

# LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN EL DERECHO ROMANO CLASICO (\*)

“Actio adversus iudicem qui litem suam fecit”

SUMARIO: I) LA NUEVA TESIS DE A. D'ORS.—II) OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA EXPRESION «LITEM SUAM FACERE».—III) PROBABLE SANCION CONTRA EL JUEZ EN LA EPOCA PRIMITIVA IV) LA ACCION FORMULARIA: 1) Cuestión previa: la probable solución *extra ordinem* frente a la ausencia de sentencia. 2) La fórmula de la acción era *in factum concepta* 3) El problema de la transmisibilidad o intransmisibilidad pasiva de la acción. 4) D. 5.1.15.1. 5) La posible fórmula edictal.—V) CONCLUSIONES.

## I.—LA NUEVA TESIS DE A. D'ORS

La reciente publicación del artículo «*Litem suam facere*», del profesor A. d'Ors<sup>1</sup>, replantea, y en buena medida aclara, una serie de complejos problemas referidos en último término a la responsabilidad privada del juez romano. Dicho artículo viene a romper la hipótesis tradicional sobre el *iudex qui litem suam fecit*<sup>2</sup>, que tiene su último exponente en un estudio de Giannetto Longo<sup>3</sup>.

---

\* En estas páginas se reproduce inalterada la comunicación que, bajo el mismo título, presentamos en las «Journées internationales d'Histoire du droit» (Amsterdam, mayo de 1984); tema central del congreso: «La jurisdiction supérieure dans l'histoire du droit». Un breve resumen en francés aparece simultáneamente en la *RHD*. En el XXXVII Congreso de la SIDA (El Cairo, diciembre de 1983) presentamos ya una primera aproximación al tema, si bien existen diferencias esenciales entre aquella comunicación y el presente artículo.

1. A. D'ORS, «*Litem suam facere*», en *SDHI*. 48 (1982) pp. 368 ss.

2. De la bibliografía anterior, se puede acudir a: KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, en *ZSS*. 39 (1918) pp. 213 ss.; HÜBNER, *Zur Haftung des «iudex qui litem suam fecit»*, en *Iura* 5 (1954) pp. 200 ss.; STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, en *Iura* 8 (1957) pp. 57 ss.; STEIN, *The Nature of quasi-delictal*

Es cierto que algunas soluciones aportadas por d'Ors pueden ser discutibles (él mismo en determinados puntos se manifiesta con dudas), pero resulta claro que su artículo pasa a ser desde ahora insustituible en el tema de *litem suam facere*.

A los testimonios que suelen acompañar los trabajos monográficos sobre nuestro tema añade ahora d'Ors un nuevo dato aportado por la *lex Irnitana*<sup>4</sup> y, tras un detallado análisis textual, llega a indicar que todos los testimonios salvo uno —Ulpiano 21 *ad Ed.*, D. 5.1.15.1— vienen en el fondo a identificar *litem suam facere* con ausencia de sentencia, lo que le lleva a entender como completamente glosemático dicho fragmento atribuido a Ulpiano «que sería la causa de todos los errores sobre nuestro tema»<sup>5</sup>.

El centro de gravedad de la nueva tesis dorsiana consiste así en señalar que un juez *litem suam facit* cuando no da sentencia, a lo que quedaría equiparado el darla fuera de los límites de la fórmula, pues tal sentencia sería nula y equivaldría a ausencia de sentencia. De esta forma, el *factum* alegado en la *nominatio facti* —*intentio in factum* según la terminología más tradicional<sup>6</sup>— de la fórmula de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecerit* sería la ausencia de sentencia, lo que cuadraría con los otros tres supuestos que serían llevados por Justiniano a la categoría cuasi-delictual apoyándose en un sistema de responsabilidad objetiva.

---

*Obligations in Roman Law*, en *RIDA* 5 (1958) pp. 563 ss.; KELLY, *Roman Litigation* (1966) pp. 103 ss., y rec. de KASER en *ZSS.* 84 (1967) p. 517; WOŁODKIEWICZ, «*Obligaciones ex variis causarum figuris*». *Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano*, en *RISG.* 14 (1970) pp. 194 ss.; MAC CORMICK, «*Iudex qui litem suam fecit*», en *Acta Iuridica* (1977) pp. 149 ss.

3. G. LONGO, *I quasi delicta «Actio de effusis et deiectis» - «Actio de positis ac suspensis»*, en *Studi Sanfilippo IV* (1983) pp. 399 ss., en especial 408 ss.

4. En el momento de redactar este artículo dicha ley todavía no ha sido publicada. Una noticia completa, con fundamento en fotografías de los bronce, proporciona D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, en *SDHI.* 49 (1983) pp. 18 ss.; información más sucinta en D'ORS, *La nueva copia irnitana de la «lex Flavia municipalis»*, en *AHDE.* 53 (1983) pp. 5 ss., y en GIMÉNEZ-CANDELA, *La «lex Irnitana». Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, en *RIDA.* 30 (1983) pp. 125 ss.

5. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt 1, p. 373.

6. Las acciones *in factum* no tenían propiamente *intentio*, sino una descripción del *factum*. Ver VALIÑO, «*Intentio*» en el *Digesto Una revisión de textos*, en *Estudios Alvarez Suárez* (1978) pp. 519 ss.

Además, propone una alteración en la *condemnatio* tradicionalmente admitida de la fórmula de nuestra acción. Si bien en algún aspecto existieron controversias<sup>7</sup>, se solía entender hasta la fecha —siempre de acuerdo con Lenel<sup>8</sup>— que su fórmula contenía una *condemnatio in (bonum et) aequum concepta*, lo que permitía al juez una amplia discrecionalidad a la hora de la estimación<sup>9</sup>; que la fórmula presentase una *condemnatio* de ese tipo se desprendería de un fragmento del libro tercero de las *res cottidianae* recogido en D. 50.13.6<sup>10</sup>, pues, si bien el inciso final «*et in quantum de ea re aequum religioni iudicanti visus fuerit*» era admitido por todos como no clásico, subyacería en él la antigua *condemnatio*. D'Ors, tras indicar que el juez que hizo suyo el litigio se «subrogaba» en la posición del demandado, señala que la *condemnatio* de la fórmula edictal quizá hiciera referencia a *in quantum Lucius Titius* (el demandado en la acción frustrada) *condemnari debisset*.

## II.—OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA EXPRESION «LITEM SUAM FACERE»

i) El deber esencial del juez, y para eso es nombrado, es el dar sentencia (Juliano 5 *dig.*, D. 5.1.74.pr.; Ulpiano 51 *ad Sab.*, D. 42.1.55); caso de no darla incurre en responsabilidad. Que la expresión *litem suam facere* incluye al juez que no dictó la sentencia queda suficientemente probado en las fuentes: Aulo Gelio 10.1.5, Pap. Ant. I.22 y cap. 91 (tabla X) de la recién descubierta *lex Irnitana*.

7. Algunos, con apoyo en D. 5.1.15.1 y D. 50.13.6, sostuvieron la existencia de dos acciones: una para el supuesto de dolo con *condemnatio* referida a *quanti ea res est*, y otra para el caso de imprudencia con *condemnatio in aequum*. Véase LENEL, *EP*<sup>3</sup>, p. 168.

8. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, p. 169.

9. Sobre la pretendida inclusión de esta acción entre las denominadas *actiones in (bonum et) aequum conceptae*, ver THOMAS, *Observations sur les actions «in bonum et aequum conceptae»*, en *RHD.* 25 (1901) especialmente pp. 542 ss.; PRINGSHEIM «*Bonum et aequum*», en *ZSS.* 52 (1932) pp. 105 ss.; GUARINO, «*Actiones in aequum conceptae*», en *Labeo* 8 (1962), sobre todo pp. 13 s.

10. El texto se reproduce también en D. 44.7.5.4 y en I. 4.5.pr, si bien sólo en D. 50.13.6 se dice que la acción era *in factum*. Véase *infra* IV.2.

En Aulo Gelio el tema se plantea de forma indirecta, si bien el uso de la expresión *litem suam facere* tiene ahí un sentido técnico<sup>11</sup>. Un familiar le requiere por carta a Gelio acerca de la utilización de los términos «*tertium*» y «*tertio*», éste le responde («da sentencia») —apoyándose en la autoridad de Varrón— porque no quiere hacer suyo el litigio: *litem meam facere absens nolui*. Un juez podía así *litem suam facere* cuando no daba sentencia (salvo que jurase no ver claro: *rem sibi non liquere*, juramento que le exoneraba).

