

La función procesal de los *praedes litis et vindiciarum*

Margarita FUENTESECA DEGENEFFE

(*Université de Vigo*)

1.- La problemática en torno a los *praedes litis et vindiciarum*:

En el procedimiento de la *legis actio sacramento in rem* es decisivo el papel que desempeñan los *praedes litis et vindiciarum*, respecto a los cuales Gayo (IV,16) afirma que son garantes de la cosa y de sus frutos: *praedes litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*. La aclaración de la función procesal que habrían cumplido estos *praedes litis et vindiciarum* contribuye a reafirmar en gran medida, como veremos, la finalidad de la arcaica *legis actio sacramento in rem*, que sería, igual que en el procedimiento formulario mediante la *formula petitoria*, imponer la *restitutio rei* al litigante vencido, como única forma de proceder a la satisfacción del litigante vendedor¹. Sin embargo, la primera y principal dificultad que aparece al abordar el análisis de los *praedes litis et vindiciarum*, y que ha originado la aparición de dispares interpretaciones de la doctrina romanista en torno a éstos, es la escasez de fuentes en las que aparecen referencias a los mismos.

Como es sabido, el procedimiento de la *vindicatio* en el *agere sacramento* aparece descrito por Gayo partiendo de la presencia de la cosa litigiosa (o de su representación simbólica) *in iure*. Así, en Gayo IV,16² se describen los actos rituales del *agere in rem* cuando se trata

¹ Vid. SCHLOSSMANN, *Praes, vas, vindex*; VIARD, *Le praes* (t. 1907); GRADENWITZ, *Praedes und praedia*, ZSS 42, 1921, 565 ss; MAYR, *Praestare*, ZSS 42 (1971) 198 ss; KASER M., *Vindicia falsa und fructus duplio*, IURA 13, 1962, 22-52.

² Vid. FIRA, *Auctores*, p. 151 y 152, Gaius IV,16: ... *qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM. SICUT DIXI,*

de una cosa mueble o semoviente que se pueda traer o conducir en presencia del pretor; y en Gayo IV,17³ se precisa cómo se cumpliría el requisito de la presencia de la cosa *in iure*, cuando se trata de la *vindicatio* de cosas que por su naturaleza no se pueden conducir ante el pretor. La presencia de la cosa litigiosa (o de su símbolo) ante el *praetor*, probablemente con finalidad a la vez de identificación y de valoración de la misma, forma parte del ritual propio de la antigua *iurisdictio* civil romana, que se refuerza además con el formalismo de las palabras que deben acompañarlo.

A este ritual se añade la *dictio vindiciarum*⁴, que según Gayo IV,16 consistía en la atribución de la posesión interina de la cosa litigiosa por el pretor a uno de los litigantes (*postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituabat*)⁵.

ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI, *et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat* MITTITE AMBO HOMINEM; *illi mittebant; qui prior vindica <verat, ita alterum interroga>*bat POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS; *ille respondebat* IUS FECI SICUT VINDICTAM INPOSUI; *deinde qui prior vindicaverat, dicebat* QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; *adversarius quoque dicebat similiter* ET EGO TE; *scilicet <si de re M aeris plurisve agebatur, D, si de minoris,> L asses sacramenti nominabant; deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur.*

³ Vid. FIRA, *Auctores*, p. 152, Gaius IV,17: *Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, veluti si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur; deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferabatur, ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferabatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, veluti ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aequae...*

⁴ KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München, 1966, p. 73. afirmó inicialmente que el *vindicias dicere* por el pretor era necesario, porque la sentencia de la *legis actio sacramento in rem* sólo estaba encaminada a la comprobación de la propiedad de una de las partes litigantes, pero no proporciona al vencedor un poder fáctico sobre el objeto del litigio. Posteriormente ha sido suprimida esta afirmación en la edición revisada por Hackl (vid. KASER M. - HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. Beck, München, 1996, p. 100).

⁵ Se ha cuestionado en la doctrina a cuál de los litigantes debía el pretor atribuir la posesión interina. Así LÉVY-BRUHL H, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960, p.178 se manifiesta en contra de la postura generalmente admitida de que se trataba de una atribución a elección del pretor, y afirma que la posesión interina de la cosa litigiosa se otorgaba por el pretor al que ostentaba la posesión al inicio del

Esta atribución de esta posesión interina se acompaña de una orden, por parte del *praetor*, de dar garantes al contrario, que respondan de las resultas de litigio y de la posesión interina (Gayo IV,16: *eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*). En consecuencia, la presentación de los *praedes litis et vindiciarum* es requisito imprescindible para la obtención de la posesión interina; su función nace, por tanto, vinculada a la atribución de la posesión interina a uno de los litigantes, de modo que se protege por el *praetor* el resultado del litigio. Esta obligatoriedad de la presentación de los *praedes litis et vindiciarum* es uno de los primeros indicios que de entrada permite deducir que la finalidad prioritaria y preferente que se persigue en la *legis actio sacramento in rem* es la *restitutio rei* por parte del poseedor interino si resultase vencido en juicio.

Pero no hay acuerdo unánime en la doctrina romanista acerca de función procesal que desempeñaban estos *praedes litis et vindiciarum*, porque en torno a la *legis actio sacramento* todavía subsisten múltiples incógnitas sobre las que se halla suscitada y todavía no resuelta una problemática muy compleja. Así, como es sabido, en la *legis actio sacramento* el *iudicatum* consistía en determinar *utrius sacramentum iustum sit*, es decir, en determinar cuál de las partes litigantes ha pronunciado un *sacramentum iustum*⁶. Por otra parte, subsiste la ya secular polémica en torno a si en época de la *legis actiones* habría sido admisible la *condemnatio in ipsam rem*, como

proceso, es decir, el demandado. Para Lévy-Bruhl no es decisiva la objeción derivada del tenor literal de Gayo (IV,16, cit.): *vindicias dicit secundum alterum eorum*, en el sentido de que, si hubiera querido Gayo referirse al demandado, habría escrito: *secundum reum*, porque para Lévy-Bruhl existen otras hipótesis en las que el magistrado no atribuye las *vindiciae* al demandado, sino al demandante (por ejemplo en la *vindicatio in libertatem*, a favor del *adsertor* del esclavo, que desempeña el papel de actor y no de *reus*, y también en el caso de las acciones populares intentadas por medio del *sacramentum*). Así, parece más probable que el *praetor* atribuyese la posesión interina al demandado si presenta los *praedes litis et vindiciarum*, que es la condición imprescindible para la atribución de la misma. Éstos, como veremos, serán fáciles de conseguir para quien ejerciese su derecho de propiedad de forma notoria, por todos conocida.

⁶ Así se deduce de los conocidos pasajes Cic., *de Domo* 29,78: *... si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent...*, y Cic. *pro Caec.* 33,97: *... decemviris religionem iniecisset non posse nostrum sacramentum iustum iudicari... decemviri... re quaesita et deliberata sacramentum nostrum iustum iudicaverunt...*

Gayo IV,48⁷ parece insinuar, lo cual es difícil de compatibilizar con la declaración acerca de la *iustitia* o *iniustitia* de los *sacramenta* de las partes. A estos problemas se añade que como único procedimiento ejecutivo se conoce la *manus iniectio*, aplicable, como es sabido, a deudas de contenido pecuniario (XII Tablas 3,1), sin que se conozca un procedimiento ejecutivo específico sobre la propia cosa litigiosa.

Ante la necesidad de coordinar todos estos dispares y problemáticos elementos que acabamos de exponer, surgió la ya bastante antigua opinión de Perozzi, que defendió la existencia de una ejecución directa sobre la cosa litigiosa en la *legis actio sacramento in rem*. Así, para este romanista⁸ no tiene fundamento la idea de que la *manus iniectio* fuese el único medio de ejecución de las *legis actiones*, ya que Gayo no habría tenido la intención de exponer todo el sistema procesal antiguo, sino sólo aquélla parte que podía servir como explicación del procedimiento formulario de su tiempo.

⁷ Vid. Gayo IV,48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, ueluti fundum hominem uestem <aurum> argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat*. Toda la polémica, que ha originado gran cantidad de literatura al respecto, gira en torno a la palabra *sed*, cuya inserción (por ejemplo en esta versión de FIRA –Auctores, p. 161- que transcribimos) cambia totalmente el sentido del texto. La existencia de una *condemnatio in ipsam rem* en el procedimiento de las *legis actiones* tiene como principales obstáculos, por un lado, el hecho de que el *iudicatum* decidiese *utrius sacramentum iustum sit*, buscando declarar la *iustitia* o *iniustitia* de uno de los *sacramenta* de los litigantes. Y, por otro, que el único procedimiento ejecutivo conocido sea solamente aplicable a deudas de contenido pecuniario (XII Tablas 3,1).

⁸ Vid. PEROZZI S., *Dell'arbitrium litis aestimandae nella procedura civile romana*, Scritti giuridici, III, Famiglia, successione, procedura e scritti vari, Milano, Giuffrè (1948), p. 438 ss. El caso de la *reivindicatio* le parece a Perozzi el más sencillo: decidida la controversia, si el litigante vencido no restituía la cosa, ésta le era arrebatada por la fuerza. En cuanto a los frutos, según Perozzi, los tres árbitros que menciona *Festus* (v. *Vindicae* cit. en nota 16) estimaban el doble de su valor y si el demandado no pagaba, el litigante vencedor podía ejercer la *manus iniectio* sobre él como obligado por una cantidad de dinero estimada por los árbitros, o bien sobre los *praedes*. Según Perozzi, los otros casos de acciones reales, *hereditatis petitio* y *actio confessoria* y *negatoria*, que no eran más que dos modalidades de *reivindicatio*, se resolvían de la misma manera. Así desarrolla Perozzi la teoría de la ejecución directa de las acciones *in rem*, mediante la que quiere demostrar que tampoco en este tipo de acciones era necesario el *arbitrium litis aestimandae*, cuya existencia en el procedimiento de las *legis actiones* combate en este artículo.

