negocios consensuales de buena fe y del *ius gentium*, en la categoría de contratos consensuales.

Avanzada la República, la intensificación del tráfico comercial, marítimo y terrestre, interno e intercomunitario, plantea la necesidad de protección por parte de los pretores de los acuerdos, pactos o convenciones propias del *ius gentium*, en atención a una serie de factores entre los cuales cabría mencionar los siguientes: a) falta de protección por el *ius civile*; b) los no ciudadanos romanos no pueden acceder a los negocios propios del *ius civile*; c) el formalismo característico de los primitivos negocios típicos y orales, supone un lastre para las necesidades del tráfico comercial; d) inexistencia de fórmulas procesales.

La protección por el pretor de los pactos supondría, por tanto, un reforzamiento de la autonomía privada y de la libertad negocial, en la medida en que los pactos que constituían su principal expresión no fuesen contrarios al Ordenamiento jurídico. La protección pretoria originaria de los pretores se habría desarrollado, en consecuencia, al margen del *ius civile*. La protección de la consensualidad de los pactos, habría constituido el camino para la posterior asunción de esta idea por el *ius civile*, si bien de los *pacta conventa* recogidos en el edicto, sólo cuatro pasaron a la categoría de contratos con su nombre

específico, bajo la fórmula de *obligationes consensu contractae*, como negocios *iuris gentium*.

La consideración de la *bona fides* como un principio general de todo el Ordenamiento jurídico no llega a producirse en Derecho Romano, pero sí tiene lugar una evolución expansiva en esta dirección, que se extiende más allá de los contratos consensuales, para incidir como elemento informador inherente e integrador de toda la materia contractual. La expansión de la buena fe no se ha interrumpido hasta la actualidad, y hoy la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa, y contribuyen a su configuración como decisivo instrumento de integración.

La progresiva incorporación al Ordenamiento de conceptos como *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*, *fraus*, *dolus malus*, etc., supuso una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial, por la vía de interpretación, con toda la carga de creación que tiene en sí misma toda *interpretatio*, frente al legalismo formalista y su vertiente empobrecedora y asfixiante.

La más antigua mención del arbitraje legal se contiene en las XII Tablas, en el texto que hace referencia a la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el caso de división de herencia se designará un árbitro. En la Ley Licinia del 210 a.C., la designación del *arbiter* se produciría en los casos de división de una copropiedad. Además, habría que añadir el caso de reclamación de una deuda indeterminada o de un *incertum*.

Respecto del arbitraje compromisario, el convenio mediante el cual dos o más personas acuerdan someter un conflicto a arbitraje se llama *compromissum*. Formalizado el compromiso, la aceptación del árbitro dirigida a conocer y decidir la controversia, se sanciona por el pretor desde finales del siglo II a.C. mediante un *edictum de receptis*, de modo que si bien el pretor no puede obligarle a dictar sentencia, si puede forzarle indirectamente a ello a través de la vía de la multa o el embargo. A su vez la exigibilidad del pacto de compromiso deriva del *edictum pactis* que prevé el cumplimiento de los mismos a través de las vías de la *exceptio* y la *denegatio actionis*.

El pacto de compromiso puede tener por objeto cualquier cuestión litigiosa de las consideradas de libre disposición de las partes. No pueden ser objeto de arbitraje, los delitos cuya condena supone infamia, los asuntos sobre los que exista una acción pública, las cuestiones relativas a la libertad de una persona y los supuestos perseguibles mediante acciones populares. El pretor no puede obligar a nadie a asumir la función de árbitro, pero si alguien acepta desempeñar el arbitraje, el asunto queda sometido a su cuidado y solicitud, y debe dictar sentencia.

A partir de la época clásica, se produce una progresiva reglamentación del arbitraje, que lo aproxima en materia de garantías al proceso ordinario. De entre éstas cabe destacar las siguientes:

- a) La ley prohíbe que quien es juez asuma el arbitraje de un negocio, respecto del que está conociendo como juez.
- b) Excepcionalmente, cabe que el pretor prorrogue al árbitro el plazo para dictar sentencia.
- c) Se establecen una serie de causas conforme a las cuales el árbitro puede excusarse de cumplir su función.

- d) Se recomienda que el número de árbitros sea impar, dado que aunque disientan, será más fácil obtener una mayoría.
- e) El árbitro puede corregir los errores en que incurra antes de dictar sentencia, pero no después de haberla dictado.
- f) En los casos previstos, el árbitro puede prorrogar el plazo para dictar sentencia de palabra, por mensajero o por carta.
- g) La sentencia dictada sin estar presentes los litigantes no será válida, a no ser que en el compromiso se haya establecido lo contrario.
- h) Si alguno de los que hubiera sometido un asunto a compromiso, lo plantease ante el juez, podrá hacerlo, pero incurrirá en la pena prevista en la estipulación.
- i) Cuando un árbitro resulta ser enemigo de uno de los litigantes, cabe por parte de la persona lesionada oponer la excepción de dolo malo frente a la reclamación de la pena.
- j) La resolución del árbitro debe limitarse al objeto de la controversia prevista en el compromiso.
- k) El árbitro con facultad para prorrogar el plazo, puede ciertamente hacerlo, pero no puede anticiparlo contra la voluntad de los litigantes.
- l) El árbitro, apremiado por el pretor, puede dictar sentencia en día inhábil, en cuyo caso no cabe excepción frente a la decisión arbitral.
- m) El arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo.
- n) Cabe un compromiso de arbitraje sobre todos los asuntos pendientes entre varias personas, pero no sobre asuntos futuros.
- o) No cabe el arbitraje sobre un asunto propio.
- p) El laudo arbitral no produce efecto de cosa juzgada, ni tiene por sí carácter ejecutivo.
- q) A partir del siglo IV se generalizan los arbitrajes confesionales en los que intervienen obispos o patriarcas.

La obra se cierra con las páginas 231–241 que contienen un útil índice de materias.

Podemos decir para concluir, que estamos ante una excelente obra que reúne claridad expositiva y rigor científico, que se lee con gran interés y sugiere otros muchos comentarios que no hemos podido hacer por impedirlo la forzosa limitación de una reseña.