Del testimonio proporcionado por Pomponio en Pap.Ant. I.22<sup>12</sup> se deduce también que, si un juez no hizo el aplazamiento (*diffissio*) jurando la causa del mismo<sup>13</sup> ni dictó sentencia, hace suyo el litigio:

Item Pomp(onius) scr(ibit). Si falso t(utore) a(uctore) male fuerit diffis(s)us dies, ed(ictum) q(ui)d(em) cessare, et iudicem, q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue) s(ententi)am dixit, litem suam fe(cisse vi deri. ).

Esto, y d'Ors lo pone en claro relieve, viene a coincidir con lo señalado ahora por la *lex Irnitana*<sup>14</sup>, donde se indica que el litigio «sea en daño para el juez o para el árbitro» si no hizo la *diffissio* ni dictó sentencia:

Tabla X, col. A, lín. 52 ss.: si neque dies diffisus neque iudicatum fuerit, uti lis iudici arbitrove damni sit et... res in iudicio non sit.

Tabla X, col. B, lín. 15 ss.: si neque diffisum e lege neque iudicatum sit... iudici arbitrove lis damni sit ..., si . iudicatum non sit, res in iudicio non sit.

Queda así suficientemente probado por esos tres testimonios tan dispares que *litem suam facere* es la consecuencia de no dar sentencia.

ii) Un paso más supone Gayo 4.52, pasaje desgraciadamente con-

11. Cfr. en el mismo sentido D'ORS, «*Litem suam facere*», cit en nt. 1, pp. 371 s.

12. Publicado por la «Egypt Exploration Society», ed. ROBERTS (1950); comentario de ARANGIO-RUIZ en *Iura* 2 (1951) pp 344 ss. Ver también SEIDL, en *SDHI*. 18 (1952) p. 343.

13. Sobre la *diffissio*, ver ahora D'ORS, *Nuevos datos...*, cit. en nt. 4, pp. 40 ss.

14. En la ley Irnitana no aparece la expresión *litem suam facere*, sino que se habla de *litem iudici damni esse*; cfr. D'ORS, *Nuevos datos...*, cit. en nt. 4, p. 45. Los fragmentos reproducidos a continuación del cap. 91 (tabla X) de la *lex Irnitana* son los de la lectura realizada por D'ORS; ver «*Litem suam facere*», cit en nt. 1, pp. 374 ss.

servado de forma incompleta, donde el jurista señala que cuando la *condemnatio* de la fórmula es *certa* y el juez condena a más o menos de esa cantidad, *litem suam facit*; lo mismo ocurriría en caso de que el pretor hubiera señalado una *taxatio* y el juez, desobedeciendo la orden pretoria, condenara a más de ese límite:

Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit, alias enim similitar litem suam facit

Por consiguiente, *litem suam facere* ya no queda restringido al supuesto de no dar sentencia, sino que incluye también el dar una sentencia no ajustada al tenor de la fórmula; Gayo no dice expresamente que tal sentencia no valga, se limita a indicar que el juez *litem suam facit*. Kaser, aun reconociendo que Gayo nada dice, indica que esa sentencia sería nula<sup>15</sup>, hipótesis que acepta d'Ors<sup>16</sup> para, a continuación, equiparar ese supuesto a la ausencia de sentencia. Pese a las dudas que pueden surgir, parece que la opinión de Kaser y d'Ors debe ser admitida; multitud de razones de orden lógico-jurídico inducen a pensar que una sentencia de ese tipo no puede ser sino nula, y eso es tanto como no haber dado sentencia.

Una cierta confusión podría producir el pasaje de Ulpiano 51 *ad Sab.*, D. 42.1.55, donde se indica que si un juez condenó a más o menos no podrá alterar su sentencia pues «*male seu bene officio functus est*»:

Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit; et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit, semel enim male seu bene officio functus est /

Pero en este fragmento no se dice que una sentencia contraria al tenor de la fórmula fuera válida, sólo si hacemos decir al texto lo que no dice de modo expreso se podría concluir que una sentencia no ajustada a la fórmula era eficaz y que el juez, bien o mal, habría cumplido

---

15. KASER, rec. en ZSS 84 (1967) p. 517 nt. 36. En igual sentido, CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano II* (1982) p. 186 nt. 25.

16. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, p. 372.

con su deber. Por lo demás, como la sentencia no se podía alterar, si la *condemnatio* era *certa* y el juez no la respetó, *litem suam fecit*. En resumen, creemos que D. 42.1.55 no sirve en rigor para afirmar que una sentencia contraria a la fórmula fuera válida.

iii) Una excepción nos presenta Juliano 5 *dig.*, D. 5.1.74.1:

*Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.*

El tenor de la fórmula, conforme a cuyos criterios el juez debía sentenciar, era siempre uno concreto; ahora bien, si el juez no ajustaba su sentencia a la fórmula porque los litigantes convinieron después de la *litis contestatio* no respetarla y le permitieron salirse de los límites prefijados, dicha sentencia era válida y resulta evidente que el juez no incurría en responsabilidad, no hacía suyo el litigio. Esto no es sino una excepción al principio general, excepción que viene a confirmar el profundo carácter arbitral de los litigios privados romanos.

iv) En los textos fidedignos observamos que *litem suam facere* es la consecuencia de no haber dado sentencia, incluyendo la sentencia no ajustada a la fórmula (salvo convenio contrario de los litigantes) pues esa sentencia era nula y equivalía a ausencia de sentencia. Así, el juez que no sentenció «hizo suyo el litigio frustrado» y responderá en la medida de lo pedido por el demandante en su acción malograda. Nos restaría comentar el conflictivo pasaje de Ulpiano recogido en D. 5.1.15.1, pero sobre él trataremos luego (*infra*, IV.4).

La responsabilidad del juez venía referida, por consiguiente, sólo a ese supuesto. Ciertamente, el juez se debería comportar bien a lo largo de toda la fase *apud iudicem* cumpliendo escrupulosamente su oficio de juez (como se comporta Aulo Gelio en su famosa actuación recogida en *Noct. Att.* 14.2), pero un comportamiento inconveniente del juez (salvo algún caso excepcional que se perseguía por la vía criminal: p. ej., el juez venal) no era objeto de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*. Antes de ser nombrado el juez debía prestar juramento de actuar bien (17) y, sin duda, debía comportarse conforme

---

17. C.I. 3.1.14 (año 531): *Cui enim non est cognitum antiquos iudices non aliter iudicalem calculum accipere, nisi prius sacramentum praestitissent omnimodo sese cum veritate et legum observatione iudicium esse disposituros?* Sobre este juramento tenemos algún dato más en las fuentes literarias, ver LUZZATTO, *Procedura civile romana* II (1948) p. 229.

a lo jurado, pero, si no lo hacía, no por ello quedaba sujeto a una posible acción; el juramento vinculaba al juez en su fuero interno, y a la vez lo eximía de cualquier reclamación posterior contra él. Por lo demás, no se debe olvidar que existía un claro control sobre la idoneidad de los jueces (siempre se buscaba que el juez fuera idóneo: *bonus iudex, bonus vir*), idoneidad que era apreciada tanto por las partes como por el pretor (el juez o bien era designado directamente por las partes y confirmado por el magistrado, o bien era elegido por los litigantes de entre los integrantes del *album iudicum*)<sup>18</sup>.

Después de todo lo dicho hasta ahora, aún debemos precisar que, si no dar sentencia supone *litem suam facere* —expresión en la que desde antiguo y hasta Justiniano, cuando ya nuestra acción en poco se parece a la clásica, parecen verse las conductas sancionables de los jueces—, ello se debe al propio sistema del *ordo iudiciorum privatorum*, pues, si el juez no daba sentencia y no cupiera ejercitar una acción contra él, se produciría indefensión del demandante. Por ello, el juez que no hizo la *diffissio* ni dictó sentencia (o la dictó desajustada a la fórmula) hacía suyo el litigio por él frustrado; la ley Irnitana habla de que el litigio sea en daño para el juez o para el árbitro, y el daño producido es lo que pidió el demandante y no alcanzó.

v) Una última precisión sobre la expresión *litem suam facere*. Según Arangio-Ruiz<sup>19</sup>, esta expresión haría referencia en la época más primitiva a la apropiación de la cosa litigiosa realizada por el *iudex sequester*<sup>20</sup>. En tal caso, habría que entender que el juez-sequestrario que retuvo la cosa depositada sería tratado como un depositario infiel, es decir, equiparado al ladrón<sup>21</sup>.

Ciertamente, aunque sólo se trate de una hipótesis, la expresión

18. Era juez quien designaban las partes. Caso de no haber acuerdo se seguía un curiosísimo sistema de recusación de los integrantes del *album iudicum* hasta que sólo quedaba uno; este sistema aparece detallado en el cap. 87 de la *lex Irnitana*, y estaría copiado de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Ver para todo D'ORS, *Nuevos datos...*, cit. en nt. 4, pp. 36 ss.

19. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*<sup>14</sup> (rist. 1974) p. 378.

20. Algunos testimonios sobre la conexión entre *sequester* y *iudex* en época primitiva presenta BROGGINI, «*Iudex arbiterve*» (1957) p. 120 nt. 19.

21. Las XII Tablas establecían ya una *actio in duplum* contra el depositario infiel, la misma que en el *furtum nec manifestum*: Collatio, 10.7.11 y Paul. Sent. 2.12.11. Ver BURILLO, *Las fórmulas de la «actio depositi»* en SDHI 28 (1962) pp. 236 ss.

*litem suam facere* pudo haber significado esa actuación del *iudex-sequester*, e incluso pudo haber nacido dicha expresión para señalar ese caso; pero ello no está atestiguado por las fuentes. En cambio, las fuentes sí permiten afirmar que un juez hace suyo el litigio cuando ni hizo la *diffissio* ni dictó la sentencia.

Pese a todo, este sentido de la expresión no resulta incompatible con el que en vía conjetural propuso Arangio-Ruiz, pues es verdad que el juez que no da sentencia retiene el litigio (la cosa litigiosa) y se lo apropia. Se podría así mantener la hipótesis de Arangio-Ruiz, pero también cabe afirmar como posible y probable una traslación del sentido de la expresión del primer supuesto al segundo y, aún más, es perfectamente comprensible que la expresión quedara limitada a ese segundo supuesto pues el primero se fue convirtiendo progresivamente en una función independiente de la de juez. En el caso del *iudex* que hace suyo el litigio al no dar sentencia, no hay depósito alguno, y por tanto no se perseguiría un acto ilícito de no devolver dolosamente, sino una especie de repetición de una cosa (el mismo litigio) que ha pasado ahora a la detentación del juez (idea de subrogación del juez en la posición del demandado). Esto quizá justificaría la —al menos hasta Juliano— transmisibilidad pasiva de la acción contra el juez; pero de ello trataremos más adelante (*infra*, IV.3).

Este último problema planteado nos lleva ya a la espinosa cuestión de la primitiva sanción contra el juez.

### III.—PROBABLE SANCION CONTRA EL JUEZ EN LA EPOCA PRIMITIVA

El testimonio más antiguo de que disponemos sobre el *litem suam facere*<sup>22</sup> es el jocosos episodio narrado por Macrobio<sup>23</sup> de los jueces borrachos que, casi no teniéndose en pie, acuden a sentenciar. Si van a

---

22. Sobre el juez venal tenemos un testimonio anterior proporcionado por Aulo Gelio, *Noct Att.*, 20.1.7; las XII Tablas (IX.3) castigaban con la pena capital al juez o al árbitro que se dejaban corromper por dinero:

Nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur?



dar sentencia en esa situación se debe a que la sanción contra ellos, caso de no darla, debía de ser fuerte. El testimonio de Macrobio nos reconduce al año 161 a. C., es decir, a la época pre-ebucial, donde seguiría vigente la legislación antigua<sup>24</sup>.

Que en ese pasaje *litem suam facere* vuelve a coincidir con ausencia de sentencia resulta claro, puesto que, si sentenciando de cualquier manera (como necesariamente sentenciarían en ese estado) fueran responsables, no acudirían a juzgar, pues en ambos casos quedarían expuestos a reclamación judicial.

Conocemos que contra el juez *qui litem suam faciebat* existía en el procedimiento formulario una acción, según se suele pretender con fórmula *in factum*<sup>25</sup>; pero este testimonio de Macrobio nos remonta a una época anterior al procedimiento formulario y, según parece, también entonces había sanción contra el juez que no sentenciaba. Qué sanción era esa, no sabemos: las hipótesis probables son tres, si bien, en nuestra opinión, sólo una sería admisible:

a) La antigua intuición de Voigt<sup>26</sup>, para quien en la época de las *legis actiones* se produciría una especie de *translatio iudicii* y que el juicio continuaría contra el juez, resulta del todo improbable<sup>27</sup>.

b) Tampoco parece probable que el magistrado multase directamente al juez que no sentenciaba (*multae dictio*) o que el demandante frustrado quedara legitimado para tomar algo del juez incumplido (*pignoris capio*). La imposición de una multa, si bien no cabe descar-

---

No sería imposible que el juez que no sentenció sufriera la misma pena, con presunción quizá de que se había «vendido» al demandado, pero tal hipótesis resulta muy forzada. Que el juez venal no quedaba sometido en la época clásica a la *actio adversus iudicem qui litem suam fecerit* es claro, y la antigua sanción decenviral sería sustituida por el procedimiento criminal público; en la época más tardía el procedimiento criminal sería alternativo con la acción privada, cuando ésta difiere notablemente de la antigua acción formularia.

23. Macrobio, *Saturnalia* 3.16.15 [2.12].

24. Esto creemos que debe ser entendido así. Aunque hoy se suele admitir la existencia de un «procedimiento formulario pre-ebucial» (véase MURGA, *DRC*. II [1980] pp. 164 ss.; CANNATA, *Profilo*, cit. en nt. 15, pp. 50 ss.), no creemos que quepa suponer una acción *in factum* contra el juez en la primera mitad del siglo II a. C.

25. Sobre esto *infra* IV.2.

26. VOIGT, *XII Tafeln* (1883) pp. 554 s.

27. Véase GIRARD, *Manuel*<sup>8</sup> (1929, reimp. anast. 1978) p. 677 nt. 2; D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, pp. 379 s.

tarla por completo, no cuadraría con el limitado papel que el órgano jurisdiccional desempeña en la época antigua. Lo segundo también nos parece desestimable, a pesar del incompleto testimonio que sobre la *legis actio per pignoris capionem* nos proporciona Gayo<sup>28</sup>. La suposición de una sanción semejante contra los jueces se debe a que respecto al *arbiter ex compromisso* parece seguirse en época clásica un régimen parecido, y en los arbitrajes compromisarios quizá pudiera pervivir de alguna manera el mismo sistema de los jueces primitivos<sup>29</sup>.

c) Un pequeño sector de la doctrina ha admitido que contra el juez *qui litem suam faciebat* procedería en una primera época la *manus iniectio*<sup>30</sup>. En nuestra opinión, esta es la hipótesis más verosímil.

Si leemos con pausa lo que Gayo refiere sobre la *legis actio per manus iniectioem* observamos que, tras hablar de la *manus iniectio «iudicati»*, señala:

Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectioem in quosdam dederunt;

Gayo pone como ejemplo la *lex Publilia* y la *lex Furia de sponsu*, pero añade:

denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt<sup>31</sup>.

Puesto que diversas leyes dieron la *manus iniectio* para muchos casos, sería factible el suponer que alguna ley hubiera concedido la *manus iniectio* contra el juez que hizo suyo el litigio «como si se tratara de un *iudicatus*» (como si el juez fuera el condenado en el litigio que frustró) y que, por ello, los jueces borrachos que aparecen en el testimonio de Macrobio acudieran a dar sentencia.

28. Gayo 4.26-29.

29. Sobre los arbitrajes compromisarios véase el importante estudio de TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»* (1958). En contra de la opinión absolutamente mayoritaria (ver por todos MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'Edit du préteur* [1958] pp. 156 ss. y KASER, *ZPR.* [1966] p. 526), D'ORS, *DPR*<sup>5</sup> (1983) § 129, formula la hipótesis de una *actio in factum* contra el árbitro que no dio sentencia, pero esa acción no aparece atestiguada en las fuentes.

30. Ver KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II (1901) pp. 1349 ss.; PEROZZI, *Istituzioni* II<sup>2</sup> (reim. 1947) p. 387 nt. 3; HÜBNER, *Haftung*, cit. en nt. 2, p. 207.

31. Gayo, 4.22.

Si bien esta primitiva sanción contra el juez a través de la *manus iniectio* «*pro iudicato*» es para nosotros cierta, no creemos, sin embargo, que la acción formularia contra el juez venga a ser una derivación de aquella. Aunque el adoptar este último punto de vista ayudaría a explicar la transmisibilidad pasiva de la acción formularia (posición de Juliano) y esta misma transmisibilidad podría hablar quizá del carácter ejecutivo de la acción formularia, otras características de la acción clásica parecen desmentir esa derivación, y tampoco juega en favor de la misma el hecho de que Juliano y Ulpiano, al comentar una misma acción, sacaran consecuencias distintas respecto a la transmisibilidad pasiva, cosa que no sucedería si comentaran una acción ejecutiva, a menos que Juliano y Ulpiano comentaran acciones distintas, cosa que haría, como veremos, absurda la polémica (cfr. *infra* IV.3).