Superada esta postura, se ha desarrollado en la doctrina romanista la opinión generalizada de que en el procedimiento de la *legis actio sacramento* existía una coacción indirecta de devolución de la cosa litigiosa a cargo del litigante vencido porque ésta únicamente se podía hacer efectiva sobre los *praedes litis et vindiciarum*. En este sentido v. Lübtow⁹ afirmó que no correspondía a la esencia del primitivo *agere in rem* la exigibilidad por el vencedor de la restitución de la cosa, sino que ésta sólo era exigible por vía indirecta, ya que era la persona de los *praedes* sobre la que recaía dicha responsabilidad.

Esta pretendida coacción indirecta de devolución de la cosa litigiosa a cargo del litigante vencido ha sido combatida por Brogginini en su análisis acerca del origen del *iusiurandum in litem*. En efecto, Brogginini¹⁰ impugna principalmente la idea de ausencia de una coacción estatal para el cumplimiento de la *pronuntiatio iudicis* en el ámbito de las *vindicationes* primitivas; combate también la idea de ausencia de una obligación directa de restitución del objeto litigioso por el reivindicante vencido, y asimismo la función del *praes* como medio para asegurar indirectamente el cumplimiento del *iudicatum*¹¹.

⁹ Vid. v. LÜBTOW U., *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, ZSS 68 (1951), p. 328.

¹⁰ Vid. BROGGINI G., *Sulle origini del iusiurandum in litem*, Coniectanea, Studi di diritto romano, Giuffrè (1966), p. 190 y 191.

¹¹ En este sentido afirmó BROGGINI (vid. *Iudex Arbiterve, Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, Böhlau Verlag 1957, 135.) que el *praes* durante el procedimiento *in rem* de las *legis actiones* asumió una responsabilidad personal, independiente, por medio de su propia promesa. Para Brogginini la responsabilidad del *praes* tiene en el proceso un papel secundario, complementario; porque la finalidad del procedimiento sigue siendo la recuperación de la cosa y la presentación del *praes* está encaminada principalmente a la consecución de dicha finalidad por medio de la presión de los garantes sobre el poseedor interino, para que conserve la cosa incólume y finalmente la devuelva. Para Brogginini (vid. *Iudex Arbiterve*, cit., *ibid.*) la responsabilidad personal del *praes* es totalmente autónoma y no tiene conexión con la obligación de restitución del demandado; según este autor este papel de los *praedes* procesales encuentra apoyo en escasas fuentes (Gayo IV,16; IV,89; IV,94; *Ps. Asc. In Verr.* 2,1,114; *Bruns* 2,72; *Pseudo-Asconius Cic. in Verr.* II, I, 114: ... *dat pro praede litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium est; et rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certorum pignorum aut aestimationis, quid amittat ni sua sit hereditas, de qua contenditur...*), excluidas las de época republicana tardía referidas a los *praedes* de derecho público, por no ser figuras procesales. Así, según Gayo IV,89 ...*sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis*, el *sponsor*, para Brogginini, desempeña una función que apenas se diferencia del *praes* de

Y para construir su teoría acerca del origen del *iusiurandum in litem* comienza Broggin por rebatir la teoría de Betti¹², que establece un paralelismo entre el *iusiurandum in litem* y el *litis aestimationem sufferre*, y que propone, como origen histórico del primero, el acuerdo extrajudicial entre el reivindicante victorioso y el *praes litis et vindiciarum*¹³. Esta teoría de Broggin nos va a servir, en ciertos

época temprana. Ninguno de éstos es responsable de una deuda del demandado, sino que son responsables y (a la vez) deudores autónomos y correales, junto al demandado. La diferencia estriba, según Broggin (vid. *Iudex Arbiterve*, cit., 137), en que la *potestas agendi* contra el poseedor interino se hizo posible con la *condemnatio pecuniaria*; de modo que en época más temprana la alternativa no existiría entre la responsabilidad personal del demandado en el procedimiento real y la del *sponsor*, sino entre la persecución real y la responsabilidad personal del *praes*. Así se confirma, para Broggin, que el *praes* nunca asumió en el procedimiento real un papel principal, sino que continuó siendo un simple medio de presión para conseguir la restitución voluntaria de la cosa litigiosa.

¹² De principios de siglo XX es la opinión de Betti, que en varios estudios aborda la cuestión, vid. BETTI E., *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, I, *La litis aestimatioem sufferre e il iusiurandum in litem*, Pavia, 1915; *La vindicatio romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, Filangieri, 1915; *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, Athanaeum, Roma, 1915. Según BETTI (*Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, I, cit., 56), el *iusiurandum in litem* no es otra cosa que un instrumento histórico de la primitiva convención de *redemptio litis*; su carácter de acto dispositivo contractual se afirma en términos más precisos en Paul. D. 6,1,46 (Paulus X *ad Sabinum*) y las acciones a las que se aplica son las mismas a propósito de las cuales se habla de *litis aestimatioem sufferre*. Así llega BETTI (vid. *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, I, cit., 66) a la conclusión de que el primitivo *iusiurandum in litem* extrajudicial entre el reivindicante victorioso y el *praes litis et vindiciarum* es el verdadero punto de origen desde el cual se inicia la génesis histórica y lógica de la *condemnatio pecuniaria* en las *actiones in rem*. La *litis aestimatio*, para Betti, es, por su efecto de *emptio (redemptio) venditio*, el sustituto histórico de la verdadera y propia *rei (litis vindicatio)*; el *quanti ea res est* aparece en lugar de la *ipsa res*, y la *petitio* de aquélla se coloca en lugar de la *vindicatio* directa de ésta. Este es, según Betti, el significado histórico-evolutivo del *iusiurandum in litem*.

¹³ Vid. BROGGINI G., *Sulle origini del iusiurandum in litem*, cit., 191 y 212. Broggin expone una novedosa visión del origen histórico del *iusiurandum in litem*, ya que afirma que la naturaleza del juramento primitivo es la de un juramento procesal usado como medio extremo de prueba y de solución de controversias; se impone por la autoridad jurisdiccional, que ve en él una garantía de verdad, y no es el fruto de un acuerdo entre las partes, encaminado a transigir en la controversia, sin dar relevancia a la solución objetivamente justa. Para Broggin, el arcaico juramento procesal es un instrumento de verdad, no una construcción de la técnica pontifical, encaminada a producir una ficción de verdad.

aspectos, para fundamentar algunas de las afirmaciones de esta ponencia.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que la investigación en torno a la función de los *praedes litis et vindiciarum*, además de la escasez de fuentes con que tropieza, debe superar también las complejas implicaciones de los múltiples elementos configuradores del procedimiento romano de la *legis actio sacramento*, cuyo análisis abordamos a continuación.

2.- *Vindicia falsa* y la responsabilidad de los *praedes litis et vindiciarum*:

La función procesal de los *praedes litis et vindiciarum* está condicionada por la interpretación que se admita del pasaje de las XII Tablas 12,3 referido a la *vindicia falsa*, que es de los más difícilmente reconstruibles y complejos de las fuentes romanas, y que todavía hoy en día no ha logrado una explicación unánime en la doctrina romanista. Así, no es de extrañar que Albanese¹⁴ afirmase que, entre las normas decenvirales, la que los editores colocan en XII Tablas 12,3, es verdaderamente la más interesante y enigmática.

En efecto, la *vindicia falsa*, muy discutida¹⁵, aparece en la conocida disposición de las XII Tablas 12,3: *si vindiciam falsam tulit, si velit is <...>tor arbitros tris dato, eorum arbitrio <...> fructus duplione damnum decideto*¹⁶, es decir, en este pasaje se alude al nombramiento de tres *arbitri* en el caso de la *vindicia falsa*, que conduce a un *arbitrium damni decidendi*.

¹⁴ Vid. ALBANESE B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palumbo, Publicación del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo, 1987, p. 92.

¹⁵ Se comienza por discutir el propio concepto de *vindicia*, y en relación a este término vid. BROGGINI G., *Iudex Arbitrere*, cit., 127 ss.; NICOSIA G., *Il processo privato romano*, Giappichelli, Torino, reed. anastática, 1986, realiza en p. 218-224 una extensa exposición sobre el término *vindicia*, partiendo del texto de *Festus*, donde aparecen referidos, según este autor, al menos tres significados diversos del término. También LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 173 afirma que existen al menos tres definiciones diferentes del término *vindicia*, y expone su contenido;

vid. también GIOFFREDI C., v. *Vindicia*, *NNDI XX*, Torino, 1975, 831-832.

¹⁶ Vid. *Festus*, *De verb. signif.*, v. *Vindiciae*, ed. Lindsay, 518; vid. también *Festus*, v. *Vindiciae*, cit., 516: *vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est*.

Sobre la *vindicia falsa*, afirma P. Fuenteseca¹⁷ que los estudiosos se han esforzado por identificar con un hecho delictivo el comportamiento de aquel *qui vindiciam falsam tulit*, porque esta expresión parecía sugerir la sustracción del objeto (*vindicia*) presentado ante el tribunal. Así, Kaser se habría esforzado por encontrar un acercamiento entre *vindiciam ferre* y *furtum*. Santoro, sin embargo, superando la sugestiva hipótesis que consideraba el *vindiciam ferre* como un acto de sustracción, propone un acercamiento, quizá más aceptable, entre *vindicia falsa* y *falsum sacramentum*. La *vindicia falsa* se concibe por Santoro, que se mantiene en el ámbito del proceso, como aquella para cuya obtención la parte ha pronunciado un juramento falso¹⁸.

Así, este hecho delictivo podría darse en un acto procesal como la *vindicatio*, donde las dos partes reivindican una misma cosa (*agere sacramento in rem*) y uno de los litigantes realizaba un *falsum sacramentum* obteniendo así la atribución del objeto litigioso (*vindicia*)¹⁹, que en consecuencia implicaba un acto delictivo, que sería *vindiciam falsam ferre*.

