

CAPÍTULO II

ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ROMANO

- § 1.—*Ejecución forzosa de las prestaciones por la conminación de penas pecuniarias y por los medios de coacción personales*
7. Acciones arbitrarias. — 8. Causaciones. — 9. Poderes del Pretor: Ejemplos. — 10. No es exacta la afirmación de que en Derecho romano sólo las prestaciones en valor pecuniario podían constituir el objeto de una acción 23
- § 2.—*Empleo de la condena pecuniaria con un fin de satisfacción*
11. Acciones penales 29

CAPÍTULO II

ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ROMANO

§ 1. — Ejecución forzosa de las prestaciones por la conminación de penas pecuniarias y por los medios de coacción personales.

7. — *Acciones arbitrarias.* — Paso en silencio la función de equivalencia del dinero, porque es universalmente conocida, y abordo inmediatamente la función *penal*. Requiere menos una prueba especial, que el simple recuerdo de cosas de todos sabidas.

Había en Roma toda una categoría de acciones (que tendían a *exhibir* y a *restituir*), en las cuales el juez romano recibía como misión del magistrado que le nombraba, imponer desde luego al demandado la prestación real (*arbitrium*), no condenándole con dinero más que cuando no se conformase con esta orden, en cuyo caso le condenaba, en castigo de su desobediencia (*contumacia*), en el tanto, según la estimación hecha por el demandante bajo juramento (*juramentum in litem*). Desde el momento en que la acción se reconocía como fundada, el demandante quedaba constituido en árbitro de su propia causa (*arbiter litis aestimandae*), y en tal supuesto, era ju-

ramentado como todo juez o árbitro. Se trata, no de fijar el *valor pecuniario* de la prestación, sino de determinar la *suma satisfactoria* que debía pagar el demandado que de mala fe había negado la prestación o la había hecho imposible. No era el interés material, sino el ideal de la lesión frívola del derecho, lo que debía encontrar reparación.

L. 1. de in lit. jur. (12-3)... *ex CONTUMATIA aestimatur ultra rei pretium.*

L. 8. ibid... *non est aequum, pretio (id est quanti res est) litem aestimari, cum et contumacia PUNIENDA sit.*

8. *Cauciones.* — Se imaginaría, en mi concepto, de una manera completamente inexacta, la posición del juez romano, si se quisiera sostener que en las acciones que no pertenecen a la categoría de las que acabamos de indicar, el juez no podía dirigir amonestaciones al demandado que obstinadamente se negase a efectuar la prestación prometida (por ejemplo, entregar la cosa vendida o facilitar la casa alquilada), siempre que estuviese en situación de hacerlo. Sería un error creer que el juez no podía ejercer una presión sobre el deudor, amenazándole por adelantado con una condena o pena tan elevada, que tenía que parecerle desventajoso persistir por más tiempo en su negativa. En lo que concierne a la orden dada en justicia, de abstenerse en el porvenir de verificar ciertos actos, por ejemplo, de ejercer una servidumbre, el juez podía indiscutiblemente conminar con una pena, salvo que en esta ocasión se servía en el procedimiento romano, de una promesa de pena hecha al demandante (*cautio*), de una pena convencional fijada e impuesta por el juez al demandado.

9. *Poderes del Pretor: Ejemplos.* — Además del *judex*, había en Roma el magistrado (pretor), y si se quiere comprender la organización romana del poder coactivo judicial (lo *judicial* en su sentido actual), es preciso no perder de vista la importante participación del magistrado en ese poder. Para garantizar la administración de la justicia, el magistrado disponía de medios coactivos que correspondían al poder del magistrado en general, y entre esos medios figuraba la amenaza de una pena pecuniaria, de una *multa* para el recalitrante. Poco importa que los romanos hablen o no de una *obligatio*, en el caso en que, suponiendo la acción incontestada, el magistrado cohibía en virtud de su oficio al demandado rebelde a efectuar la prestación. El magistrado cohibía al deudor a hacer las *prestaciones debidas*: eso, y no la palabra *obligatio*, es lo que para nosotros constituye el punto esencial.

