

## A PROPOSITO DE LA LEX RUBRIA DE GALLIA CISALPINA: CAP. XXIII\*

He querido fijar la atención sobre el cap. XXIII de la *lex Rubria*, debido por un lado a que enlace con anteriores trabajos míos donde aunque fuera incidentalmente debí estudiar la *actio familiae erciscundae*<sup>1</sup>; por otro, porque habiéndose centrado la atención de los romanistas fundamentalmente sobre los capítulos XXI y XXII, el cap. XXIII había quedado huérfano de un estudio que intentara dar una explicación al problema de por qué en una ley que formalmente se refiere a la ampliación de la competencia de los magistrados municipales, ha venido a tratarse de esta acción civil cuya antigüedad se remonta a las XII Tablas<sup>2</sup>.

En mi opinión, siguiendo a RUDOLPH<sup>3</sup> la *lex Rubria* representa un estadio más, muy importante sin duda, dentro de las reformas municipales que inició César. Su fecha, indiscutiblemente se sitúa entre el 49 y el 42 a. C.<sup>4</sup>. Concedida la ciudadanía romana a los transpadanos<sup>5</sup> en el año 49, se sabe que en este año era pretor Roscius Fabatus junto con A. Allienus, partidarios de César. Ros-

\* Reproduzco en castellano la comunicación que presenté al III "Congreso de Studi Velleiate", celebrado en Piacenza en la primavera de 1967. Agradezco al profesor M. LAURIA las valiosas sugerencias que sobre el tema me apuntó en una fructífera conversación tenida en la Universidad de Siena. También al profesor A. BISCARDI quiero agradecer sus agudas notas críticas expuestas en la discusión de mi trabajo, algunas de las cuales he recogido en esta publicación.

1. Cfr. TORRENT, *Consortium ercto non cito*, en *AHDE* 34 (1964) 492.

2. Vid. D. 10.2.1 pr. (Gayo 7 *ad Ed. proe.*); cfr. MAGDELAIN, *Les actions civiles* (París, 1954) p. 13. Interesante es siempre al respecto el estudio de BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht* (Weimar, 1912) p. 5.

3. RUDOLPH, *Stadt und Staat im römischen Italien* (Leipzig, 1935) p. 187 ss.

4. En este sentido, vid. MOMMSEN, *Gesammelte Schriften*, I (Berlín, 1905) p. 192; NICCOLINI, *I fasti dei tribuni della plebe* (Milano, 1934) p. 442; DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, III (Napoli, 1938) p. 323. Vid. HARDY, *The Table of Velesia or the lex Rubria*, en *Some problems in Roman History* (Oxford, 1924) p. 206 y ss., donde critica la inadmisibile idea de NAP, *Het iudicium legitimum in de Romeinsche wetgeving*, en *Hermes* 1913 p. 194-207, que remonta la *lex Rubria* al período silano.

5. Desde 89 a. C. estas comunidades tenían garantizado el estatuto de colonias latinas por una *lex Pompeia*. Vid., entre otros, TAYLOR, *The voting districts of the Roman Republic* (Roma, 1960) p. 123; SAUMAGNE, *Le droit romain et les cités romaines sous l'Empire* (París, 1965) p. 57 y ss.

cius era un eminente cesariano que fue legado en Galia el 54 y como pretor autor de la ley que dio la ciudadanía a los habitantes de la Galia Cisalpina<sup>6</sup>. Por tanto, la *lex Rubria* de fecha posterior a la concesión de ciudadanía romana, y anterior al 42 a. C. en que la Galia Cisalpina fue unida a Italia, se refiere a ciudadanos romanos y aplica Derecho Romano. Los magistrados municipales, *duoviri* o *quattuorviri*, como los llama la ley (cap. XIX, lín. 6; XX, 16, 28, 37, 38, 40, 41; XXI, 15; cito según la edición de Bruns, 7 ed.) deberían dirigir el procedimiento de acuerdo con las normas especiales de esta ley.

Esbozaré una visión esquemática de los preceptos de la *lex Rubria*, porque creo que sólo teniendo una visión de conjunto de la misma, y a la luz de su contenido general, especialmente de los capítulos XXI y XXII, puede llegarse a una integración, en mi opinión satisfactoria, del fragmentario cap. XXIII. También plantea esta ley la cuestionabilidad de los *iudicia quae imperio continentur*, como habremos de ver a lo largo de mi exposición.