La primera dificultad interpretativa del texto de *Festus* relativo a la *vindicia falsa* es la laguna de la palabra <...>*tor*, que Broggin²⁰ completa con <*prae*>*tor* y Kaser, Santoro y Albanese²¹ aceptan esta

¹⁷ Vid. FUENTESECA P., *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, Aprile 1990, I, Giuffrè, Milano, 1991, p.106.

¹⁸ Vid. SANTORO R., *XII Tab. 12,3*, Estratto dal vol. XXX degli Annali del Sem. Giuridico di Palermo, 1967, p. 49.

¹⁹ Según BROGGINI G., *Iudex Arbiterve*, cit., 129, hay acuerdo unánime en la doctrina acerca de que *vindicia* es originariamente el objeto litigioso, que se adjudica por el pretor interinamente, después de la provocación sacramental, a una de las partes litigantes. De este modo *vindicas dicere* significa atribución del objeto litigioso, según Broggin.

²⁰ Vid. BROGGINI G., *Iudex Arbiterve...* cit., 127 y 128. Contra la objeción de HUVELIN (*Furtum*, 1915, p. 74) de que no se puede designar el magistrado como *praetor* en época decenviral, afirma Broggin que la redacción de las XII Tablas con certeza no se corresponde con el texto original. Para Broggin, en todo caso, se puede retrotraer la denominación de *praetor* a una época temprana, seguramente anterior al año 387 a.C.

²¹ Vid. ALBANESE B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit. p. 94: las tres letras señaladas como ausentes antes de <*tor*> pueden y deben ser integradas con *prae*; *praetor* es una suposición antigua y generalmente aceptada, contra la cual no parece que se hayan adoptado argumentos persuasivos.

reintegración, aunque debemos hacer notar que es discutida la existencia del *praetor* en época de las XII Tablas.

No se ha logrado aclarar el contenido de esta laguna. Así Nicosia, analizando las posturas de los autores mencionados, se opone a la reintegración de la misma con la palabra <*prae*>*tor* por lo que él llama una insuperable dificultad de tipo cronológico²², y asimismo por razones lingüísticas y paleográficas²³. Nicosia se opone a que el sujeto de los imperativos *arbitros tris dato* y *damnum decideto* fuese el *praetor*, porque, afirma²⁴, en el proceso originario de las XII Tablas no tenía lugar la *datio arbitri* (ni *iudicis*) ni por parte del pretor, ni por parte de ningún órgano iudicante. Nicosia propone como reintegración de la laguna <*q'ri*>*tor*, abreviatura de *queritor*²⁵, de modo que el único sujeto del precepto decenviral sería el que ha sufrido el daño, que, según esta interpretación de Nicosia, debía *querere* (del deponente *queror*, quejarse, dolerse, lamentarse) y también *dare arbitros* para poder *damnum decidere*²⁶. El problema que presenta esta versión de Nicosia es la atribución del ofrecimiento de los árbitros a la víctima del delito, que, según su interpretación de la *vindicia falsa* como presentación de una cosa no correspondiente a la cosa controvertida, es el vencedor del litigio, que es víctima de un engaño, perpetrado por el vencido que devuelve una cosa distinta y por ello debe ser castigado²⁷.

Sin embargo, cabe suponer que si la *vindicia falsa* es un supuesto delictivo, la *aestimatio damni* se realizaría por tres árbitros y la *damni decisio* consistiría en la imposición de la *poena in duplum* sobre la *aestimatio* realizada. En consecuencia, sería admisible la reintegración de la laguna con la expresión <*q'si*>*tor*, abreviatura de

²² Vid. NICOSIA G., *Il processo privato romano*, cit. 209.

²³ Vid. NICOSIA G., *Il processo privato romano*, cit. 205-214.

²⁴ Vid. NICOSIA G., *Il processo privato romano*, cit. 237.

²⁵ Vid. NICOSIA G., *Il processo privato romano*, cit. 238. Afirma que el grupo de letras “*que*” se abrevia usualmente con *q'*, según *Festus, Praef.*, p. VIII. Así *q'ritor* sería una integración que corresponde exactamente a los datos paleográficos, al espacio de tres letras de la laguna, según Nicosia. Pero también es admisible que se trate de una abreviatura de *quaero*, que precisamente, en ese mismo lugar del Prefacio de *Festus* se cita como ejemplo de posible abreviatura (*quaero*).

²⁶ Vid. NICOSIA G., *Il processo privato romano*, cit. 236: para este autor, *damnum decidere* era una actividad desenvuelta por el lesionado y consistía en la petición de una composición pecuniaria frente al autor del ilícito.

²⁷ Vid. NICOSIA G., *Il processo privato romano*, cit. 228 y 229.

quaesitor (del verbo *quaero*), en referencia a la investigación y a la acción declarativa que precedía a la *damni decisio* para establecer la culpabilidad del delincuente (*quaestio sacramento; quando negas sacramento quaerito*). Es decir, con toda la cautela a que obliga cualquier reintegración de un texto histórico, sería admisible la hipótesis de que, según la norma decenviral XII Tablas 12,3, en el caso de *vindicia falsa*, será constatado (o indagado) el hecho, y se nombrarán tres árbitros sobre cuyo *arbitrium* se establecerá la *damni decisio in duplum* (así los tres verbos del pasaje aparecerían en imperativo singular: *is quaesitor, arbitros tris dato, damnum decideto*).

Otra dificultad que presenta el mencionado pasaje de *Festus*, según la interpretación de los diferentes autores, es la expresión *si velit is*. Para Santoro²⁸, la clave de los problemas suscitados por el texto XII Tablas 12,3 viene dada por el significado del inciso *si velit is*, que parece significar que se hacía depender de la voluntad del que *vindiciam falsam tulit* la propia aplicación de la pena.

Santoro parte de la analogía de este supuesto con el *furtum nec manifestum* de las XII Tablas, que imponen, a cargo del *fur* un régimen de composición obligatoria de la *litis*. De ahí que, según Santoro, resulte improbable un régimen de composición voluntaria del litigio a cargo del propio autor del ilícito. Santoro afirma que, por tanto, el vínculo que quedaba liberado mediante el pago de la *poena* no era el de la misma persona *qui vindiciam falsam tulit*, sino que en las XII Tablas 12,3 se contempla un supuesto de “heterorescate” a favor de los *praedes*. Son ellos, según Santoro, los que responden por el delito cometido por la parte que ha recibido injustamente, previo un juramento falso, la concesión de la *vindicia*. Con anterioridad v. Lübtow²⁹ ya había afirmado que los *praedes* tenían

²⁸ Vid. SANTORO R., *XII Tab. 12,3*, cit., 56 ss.

²⁹ También v. LÜBTOW U., *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, cit., p. 330 reconstruye el pasaje decenviral del siguiente modo: *si vindiciam falsam tulit si velit is <qui praes est prae>tor arbitros tres dato, eorum arbitrio <, si non restituetur, et si quid deperit deminutum fuit, rei et> fructus duplione damnum decidito*. Sin embargo no parece posible coordinar el supuesto delictual de la *vindicia falsa*, en la que la *damni decisio* es condenatoria para el delincuente, con la liberación de los *praedes* de dicha responsabilidad delictiva. En contra de la responsabilidad personal de los *praedes* se ha pronunciado BROGGINI (*Iudex Arbiterve*, cit., 134 ss). En p. 138 concluye Brogini: “... damit bestätigt sich unsere Auffassung, daß die Ergänzung mit praes zu verwerfen ist”.

derecho a eludir la ejecución personal mediante el pago de una suma pecuniaria, es decir, los convierte en sujeto de la expresión *si velit is*.

Pero esta interpretación de Santoro y v. Lübtow altera en cierta medida la función de garantes en el ámbito procesal de los *praedes litis et vindiciarum*, respecto a las cuales Gayo en ningún momento menciona que respondan *in duplum*. Literalmente Gayo IV,16 afirma que son *praedes rei et fructuum*, es decir, de la cosa y de los frutos. Lo mismo se deduce de Gayo IV,94: *ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur*. En ambos pasajes gayanos se reitera la idea de que, antiguamente en tiempos de las acciones de la ley, el poseedor interino daba garantes que aseguraran el litigio y la posesión interina, es decir, la cosa y sus frutos (*pro re et fructibus*). No se menciona en absoluto que estos *praedes* respondan por el doble del valor de la cosa y sus frutos. Parece posible, por tanto, desvincular estos *praedes litis et vindiciarum* de la figura de la *vindicia falsa* puesto que Gayo en ningún momento los relaciona con esta figura, que, por otra parte, no aparece en absoluto a lo largo del texto gayano.

En cambio, si el inciso *si velit* se entiende referido a *qui vindiciam falsam tulit*, podría hacer alusión más bien a la voluntaria restitución de la cosa litigiosa por parte de su poseedor interino, que eludiría así la *poena in duplum* sobre la *aestimatio damni*. Y, en consecuencia, la palabra *is* casaría correctamente con *quaesitor (is quaesitor)*, como hemos propuesto³⁰.

³⁰ En este aspecto seguimos a NICOSIA G., *Il processo privato romano*, II, cit., 211, que afirma que la posición del *is* impide referir este pronombre al precedente *velit* (como sujeto del mismo) y hace reflexionar sobre la posibilidad de integrar la laguna inmediatamente sucesiva de manera que el *is* resulte justificado. La solución que a Nicosia le parece plausible es que: *si velit* es un inciso sintácticamente autónomo, el *is* subsiguiente debía regir un verbo sucesivo. Para Nicosia, el final de la laguna <...>*tor* corresponde precisamente al final de un imperativo singular, en forma pasiva o deponente, de modo que a continuación del *is* habría un verbo en imperativo singular, que encuadraría perfectamente con los dos verbos sucesivos: *dato* y *decideto*. La propuesta de Nicosia consiste en introducir el deponente *queror* (abreviado <*q'ri*>*tor*), también referido al vencedor del litigio engañado por el vencido al haber obtenido una *vindicia falsa*, vencedor que es el sujeto de *arbitros dato* y *damnum decideto*. Nos parece, en cambio, más acertada la introducción del imperativo en voz pasiva de *quaerere* (<*q'si*>*tor*) que concuerda con la *quaestio sacramento* que hacían los *iudices quaesitores* como acción declarativa previa para constatar la autoría del hecho delictivo.