De ese modo es como, por ejemplo, imponía la libertad del esclavo, ordenada por testamento (*fideicommissaria libertas*), y la compra previa de un esclavo extraño con el objeto de libertarlo. L. 6, 12, 13, 15, 24, Parr. 12, etc., de fideic. lib. (40-5). Imponía la emancipación de las hijas del legatario ordenada en el testamento. L. 92 de cond. (35-1) ... *COGENDUM emancipare, neque enim debet circumveniri testatium voluntas* Pablo. Sent. Rec. iv, 13, Parr. 1 (derecho anterior. L. 114, Parr. 8 de leg. i, 30). Velaba por la observancia de las disposiciones testamentarias del padre respecto de sus hijos, L. 7 in f. de ann. leg. (33-1) ... *interventu iudicis haec omnia debent... ad effectum perducí*, respecto de sus funerales. L. 14, Parr. 2 de relig. (11-7). *Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia non duxerit...*

extra ordinem cum a praetore COMPELLENDUM funus ducere, respecto de la construcción de un monumento. L. 50, Parr. 1 de her. pet. (5-3) . . . *principali vel pontificali auctoritate COMPELLUNTUR ad obsequium supremae voluntatis*. Vigilaba la observancia periódica de las ceremonias religiosas usuales de parte del esclavo libertado con esta carga. L. 44 de man. test. (40-4) . . . *officio tamen iudicis eos esse COMPELLENDOS testatricis iussioni parere*. L. 71, Parr. 2 de cond. (35-1).

El padre que, sin razón, niega el consentimiento para contraer matrimonio a uno de sus hijos o la dote de su hija, es obligado por la autoridad. L. 19 de R. N. (23-2) . . . *per proconsules praesidesque provinciarum COGUNTUR*.

A los testigos testamentarios se les cohibe para reconocer sus sellos. L. 4. Test. quemand. aper. (29-3) . . . *praetoris id officium est ut COGAT signatores venire et sigilla sua recognoscere*.

El tenedor del testamento puede ser constreñido a comunicarlo y a dejar sacar copia. L. 2, Parr. 2, *ibid.*, . . . *omni modo ad hoc COMPELLUNTUR*.

El árbitro elegido, con su consentimiento, por la parte, puede ser compelido a practicar la instrucción del litigio y a dictar sentencia. L. 3, Parr. 1 de rec. gen. arb. (4-8) . . . *ubi semel quis in se receperit arbitrum, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat*. L. 32, Parr. 12 *ibid.* *Multa adversus eum dicenda est*.

El marido puede ser compelido a cuidar del sostenimiento de su mujer loca. L. 22, Parr. 8. Sol. mat. (24-3) . . . *adire iudicem competentem, quatenus NECESSITAS imponatur marito, omnem talem mulieris*

DEL INTERÉS EN LOS CONTRATOS

sustentationem sufferre, et alimenta praestare et medicinae ejus succurrere; igualmente los padres y los hijos pueden ser constreñidos a alimentarse recíprocamente. L. 5 de agnosc. lib. (25-3), Parr. 1 (COGATUR), Parr. 2 (COGATUR), Parr. 5 (COMPELLATUR), Parr. 8 (*ae* JUBENUT), etc.

Con relación al tutor apenas si se necesita advertirlo. Se ve hasta dónde extendía el magistrado su solicitud por los pupilos y qué uso hacía de sus poderes para eso en la L. 1 Parr. 2 ubi pup. educ. (27-2), donde el jurista se pregunta, si en caso de necesidad el magistrado no tiene el poder de cohibir a los parientes más próximos a recoger y educar al menor (por supuesto mediante una pensión) y responde afirmativamente: *Quaestionis est, an debeat etiam INVITUM COGERE, utputa libertum, parentem vel quem alium de affinibus cognatisve? Et magis est, un interdum debeat id facere.*

Los ejemplos expuestos tienen todos por objeto actos *personales*. Pero el magistrado romano no vacilaba en imponer directamente la misma *prestación real* cuando ésta era exigida por las circunstancias, y no hubiera sido posible reemplazarla por la satisfacción pecuniaria: lo prueba así la L. 12 pr. de relig. (11-7) que concede al pretor el poder de forzar al propietario vecino a ceder el paso necesario al poseedor de una tumba.