Desde luego, en los dos primeros capítulos la *lex Rubria* delimita la competencia de los magistrados locales en situaciones que no entran en su *iurisdictio* normal. Desgraciadamente también el capítulo XIX lo conocemos en un estado fragmentario, pero no cabe duda que señala el ámbito de la competencia de los magistrados municipales estableciendo la *remissio* al pretor peregrino en casos de *operis novi nuntiatio* e interdictos<sup>7</sup>. La misma ampliación de competencia se observa en el cap. XX, que hace relación a la *cautio damni infecti*, que, en mi opinión, se refiere claramente a la *cautio* pretoria. Si admitimos que la *lex Rubria* desarrolla el procedimiento según fórmulas, en el cap. XX encontramos una alusión a la *cautio damni infecti* como medio pretorio de protección extraprocesal que excluye la *legis actio damni infecti*, que según Gayo 4.31, aún después de la introducción del proceso formular era, con el *iudicium centumvirale*, un procedimiento que podría desarrollarse según el viejo sistema procesal. Notable es también la *remissio* al pretor peregrino, que según Mozzillo<sup>8</sup> se debe a la necesidad de su referencia impuesta por la esfera de competencia territorial del *praetor peregrinus*. No interesa en este momento tratar de la men-

6. Vid. WILLEMS, *Le sénat de la république romain*, II (París, 1878) p. 497 ss.; RUDOLPH, *op. cit.* 196 ss.; TAYLOR, *Caesar's agrarian legislation*, en *Studies Johnson* (Princeton, 1951) p. 72.

7. Cfr. SERRAO, *La "iurisdictio" del pretore peregrino* (Milano, 1954) p. 91.

8. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle "stipulationes praetoriae"* ("Napoli, 1960) p. 114 y ss. 117, con crítica a la doctrina anterior.

ción de la *stipulatio* en el cap. XX, que ha sido estudiada por KUNKEL<sup>9</sup>, y más recientemente por PASTORI<sup>10</sup>.

Mucho más interesante para nuestro argumento son los capítulos XXI y XXII donde se establece la equiparación al *damnatus*, no sólo del *confessus* de una suma determinada de dinero, sino también del *indefensus*, con la salvedad, dice la ley, que se tratara de *certa credita pecunia*. Y en este punto han venido a confluir dos figuras de diversa estructura agrupadas bajo el denominador común de la *damnatio*, que indudablemente representa una anomalía dentro del marco procesal romano, hasta el punto que GRADENWITZ<sup>11</sup> ha intentado explicarla en el sentido que la *lex* fuera el resultado de una deficiente unificación de dos diferentes textos originarios, de los cuales uno se referiría al *confessus certae pecuniae* equiparándolo al *damnatus*, y el otro se referiría al *indefensus* amenazándolo (siempre en relación a la *certa pecunia*) con el *duci iubere* del magistrado; de aquí derivaría una ficción de *damnatio* para el *indefensus* que GRADENWITZ cree inadmisibles<sup>12</sup>. WLASSAK<sup>13</sup>, por su parte, entiende que tal ficción puede tener su fundamento y justificación de cuanto el cap. XXI se refiere a sumas no superiores a 15.000 sextercios, o sea, de poca entidad, que por este motivo no valía la pena enviar a Roma, siendo más útil el desarrollo del proceso correspondiente ante el magistrado municipal, que sin embargo no disponía de medios suficientes para obligar al demandado a tomar parte activa en el proceso, ni podía tampoco decretar la *missio in bona*, único medio realmente eficaz a tal fin. En este caso se habría debido recurrir al pretor de Roma que podía ordenar la *missio*.

9. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, en *Festschrift Koschaker* 2 (Weimar, 1939) p. 1 ss.

10. PASTORI, *La genesi della stipulatio e la menzione della bona fides nella lex de Gallia Cisalpina con riferimento all'actio ex stipulatu*, en *Studi Betti* 3 (Milano, 1962) p. 384.

11. GRADENWITZ, *Versuch einer Dekomposition des Rubrischen Fragmentes* (Heidelberg, 1915) p. 27 ss., al que sigue PÜSCHEL, *Confessus pro iudicato est. Bedeutung des Satzes für den römischen Formularprozess, zugleich ein Beitrag zur Erklärung der lex Rubria* (Heidelberg, 1924) p. 23 ss.