Así, sería admisible suponer que el vencido en el litigio tiene la posibilidad de obedecer al *iudicatum*, restituyendo la cosa litigiosa, de modo que evitaría así la *poena in duplum* en función de la *damni decisio*. En definitiva, mediante la *vindicia falsa*, el poseedor interino vencido que no restituye la cosa litigiosa es sancionado con la *poena in duplum* sobre la *damni decisio* realizada por los *tres arbitri*. Se trata, como afirmó v. Lübtow³¹, de un delito que se puede denominar de dolo procesal porque existe *dolus (fraus)* en la obtención engañosa de la posesión interina. Por tanto, se puede deducir que la actividad de *vindiciam falsam tollere* (en virtud de un *falsum sacramentum*), unida a la expresión *si velit* referida a su autor, demuestra que la norma decenviral (XII Tablas 12,3) penaliza una conducta procesalmente dolosa del demandado, que, por eso, aparece configurada como delictiva. Es necesario que se trate de un comportamiento voluntario y, por tanto, doloso, por parte del demandado vencido, y que éste sea constatado (*is quaesitor*) porque la simple pérdida del litigio no implica necesariamente que el poseedor interino actuó dolosamente, es decir, por sí sólo no podría desencadenar la responsabilidad *in duplum*³².

³¹ v. LÜBTOW U., *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, cit., 331.

³² Muy diferente es la postura de ALBANESE B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit. p. 98. Para Albanese, no se puede más que atribuir a *vindicia* en Tab. 12,3, el significado explícitamente afirmado por Servio, de *res* objeto de controversia. Y se pregunta qué puede significar, desde esta perspectiva, el ilícito de quien *vindiciam falsam tulit*. Albanese entiende el ilícito en cuestión como acto de un litigante que, frente a la iniciativa de otro sujeto que intentaba afirmar su propio poder sobre un determinado objeto mueble, llevaba maliciosamente al tribunal, para el desarrollo del *lege agere sacramento in rem*, no la cosa a la que se refería el adversario, sino otra del mismo género (para Albanese, se trataría de objetos no inmediatamente individualizables, y de gran relevancia en la economía antigua, como cabezas de ganado). Esto sucedería, según Albanese, tanto en el caso de que el litigante fuese poseedor del verdadero objeto pretendido por el adversario, y lo tuviese escondido, prefiriendo exponer a las *vindicationes* un objeto de menor valor, como en el caso de que no fuese poseedor de la cosa pretendida por otros, sino que intentase favorecer al poseedor, con daño al adversario. Así, según Albanese (op. cit. p. 99) el adversario de aquel *qui vindiciam falsam tulit* presentaba *in iure* la cuestión de identidad del objeto controvertido. El magistrado, según Albanese, no estaba en condiciones de decidir sobre este hecho; era necesaria la valoración de expertos con capacidad de conocer la situación real. De ahí la *datio* de los *tres arbitri* (cuyo número impar aseguraba la posibilidad de formar mayoría en caso de duda), aunque quizá, para Albanese, en el nombramiento de los *tres arbitri* colaboraban los

Por tanto, el elemento fundamental de este supuesto delictivo decenviral es el establecimiento de una *poena* en función de una *damni decisio*, como hemos dicho, y esta estrecha analogía con el *furtum* es ya, para Santoro³³, el primer motivo que induce a pensar que la *poena* no consistiría simplemente en una *duplio fructus*, sino, en conjunto, en una *duplio rei*. Para Santoro, la propia formulación del supuesto excluye que la previsión del ilícito esté limitada a la percepción de los frutos y hace improbable la tesis de Kaser, para quien la sanción estaría circunscrita únicamente a la *duplio fructus*³⁴. Según Santoro, la reflexión sobre el completo procedimiento de la

litigantes, designando cada uno una persona de su confianza, mientras que el tercer árbitro podía ser una persona de la confianza del magistrado.

³³ Vid. SANTORO R., *XII Tab. 12,3*, cit., 52. Vid. también NICOSIA G., *Il processo privato romano II*, cit., 203-205, se pronuncia a favor de que la *poena dupli* prevista no se referiría exclusivamente a los frutos, sino que tendría por objeto en primer lugar la cosa misma, la *vindicia* (que es aquella a la que se refiere la enunciación del supuesto: *si vindiciam falsam tulit*).

³⁴ KASER M., *Vindicia falsa und fructus duplio*, cit., p. 22-52, directamente titula un apartado de este artículo "Nur *fructus duplio*, nicht *rei duplio*"; vid. también KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 73 que interpreta la norma decenviral XII Tablas 12,3 en el sentido de que se trata de responsabilidad por el doble de la cuantía de los frutos (*fructus duplione damnum decideto*), ya que considera que es un delito contra la posesión interina y que por tanto prevé una pena por el doble del valor de los frutos ya que *qui vindiciam falsam tulit* ha aceptado la atribución de la posesión interina durante el procedimiento y entre tanto se ha apropiado de las ventajas. Pero la edición posterior revisada por Hackl (vid. KASER M. -HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 100) cambia totalmente este punto de vista, ya que se afirma con rotundidad que aquel *qui vindiciam falsam tulit*, si no puede (o no quiere) restituir, únicamente puede evitar la ejecución personal (propia o de los *praedes*) pagando el *duplum* del valor de la cosa y los frutos ("*duplum* des Wertes der Streitsache samt Nutzungen"). También admitió únicamente la *duplio fructus* PEROZZI S., *Dell'arbitrium litis aestimandae...*, cit., p. 423 y 424, donde afirma que el pasaje de *Festus* solamente menciona la estimación de los frutos, porque, por un lado, no se puede completar el pasaje con *rei et* antes de *fructus*, y, por otro, no había necesidad de un *arbitrium* posterior a la sentencia para estimar la cosa, porque la estimación se hacía antes, *in iure* ante las partes, presente la cosa, para adaptar su valor al *sacramentum*. Según Perozzi, sin embargo, era necesario estimar los frutos porque en el momento de la deposición del *sacramentum* todavía podían nacer y por eso la ley habla solamente de éstos. Así, para Perozzi, no resulta probada la existencia del *arbitrium litis aestimandae*, ni se hace probable su existencia por tener el *arbitrium*, llamado *fructuum aestimandorum* un fin limitado y motivos especiales distintos de los que habría tenido el *arbitrium litis aestimandae*. Se trata de uno de los argumentos que Perozzi utiliza para manifestarse en contra de la existencia del *arbitrium litis aestimandae*.

legis actio sacramento in rem permite reconocer en el acto de *vindiciam falsam tollere* una intención de apropiación total y definitiva de la *res* controvertida y explica que la previsión de la pena se extienda a la *duplio rei*³⁵. En efecto, existe un estrecho paralelismo entre ambos supuestos de apropiación de una cosa ajena, castigados con la *poena in duplum* a través del *damnum decidere*³⁶.

³⁵ Vid. SANTORO R., *XII Tab. 12,3*, cit., 53 y ss, añade otros argumentos a favor de que se habría previsto en las XII Tablas 12,3 una *duplio rei*. Así, según *Gaius (libro III ad legem XII Tab., D. 44,6,3)*, para el caso de *dedicatio in sacrum* de la *vindicia*, se prevé una sanción calculada al doble del valor de la cosa, una hipótesis que se resuelve igual que el *furtum* o el acto de *vindiciam tollere*, como una sustracción de la cosa litigiosa. Y en el mismo sentido, según Santoro, otro argumento se puede deducir de *Prob. 4,10 (A. L. A. = arbitrium litis aestimandae)*, respecto a la existencia en la época de las *legis actiones* del *arbitrium litis aestimandae*. Según Santoro, en la época decenviral, además del caso previsto en las XII Tablas 12,3 sólo hay noticia de otros dos casos de aplicación de un procedimiento arbitral en las controversias entre particulares, que son el de la *legis actio per arbitri postulationem* y el que se desarrollaba ante tres árbitros para decidir la controversia *de finibus*. Pero, según Santoro, se puede afirmar que la noticia de Probo no se refiere a estos últimos dos. Para Santoro es probable que el *arbitrium liti(s) aestimandae* haya sido propio de aquel procedimiento arbitral que se menciona en las XII Tablas 12,3; y, en consecuencia, como el procedimiento estimatorio recordado por Probo se refiere a la *res* litigiosa (este es el significado de *lis*), resulta de nuevo confirmado, para Santoro, que la sanción que los *arbitri* debían determinar según las XII Tablas debía ser adecuada a la *duplio rei*, más que a los frutos.

³⁶ Esta *damni decisio* constituye un concepto unitario e inequívoco, que es común a los supuestos decenvirales de *furtum nec manifestum* (XII Tablas 8,16 y *Gayo IV,37*) y *membrum ruptum* (*Gellius 20,1,38 si reus qui depecisci noluerat iudicialionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat.*). Estos supuestos de *litis aestimatio* atribuidos a las XII Tablas, incluida la *vindicia falsa*, tienen en común el imperativo *damnum decidito*. Así, en el *furtum nec manifestum* (XII Tablas 8,16) se impone la exigencia de composición y llega el imperativo hasta época clásica en la *actio furti nec manifesti*, como se deduce de *Gayo IV,37 (pro fure damnum decidere oportere)*. La composición (*damni decisio*) aparece impuesta sobre la *aestimatio damni* con un múltiplo de ésta como *poena (duplione damnum decidito)*. Así pues, el *damnum* se basa en una *aestimatio pecuniaria* y por ello constituye un *arbitrium*: ... *duplione damnum decidito*. Detrás de esta evolución está la idea de *damnare*, entendida como *damnum dare*, es decir, pagar en dinero el daño igual que la más antigua expresión *noxiam sarcire*. Sin esta compensación pecuniaria el autor del acto ilícito no se libera. Es la misma alternativa que aparece en la noxalidad (*litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*) y la misma alternatividad supone el *pactum* en caso de *membrum ruptum* en las XII Tablas (8,2: ... *ni cum eo pacit, talio esto*). Todas estas cuestiones relativas a la *damni decisio* en el delito civil romano las analizo extensamente en *El delito civil en Roma y en el derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

En consecuencia, la laguna del pasaje de *Festus* se completaría con el asídon *rei fructus* del siguiente modo: *eorum arbitrio <rei> fructus duplione damnum decideto*³⁷.