Praetor enim COMPELLERE debet, justo pretio iter ei praestari.

Otro ejemplo de la imposición directa de la prestación lo tenemos en la obligación de ejecutar una obra prometida al común: L. 13 de pollic. (50-12) *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, opera EXSTRUERE DEBERE eos qui pro honore pollicite sunt, non PECUNIAS pro his inferre cogi.*

L. 8 *ibid.* . . . *Cum et absens per amicum perficere id opus possit. Iudices. . . si opus perfici ab eo debere CONSTITUIRENT obedire eum reipublicae ob hanc causam JUBEUNT.*

Lo mismo ocurre en el caso en que la obra hubiera sido ordenada por testimonio. L. 11, Parr. 25 de leg. III (32). *Si quis opus facere jussus paratus sit pecuniam dare reipublicae ut ipsa faciat cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur et ita D. Marcus rescripsit.*

Vese claro por estos textos cuán falso es sostener que en el procedimiento formulario de Roma, los jueces no podían condenar sino en dinero; se olvida que al lado del *judex* estaba el pretor.

Un ejemplo del derecho posterior lo tenemos en la ley (no glosada) 46, pr. Cod. de episc. (1-3) . . . *intra annum dumtaxat id fieri cogere*, Parr. 2 *ibid. praesidibus provinciarum NECESSITATEM IMPONENTIBUS heredibus.*

10. *No es exacta la afirmación de que en el Derecho romano sólo las prestaciones en valor pecuniario podían constituir el objeto de una acción.* — Los materiales contenidos en las fuentes ponen a cualquiera en situación de resolver la cuestión de si la autoridad en Roma se encontraba o no en posición de procurar a sus mandatos la obediencia necesaria. En la mayoría de los ejemplos citados se trata precisamente de prestaciones que no tienen *valor pecuniario*, y en las cuales por tanto, de ser exacto que según el Derecho romano, sólo las prestaciones de valor pecuniario podían ser objeto de la acción, no debía haber la protección jurídica.

El primer error que se ha cometido en esta cuestión es el de haber olvidado al pretor, que figuraba

al lado del *judex* romano. Ahora bien; los poderes que nuestras fuentes conceden al uno y al otro están reunidos en la persona del juez moderno. El segundo refiérese al alcance de la condena pecuniaria pronunciada por el *judex*; y se presenta aquí la función tercera antes indicada del dinero: la función de satisfacción. Consiste ésta en que el juez conceda al demandante una suma de dinero en vista de la lesión de su derecho por parte del demandado, no como *equivalente*, en el sentido económico (*verum pretium, rei aestimatio* o *quanti ea res est, id quod interest*, en el sentido económico) sino como *satisfacción de un sentimiento jurídico lesionado*, como equivalente por el *perjuicio causado en sus intereses no económicos*.

§ 2. — Empleo de la condena pecuniaria con un fin de satisfacción

11. *Acciones penales*. — La función penal del dinero en los delitos del Derecho romano dirigidos, no contra el patrimonio, sino contra la *persona*, es conocida de todo jurista. Citaré, a modo de ejemplo, la *actio injuriarum aestimatoria* y la *actio sepulcro violato*. Pero lo que aquí nos interesa no es la simple existencia de esas acciones penales y el ejemplo del dinero con un fin penal, sino más bien la justificación de esos dos hechos de parte de los juristas romanos desde el punto de vista del interés, esto es, el reconocimiento del fin ideal de *satisfacción* del dinero. Los materiales que las acciones penales ponen a nuestro servicio tienen, en nuestro concepto, el más alto valor en cuanto nos muestran en qué medida el Derecho romano protege el interés.

A esos materiales añado, por mi parte, otros más

RUDOLF VON IHERING

que se refieren a la protección del interés, *independientemente de la hipótesis de un delito*. Todos ellos, tomados en junto, me servirán para contestar a esta cuestión: ¿Cuáles son, además del dinero, los *intereses* que el Derecho romano reconoce y protege?