12. BESELER, *Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung*, en *ACInternat.* 1 (Roma, 1935) p. 342, no encontrando una explicación satisfactoria al cap. XXI, hipotiza que la *lex Rubria* sea un proyecto informe de ley encontrado por M. Antonio entre las cartas de César que luego habrían sido pasadas como leyes en los *Acta Caesaris*. Indudablemente se refiere a la *lex Antonia de actis Caesaris confirmandis* del 44 a. C.; sobre esta ley cfr. PREMERSTEIN, *Die Tafel von Heraclea und die Acta Caesaris*, en *ZSS* 43 (1922) p. 46 ss.; ADCOCK, *Caesar's dictatorship*, en *CAH IX* (Cambridge, 1951) p. 699. Contra BESELER, vid. DE MARTINO, *Storia*, cit. III, p. 323 u. 84.

13. WLASSAK, *Konfessio in iure und Defensionsweigerung nach der lex Rubria de Gallia Cisalpina* (München, 1934) p. 11 ss.

pero ello significaría una enorme pérdida de tiempo<sup>14</sup>. Para obviar estos inconvenientes, la *lex Rubria* introduciendo una innovación importante, otorga al magistrado municipal medios suficientes para constreñir al demandado a participar en el proceso, y equiparando el *indefensus* al *damnatus*, pone el actor en condiciones de intentar la *actio iudicati* contra el *indefensus-damnatus*<sup>15</sup>, que, si quiere oponerse, deberá prestar la *cautio iudicatum solvi* y correr el riesgo si no vence, de ser condenado *in duplum*. DI PAOLA<sup>16</sup> cree sin embargo que la innovación fue más radical: el *confessus* no fue nunca equiparado al *damnatus* sino solamente al *iudicatus*, con la excepción de lo dispuesto en la *lex Rubria* que para la Gallia Cisalpina dispuso la equiparación al *damnatus* únicamente del *certae pecuniae confessus* que no se hubiera defendido *uti oportebit*. Yo no voy a entrar en los particulares que la ley describe minuciosamente de esta figura; sólo me interesa destacar esta amplitud de poderes concedida al magistrado local para tutelar el derecho del actor y hacer más ágil el proceso.

De todas maneras, esta ampliación de competencias no era omnimoda, pues sólo alcanzaba a litigios cuya cuantía no excediera de 15.000 sextercios: *lex Rubria* XXI. 4, 19; XXII, 28<sup>17</sup>. Por otro lado, que la competencia de los magistrados municipales normalmente sólo alcanzaba hasta un cierto valor, viene puesto de relieve por Paulo:

*Sententiae, 5.5a.1: Res iudicatae videntur ab his, qui imperium potestatemque habent vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur, itemque a magistratibus municipalibus usque ad summam, qua ius dicere possunt.*

Un factor que me interesa hacer resaltar es la consideración de que los procedimientos previstos en la *lex Rubria* entran dentro de la órbita de los *iudicia quae imperio continentur*. Es obvio acentuar que entre los *iudicia legitima* y los *iudicia quae imperio continentur* no existe diversidad de estructura procesal: en ambos el magistrado *iudicium dat* y *iudicare iubet*, y naturalmente las partes deben estar de acuerdo sobre la fórmula concedida: *edere et accipere iudicium*,

14. Vid. DI PAOLA, *Confessio in iure* (Milano, 1952) p. 5.

15. Cfr. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico* (Milano, 1963) p. 35.

16. DI PAOLA, *op. cit.* p. 8 ss., especialmente p. 15.

17. Cito siempre según BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, 7 ed. (Tübingen, 1909). Es curioso que el *Fragmentum Atestinum* 6 (BRUNS, *Fontes*, p. 101) fija el límite de competencia del magistrado municipal en 10.000 sextercios. Cfr. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I (Torino, 1948) p. 150; idem *Il processo civile romano*, I (Roma, 1962) p. 140.

*litem contestari*<sup>18</sup>. Es indudable que la *litis contestatio* ocurría en los *iudicia quae imperio continentur*, como se deduce de la documentación de la *lex Rubria* y otras fuentes (Gayo, 4.106; Cic. in *Verrem* II, 3.22.55; también hay otros textos en los que se deduce que cabe la *litis contestatio* fuera de supuestos de *iudicia legitima*: Gayo, 3.83, 180).