Resulta pues, muy dudosa toda la interpretación de este texto decenviral a la vista de la complicaciones que plantean sus lagunas, de

³⁷ Brogginini hace una interpretación más restrictiva del sentido de la expresión *vindiciam falsam ferre*. Para BROGGINI (vid. *Iudex Arbiterve...* cit., 132), *vindicia falsa* se refiere a la cualidad de la cosa litigiosa, y no a la cualidad de la relación jurídica (posesión interina); de ahí que para Brogginini *vindiciam falsam ferre* signifique “ofrecimiento de una cosa litigiosa no conforme a la que fue adjudicada”. Se trata, según Brogginini, de un delito muy determinado, que aparece cuando la cosa litigiosa en el transcurso del litigio se ha convertida en *falsa* (*deperita, deminuta*). En este caso, según Brogginini, al vencedor, con el ofrecimiento de la *vindicia falsa*, le es imposible alcanzar la finalidad procesal perseguida. La consecuencia de este delito para el poseedor interino también es su responsabilidad personal, según Brogginini; de ahí que el delincuente, sometido al apoderamiento del vencedor del proceso por el daño causado al objeto litigioso, únicamente se pueda liberar mediante el pago de una suma pecuniaria: *si vindiciam falsam tulit, si velit is*. Así se concede, según Brogginini, al delincuente la posibilidad de liberarse de la responsabilidad personal mediante el pago de una suma pecuniaria. BROGGINI G., en una publicación posterior a la anteriormente citada, *Sulle origini del ius iurandum in litem*, cit., p. 198 y 199, nota 32 - que había sido publicado en los *Studi in onore di Emilio Betti*, 1962, II, 119-155 y en *Ius* 12, 1961, 317-345 - expone más ampliamente su postura acerca del inciso *si velit is*. Para Brogginini, *is* no puede ser otro que el autor del delito, el cual puede sustraerse así, mediante el procedimiento arbitral de valoración, a la sujeción total, o a la obligación de aceptar cualquier propuesta de *pacto decidere* realizada por la parte lesionada. Sin embargo, resulta más coherente con la finalidad del procedimiento reivindicatorio, que persigue la *restitutio rei*, relacionar el supuesto de *vindiciam falsam tollere* y la correspondiente *poena in duplum* con la falta de devolución por el poseedor interino vencido de la cosa litigiosa, de modo que, o bien devuelve la cosa litigiosa que ha obtenido mediante un *sacramentum falsum*, o bien resulta penalizado con el pago de la *poena in duplum* en función de la *damni decisio*. Porque aceptando la interpretación de Santoro y de Brogginini, sin embargo, podría llegar a admitirse la apropiación definitiva de la cosa litigiosa por voluntad dolosa del poseedor interino mediante el pago de la *poena in duplum* en función de la *damni decisio*, resultando así totalmente desvirtuada la finalidad perseguida por el demandante en el procedimiento reivindicatorio (*restitutio rei*). Además, otra objeción a la teoría de Brogginini, es que resulta muy difícil de deslindar el supuesto de presentación de una *res deperita* o *deminuta* de la falta total de restitución de la cosa litigiosa, ya que, para BROGGINI (vid. *Iudex Arbiterve...* cit., 133: “...bietet der Vindizienträger einen Gegenstand, der entweder der *vindicia* überhaupt nicht entspricht oder nur eine beschädigte *vindicia* darstellt...”) el concepto de *vindicia falsa* designa también el ofrecimiento por el poseedor interino de una cosa que no corresponde en absoluto con la *vindicia* adjudicada, lo que podría incluir incluso la presentación de una cosa distinta a la reclamada, que prácticamente no se diferencia en nada de la apropiación definitiva de la cosa controvertida por el vencido en el litigio.

muy difícil reconstrucción, y tan discutida, que no se encuentran dos opiniones coincidentes entre los romanistas que han dedicado numerosos y reiterados esfuerzos a la investigación del mismo. Pero parece más coherente con el procedimiento reivindicatorio afirmar que la *vindicia falsa* es un supuesto de *arbitrium damni decidendi* con el que se penaliza *in duplum* sobre la *aestimatio damni* al poseedor interino vencido en litigio que sustrae (o se apropia de) la cosa litigiosa, no restituyéndola al vencedor del litigio.

En consecuencia, con la *vindicia falsa* se penaliza el comportamiento procesalmente doloso del demandado que podría evitar el pago de la *poena in duplum* restituyendo la cosa litigiosa. En cambio, si la falta de presentación de la cosa litigiosa no es un acto voluntario, y, por tanto, no responde a un comportamiento procesalmente doloso del poseedor interino (así resulta de la interpretación de las expresiones *si velit* e *is quaesitor*, antes analizadas), no se trata del supuesto de *vindicia falsa*, por tanto, no se aplica la *poena in duplum*, sino que, por el contrario, son los *praedes litis et vindiciarum* quienes garantizan la devolución de la cosa y sus frutos (*rei et fructuum*, Gayo IV,16), es decir, responderán del valor (simple) de la cosa y de los frutos. Como afirma Broggin³⁸ los *praedes* aumentan la seguridad, refuerzan la expectativa del reivindicante victorioso, pero no liberan al reivindicante sucumbiente de la obligación de restitución de la *res*.

Sin embargo esta responsabilidad de los *praedes litis et vindiciarum* presenta a su vez aspectos oscuros y controvertidos en cuanto a su ejecución *per manus iniectioem*, que intentamos aclarar a continuación.

3.- *Praedes litis et vindiciarum* y *manus iniectio*:

El principal problema en el *agere in rem* se presentaba si el litigante vencido impedía al vencedor del litigio el apoderamiento sobre la cosa, imposibilitando la consecución en el ámbito procesal de la plena satisfacción de la pretensión del vencedor, que se concretaría en la *restitutio rei*. Como ya hemos dicho, en época decenviral, la prioridad de la devolución de la *res litigiosa* se manifestaba en la instauración de la especie delictual de la *vindicia falsa* (pronto transformada en el mecanismo procesal del *iusiurandum in litem* del

³⁸ Vid. BROGGINI G., *Sulle origini del iusiurandum in litem*, cit., 197.

actor, como ha logrado probar Brogginí³⁹), y que implicaba una *damnatio* al doble del valor de la cosa con sus frutos a cargo del que *vindiciam falsam tulit*. Y si la falta de presentación de la cosa litigiosa por el demandado no encajaba en este supuesto delictual, respondían los *praedes litis et vindiciarum* del valor de la cosa y sus frutos⁴⁰.

Esta interpretación de la *vindicia falsa* permite además coordinar plenamente el *iudicatum* de la *legis actio sacramento* con el procedimiento de la *manus iniectio*⁴¹, es decir, con el procedimiento

³⁹ En este sentido, BROGGINI G. (vid. *Sulle origini del iusiurandum in litem*, cit., p. 204) afirma que todos los estudiosos que se han ocupado del tema admiten que el *iusiurandum in litem* habría sido posible en el procedimiento de las *legis actiones*, y él añade que esta institución coexistiría junto con el procedimiento estimatorio de la *damni decisio* arbitral, ya que considera que este último procedimiento sólo podía tener lugar si a los árbitros les era presentada la cosa litigiosa para su valoración. La supuesta coexistencia mencionada por Brogginí del procedimiento arbitral (en presencia de la cosa litigiosa) y del procedimiento del *iusiurandum in litem* (a falta de la cosa litigiosa) más bien podría haber sido una sucesión continuada de ambos procedimientos. Así se habría pasado de un mecanismo arbitral de estimación en caso de falta de restitución de la cosa litigiosa, como es la *vindicia falsa*, en el sentido en que hemos expuesto, que estaría más bien ligado a la falsedad o no del *sacramentum* de una de las partes, hacia un procedimiento de estimación, desligado del *sacramentum* y basado en esa misma falta de la restitución dolosa de la cosa litigiosa por el demandado vencido. Y este cambio se habría producido en época muy temprana, puesto que la única huella de la *vindicia falsa* es el mencionado pasaje 12,3, de las XII Tablas.

⁴⁰ Vid. BETTI E., v. *Condanna (dir. rom.)*, *NNDI* III (1959), p. 1082. Según Betti, es errónea la concepción que ve en la *adiudicatio* un pronunciamiento de atribución de la propiedad de la cosa litigiosa en la *legis actio sacramento in rem*: aquí la decisión concernía únicamente a la legitimidad de la afirmación sostenida por una u otra parte (*utrius sacramentum iustum sit*); para Betti, no tenía otro alcance que autorizar a la parte vencedora a la autotutela (*vindicatio*) dirigida al apoderamiento de la cosa, salvo en caso de resistencia del vencido, la responsabilidad de los *praedes litis et vindiciarum*. Según Betti, tampoco puede deducirse ningún argumento a favor del carácter atributivo o condenatorio del pronunciamiento del “impreciso e inatendible” testimonio de Gayo IV,48, texto que para Betti sólo es testimonio de la ausencia de la condena pecuniaria.

⁴¹ Vid. LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 282 y 283 resuelve este problema de la siguiente manera: en época arcaica la condena no tenía obligatoriamente carácter pecuniario, y, afirma Lévy-Bruhl, es inverosímil que estos casos no tuvieran sanción. En consecuencia, para Lévy-Bruhl, durante un periodo más o menos largo de dominio de las *legis actiones*, la *manus iniectio* se practicaba contra los condenados también si el objeto de la condena consistía, por ejemplo, en la restitución de una cosa a su propietario. Entonces, según Lévy-Bruhl, las palabras pronunciadas por el acreedor no habrían sido exactamente las mismas que las relatadas por Gayo en IV,21: la mención de las sumas de dinero se habrían

ejecutivo posterior, único conocido en las XII Tablas, y aplicable a la ejecución de un débito pecuniario, previsto en la norma decenviral (XII Tablas 3,1): *aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt* (Gellius Noct. Att. 20,1,42-45 y 15,13,11).

