

**MARGARITA FUENTESECA DEGENEFFE. LA FUNCIÓN
JURISDICCIONAL CIVIL EN ROMA**

Cuadernos de Derecho Registral, Madrid (2008), 433 págs.

Adela López Pedreira

Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

Esta monografía es un profundo estudio acerca de la función desempeñada por el *iudex* en el sistema procesal romano, tomando como punto de partida la distinción entre la posibilidad de que el *iudex* emitiese un *iudicium* o un *arbitrium*. El análisis de la función jurisdiccional desde esta perspectiva conduce a M. Fuenteseca a la constatación, hasta hoy nunca afirmada con claridad, de que en Roma existían los cauces procesales suficientes que permitían imponer la reparación pecuniaria a quien causaba un daño en el patrimonio de otro.

El estudio en torno a la función jurisdiccional civil en Roma presenta enormes dificultades, principalmente por la casi inabarcable interconexión con múltiples conceptos de derecho sustantivo, también por la necesidad de distinguir las diferentes etapas del proceso romano, tan extenso en el tiempo, pero siempre teniendo en cuenta la coherencia entre ellas, y asimismo por la enorme elaboración doctrinal romanista que existe sobre cada una de las instituciones y conceptos procesales, objeto de estudio durante siglos en la ciencia jurídica europea.

De ahí que el enfoque del sistema procesal romano siguiendo una línea unitaria, como hace la autora, consistente en la distinción entre las funciones judicial y arbitral que podía desempeñar el *iudex* sea un muy acertado punto de partida, del cual se pueden deducir importantes conclusiones. Comienza la autora por no remontarse a las teorías procesales de Wlassak (p. 17), lo cual habría dado a la obra una extensión desmesurada y habría supuesto una excesiva complicación al tener que reinterpretar las distintas opiniones que, a favor y en contra de Wlassak, han surgido durante el siglo pasado. En cambio, se centra la autora en las opiniones doctrinales posteriores a la obra *Iudex Arbiterve* del prof. Brogini, obra clave sobre la cuestión que se trata de dilucidar en esta monografía.

La afirmación más importante que realiza la autora en esta obra, es que desde las más arcaicas manifestaciones procesales, el *arbitrium* habría sido una función realizada por el *iudex* al valorar las reclamaciones procesales basadas en un *incertum* y no una actividad extraprosesal, que luego habría sido asumida como función ordinaria del *iudex*. Para ello realiza un extenso y minucioso análisis de las primeras manifestaciones de la *iurisdictio* civil romana, pero tomando como punto de partida el hecho de que con la *legis actio per iudicis postulationem* se instauraba un *iudicium ex lege*, esto es, que se basaba en una *lex* sustantiva.

En el caso de la *sponsio*, tanto de un *certum* como de un *incertum*, sería, según M. Fuenteseca, la ley de las XII Tablas la que se remite a la *legis actio per iudicis pos-*

tulationem para instaurar el procedimiento. Admite la autora que en el caso de un *incertum* prometido mediante *sponsio* el *iudex* podía condenar a la cuantía de la *litis aestimatio* calculada mediante *arbitrium merum*, basándose en los textos de Aulo Gelio relativos a los *sponsalia* y en Varrón (l.l. 6,70: el *stipulator* se hacía prometer *dari pecuniam aut filiam nuptiarum causa*). Sería la primera forma de exigibilidad procesal del *dare facere oportere*, esto es, de una pretensión que contenía una *incertum*.

También contienen un *incertum* los *bonae fidei iudicia*, en los se exige el *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. En relación a éstos, y conforme también a las teorías de Schmidlin y de Wieacker, afirma la autora que habrían sido una extensión de una fórmula ya existente, con lo cual se confirma la previa exigibilidad del *incertum*, en el sentido antes indicado. Sin embargo, la valoración del *incertum* aquí se realizaría conforme al *arbitrium boni viri*, esto es, teniendo en cuenta la completa relación bilateral existente entre las partes. Esto repercutirá posteriormente en la forma que adquieren los *iudicia bonae fidei* en el procedimiento formulario, ya que, según M. Fuenteseca, siempre aparecen acompañados de la *demonstratio*, lo cual implica que el *iudex* deberá en primer lugar constatar la veracidad de lo afirmado por el demandante en ella, y posteriormente imponer la *condemnatio pecuniaria* teniendo en cuenta la relación jurídica bilateral creada entre las parte (p. 84). Además, estos *iudicia bonae fidei* habrían sido una creación pretoria mediante la cual se admitía una forma más amplia de valoración de la *condemnatio pecuniaria*, según afirma la autora, enlazando con lo ya afirmado por Wieacker en relación al origen de estos *iudicia*. Así logra trazar la autora una línea coherente de la exigibilidad procesal del *incertum* desde las *legis actiones*.