Como es sabido, salvo pocas excepciones, la tesis de MOMMSEN<sup>19</sup> que define los *iudicia quae imperio continentur* como aquéllos que no se apoyan directamente sobre una *lex*, sino sobre el poder discrecional del magistrado, es seguida generalmente<sup>20</sup> y llegados a este punto, creo que es conveniente empezar a examinar los textos.

Gayo, 4.103: *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur.*

18. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare* (Milano, 1946), p. 80 ss., 115 ss., ha hipotizado que en los *iudicia quae imperio continentur* faltase la *litis contestatio*, o en todo caso, no tendría la misma naturaleza ni las mismas consecuencias que en los *iudicia legitima*. En mi opinión esta tesis no tiene una sólida base sobre las fuentes, y ha sido criticada con gran severidad: cfr. PUGLIESE, *Figure processuali ai confini tra iudicia privata e iudicia publica*, en *Studi Solazzi* (Napoli, 1948) p. 393; id. *Il processo formulare*, II, p. 290 ss.; GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano* (Milano, 1947) p. 70 nt. 10; BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio*, en *Studi Albertario I* (Milano, 1953) p. 100 en nota; BISCARDI, *Formula e processo: valutazione di una tesi*, en *RISG* 1949 p. 451 ss.; BONIFACIO, *Iudicium legitimum e iudicium imperio continens*, en *Studi Arangio-Ruiz 2* (Napoli, 1953) p. 210 ss. No trata el problema, JAHR, *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen und Formularverfahren* (Köln-Graz, 1960). Problema distinto sería determinar la fecha de aparición de la separación conceptual *iudicia legitima-iudicia imperio continentia*. BONIFACIO, *Studi Arangio-Ruiz, 2*, p. 219, entiende que la distinción no puede ser anterior a la *lex Iulia iudiciorum privatorum* (17 a. C?): determinados procesos vendrían llamados *iudicia legitima* precisamente porque vendrían regulados en dicha ley. Muy recientemente, KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (München, 1966) p. 116, 270, también refiere los *iudicia legitima* a la *lex Iulia*, acentuando en los *iudicia quae imperio continentur* el tiempo de duración de la magistratura. En mi opinión esta distinción puede ser anterior; en todo caso podría muy bien ser aplicada desde que Roma intenta la organización municipal después de la Guerra Social.

19. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 3 ed. I (Leipzig, 1887) p. 186. Cfr. MOMMSEN, *Iudicium legitimum*, en *ZSS* 12 (1892) 281.

20. Vid. por todo, entre la doctrina menos reciente, WŁASSAK, *Römische Prozessgesetz*, I (Leipzig, 1888) p. 24 ss.; más recientemente, PUGLIESE, *Studi Solazzi*, p. 393. En contra, BONIFACIO, *Studi Arangio-Ruiz, 2*, p. 210 ss., que modifica la doctrina anterior en el sentido de considerar *iudicia legitima* aquellos en los que concurren los tres requisitos de lugar, ciudadanía y composición del órgano juzgador descritos en Gayo 4.104, pero no en relación a cualquier *lex*, sino en relación a una *lex* determinada que reguló estos procesos y no otros, y que hace insuficiente el binomio *lex-imperium* como dato clasificador entre ambos tipos de procedimiento.

4.104: *Legítima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori.*

4.105: *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tandem valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit.*

Con estos criterios gayanos, indudablemente los procedimientos incoados en virtud de la *lex Rubria* son *iudicia quae imperio continentur*, en cuanto que ni se desarrollan en Roma ni probablemente el órgano juzgador es un *iudex unus*, sino varios: es sabido que en los municipios había listas de jurados. El problema sin embargo no queda resuelto así en cuanto que los magistrados municipales no tenían *imperium*, pero sin duda tenían cierta *iurisdictio*, que podían tenerla como delegados del pretor, o tenerla a través de una ley, siempre naturalmente subordinados a la *iurisdictio* del pretor de Roma. WLASSAK<sup>21</sup> entiende que de las dos *leges Iuliae* que Gayo menciona (4.30), una de ellas regularía la *iurisdictio* municipal, y en virtud de esta ley los magistrados municipales desarrollarían su actuación jurisdiccional. Esta hipótesis, que no ha sido unánimemente admitida, no cabe duda que es muy fecunda, pero si se admite que las *leges Iuliae* sean probablemente del 17 a. C., aunque la fecha no sea del todo segura, deja privados de base los procedimientos desarrollados en los municipios anteriores a tal ley. En mi opinión, WLASSAK ofrece un núcleo de razón en cuanto que muy probablemente los magistrados municipales ejercieron la *iurisdictio* en virtud de una ley, que él entiende debería tener un marco general, pero que muy bien podría ser una ley particular; de aquí que se pueda legítimamente hipotizar que la *lex Rubria* probablemente concediera esta atribución a los magistrados de la Galia Cisalpina, hipótesis confortada con los capítulos conocidos en cuanto atribuyen una ampliación de competencias fuera de la normal en los municipios, ampliación que supone previamente una atribución expresa