Así, habiéndose determinado en el *iudicatum* cuál de las partes había pronunciado un *sacramentum iustum*, si el vencido no restituía la cosa litigiosa, cabían dos posibilidades de *manus iniectio*. Por un lado, si se trata de una sustracción dolosa de la cosa litigiosa por el litigante vencido, cabía la ejecución *in duplum* de la cantidad fijada mediante *damni decisio*, en cuyo caso se trataba de la *manus iniectio damnati*, admitida en Gayo IV,21⁴². Esta sería la más primitiva forma de manifestación de la *condemnatio pecuniaria* (que, como es sabido, se generalizó en el procedimiento formulario), es decir, los *tres arbitri* fijaban mediante *aestimatio damni* una cantidad, que después era ejecutada *in duplum* mediante la *manus iniectio damnati*.

Otra posibilidad admisible ante la falta de restitución de la cosa litigiosa, en este caso sin actuación dolosa por parte del litigante vencido, es la ejecución del valor simple de la cosa frente a los *praedes litis et vindiciarum*. Así, el poseedor interino vencido o bien restituye la cosa (obedece al *iudicatum*) o bien son los *praedes litis et vindiciarum* los que responden del valor de la cosa con sus frutos. Se trata de un mecanismo que coacciona en todo caso a la *restitutio rei*, pero de forma mucho más efectiva que si hubiera existido la pretendida *condemnatio in ipsam rem*. En consecuencia, en caso de no restitución de la cosa litigiosa por el poseedor interino vencido, la ejecución será siempre en una cuantía pecuniaria. Por tanto, la responsabilidad de los *praedes litis et vindiciarum* se concreta siempre, en definitiva, en una prestación pecuniaria.

reemplazado por la del objeto de la condena; por lo demás, para Lévy-Bruhl, la operación se realizaba de la misma manera y producía los mismos efectos.

⁴² Vid. FIRA, *Auctores*, p. 154, Gayo IV,21: *Per manus iniunctionem aequae <de> his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII Tabularum. Quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat QUOD TU MIHI IUDICATUS (SIVE DAMNATUS) ES SESTERTIORUM X MILIA, QUANDO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO...*

Por otra parte, es muy significativa la afirmación de Guarino⁴³, de que el procedimiento de ejecución frente a los *praedes litis et vindiciarum* es poco conocido; a esta afirmación se puede añadir que sería poco conocido por ser poco utilizado, aunque, como hemos dicho, la obtención de la posesión interina estaba condicionada a la presentación de dichos *praedes*. Lo normal entonces sería que la presentación de *praedes* idóneos fuera posible únicamente para personas solventes, que gozaban de credibilidad y que efectivamente hubiesen ejercido su derecho de propiedad de forma notoria, por todos conocida. En este caso los *praedes* normalmente estarían dispuestos a asumir esta responsabilidad procesal, ya que existía una altísima probabilidad de que no se ejecutase frente a ellos la *cautio litis et vindiciarum*.

Así el procedimiento de la *manus iniectio*, de contenido pecuniario, puede ejecutarse frente a los *praedes litis et vindiciarum*. Pero el problema surge a la hora de determinar cómo se fijará la cantidad pecuniaria que se ejecuta frente a éstos. Para resolverlo hay que tomar como punto de partida que la presentación al *praetor* de los *praedes litis et vindiciarum*, que son *praedes rei et fructuum*, necesariamente tendría que haber sido precedida por la estimación de la cosa litigiosa *in iure*. Esto permite deducir como hipótesis que en la *legis actio sacramento* se podría haber determinado la cuantía de la cosa litigiosa reivindicada *in iure* ante el *praetor*, en el momento en que se decidía la cuantía de la *poena sacramenti*⁴⁴.

⁴³ Vid. GUARINO A., *Diritto privato romano*, 12ª ed., Jovene, Napoli (2001), p. 827 nota 70,6.

⁴⁴ En cuanto a los frutos (*praedes rei et fructuum*, Gayo IV,16 y IV,94) es admisible que en la estimación inicial del valor de la cosa litigiosa por el pretor *in iure* se hubiese realizado el cálculo de los frutos, teniendo en cuenta la brevedad del procedimiento decenviral que debía resolverse el mismo día (XII Tab. I,7; I,8; I,9). Es admisible, por tanto, que no revistiese especial dificultad la fijación del importe de dichos frutos, si se decidía el procedimiento por sentencia al día siguiente. En contra se ha manifestado LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 182, quien califica esta cuestión de delicada. Se pregunta cómo se sabría si el *sacramentum* debía ser de 500 o de 50 ases y si existiría, en el transcurso de las actuaciones *in iure*, una operación en la que el objeto del litigio será valorado en dinero. Lévy-Bruhl considera esto poco probable porque el conjunto del proceso aparece descrito por Gayo sin lagunas importantes. Para Lévy-Bruhl, la solución plausible podría haber sido una apreciación aproximativa a grandes rasgos que permitiría saber, a primera vista, si la cosa litigiosa tenía un valor superior o inferior

En este sentido se pronunció Kaser⁴⁵, para quien los *praedes litis et vindiciarum* asumen una responsabilidad personal de que el vencedor podría apoderarse de la cosa incólume frente al poseedor interino. Para Kaser⁴⁶, desde el momento en que el *praes* prometía una prestación se debía fijar la cuantía de la liberación de modo semejante a como se hacía en el *vadimonium*, en forma de suma fija en alternancia con la presentación de la cosa. Según Kaser, como el pretor no atribuía la posesión interina hasta que se había asegurado la responsabilidad de los *praedes*, también se habría éste ocupado de que la suma liberatoria se fijase en una cuantía equitativa.

Pero es muy distinta la solución que proponen entre otros romanistas, Burdese⁴⁷ y v. Lübtow, consistente en afirmar la existencia de un procedimiento especial de valoración que tendría lugar después del *iudicatum*.

Así, para Burdese⁴⁸, la expresión genérica *res iure iudicata* (XII Tablas 3,1) podría entenderse referida también a un pronunciamiento

a mil ases. En los casos dudosos, según Lévy-Bruhl se habría acudido al *arbitrium litis aestimandae*, en el que los árbitros decidirán la cuestión.

⁴⁵ Vid. KASER M., *Vindicia falsa und fructus duplio*, cit. p. 31.

⁴⁶ Vid. KASER M., *Vindicia falsa und fructus duplio*, cit. p. 32.

⁴⁷ Vid. BURDESE A., *Condanna pecuniaria nel processo civile romano*, Seminarios Complutenses de Derecho romano, I, (1990), p. cit., 183. Para Burdese el mencionado texto decenviral (XII Tablas 3,1, cit.) exige, para el inicio de la *manus iniectio* ejecutiva, el transcurso de 30 días, a contar respectivamente, desde la *confessio*, que tiene por objeto una suma de dinero –*aes signatum*– o bien desde la *res iudicata* conforme al *ius*. Así, los *XXX dies iusti*, según Burdese, deben transcurrir tanto desde la *confessio* referida a una deuda pecuniaria, como también desde la *res iure iudicata* aunque no sólo en relación a una deuda pecuniaria, sino también en base a una sentencia a la que se haya llegado *iure* en cualquier caso que se pueda conseguir de ella la *manus iniectio* (XII Tablas 3,2: *post deinde manus iniectio esto*), en conexión con la ulterior disposición decenviral (XII Tablas 3,5, descrita por Gellius 20,1,46-47). Según ésta, aquellos que, conducidos *in ius* a consecuencia de la *manus iniectio*, por no haber obedecido al *iudicatum* (XII Tablas 3,3: *ni iudicatum facit*), ni haber encontrado un *vindex* que respondiese, hubiesen sido asignados en cautiverio a la otra parte, debían ser expuestos al público (*ad praetorem in comitium*) en tres mercados sucesivos, con proclamación de la suma por la que habían sido juzgados (*quantae pecuniae iudicati essent*) y en consecuencia habrían podido ser rescatados. Por tanto, para Burdese, cualquier sentencia a la que se haya llegado *iure* puede ser objeto de *manus iniectio*, por ejemplo, si no se obedece al *iudicatum* (XII Tab. 3,3: *ni iudicatum facit*). Esta visión de la ejecución de la *res iure iudicata* al considerar las disposiciones decenvirales entre sí conectadas, resuelve el problema de coordinar el *iudicatum* primitivo de la *legis actio sacramento* con su posterior *manus iniectio*.

⁴⁸ Vid. BURDESE A., *Condanna pecuniaria nel processo civile romano*, cit., 197.

judicial en relación a la *legis actio sacramento in rem*, sobre cuya base se habría podido hacer valer, una vez transcurridos los *XXX dies iusti*, la *manus iniectio* frente a los *praedes litis et vindiciarum* que no hubiesen procedido a la satisfacción del actor. Según Burdese, habría sido necesaria en el *interim* una preventiva valoración pecuniaria del objeto de la pretensión del actor a los fines de la ejecución de la *manus iniectio* contra los mencionados *praedes*. En cuanto a la determinación de la cuantía de dicha ejecución, afirma Burdese que esa valoración no es identificable con la otra más sumaria exigida preventivamente a los fines de determinar la *poena sacramenti* en los respectivos valores en *aes* ya fijados en las XII Tablas. Es decir, Burdese considera que entre el *iudicatum* y la ejecución *per manus iniectio* tendría que haberse procedido a una valoración de la pretensión del actor en el caso de la *legis actio sacramento*. Pero este procedimiento de estimación añadido o posterior (“*Nachverfahren*”, como lo llama v. Lübtow⁴⁹) y el nombramiento de un *arbiter* en la *legis actio sacramento* no aparece mencionado en las fuentes (salvo en las controvertidas y demasiado esquemáticas siglas *Val. Prob. IV,10*) y es un tanto artificioso e inusual en el procedimiento romano, en cuanto requiere la realización de un *arbitrium* por el *arbiter* tras la emisión por el *iudex* del *iudicatum*, que entonces no pondría fin al litigio.