Tras estas observaciones sobre la sanción primitiva, pasamos a tratar de la acción formularia contra el juez que hizo suyo el litigio.

#### IV.—LA ACCION FORMULARIA

En este apartado nos ocuparemos de la acción formularia contra el juez, si bien parece necesario incidir en una cuestión previa: la nueva solución, *extra ordinem*, frente a la ausencia de sentencia, puesto que, en nuestra opinión, ello incidió indirectamente, a partir de mediados del siglo II d. C., en la concepción de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*. Por esto trataremos en primer lugar de ese tema [1], luego del probable carácter *in factum* de su fórmula [2], después del problema de la transmisibilidad pasiva de la acción [3], más tarde del controvertido fragmento de Ulpiano recogido en D. 5.1.15.1 [4], y, finalmente, de la fórmula edictal [5].

1.—Cuanto más nos retrotraemos en la historia del proceso civil romano, cada vez se destaca con mayor nitidez el carácter privatístico del mismo, carácter privado que, en cierta manera, puede designarse como arbitral. Es una persona privada —*iudex privatus*— quien es designado para resolver el litigio; esta intervención del *iudex* es la afirmación de la preeminencia y supervivencia del carácter puramente privado de la resolución de una controversia. Se consiente la intervención pública en la fase procesal *in iure* al objeto de pacificar lo que en su origen es un acto de violencia, y es, tal vez, la violencia ritualizada

la que otorga el punto de conexión para la intervención del poder público.

Ese carácter privado se concreta muy especialmente, como hemos dicho, en la designación de particulares para la resolución de los litigios. Como sucederá siempre en los arbitrajes compromisarios, también en los juicios el juez es elegido por sus condiciones personales de *bonus vir*; esa idoneidad personal para la función a que es llamado es la base de la seguridad jurídica de aquella época<sup>32</sup> y es el presupuesto de la inscripción en el *album iudicum*.

Por otra parte, todo *iudex* procuraría juzgar bien y honestamente, como quisiera que se le juzgara a él, y, además, se tomaban precauciones exigiéndole un juramento —las fuentes hablan de *iudex iuratus*<sup>33</sup>— que, si bien le eximía de cualquier reclamación ulterior, le vinculaba en conciencia.

En todo caso, la sentencia es la *opinio*, el *sentire* del juez (que es, en definitiva, lo buscado por los litigantes), y de ahí el que no resulte revisable ni censurable en sí misma desde presupuestos objetivos. Es por ello por lo que no hay un sistema jerarquizado, burocratizado, de jueces en el que la personalidad de los mismos se diluya en la condición de funcionarios aplicadores del derecho, sistema que haría posible la existencia de apelación.

El deber del juez, como nítidamente testimonian las fuentes, es el de dar sentencia<sup>34</sup>, una vez dictada deja de ser juez. Su sentencia, fuera la que fuera, era ya intangible para el propio *iudex*, que no podía cambiarla:

Alfeno 6 *dig. a Paulo epit.*, D. 42.1.62: Cum quaerebatur, iudex, si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit non posse.

y también para el pretor:

Celso 25 *dig.*, D. 42.1.14: Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet: de sententiis contra.

---

32. Ver NOCERA, «*Reddere ius*» (1976) pp 24 y 34 ss.

33. Sobre este juramento ver *supra* II. 4 y nt. 17.

34. El deber del juez es dar sentencia: Juliano 5 *dig.*, D. 5.1.74. pr. y Ulpiano 51 *ad Sab.*, D. 42.1.55

Dentro del *ordo iudiciorum privatorum*, la sentencia es en sí misma inatacable y, por consiguiente, ejecutable. Esto no quiere decir que no cupiera defensa alguna, pues, como bien sabemos, el demandado condenado puede impugnar la sentencia contradiciendo al vencedor en la *actio iudicati*, o bien puede solicitar del magistrado una *restitutio in integrum*<sup>35</sup>, pero dejando claro que la sentencia, en cuanto al fondo de la misma, es inatacable. La impugnación es siempre indirecta, es decir, se trata en todo caso de hacer ineficaz la sentencia mediante la alegación de algún defecto (p. ej., dolo, miedo, error de los litigantes, etcétera) que vicie el juicio entero.

Cabe decir así que, antes de que apareciera la apelación<sup>36</sup>, no había remedio contra la injusticia material de las sentencias. Hasta el surgimiento de la apelación, la sentencia sólo se podía impugnar indirectamente a través de los modos antes señalados. Si el juez dio su *opinio* sin ir en contra de la fórmula —caso de no atenerse a la fórmula ya vimos que *litem suam faciebat*—, «bien o mal cumplió con su deber» (D. 42.1.55) y, si no hay defecto externo que alegar, no queda otra posibilidad que la de someterse a ella.

Este principio de la intangibilidad de las sentencias, varió poco a poco merced a la progresiva intervención imperial en materia judicial. Las fuentes, sobre todo las fuentes literarias, testimonian ya en época bien temprana intervenciones de los emperadores contra sentencias de juicios privados<sup>37</sup>, esas intervenciones tendrían lugar principalmente a través de *restitutiones in integrum*, institución que es el punto de conexión más claro entre el derecho pretorio y el derecho imperial<sup>38</sup>.

35. Cfr. D'ORS, DPR<sup>5</sup>, cit. en nt. 29, § 111 nt. 2.

36. Sobre la apelación y su historia, ver: SANFILIPPO, *Contributi exegetici alla storia dell'appellatio I: Sull'appello contro la sentenza del giudice formulare nell'Impero*, en *Annali Camerino* 8 (1934), separata; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* (1953); LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, en *RIDA*. 12 (1965) pp. 347 ss.; PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato* (1980) pp. 29 ss.

37. Claudio ordenó *restitutiones in integrum* de sentencias absolutorias por *pluris petitio* de los demandantes (Suetonio, *Divus Claudius* 14). Más trascendente es el testimonio que el mismo escritor nos proporciona sobre Domiciano quien, *extra ordinem*, anuló «*sententias ambitiosas*» de los centumvros (Suetonio, *Divus Domitianus* 8). Otros testimonios en las obras cit. en nt. 36.

38. Ver en este sentido, por todos, PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nell II secolo d C.* (1974) p. 177; ID, *Processo civile*, cit. en nt. 36, p. 157.

La *restitutio in integrum* (imperial) es sin duda el precursor inmediato de la apelación. Hacia mediados del siglo II d. C. —claramente ya en la época de Gayo<sup>39</sup>, aunque éste nada diga en sus *institutiones*— era posible de modo general la apelación de las sentencias ordinarias acudiendo a la vía cognitoria, y por ello cabe concluir con Kaser<sup>40</sup> que «en el siglo II se afirma el predominio de la autoridad imperial respecto a la sentencia de los jueces privados».

Al existir la apelación se puede ir ya directamente contra las sentencias. Quiebra así el antiguo principio que hacía de la opinión del juez, de su sentencia, algo inmutable, y, quebrado ese principio, es perfectamente lógico que se pudiera poner solución también al supuesto de ausencia de sentencia. En esta época tardo-clásica, *i*) cuando una sentencia fuera considerada como «injusta» por alguno de los litigantes podía ser apelada, y *ii*) cuando un juez no hubiera dado sentencia (que es el supuesto que aquí más nos interesa), el Príncipe, previa petición del demandante, podría ordenar —bien directamente, bien remitiendo al pretor<sup>41</sup>— una *restitutio in integrum*.

Ciertamente, no disponemos de testimonios expresos donde se indique que en época clásico-tardía se procediera de esta forma en los casos de ausencia de sentencia, pero tampoco se negará que eso resulta lo más probable. Si ello fue realmente así, debió de tener no pequeña importancia para la suerte de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, pues ayudaría a explicar la intransmisibilidad pasiva de la acción, defendida por Ulpiano, en contra de la opinión más antigua de Juliano. Pero de esto nos ocuparemos luego (*infra* IV.3).

2.—Se suele admitir por todos que la fórmula de la acción contra el juez que hizo suyo el litigio era *in factum concepta*. Nosotros también lo creemos así, si bien eso no obsta para reconocer que el fundamento textual de dicha suposición es endeble.

El único texto donde se reconoce es en D. 50.13.6: ... *ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione*, pero ese fragmento —aparte

39. Gayo 5 *ad Ed. prov*, D. 2.8.9: *Arbitro ad fideiussores probandos constituto, si in alterutram partem iniquum arbitrium videatur, perinde ab eo atque ab iudicibus appellare licet*.

40. KASER, *Gli inizi della «cognitio extra ordinem»*, en *Ant. giur* I (1968) p. 510 = *Ausgewählte Schriften* II (1976) p. 180.