21. WLASSAK, *Prozessgesetze* I p. 190 ss.; Id. *Der Judikationsbefehl der römische Prozesse* (Wien, 1921) p. 274 ss. En contra, GIRARD, *Les leges Iuliae publicorum et iudiciorum*, en *ZSS* 34 (1913), p. 342 ss.

(o tácita) de la *iurisdictio*<sup>22</sup>. Y en todo caso, estos argumentos no quitan valor a la afirmación que los procedimientos previstos en la *lex Rubria* fueran *iudicia quae imperio continentur*<sup>23</sup>, al menos con los criterios formales que ofrece Gayo.

A la luz de estas ilustraciones, es como enfoco el tormentoso y olvidado cap. XXIII de la *lex Rubria*:

*Queiquomque in eorum quo o. m. c. p. f. v. c. c. t. ve quae in Gallia Cisalpeina sunt erunt, i(ure) d(eicundo) p(raerit), is inter eos, qui de familiae erciscunda devindunda iudicium sibi dari reddere in eorum quo o. m. c. p. f. v. c. c. t. ve, quae s(upra) s(crupta) s(unt), postulaverint, ita ius deicito decernito iudicia dato iudicare iubeto, uti in eo o. m. c. p. f. v. c. c. t. ve, in quo is, quouis...*<sup>24</sup>.

El fragmento está incompleto y es conveniente ponerlo en relación con otras normas referentes a la *actio familiae erciscundae* del procedimiento formulario. Es sabido que la sentencia formular estaba privada de eficacia prejudicial, con las únicas excepciones de los juicios divisorios (*actio familiae erciscundae, communi dividundo*; dejaré aparte la *actio finium regundorum*, cuya naturaleza divisoria me parece muy discutible), y en materia de *praeiudicia*, de forma que la *adiudicatio* en los juicios divisorios tenía eficacia como título de adquisición de la propiedad y otros derechos reales<sup>25</sup>.

22. El mismo RUDOLPH, *op. cit.* p. 229, si bien considera la jurisdicción municipal como delegada, entiende que la delegación era concedida por una ley comicial, que, por otra parte, son escasísimas en materias de Derecho privado. Cfr. ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, en *Studi giuridici*, I (Milano, 1922), p. 1-42; íd. *Ricerche sulla produzione legislativa dei comizi romani*, íbid. p. 43-66, para quien la mayoría de estas leyes fueron votadas en forma de plebiscitos, opinión que ha sido acogida generalmente con la excepción de COSENTINI, *Il carattere della legislazione comiziale romana di diritto privato*, en *AG* 1944, p. 130-146.

23. La mayoría de la doctrina entiende que la distinción *iudicia legitima-iudicia quae imperio continentur* es posterior a las *leges Iuliae*; sin embargo, creo que la distinción debe ser anterior y se remonte a la *lex Aebutia*, al menos como distinción con funcionalidad operativa, aunque no se llegara a su precisión conceptual sino más tarde. Cfr. KASER, *Die lex Aebutia*, en *Studi Albertario* 1 (Milano, 1953) p. 27 ss.

24. BRUNS, *Fontes*, 101, seguido por RICCOBONO, FIRA, *Leges*, 175, después de *quouis integra de bonis agetur, domicilium habuerit*, y deja en puntos suspensivos una reconstrucción mayor del fragmento, integración que tiende a reconstruir el contenido material de la *actio familiae erciscundae* que el fragmento deja en la sombra, y que a mí no me interesa desde el momento en que la integración que propongo mira más a la estructura procesal de la acción, que según mi opinión debió de ser la razón de la inclusión de esta acción en la *lex Rubria*.

25. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, en *Annali Palermo* 24 (1955), p. 352.

Tit. Ulp. 19.16: *Adiudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios, et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos. Nam si iudex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adiudicaverint, statim illi adquiritur sive mancipi sive nec mancipi sit.*

Fr. Vat. 47a (Paul. 1 man.). *Potest constitui (scil. usus fructus) et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo.*

La validez constitutiva de la *adiudicatio* del *iudicium familiae erciscundae* se obtiene sólo en los *iudicia legitima*; sin embargo, en aquellos juicios de división de la herencia que se desarrollaran a través de *iudicia quae imperio continentur*, la *adiudicatio* daría lugar simplemente a una situación tutelada con medios pretorios; ésta es la enseñanza que se deduce de un conocido texto de Paulo (6 *ad Sab.*):

D. 10.2.44.1: *Si familiae erciscundae vel communi dividundo <imperio continentis iudicio> actum sit, adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut <utiles?>*<sup>26</sup> *actiones dando.*

Las interpretaciones sobre este paso son bastante peregrinas. KELLER<sup>27</sup> entiende que el fragmento se refiere primitivamente a los *iudicia quae imperio continentur*, pero no propone ninguna integración, sino que estima interpolado *adiudicationes-dando*, crítica compartida por BIONDI<sup>28</sup>. Se pronuncian por la integración, idea que comparto, LENEL<sup>29</sup>, ARANGIO-RUIZ<sup>30</sup> y MARRONE<sup>31</sup>. De todo este discurso la deducción clarísima es que la *adiudicatio* en los *iudicia legitima familiae erciscundae* tenía eficacia constitutiva, convirtiéndose por tanto en título de adquisición, afirmación válida tanto para el procedimiento formulario como para las *legis actiones*.

26. La integración dubitativa de *utiles* es de MARRONE, *loc. cit.*

27. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach klassischen römischen Recht* (Zürich, 1827) p. 116 en nota.

28. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, en *Annali Palermo* 7 (1918) p. 236 nota, aunque su crítica tiene un distinto fundamento que en KELLER. BIONDI entiende interpolado *adiudicationes-dando* por el uso del plural *actiones* (y *exceptiones*) donde se trata de una única acción (o excepción). En contra, MARRONE, *op. cit.*, p. 352 n. 682, que estima que el plural de *actiones* y *exceptiones* está justificada en cuanto inmediatamente antes se había hablado de *adiudicationes*.

29. LENEL, *Pal.*, 1, 1269, n. 2.

30. ARANGIO-RUIZ, *Studi formularii*, II. In tema di *adiudicatio*, en *BIDR* 32 (1922) 7.

31. MARRONE, *loc. cit.*



En mi opinión, precisamente en esto radica la especialidad de la *lex Rubria* en cuanto regula *iudicia quae imperio continentur* en relación con la *actio familiae erciscundae*; no se comprende de otro modo la causa de por qué esta ley dirigida a regular la competencia de los magistrados municipales haya incluido esta acción. La *lex Rubria* contempla la *actio familiae erciscundae* para hacer definitiva la *adiudicatio* y evitar el enojoso y dilatador recurso al pretor de Roma en casos de controversias surgidas posteriormente a la *adiudicatio*, que en la Galia Cisalpina, y contrariamente a lo normal en casos de *iudicia quae imperio continentur* tendría eficacia prejudicial, idea confortada por el marco general de la ley que tiende a hacer más ágil el procedimiento municipal otorgando consecuentemente facultades más amplias a los *duoviri* o *quattuorviri*, como hemos visto en el caso de la equiparación del *indefensus* al *damnatus*, que tiende a evitar molestias y pérdida de tiempo a los litigantes.

Con estas premisas, creo que se puede intentar una reconstrucción del cap. XXIII de la *lex Rubria* en relación con Ulp. 19.16, Fr. Vat. 47a, y D. 10.2.44.1.

Cap. XXIII: ...*quoius... <adiudicatione inter coheredes dominia rerum statim adquiruntur>*.