En cambio, ante el silencio de las fuentes, nada impide admitir como probable que podía haberse tratado de una valoración de la cosa litigiosa realizada por el *praetor* en la fase *in iure*, es decir, el *praetor* al fijar la *poena sacramenti* habría no sólo determinado si se trataba de una cosa litigiosa de valor mayor o menor que 1000 ases, sino que

⁴⁹ Vid. v. LÜBTOW U., *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, cit., 330, cuyo planteamiento resulta acertado en cuanto se remonta, para explicar el principio de la *condemnatio pecuniaria* a los *modi agendi sine poena sacramenti*, pero presenta el problema de que fundamenta la *aestimatio litis* en un “*Nachverfahren*” que habría tenido lugar tras el *iudicatum*, y en el que se habría fijado la cuantía de la *condemnatio pecuniaria*. Fundamenta este “*Schätzungsverfahren*” en las siglas de *Valerius Probus A.L.A.*: *arbitrium litis aestimandae* y en el pasaje de *Festus* relativo a la *vindicia falsa*, en los términos que ya hemos indicado en la nota nº 29. La existencia de este “*Nachverfahren*” defendido por v. Lübtow es difícilmente sostenible puesto que exige que al *iudicatum* del *iudex* se le añada un posterior *arbitrium litis aestimandae*, solución demasiado artificiosa, en la que el *iudicatum* no pondría fin definitivamente al litigio, y con el único apoyo de las dudosas siglas de Valerio Probo.

habría fijado en dinero el valor del objeto litigioso, ya que no se litigaba por el *quantum*, sino que el *iudicatum* consistía en determinar cuál de los *sacramenta* pronunciados por las partes era *iniustum*, como ya hemos dicho. Sin esa fijación del valor del objeto litigioso, además, no quedaría cuantificada la responsabilidad de los *praedes litis et vindiciarum* que se presentaban en la fase *in iure*, siendo dicha cuantía una cuestión básica, previa y determinante para quien pretende garantizar o asumir la responsabilidad por el cumplimiento de una obligación.

Se puede afirmar, en consecuencia, que desde la *legis actio sacramento* existían una serie de mecanismo procesales coordinados entre sí que coaccionaban directamente a la reparación *in natura*, esto es, a la *restitutio rei*, al litigante vencido. En efecto, el poseedor interino que sustraía la cosa litigiosa respondía pecuniariamente por *vindicia falsa* (inicialmente), como hecho delictivo, por el doble del valor de la cosa con sus frutos, valor que en época muy temprana se empezó a fijar mediante *iusiurandum in litem*. Y si no existía actuación dolosa pero tampoco se había procedido a la *restitutio rei* por el demandado, podía procederse a la ejecución del valor (también pecuniario) de la cosa y sus frutos frente a los *praedes litis et vindiciarum*.

La misma penalización de un comportamiento procesalmente doloso, que en el caso de la *vindicia falsa* se fundamenta en la atribución de la *dictio vindiciarum* mediante un *falsum sacramentum*, se habría hecho efectiva, una vez secularizados los ritos procesales, mediante el instrumento procesal del *iusiurandum in litem*, reafirmando así la prioridad de la *restitutio rei* en el procedimiento reivindicatorio. Además, el comportamiento doloso del demandado vencido (*contumacia*) fue también la base para extender la institución del *iusiurandum in litem*, que conlleva una penalización *ultra pretium rei* (D. 12,3,1), a otros supuestos en los que se deba *restituere* (o *exhibere*) *rem*, y, por tanto, para configurar así las acciones arbitrarias del procedimiento formulario. La *contumacia* del demandado, exigida en la *reivindicatio* del procedimiento formulario para deferir la valoración del objeto litigioso al demandante mediante *iusiurandum in litem*, encontraría su más arcaico origen en la norma decenviral de la *vindicia falsa*, quedando así perfilada una clara

y directa línea histórica de la evolución del procedimiento reivindicatorio romano.

En efecto, en la posterior *reivindicatio per formulam petitoriam*, la *pronuntiatio* del *iudex* comprende una cláusula arbitraria, según la cual, siendo preferente la restitución de la cosa por el demandante vencido (*neque ea res arbitrato tuo restituetur*), habrá *condemnatio pecuniaria* si el demandado dolosamente no procede a la devolución de la cosa litigiosa, en cuyo caso se fijará la cuantía litigiosa por medio del *iusiurandum in litem* del demandante. En cambio, si el demandado procede a la *restitutio rei*, la sentencia será absolutoria. Y si la no devolución no obedece al comportamiento contumaz del demandado, la *condemnatio pecuniaria* será en *quanti ea res erit*.

En consecuencia, se puede afirmar que desde la *legis actio sacramento*, cuando una pretensión de carácter real no era reparada *in natura*, es decir, si no se había procedido a la *restitutio rei*, se ejecutaba en la cuantía pecuniaria en la que se valoraba la cosa litigiosa no restituida, penalizándose la conducta del demandado doloso. Es decir, el objetivo de la *restitutio rei* siempre es prioritario en el *agere in rem*, sin que parezca defendible la idea de una coacción indirecta de devolución de la cosa litigiosa que recae sobre el demandado, defendida por un importante sector de la doctrina romanista.

4.- *La cautio pro praede litis et vindiciarum*:

Posteriormente en la *actio in rem per sponsionem*, como afirma Gayo IV,94, la *cautio pro praede litis et vindiciarum* sustituyó a los antiguos *praedes litis et vindiciarum*, es decir, como afirmó v. Lübtow, en este caso la *sponsio* entraba en lugar de los *praedes*⁵⁰.

En efecto, en la *vindicatio per sponsionem* el propio demandado daba la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, obligándose a devolver la cosa litigiosa o su estimación en caso de pérdida del litigio, como Gayo afirma en IV,89⁵¹. Esta *cautio pro praede litis et vindiciarum*,

⁵⁰ Vid. v. LÜBTOW U., *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, cit., 345.

⁵¹ Vid. FIRA, *Auctores*, 172, Gayo IV,89: *igitur si uerbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dari debes; aequum enim uisum est <te> ideo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione cauere, ut si uictus sis nec ipsam rem restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.*

según la reconstrucción realizada por Lenel⁵², constituye una garantía para las hipótesis de falta de *restitutio* de la *res litigiosa*, y para el caso de destrucción o deterioro de la cosa litigiosa⁵³.

En la *actio in rem per sponsionem* no se exigen los garantes *litis et vindiciarum*, sino que se garantiza la devolución de la cosa o de su valor equivalente mediante una *satisfatio pro praede litis et vindiciarum* (Gayo IV,89; Gayo IV,94 y Cic. in Verr. I,114). En este caso ya no se realiza una *dictio vindiciarum* ni se exigen garantes del demandado⁵⁴, sino que el demandado poseedor prometía frente al demandante, mediante una *sponsio* el pago de una suma para el caso de que no se le reconociese la propiedad⁵⁵.

⁵² Vid. LENEL O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. Aufl, Leipzig 1927, Scientia Verlag Aalen, 1985, 522: *neque ea res boni viri arbitrato restituetur et, si quid deinde deperierit deminutum erit, damnum, quod ob eam rem te heredemve tuum mihi heredive meo decidere oportet, uti e lege oportet, decidetur...*

⁵³ Aceptamos la reconstrucción de Lenel, expuesta en la nota anterior, en el sentido en que la interpreta BROGGINI (*Iudex Arbiterve*, cit., 140 y 141, nota 79): la *cautio pro praede litis et vindiciarum* desencadena la responsabilidad de los *praedes* (Gayo IV,94: *quia in loco praedium successit*), pero calculada únicamente *in simplum*, porque no se hace extensible a la responsabilidad delictual añadida del portador de las *vindiciae*. Brogginí defiende esta reconstrucción de Lenel, pero interpretando las palabras *uti e lege oportet* de otra manera, para lo cual hace un nuevo examen de Ulpiano D. 10,4,9,6; así la estimación de los frutos *secundum legem* no se refiere al precepto decenviral de *Festus* (XII Tablas 12,3) sino al principio de la *aestimatio in simplum*, que erróneamente, según Brogginí, se retrotrajo a las XII Tablas. En Ulp. D. 10,4,9,6 se describe el caso normal de una reivindicación, en la que la cosa ni se había sustraído ni dañado. Según Brogginí, *fructus secundum legem aestimare* significa estimar (*in simplum*) los frutos del periodo posterior a la *litis contestatio*. Para Brogginí esta mención de la *lex* se refiere a una norma antigua que se remonta al trabajo pontifical sobre las XII Tablas en relación con la generalización de la *litis aestimatio* en el procedimiento real.

⁵⁴ Según EHRHARDT A., *Litis aestimatio in der Zeit vor den leges Juliae iudicariae*, ZSS 55 (1935), p. 58, el paso hacia el procedimiento *per sponsionem* tenía la ventaja para el demandado de que no se debía ocupar de los *praedes*, y para el demandante, que obtenía el apoderamiento directo sobre el demandado.

⁵⁵ La *sponsio* en este procedimiento es *praeiudicialis*, no *poenalis* (Gayo IV,94: *non enim poenalis est, sed praeiudicialis*) y se menciona por Gayo IV,93 una *sponsio* de 25 sestercios, y según Gayo IV,95, para el caso del procedimiento centunviral, la *lex Crepereia* fija la *sponsio* en 125 sestercios. Aunque con ciertas diferencias, puesto que parte de una perspectiva totalmente diferente, llega a una conclusión análoga BETTI E., v. *Condanna*, cit. p. 1083 coordinando las diferentes fases del procedimiento reivindicatorio de la siguiente manera: en la *actio in rem* la *condemnatio pecuniaria* tiene su engranaje con el expediente ideado por los romanos

Se habría evolucionado desde los más antiguos *praedes litis et vindiciarum* que respondían personalmente de la devolución de la cosa litigiosa y sus frutos, hacia la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, en la que el propio demandado prometía una suma, que actuaría como *summa sponsionis*⁵⁶.