41. Sobre los distintos modos de actuación imperial en materia de *restitutio in integrum* ver PALAZZOLO, *Potere imperiale*, cit. en nt 38, pp 180 ss

de corresponder a las *res cottidianae*, obra presumiblemente post-clásica sobre un trasfondo gayano<sup>42</sup>— se vuelve a reproducir en D. 44.7.5.4 y en I. 4.5.pr y, casualmente, se omite en ellos que la acción fuera *in factum*. Aunque, como vemos, la apoyatura textual es débil, cabe afirmar que se tratara de una acción con fórmula *in factum*, y ello no sólo porque, como acertadamente señala d'Ors<sup>43</sup>, «resulte congruente con el sistema general de las acciones *in factum* que sirven para asegurar la buena marcha de los litigios», sino porque, en pura lógica, si la fórmula fuera *in ius concepta* (es decir, derivada directamente de la *manus iniectio*), presentaría el rasgo de litiscrescencia —al igual que la *actio iudicati* o la *actio depensi*— y no es así.

De cómo se pudo pasar de la *manus iniectio* a una acción con fórmula *in factum* resulta difícil de precisar. En todo caso, tenemos conocimiento de que, por razones bien diversas, el pretor concedió para distintos casos acciones *in factum* que vinieron a suplir acciones civiles antiguas (p. ej.,: *actio furti manifesti*, *actio iniuriarum*, *actio ex iureiurando*, *actio depositi in factum*, etc.) y, al menos en principio, nada tiene de anómalo el que la acción contra el juez que hizo suyo el litigio tuviera una fórmula *in factum*, aunque la acción primitiva, según vimos (*supra* III), fuera la *manus iniectio*.

Por consiguiente, según todos los indicios, la fórmula de la acción contra el juez era *in factum*. Más oscuro resulta el tema de la transmisibilidad o intransmisibilidad pasiva de la acción, aspecto sobre el que las fuentes reproducen —sin duda de forma sólo parcial— las controversias entre juristas.

3.—Juliano se mostraba favorable a la transmisibilidad pasiva de la acción contra el juez que hizo suyo el litigio, mientras que Ulpiano defendía la intransmisibilidad; esta última opinión fue la que, finalmente, prevaleció.

En Ulpiano 5 *ad Ed.*, D. 5.1.16, se dice:

Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.

42. Vid. por todos KASER, *Römische Rechtsgeschichte*<sup>2</sup> (1982) p. 228; por contra D'ORS, *DPR*<sup>5</sup>, cit. en nt. 29, § 52 señala que «no se debe rechazar en absoluto la idea de que sea Gayo, efectivamente, el autor de la obra que se le atribuye con el título de *res cottidianae sive aurea*», este punto de vista se manifiesta a lo largo de su artículo «*Litem suam facere*».

43. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, p. 379.

En Ulpiano 3 *disp.*, *Fragmenta Argentoratensia* II verso<sup>44</sup>, vuelve a tratarse del tema, si bien nuestra acción se conecta ahí con la acción que procede contra el magistrado municipal que descuidó su deber de exigir la *cautio rem pupilli salvam fore*:

. . . quamvis Iulianus in heredem magistratus non putaverit tribuendam actionem, cum idem heredem iudicis, qui litem suam fecisset, teneri existimaverit. Sed utrumque contra est, cum heres magistratus teneatur et iudicis non teneatur...

Por consiguiente, para Juliano no había acción contra el heredero del magistrado que descuidaba el deber de exigir la *cautio rem pupilli salvam fore* al tutor, mientras que sí la había contra el heredero del juez que hizo suyo el litigio. Para Ulpiano las cosas sucedían exactamente al revés: era transmisible pasivamente la acción contra el magistrado municipal y no lo era la acción contra el juez.

Se suele decir que existe un paralelismo, una cierta analogía, entre el magistrado y el juez que infringen su respectivo *officium*, pero este paralelismo es más aparente que real, pues los efectos en ambos casos son distintos para Juliano y Ulpiano. Si esto es así, habría que pensar que no existe tal analogía. Para d'Ors, sin embargo, «esta misma analogía haría menos explicable la diferencia respecto a la transmisibilidad que se observa, aunque sea en sentido invertido, tanto en Juliano como en Ulpiano»<sup>45</sup>; mas, si esa analogía hace inexplicable el diferente tratamiento, es que no hay tal analogía. La semejanza hace explicable el distinto tratamiento. Aún debemos señalar, no obstante, que el que no haya analogía no quiere decir que no exista un punto de conexión, una cierta relación entre los dos casos, que dé una explicación del por qué aparecen conectados en el fragmento estrasburgués. En nuestra opinión, si bien existe relación entre el juez y el magistrado por cuanto refiere a la responsabilidad en que incurren, no creemos —como luego se verá— que esta relación sea analógica en la opinión de Juliano por cuanto se refiere a la causa de la responsabilidad de ambos.

La opinión de Juliano sobre la intransmisibilidad pasiva de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* debía reflejar el alcance que se

44. Ver *FIRA* II pp. 311 s.

45. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. n nt. 1, p. 384.



daba a esa acción en el Edicto<sup>46</sup>, Edicto que el propio Juliano había «ordenado»<sup>47</sup>. La contradicción a la opinión de Juliano pudo provenir de juristas no coetáneos; en el texto del Digesto antes transcrito (D. 5. 1.16) sólo se dice que la opinión de Juliano fue *a multis notata*, pero no se especifica por quiénes; el único que consta como oponente es Ulpiano.

El que Ulpiano y Juliano se estaban refiriendo a la misma acción edictal parece claro, pues si no fuera así resultaría absurda la manera en que Ulpiano presenta la discrepancia. Pero esto mismo hace pensar que, tal vez, como entre Juliano y Ulpiano media un cierto espacio de tiempo, la opinión de Juliano, por circunstancias sobrevenidas, había quedado anticuada y, con ella, la interpretación que daba a la acción edictal. La razón —ya apuntada en IV.2—, la veremos luego al tratar con detalle el punto de vista de Ulpiano.

Un problema similar de interpretación —de interpretación condicionada por la necesidad práctica de posibilitar una indemnización al perjudicado— se presenta en relación con la acción contra el magistrado municipal que descuidó el exigir al tutor la *cautio rem pupilli salvam fore*. En este caso no había más que un incumplimiento del *officium*, es decir, un *factum* no reprochable al heredero del magistrado.

Lo que preocupaba entonces era que el pupilo pudiera quedar desprotegido cuando el magistrado no había exigido la *cautio rem pupilli salvam fore* o cuando hubiera aceptado fiadores poco idóneos; es por ello por lo que se creó una acción útil<sup>48</sup> que podía ser dirigida contra el magistrado. Pero la ficción que se hace —que el propio magistrado era fiador— depende de su causa: el incumplimiento por parte del magistrado de su *officium*. Ese *factum* —una omisión— puede ser re-

46. No nos parece convincente en este punto la interpretación de D'ORS. «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, p. 384, para quien la opinión de Juliano se expresaría en un momento anterior a la codificación edictal (es decir, en una obra juvenil) y que él mismo se retractó al confeccionar el Edicto, pues en tal caso, si se retractó, aún se comprendería menos la crítica de Ulpiano.

47. Sobre este punto, ver ahora TORRENT, *La «ordinatio edicti» en la política jurídica de Adriano*, en *AHDE*. 53 (1983) pp. 17 ss.

48. Esta acción deriva de un senadoconsulto de la época de Trajano, según se desprende de C. 5,75.5 (constitución de Diocleciano y Maximiano); implícitamente en Ulpiano 3 *disp*, D. 27,8,2: . . . *senatus enim consultum pupillo subvenit*. Para todo, ver VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adyeticias*, en *AHDE*. 38 (1968) pp. 446 ss.

prochado al magistrado, pero no parece ser reprochable al heredero; tal vez por ello surgió la discusión en torno a si esa acción subsidiaria era o no transmisible al heredero del magistrado, pues si el *factum* que daba lugar a la ficción no era reprochable al heredero, menos conveniente debía parecer que se extendieran a éste los efectos de aquella ficción.