Es la distinción de las pretensiones que contienen un *incertum* frente a las que contienen un *certum dare oportere* lo que le da especial originalidad a esta monografía, ya que la autora logra describir un recorrido unitario de estos últimos supuestos, que habrían pasado de ser *iudicia legitima* en la *legis actio sacramento*, ya que no requerían una *lex* que los instaurase, a ser los primeros *iudicia* regulados mediante una *lex* procesal (primero las leyes Silia y Calpurnia y luego la *lex Aebutia*), debido a que en estos casos derecho procesal y derecho sustantivo aparecían unidos.

Es decir, el recorrido de las pretensiones de *certum dare oportere*, que la autora describe distinguiéndolas de las pretensiones derivadas de un *incertum*, le permite deducir que en las primeras los conceptos de *iudicium* y *actio* no se distinguían, es decir, el concepto de *actio* como derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe (D. 44,7,51) habría nacido cuando se trataba de la exigibilidad de un *incertum*, en el que se distingue claramente un *ius creditoris* que se ejercita frente a un *obligatus*.

Otra de las claves fundamentales que presenta esta monografía es la distinción entre *iudicare* y *damnare*, esta última fundamentada en la *damni decisio* que aparece en las fuentes romanas desde la época de las XII Tablas hasta la época clásica. Mediante la *damni decisio*, según M. Fuenteseca, el *iudex* realizaba una *aestimatio damni*, que implicaba la condena del demandado (*damnatio pecuniae*), quedando ésta *damnatus*. En consecuencia, no sería necesario el *arbitrium damni decidendi*, defendido por la mayoría de la doctrina romanista (alemana y italiana), mediante el cual, tras la *pronuntiatio* del *iudex* (declarando cuál de las ha pronunciado un *sacramentum iustum*) un *arbiter* haría una valoración del daño causado. Según M. Fuenteseca, la *damni decisio* sería la primera forma de aparición de la *condemnatio pecuniaria* (p. 204).

Pero para lograr demostrar la inexistencia del *arbitrium litis aestimandae* se ocupa además la autora de reinterpretar el significado de la *manus iniectio* en época de las *legis actiones*, ya que el mencionado *arbitrium* se ha considerado en la doctrina romanista, de forma casi unánime, requisito imprescindible para la posterior ejecución pecuniaria, característica de la *manus iniectio*. Esta cuestión es especialmente problemática en el procedimiento *in rem*, en el que debe ser coordinado el *iudicatum* primiti-

vo, en el que se declaraba por los *decemviri* cuál de los *sacramenta* de las partes era *ius-tum* con la *manus iniectio* pecuniaria.

Así, mediante una novedosa reintegración del lagunoso texto de las XII Tablas 12,3 logra la autora coordinar todos los elementos que intervienen en el procedimiento *in rem*: en la *legis actio sacramento* el *iudicatum*, en el caso de no ser cumplido, sería ejecutado siempre mediante *manus iniectio* pecuniaria frente a los *praedes litis et vindiciarum*. También la *damni decisio* (de los *tres arbitri* en el caso de la *vindicia falsa*) era objeto de *manus iniectio damnati* en el caso de que el poseedor interino doloso no devolviese la cosa litigiosa. Esta visión que presenta la autora coordina el procedimiento *in rem* con la *manus iniectio* de contenido pecuniario, ya que si el demandado vencido no restituye dolosamente la cosa litigiosa, se penalizará su conducta, en la *legis actio sacramento* mediante la imposición de la *poena in duplum* y más tarde mediante la transferencia al demandante de la valoración de la cosa litigiosa mediante el *iusiurandum in litem*. De esta forma logra la autora describir un procedimiento real en el que se constata que desde la *legis actio sacramento* era prioritaria la restitución *in natura* de la cosa litigiosa en el procedimiento, esto es, la satisfacción de quien ha sufrido un perjuicio patrimonial, ya que lo que realmente se pretende es la efectiva restitución de la cosa litigiosa.

En definitiva, para M. Fuenteseca no era en ningún caso necesario el *arbitrium damni decidendi* tras la *pronuntiatio* del *iudex*, cuya existencia se ha defendido durante todo el siglo pasado en la doctrina europea, ni en el procedimiento *in rem*, ni en el caso de la *damni decisio*, ya que tanto el *iudicatum* como la *damni decisio* terminaban haciéndose efectivos mediante la *manus iniectio iudicati* (o *damnati*) siempre de contenido pecuniario.

Con esta monografía, por tanto, la autora, con gran maestría, logra demostrar por primera vez que el conjunto de las instituciones procesales romanas estaban encaminadas a la consecución por el demandante de la restitución de un daño patrimonial causado por el demandado. Para ello desentraña la autora el significado de las más variadas figuras procesales, prestando especial atención a los conceptos básicos más arcaicos, hasta llegar a trazar una línea unitaria y coherente que llega al procedimiento formulario romano.