Según Gayo IV,89 la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* se haría efectiva: *ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis*

para proteger a la parte a la que se le reconocía el derecho (con la *pronuntiatio*), frente al riesgo de no poder obtener de la otra la plena satisfacción con la *restitutio rei*. En la *legis actio sacramento in rem* los *praedes litis et vindiciarum* sirven de garantía al vencedor contra el poseedor interino ya que asumen el riesgo de la falta de *restitutio* prometiendo una reparación del *damnum* por el importe del doble de la *aestimatio* de la cosa. En el *agere per sponsionem* sirve de garantía la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, con la que el propio litigante se hace garante sin la intervención de terceros en la *restitutio rei* (Gayo IV,94). Y finalmente en la *actio in rem* del procedimiento *per concepta verba*, bajo forma de fórmula petitoria, el *iudicatum* al que llega el juez al atribuir el derecho al actor, comprende junto con la *pronuntiatio* un *arbitratus (iussum) de re restituenda*, que no es una orden, sino una invitación o una advertencia – y en caso de inejecución, una *condemnatio* previa *litis aestimatio*. Y la garantía de ejecución de la sentencia se presta por el demandado con la *stipulatio iudicatum solvi* (Gayo IV,91). Así, el *iudicatum* que comprende la *condemnatio* no es, en todo caso, título ejecutivo, sino sólo fuente de *obligatio iudicati*.

⁵⁶ Vid. EHRHARDT A., *Litis aestimatio in der Zeit...*, cit., 70 afirma que el demandante, en época de Cicerón, habría tenido la posibilidad de elegir entre el procedimiento de la *legis actio sacramento* o el procedimiento prejudicial *per sponsionem*, según Cic. 2, Verr. I, 115, cit. En p. 69 afirma que los originarios *praedes litis et vindiciarum* respondían con todo su patrimonio cuando no se realizaba la prestación, mientras que la *cautio pro praede litis et vindiciarum* conducía a una responsabilidad por el *quanti ea res erit*. Afirma LÉVY-BRUHL H., (vid. *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 185) que a partir de la *vindicatio per sponsionem* se impone al demandante la carga de la prueba, ya que considerando al poseedor como deudor, éste se sitúa en posición de demandado y por tanto, se le dispensa de probar su derecho, beneficiándose así el procedimiento real romano de una de las reglas esenciales del procedimiento moderno. Esta es para Lévy-Bruhl la gran superioridad del procedimiento *per sponsionem* sobre el *sacramentum in rem*. En realidad no vemos que se haya producido un gran cambio respecto a la carga de la prueba frente al procedimiento sacramental *in rem* tal como hemos descrito más arriba. La falta de *restitutio rei* en la *legis actio sacramento* se concretaba en definitiva, en la ejecución de una cantidad pecuniaria. En cambio, en el procedimiento *per sponsionem* directamente se promete la cantidad que se obliga el demandado a pagar si resulta vencido y no restituye la cosa litigiosa. Esta alternativa únicamente puede obedecer al hecho de que el *agere per sponsionem* constituye un *agere in rem*. Sobre el paso de la *legis actio sacramento* al procedimiento *per sponsionem* vid. KASER M. - HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 105 y 106.

aestimationem sufferas; es decir, el demandado vencido puede *rem restituere* o bien pagar la *litis aestimatio*, evitando que se ejecute así la *satisfactio pro praede litis et vindiciarum*⁵⁷.

En consecuencia, la obligación del demandado vencido mediante *actio in rem per sponsionem* consistía en *restituere rem* o bien *litis aestimationem sufferre*, que él mismo garantiza con la *cautio pro praede litis et vindiciarum*. Esto es debido a que la *actio in rem per sponsionem*, utilizable incluso después de la adopción del sistema formulario romano⁵⁸, más bien era una *actio per sponsionem*, esto es, una *actio in personam*, ya que en caso de no restitución de la cosa litigiosa ni pago de la *litis aestimatio* se hará efectiva la cantidad prometida mediante *sponsio praeiudicialis*. Como dice Lévy-Bruhl⁵⁹ bajo la apariencia de un procedimiento personal se zanja una cuestión real. De ahí la alternativa entre *restituere rem* o bien *litis aestimationem sufferre*, que no sería admisible si se tratase de la ejecución de una *actio in rem*.

En efecto, en la *actio in rem* del procedimiento *per concepta verba* (*reivindicatio per formulam petitoriam*) no existe esta alternativa entre *ipsam rem restituere* y *litis aestimationem sufferre*, ya que el juez resuelve mediante *iudicatum* que comprende junto a la *pronuntiatio* una cláusula arbitraria (*iussum de re restituenda* o *iussum de restituendo*), que, según Betti⁶⁰, no es una orden, sino una invitación o una advertencia de restitución de la cosa litigiosa.

⁵⁷ Según Ehrhardt, en esta *cautio pro praede litis et vindiciarum* se trata de una responsabilidad por una determinada suma de dinero, por tanto, de una promesa de pago que se prestaba por el demandado para el caso de que resultara vencedor el demandante en la *vindicatio per sponsionem*; EHRHARDT A., *Litis aestimatio in der Zeit...*, cit., 63, afirma que la forma de fijación de la suma prometida ha sido cuestión controvertida en la doctrina, defendiendo STEINER (*Datio in solutum*, München, 1914, 101) y BETTI (*Studi sulla litis aestimatio I*, 1915, 6 ss) que se habría prometido una suma fija de dinero, mientras que LENEL (*Edictum, Perpetuum*, ed. 1927, 518 ss) manifiesta que el pretor no fijaría nunca la cuantía litigiosa.

⁵⁸ Vid. GUARINO A., *Diritto privato romano*, cit., 659: en la *legis actio per sponsionem*, el *dominus* civil desposeído de la cosa, con interés de reobtener su disponibilidad, tomaba la iniciativa de hacerse prometer por la contraparte, mediante el recurso a la *sponsio* (*sponsio praeiudicialis*), el pago de una suma simbólica, para el caso de que le lograra demostrar en el juicio posterior su título de propietario. En virtud de esta promesa prejudicial, citaba en consecuencia a la contraparte *in ius* con la *legis actio per sponsionem*.

⁵⁹ Vid. LÉVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 185.

⁶⁰ Vid. BETTI E., v. *Condanna*, cit, 1093.

Se trata de una las acciones arbitrarias del procedimiento formulario, en las que, si el demandado obedece al *arbitrium iudicis*, restituyendo (o exhibiendo) la cosa litigiosa, deberá ser absuelto. En caso contrario, en el supuesto de no restitución dolosa por el demandado de la cosa litigiosa, se impondrá a una *condemnatio pecuniaria*, cuya cuantía se fija mediante *iusiurandum in litem* del demandante. En este caso la garantía para la ejecución de la sentencia se presta por el demandado con la *stipulatio iudicatum solvi* (Gayo IV,91).

Finalmente en época justiniana únicamente es exigible una garantía genérica de comparecencia del demandado en el juicio. Aparece en las *Institutiones* (I. 4,11pr⁶¹; I. 4,11,2⁶²) la transformación de la antigua *satisdatio iudicatum solvi* en una genérica garantía de comparecencia que ha de prestar el demandado en un litigio en el que comparece en nombre propio, interpuesto mediante cualquier tipo de acción, sea personal o real.

5.- Consideración final conclusiva:

Si se admite la especie delictual decenviral de la *vindicia falsa* (XII Tablas 12,3) como un supuesto de *arbitrium damni decidendi* en los términos que acabamos de exponer, se confirma la calificación de los *praedes litis et vindiciarum* como garantes del resultado del procedimiento reivindicatorio, es decir, de la *restitutio rei* en el procedimiento *in rem* de la *legis actio sacramento*. Además esta interpretación permite constatar la existencia de una clara línea evolutiva del procedimiento reivindicatorio *in rem* desde la más arcaica *legis actio sacramento* hasta el procedimiento formulario.

Así, por un lado, el *agere sacramento in rem* terminaría normalmente con la determinación de cuál de las partes ha pronunciado un *sacramentum iustum*, sin que en relación al mismo

⁶¹ I. 4,11pr: *olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut, si victus nec rem ipsam restitueret nec litis aestimationem, potestas esse petitori aut cum eo agendi aut cum fideiussoribus eius, quae satisdatio appellatur iudicatum solvi.*

⁶² I. 4,11,2: *...Sive enim quis in rem actione convenitur sive personali suo nomine nullam satisdationem propter litis aestimationem dare compellitur, sed pro sua tantum persona, quod iudicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suae promissioni cum iureiurando, quam iuratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem vel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur.*

sea necesario resolver la ya secular discusión doctrinal en torno a la pretendida existencia de la *condemnatio in ipsam rem*, puesto que la primera forma de condena sería la *damnatio* (de ahí la posterior *condemnatio*), lograda mediante la *damni decisio* de los *tres arbitri* de la *vindicia falsa*. Con este mecanismo procesal y con la responsabilidad de los *praedes litis et vindiciarum* se logra hacer efectiva la finalidad primordial y principal de la *reivindicatio* desde sus primeras manifestaciones, que sería la *restitutio rei* a cargo del litigante vencido.

Y además, si no se ha procedido a la *restitutio rei*, la *manus iniectio* se puede ejecutar, o bien frente al propio vencido en el litigio si éste actúa dolosamente, o bien frente a los *praedes litis et vindiciarum*. En definitiva, éstos refuerzan la obligación de *restitutio rei* a cargo del litigante vencido, pero su responsabilidad es siempre pecuniaria, es decir, son garantes del cumplimiento de una obligación que se cuantifica pecuniariamente y que se hace efectiva en el ámbito de la *legis actio sacramento in rem*.