Pero la interpretación sobre qué clase de fiador era el magistrado —pues la acción introducida en el Edicto a causa del senadoconsulto de la época de Trajano no debía especificarlo— no estaba, sorprendentemente, tanto en conexión con el tema de la transmisibilidad de la acción al heredero del magistrado como con el tema de hacer posible una indemnización para el pupilo; en otras palabras, la decisión sobre la clase de fiador (*sponsor* o *fideiussor*) que el magistrado era, estaba en dependencia del modo como se quisiera alcanzar la indemnización del pupilo. Así, Juliano, viendo la posibilidad de resarcir al pupilo estableciendo una responsabilidad *in solidum* de los magistrados, configuraba a éstos como *fideiussores* pero negando la transmisibilidad de la acción<sup>49</sup>. En Marcelo<sup>50</sup> tal vez se observe también que su punto de vista es el de lograr la indemnización, y por ello no tiene inconveniente en definir al magistrado como *sponsor* —a los efectos de responsabilidad *pro parte*— admitiendo, sin embargo, como parece admitir, la transmisibilidad de la acción, y esto explicaría la aprobación que le dirige Ulpiano al compararlo con Juliano<sup>51</sup>. Esta disputa debió quedar zanjada en virtud de un rescripto de Antonino Pío<sup>52</sup>, y a partir de ese momento se da la acción contra el heredero del magistrado y se excluye la solidaridad en caso de colegas.

Tal vez Juliano deseaba mantener, como única, la responsabilidad *in solidum* del colega superviviente, aun en el caso de haber heredero del colega muerto, y por ello quizá no deba decirse que en el rescripto de Antonino Pío triunfó la opinión de Juliano, pues, si bien en el rescripto se habla de *fideiussores*, esta calificación parece hacerse para lograr el efecto que Juliano quería evitar —la transmisibilidad pasiva—, y esta calificación produjo, en contra de la opinión de Juliano,

---

49. Cfr. *FIRA*. II, p. 312.

50. Cfr. *FIRA*. II, p. 312.

51. Cfr. *FIRA*. II, p. 312.

52. Cfr. *FIRA*. II, p. 311.

que cesase el principio de solidaridad en caso de existencia de colega muerto, solidaridad que, sin embargo, se observa en caso de falta de heredero<sup>53</sup>.

La solución del rescripto parece venir determinada por la necesidad de otorgar una segura indemnización al pupilo en todo caso, no importando al efecto el crear una figura mixta —aunque se hable de *fideiussor*— que se gobierna en cuanto a la responsabilidad y en cuanto a la transmisibilidad por las circunstancias del caso concreto y con la idea rectora de preservar siempre el patrimonio del pupilo, no haciendo de las ideas de responsabilidad *in solidum* o *pro parte* principios inamovibles.

Así, pues, la idea de poder alcanzar una segura indemnización para el pupilo debió de jugar un papel muy importante en las soluciones que se dieron al problema de la acción subsidiaria contra el magistrado. Tal vez, la satisfacción que encontraba el demandante frustrado por la vía de la subrogación del juez en la posición del demandado y la transmisibilidad pasiva de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, pudo jugar como motivo inspirador de los medios que se arbitraron para construir la responsabilidad del magistrado; ahora bien, aunque la idea de subrogación debió de utilizarse, el paralelismo no debía llevarse más allá porque para satisfacer al pupilo no era preciso, si se admitía la responsabilidad *in solidum* de los colegas (que ya suponía, frente a la responsabilidad *pro virili parte* típica de los fiadores en la tutela que eran por lo común *sponsores*, una mayor garantía), el trasladar al heredero las consecuencias de una ficción que descansaba en un *factum* que no le era reprochable. Esta extensión al heredero no debió descansar en ninguna analogía con la acción contra el juez, sino en una simple decisión: *sufficere enim, si in locum eorum succedant, quos accipi neglexerunt vel quos minus idoneos acceperunt*<sup>54</sup>.

En realidad, quien parece poner una relación entre el juez y el magistrado es Ulpiano, no Juliano; y aún se debe notar que, si Ulpiano sienta esa conexión, es para resaltar la diferencia entre uno y otro, no para equipararlos.

Es claro que, tanto la responsabilidad del magistrado como la transmisibilidad pasiva de la acción, precisó la elaboración de una ficción,

---

53. Modestino 6 *resp.*, D. 27.8.8 Sobre este tema cfr. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, pp. 383 ss.

54. Cfr. *FIRA* II, p. 312

ficción que produjo diversas interpretaciones hasta obtener una definitiva por la vía del rescripto. En cambio, en el caso del juez, todo parece transcurrir con entera normalidad: no se habla en ninguna parte de ficciones, no parece haber dudas sobre la responsabilidad del *iudex qui litem suam fecit*, y sólo la jurisprudencia clásica más tardía discrepa en torno a la transmisibilidad de la acción.

Según creemos, la pretendida analogía entre los casos de juez y del magistrado es sólo aparente y productora de equívocos. Es cierto que al magistrado municipal se le reprocha una omisión: no haber exigido la *satisdatio rem pupilii salvam fore* o no haber exigido fiadores idóneos, pero al juez, al menos en nuestra opinión, se le reprocha una comisión: haberse hecho con el litigio. Es verdad que el hacerse con el litigio no es, al menos en época clásica, sino la consecuencia de una omisión: no haber dado sentencia, pero esa omisión supone una comisión pues es tanto como quedarse con el litigio, con la cosa litigiosa, con la *res de qua agitur*. Este sentido de detentación del litigio por el juez tal vez sea una simple pervivencia del sentido originario de la expresión *litem suam facere*, que ya vimos (*supra*, II.v).

No dando sentencia, lo que se puede interpretar como una omisión reprochable (de modo similar al caso del magistrado que no exigió la caución) se ha producido un daño. Si la responsabilidad del juez fuera sólo por infracción del *officium*, el *factum* no sería reprochable al heredero y estaríamos ante un problema semejante al del magistrado municipal para fundamentar no sólo la indemnización del daño sino también, y sobre todo, para fundamentar la transmisibilidad pasiva de la acción. Pero este problema no se plantea, porque el juez que no da sentencia no es tratado tanto como el que omite su *officium* (que, desde luego, lo omite) sino como el que se hizo con el litigio, es decir, se entiende que se hizo con la cosa litigiosa.

No creemos que en caso del juez haya propiamente una ficción, sino que estamos ante una acción que sanciona un hecho, y este hecho es *litem suam facere* al que se ha llegado por no haber hecho la *diffisio* o no haber dado sentencia (o haberla dado desajustada a la fórmula, que equivale a ausencia de sentencia). *Litem suam facere* señalaría, en nuestra opinión, un resultado que constituye un ilícito privado característico del juez, y este resultado se produce siempre y únicamente, en la época clásica, en los casos antes enunciados.

La obligación de dar sentencia es propia y personal del juez, pero, una vez que no dio sentencia (su inexistencia, por supuesto, podía ser impugnada), necesariamente hizo suyo el litigio, pasó a detentarlo (y esto era inimpugnable si no hubo sentencia). Ello haría que la acción *in factum* contra el juez que no dictó la sentencia persiguiera un *reddere* (el mismo litigio, la *res de qua agitur*) y que por tanto fuera transmisible; el «detentar la cosa litigiosa» sí que es reprochable al heredero, quien estaría obligado a proceder al *reddere*, a devolver. Con ello, el demandante frustrado por la ausencia de sentencia, quedaría siempre satisfecho.

La transmisibilidad pasiva de la acción contra el juez que hizo suyo el litigio, al menos a nuestro entender, no procede tanto del recuerdo de la primitiva sanción a través de la *manus iniectio* como de que el supuesto de hecho sancionado posibilita que su protección jurídica se realice siempre, porque él lo exige así, mediante acciones transmisibles. Precisamente porque la expresión *litem suam facere* significa haberse hecho con el litigio debido a no haber dado sentencia, la primera traducción procesal operó a través de la *manus iniectio* «*pro iudicato*», con ficción de existir sentencia, pero sentencia en contra del que no la dio; es decir, nos encontramos con que el remedio más primitivo es el de suponer que ha habido sentencia en contra del que no la dio y, esto presupuesto, la acción había de ser ejecutiva y, por tanto, transmisible pasivamente. Pero ello no quiere decir que el supuesto de hecho no pudiera sancionarse de otro modo que no fuera recurriendo a una ficción, y así, más tarde, el *factum* de haberse hecho con el litigio por no haber dado sentencia puede traducirse, sin ficción de existencia de sentencia, en una acción que persiga directamente el haberse hecho con el litigio, el detentar cosa ajena, lo que obliga a un *reddere* y de ahí el que la acción sea transmisible.

Por tanto, la transmisibilidad de la acción formularia no depende tanto de que al principio se procediera contra el juez a través de la *manus iniectio* como de que el supuesto de hecho sancionado siempre puede fundamentar una acción pasivamente transmisible, sin necesidad de ficción, porque el *reddere* incumbe también al heredero. El caso del magistrado municipal que no exigió la *cautio rem pupilii salvam fore* es distinto, pues fue necesaria siempre una ficción para que el pupilo pudiera ser indemnizado.