De esta manera la *adiudicatio* vendría a tener eficacia prejudicial y las posibles excepciones y oposiciones a la misma no tendrían virtualidad ni tendrían las partes por qué recurrir a propósito de la misma al pretor de Roma. En definitiva, la *lex Rubria* hablaría de la *actio familiae erciscundae* a propósito de la ejecución material, dando virtualidad constitutiva a la *adiudicatio* ordenada por el magistrado municipal.

Por otra parte, el texto que conservamos del cap. XXIII es perfectamente lógico con la estructura procesal formularia de la *actio familiae erciscundae*, en que la *postulatio* viene dirigida al *iudicium sibi dari reddeive*<sup>32</sup>. Aquí, como en Gayo, 4.17a (*nominata causa ex qua agebatur, statim arbiter petebatur*), los coherederos, dado el carácter de *actio duplex* de la *actio familiae erciscundae*<sup>33</sup>, no pretenden un derecho contra un posible demandado, sino que se pide al magistrado una vez acertada la realidad de la coherencia, el nombramiento de un árbitro<sup>34</sup> para que hiciera la división<sup>35</sup>, que

32. Vid. WŁASSAK, *Judikationsbefehl*, cit., 22.

33. Cfr. D. 10.1.10. (Iul. 51 *dig.*); D. 10.3.2.1 (Gayo 7 *ad Ed. prov.*); D. 5.1.39 (Gayo 7 *ad Ed. prov.*); D. 10.2.44.4 (Paul. 6 *ad Sab.*); D. 10.2.2.3 (Ulp. 19. *ad Ed.*). Vid. BERGER, *Teilungsklagen*, cit., p. 12 ss.

34. Cfr. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., p. 345.

en principio debía ser pedida por todos los coherederos<sup>36</sup>. Que el órgano juzgador ante el que se desarrollara la fase *apud iudicem* fuera *iudex* o *arbiter* no lo dice la *lex Rubria*. Para el Derecho de la ciudad de Roma, parece seguro que tanto en el procedimiento por *legis actiones* como en el formulario, el órgano sería un *arbiter*<sup>37</sup>; lo que fuera en la jurisdicción municipal no puede afirmarse con seguridad<sup>38</sup>. La *lex Rubria*, en el cap. XXIII, dice *iudicia dato*, y la *postulatio* de los *coheredes* se refiere a un *iudicium sibi dari*, pero aquí *iudicium* viene entendido como el mecanismo procesal, que, por otra parte, viene así llamado en numerosos textos del libro 10, título 2 de los Digestos, donde se habla de *iudicium familiae erciscundae* como todo aquel procedimiento dirigido a operar la división hereditaria. Sin embargo, CARRELLI<sup>39</sup>, influido por la vieja doctrina de KELLER, entiende *iudicium* en el sentido restringido de documento procesal constituido por un esquema edictal sobre el cual el magistrado a instancia de las partes opera oportunas modificaciones para adaptarlo a la realidad concreta, idea que no estimo aceptable en cuanto al *iudicium* que piden las partes en la *actio familiae erciscundae* se dirige simplemente a pedir la *adiudicatio*, y en éste el magistrado no tiene por qué adaptarse a nada, sino simplemente, una vez probada la coherencia, designar el órgano juzgador que será quien determine la *adiudicatio*. Por otro lado, WLASSAK<sup>40</sup> había entendido *iudicium dare* como autorización concedida por el magistrado a las partes, y más precisamene al actor para la redacción del *iudicium* (fórmula) sobre el esquema preparado en el Edicto. Refiriéndose<sup>41</sup> al binomio de la *lex Rubria*, *iudicium dare-iudicare iubere*, lo estima unitariamente comprendiendo una doble actividad del magistrado, entendiendo *iudicare iubere* como intimación dirigida al juez que las partes han elegido

35. Por otro lado, parece claro después de la demostración de ARANGIO-RUIZ, *Le formule con dimostratio e la loro origine*, en *Rariora* (Roma, 1946) p. 32, que la fórmula de la *actio familiae erciscundae* (y *actio communi dividundo*) se concluía con la *adiudicatio*, y sólo en época relativamente tardía se haya añadido la cláusula condenatoria para las *praestationes*.

36. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Napoli, 1950), 6 n. 5; KASER, *Das römische Privatrecht*, I (München, 1955), 88; PUGLIESE, *loc. cit.*; BROGGINI, *Iudex Arbitræ. Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters* (Köln-Graz, 1957), 157.