Se puede justificar así que, al menos hasta Juliano, la acción contra el juez fue pasivamente transmisible<sup>55</sup>. Esa era la opinión del jurista adrianeo y, sin duda, la conforme con el Edicto por él «codificado». Trataremos ahora de la opinión de Ulpiano, contraria a la de Juliano.

Como vimos al principio de este número, Ulpiano, en contra de la opinión de Juliano, afirma la intransmisibilidad pasiva de la acción contra el juez. El hecho mismo de que tanto Juliano como Ulpiano estén hablando de la misma acción edictal y saquen consecuencias tan dispares nos habla de que todo el núcleo del problema radica en una diferente interpretación del alcance de la acción, y esto sería motivado, en nuestra opinión, por la aparición de un nuevo factor. Ese nuevo factor sería el surgimiento de remedios extraordinarios frente a la ausencia de sentencia.

La interpretación que Juliano da a *litem suam facere* es la que siempre tenía: haberse hecho con el litigio. Esta interpretación era exacta por cuanto no había remedio alguno para el caso de ausencia de sentencia, es decir, porque hasta su época no dar sentencia implicaba, en el fondo, arrebatar la *res de qua agitur* al demandante. El surgimiento de un remedio para el caso de ausencia de sentencia —a través de *restitutio in integrum* imperial<sup>56</sup>— debió tener una importancia capital para nuestro tema. Si se podía restituir el juicio ya se podía satisfacer el daño producido por aquella causa, y no se produce la situación de indefensión del demandante.

Si, como vimos, toda la construcción de la acción subsidiaria contra el magistrado municipal y su transmisibilidad constituye un empeño para lograr una indemnización al pupilo, al negar Ulpiano la transmisibilidad de la acción contra el juez —transmisibilidad que en principio venía a lograr la indemnización del demandante frustrado— está afirmando implícitamente que en su tiempo había ya un otro remedio para el daño producido con ocasión de no haber dado sentencia.

Desde ese momento histórico (aprox., segunda mitad del siglo II d. C.), si bien se mantuvo la acción de responsabilidad contra el juez que no dictó sentencia, ésta ya no tenía por qué ser transmisible puesto

---

55. Esta transmisibilidad pasiva de la acción habla claramente del carácter no penal de la misma puesto que todas las acciones penales son pasivamente intransmisibles.

56. Ver *supra* IV.1.

que la satisfacción del interés del demandante se podía alcanzar a través de la sentencia subsiguiente al expediente rescisorio.

La ausencia de sentencia pasa a observarse en esta época tardo-clásica como un caso de incumplimiento del *officium*, es decir, más como una omisión reprochable que como una comisión. Para Ulpiano, las dos acciones (la del magistrado municipal y la del juez) tendrían ya la misma causa. La transmisibilidad de la acción con ficción contra el magistrado se basa en la decisión del rescripto de Antonino Pío, motivada por la necesidad de alcanzar una segura indemnización para el pupilo. La intransmisibilidad de la acción contra el juez se basa en la variación propiciada por la existencia de remedios frente a la ausencia de sentencia en orden a lograr un resarcimiento.

No siendo verdad ya ahora que ausencia de sentencia implique necesariamente «detentar la cosa litigiosa», no es posible que exista un *reddere* que incumba al heredero. El *factum* reprochado al juez no es, por ello, reprochable al heredero. Sin embargo, el sentido de *litem suam facere* como detentación de la cosa litigiosa o, lo que es lo mismo, como subrogación en la posición del demandado, permaneció a los solos efectos de fijar la responsabilidad del juez (responsabilidad no transmisible) que cometió la grave infracción de no dar sentencia. De ahí que la acción contra el juez persiga siempre la *vera litis aestimatio*<sup>57</sup>.

4.—Pasamos ya al conflictivo fragmento de Ulpiano 21 (?) *ad Edictum*, D. 5.1.15.1, que, tal y como aparece en el Digesto, dice lo siguiente:

Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Los compiladores atribuyen el fragmento al libro 21 *ad Edictum* de Ulpiano, *De adpromissoribus*<sup>58</sup>; Beseler<sup>59</sup>, no sin cierta lógica<sup>60</sup>,

57. Cfr. *infra* IV.5 y Ulpiano 21 *ad Ed*, D. 5.1.15.1, no itp. en este punto: *infra* IV.4.

58. Cfr. LENEL, *Paltingenesia* II, col. 541 y nt. 3, pero no con absoluta seguridad.

59. BESELER, *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen* I (1910) p. 78. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, p. 377 nt. 29, estima como muy probable la conjetura de Beseler.

creía que en este punto los compiladores cometieron un error de transcripción y que el texto correspondería al libro 23 *ad Edictum*. La cuestión resulta oscura, y en la duda quizá sea lo más prudente acogerse a lo que indica el Digesto. Por lo demás, y aun cuando pudiera tener razón Kübler<sup>61</sup> al señalar que el jurista se refería aquí sólo a alguna de las leyes de la fianza, creemos que ello no puede llevar hasta el punto de restringir el sentido del texto solamente a ese caso particular.

Muchas más discrepancias han surgido respecto al contenido del texto. Algún autor reciente<sup>62</sup> acepta el fragmento tal y como nos ha llegado sin entrar en cuestiones críticas, pero, en mayor o menor medida, se suele considerar como interpolado.

Las hipótesis formuladas hasta la fecha se reducen a cuatro:

i) Algunos<sup>63</sup> consideran que la única alteración presentada por nuestro texto es la frase entre paréntesis (*dolo malo ... sordes*), pues sería glosemática, e incluso se llega a sospechar que «*vel etiam sordes*» se trataría de una segunda glosa añadida al glosema originario.

ii) Beseler<sup>64</sup>, además de entender como interpolado el paréntesis, señala que el original de Ulpiano no hablaría de *in fraudem [legis]* sino de *in fraudem <litigatoris>*; y, para salvar la parte final del texto, que quedaría en el aire por la supresión del paréntesis, reconstruye parcialmente: ... < — *et magis est* >, *ut veram aestimationem litis praestare cogatur*.

iii) Para Lenel<sup>65</sup>, que no aceptaba la corrupción *litigatoris* (por *legis*) propuesta por Beseler<sup>66</sup>, resultaría innecesaria la conjetura de

60. Ver LENEL, *Palinogenesia* II, col. 554: [*Si iudex litem suam fecerit*]. aunque Lenel se manifiesta sin completa seguridad.

61. KÜBLER, *Haftung*, cit. en nt. 2, p. 221.

62. Ver en este sentido FASCIONE, «*Fraus legi*» (1983) p. 153.

63. En este sentido, entre otros, KÜBLER, *Haftung*, cit. en nt. 2, p. 221; PERROZZI, *Istituzioni* II<sup>2</sup>, cit. en nt. 30, p. 387 nt. 4; GUARINO, «*Actiones in aequum conceptae*», cit. en nt. 9, p. 14. La romanística crítica suele admitir como no genuino el paréntesis.

64. BESELER, *Beitrage* I, cit. en nt. 59, pp. 77 s.

65. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, p. 168.

66. Esa corrupción del texto no la admite prácticamente nadie, ver por todos KELLY, *Roman Litigation*, cit. en nt. 2, p. 110 nt. 6, D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, p. 378, nt. 31.



este autor para salvar el inciso final del texto, porque el fragmento no sería genuino desde el inicio del paréntesis. En su opinión, sólo sería clásica la parte inicial: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*; se salvaría así la contradicción existente entre la referencia a la *vera aestimatio litis* (que, en su opinión, estaría interpolada) y la pretendida *condemnatio in aequum* de la fórmula. Esta hipótesis de Lenel es la que goza de mayor aceptación en la doctrina<sup>67</sup>, sobre todo porque se suele admitir la reconstrucción de la fórmula de la acción contra el juez que él propuso. Salvado el inciso inicial del texto, Arangio-Ruiz<sup>68</sup> llegaba incluso a afirmar que «*dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*» era una construcción tan perfecta técnicamente que tenía todo el aire de haber sido transcrita del Edicto.

iv) Por muy diversas consideraciones (que *litem suam facere* parezca reducirse sólo al caso presentado en el texto, que se hable de *in fraudem legis* en forma tan ambigua) pero, sobre todo, por la distancia que a primera vista media entre el sentido clásico de *litem suam facere* y el que parece tener en este fragmento, d'Ors<sup>69</sup> entiende que todo el texto es glosemático y que pervivió en el Digesto por inadvertencia de los compiladores, pues no cuadraría ni con la concepción clásica ni con la justiniana<sup>70</sup>.

Tal y como se ha podido comprobar, nuestro texto es corregido e interpretado de muy diversas maneras. No obstante, y pese a las muchas dudas que se plantean, cabría hacer una serie de observaciones.