37. Vid. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III (Bologna, 1950), 52. Cfr. D. 10.2.52.2 (Iul. 2 ad Urs. Fer.): *arbiter familiae erciscundae*.

38. Cfr. *Fragmentum Atestinum*, 7: *iudex arbitræ addicatur detur*.

39. CARRELLI, *La genesi*, cit., 52.

40. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, II, Leipzig, 1891, 243; id. *Die klassische Prozessformel*, Wien 1924, 170 ss., seguido por PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, 147.

41. WLASSAK, *Judikationsbefehl*, 16 ss.

para que pronuncie sentencia congruente, opinión que ha sido criticada por JAHR<sup>42</sup> y ya anteriormente por CARRELLI<sup>43</sup>.

Según SERRAO<sup>44</sup>, *decernere*, cuando se acompaña a los términos propios de los *iudicia privata* (y éste de la *lex Rubria* indudablemente lo es), indica el *decretum* con el que el magistrado promueve los actos que entran en su *iurisdictio*, como son la concesión del *iudicium*, que entiende como nombramiento del juez, y el *iussum iudicandi*.

En el fondo, esta idea de la *postulatio* de los *coheredes* dirigida a un *iudicium sibi dari*, es la de LENEL<sup>45</sup> en su reconstrucción de la fórmula de la *actio familiae erciscundae*:

*Quod Lucii Titii heredes de familia erciscunda deque eo, quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, gestum admissumve sit, iudicem sibi dari postulaverunt...*

LENEL cambia *iudicium* por *iudicem*, aunque no invierte nada en nuestro argumento. Al objeto de especificar la *postulatio*, nada importa si las partes piden un *iudex* o un *iudicium*, siendo, por otra parte, más probable que los *coheredes* pidieran un *arbiter*. Creo, por otra parte, que puede acogerse al menos, en relación al capítulo XXIII de la *lex Rubria*, la opinión de WŁASSAK, que ve dos momentos diferentes en un único acto del magistrado del *iudicium dare-iudicare iubere*. Esto me parece lógico, porque ¿qué función tiene la *litis contestatio* en los *iudicia familiae erciscundae*? Las partes piden la división y ello supone el acuerdo inicial desde el momento que se intenta la acción; por ello creer que con *iudicium dare* se intima al actor (de acuerdo con el demandado, que en este caso no existe: todos están en paridad de posición) a redactar la fórmula siguiendo el modelo edictal, no tiene contenido. Las partes piden al magistrado la división, y éste ha de constatar si son coherederos y la realidad de la herencia: constatado esto, *iudicium dat* y *iudicare iubet* con un decreto que viene indicado con el término *decernere*.

Concluyendo, creo que la mención de la *actio familiae erciscundae* en la *lex Rubria*, cap. XXIII, viene hecha al objeto de atenuar las consecuencias de considerar tal acción desarrollada con las características de los *iudicia quae imperio continentur*, consideración que desde el punto de vista formal sería lógica en cuanto los pro-

42. JAHR, *Litis Contestatio*, cit., 88 ss.

43. CARRELLI, loc. cit.

44. SERRAO, *La iurisdictio*, cit., 69 n. 37.

45. LENEL, *Edictum perpetuum*, 3 ed. (Leipzig, 1927), 207.

cedimientos desarrollados en la Galia Cisalpina no reúnen los requisitos exigidos por Gayo para ser *iudicia legitima*. Esto significa evidentemente una ampliación de la esfera de poder del magistrado municipal en cuanto las posible controversias que pudieran surgir en el proceso habrían de ser ventiladas ante él mismo, y no acudiendo al pretor de Roma. Por otra parte, se deduce de todo esto el valor constitutivo de la *adiudicatio* ordenada al juez por el magistrado local. Me parece esta una interpretación lógica, teniendo en cuenta la exposición paralela de equiparación del *indefensus* al *dammatius*, como hemos tenido ocasión de comprobar. Las razones generales podrían ser por dar una mayor agilidad al procedimiento municipal; quizá no deba excluirse por otra parte, una atención particular de César por la Galia Cisalpina, que le movería a darle un régimen municipal más amplio del normal en los municipios romanos, pero esto sería tema de otro estudio sobre la actividad de César, que no creo sea oportuno en este momento afrontar.

ARMANDO TORRENT