Si se admite como ulpiano el inciso inicial *Iudex tunc ... sententiam dixerit* (y nosotros creemos, como ahora se verá, que se debe admitir) no cabe decir que la referencia a la *vera aestimatio litis* del in-

67. Ver, por todos, PRINGSHEIM, «*Bonum et aequum*», cit. en nt 9, p. 105 y, ahora, G LONGO, *I quasi delicta*, cit. en nt. 3, p. 409. En las exposiciones de carácter general este punto de vista es claramente mayoritario.

68. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*<sup>14</sup>, cit. en nt. 19, p. 378.

69. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, pp. 377 ss

70. Es evidente que la concepción justiniana es la de D. 50.13.6 (=D.44.7.5.4), reproducido en I. 45 pr. El tema de los «cuasi-delitos» queda al margen del presente estudio, a partir de la época postclásica la expresión *litem suam facere* hace referencia a cualquier comportamiento inconveniente del juez, y por ello el texto de las *res cottidianae* no habla ya de la *vera litis aestimatio*, sino que la condena se deja al arbitrio del juzgador, según la gravedad de la conducta del juez

ciso final sea fruto de interpolación, pues resulta congruente con la *condemnatio* de la fórmula edictal<sup>71</sup>. Si, pese a todo, el inciso final no es aceptado como genuino por la mayoría de los autores, esto se debe a un simple efecto reflejo de la contradicción que observan entre la supuesta *condemnatio in aequum* de la fórmula, que ellos admiten, y la frase final del texto; y, a su vez, ello es una consecuencia del equivocado sentido que hasta ahora se tenía de *litem suam facere*.

Por otra parte, comprendemos las reservas de d'Ors respecto a este fragmento de Ulpiano pues, a primera vista, parece discordante con los otros testimonios genuinos sobre el sentido clásico de *litem suam facere*. Pero, en el fondo, todo depende de la interpretación que se dé a la frase «*dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*».

Finalmente, creemos que cabe prescindir de la corrección [*legis*] <*litigatoris*> propuesta por Beseler, y que se debe aceptar como glosemático el paréntesis (*dolo malo ... sordes*), pues se trata de una desafortunada explicación de la frase antecedente.

Así, pues, *a*) afirmamos la genuinidad de la frase final del fragmento porque se corresponde con la *condemnatio* de la fórmula, *b*) aceptamos como glosemático el paréntesis (*dolo malo ... sordes*, y *c*) defendemos como ulpiano el inciso inicial del texto, si bien esto precisa una explicación.

Para que ese inciso inicial pueda ser defendido como genuino con arreglo al sentido clásico de *litem suam facere*, es preciso que «*dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*» equivalga a no dar sentencia o a darla en contra de la fórmula.

En el texto se habla de *in fraudem legis sententiam dixerit*, pero, para poder sancionar al juez que ha defraudado una ley que debía tener en cuenta en el caso concreto, es necesaria la posibilidad de revisar la sentencia, es decir, se precisa en último término de la existencia de apelación. Mientras esa revisión no existió, el fraude a la ley producido por la sentencia de un juez no pudo perseguirse; anteriormente la sentencia no era en sí misma atacable y sólo cabían los remedios indirectos que ya vimos<sup>72</sup>. Por consiguiente, para detectar y sancionar el fraude a la ley era necesaria la revisión de la sentencia, y esto nos coloca ya en época imperial avanzada.

71. Esto ha quedado claro a lo largo del presente trabajo; ver, no obstante, *infra* IV 5.

72. *Vid supra* IV.1

Ahora bien, como dice el texto, no cualquier fraude a la ley suponía *litem suam facere*, sino sólo el producido *dolo malo*; pero, *dolo malo* no se refiere aquí al elemento intencional sino que expresa el fraude a la ley que produjo un «daño total» a una de las partes, es decir, hacer referencia al resultado. De esta forma, si de la apelación resultaba una nulidad de la sentencia anterior por fraude a la ley<sup>73</sup>, el juez había hecho suyo el litigio como en los supuestos normales y su sanción sería la misma pues, como nos dice Ulpiano, el juez será condenado a la *vera aestimatio litis*.

Que a una concepción de este tipo llegase un jurista tardío como Ulpiano es perfectamente comprensible, pues la clave está en la posibilidad de revisar las sentencias.

Para concluir, nos ocuparemos de la fórmula edictal de nuestra acción.

5.—Cualquier reconstrucción de la fórmula edictal de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* debe ser hipotética, pues las fuentes no la transmiten ni siquiera de forma parcial. De todos modos, con los datos de que se dispone, cabe realizar una reconstrucción bastante aproximada.

Si prescindimos de la antigua opinión de Rudorff<sup>74</sup>, la reconstrucción generalmente admitida es la propuesta por Lenel. Según Lenel<sup>75</sup>, la *nominatio facti* (*intentio —in factum—*, en su terminología) presentaría, quizá, la siguiente redacción:

Si paret Nm. Nm. litem, quam inter Am. Am. et Lucium Titium  
iudicare iussus erat, suam fecisse

---

73. Es claro, por lo demás, que el juez que sentenciaba contra ley hacía también suyo el litigio. De la primitiva indistinción entre actuar en contra de ley y en fraude de ley se pasa paulatinamente a una diferenciación (Paulo 5 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 1.3.29: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*), pero existe equiparación en cuanto a los efectos, así en D. 2.14.7.7 que trae a colación el *edictum de pactis*, en D. 14.6.7.3 a propósito del SC. Macedoniano, en D. 16.1.29.1 y 16.1.32.3 a propósito del SC. Velejano, etc. Vid. CASAVOLA, «*Lex Cincia*» (1960) pp. 118 s. nt. 3; KASER, *RPR* I<sup>2</sup> (1971) p. 250; y, ahora, FASCIONE, «*Fraus legi*», cit. en nt. 62.

74. Sobre la hipótesis de Rudorff (a quien siguieron otros autores) y crítica a la misma, véase LENEL, *EP*<sup>3</sup> p. 168; cfr. *supra* nt. 7.

75. LENEL, *EP*<sup>3</sup> p. 169.

Más segura resultaría, en su opinión, la reconstrucción de la *condemnatio*:

. . quantum ob eam rem aequum videbitur Nm. Nm. Ao. Ao. condemnari, tantam pecuniam etc

Una *condemnatio* de este tipo estaría fundamentada en el fragmento de la *res cottidiana* de D. 50.13.6, texto que, si no clásico, reflejaría la antigua *condemnatio* de la fórmula.

Esta reconstrucción de Lenel es la comunmente aceptada por la romanística moderna, y nuestra acción aparece, tanto en los estudios monográficos como en las exposiciones generales, entre las llamadas *actiones in (bonum et) aequum conceptae*<sup>76</sup>.

Opinión un tanto singular (y que en el fondo sigue la hipótesis primitiva de Lenel) es la de Guarino<sup>77</sup>, quien, pese a aceptar el carácter *in aequum* de la acción contra el juez, propone una solución muy forzada para conciliar eso con la referencia a la *vera aestimatio litis* de Ulpiano 21 *ad Ed.*, D. 5.1.15.1. Para él, «il dilemma non sussiste, perchè non vi è contraddizione tra l'invito al giudice di condannare *in quantum aequum* e l'affermazione che la condanna deve essere rapportata alla *vera aestimatio litis*». Sin embargo, al menos en nuestra opinión, la equiparación entre una *condemnatio in aequum* y una *condemnatio* referida a la *vera aestimatio litis* no resulta admisible, y esto es así aunque se acepte el sentido que para Guarino tiene toda *condemnatio in aequum*<sup>78</sup>.

Por su parte, A. d'Ors, si bien no lo establece con mucha seguridad, propone una alteración, tanto en la *nomnatio facti* como en la *condemnatio*, respecto a la reconstrucción de Lenel.

76. La presencia de *bonum* junto a *aequum* en la *condemnatio* de la fórmula de esas acciones es muy controvertida KASER, *Zum Ediktsstil*, en *Festschrift Schulz* II p. 43 (= *Ausgewählte Schriften* I, p. 231), advierte que la presencia de *bonum* al lado de *aequum* se rechaza como innecesaria. GUARINO, «*Actiones in aequum conceptae*», cit. en nt. 9, *passim*, niega la presencia de *bonum* en la redacción originaria de esas fórmulas.

77. GUARINO, «*Actiones in aequum conceptae*», cit. en nt. 9, p. 14.

78. Para GUARINO, «*Actiones in aequum conceptae*», cit. en nt. 9, p. 8. «L'invito a condannare *in quantum aequum* significava una cosa ben precisa e concreta: l'esortazione a rapportare l'ammontare della condanna alle valutazioni economico-sociali della fattispecie, così come obbiettivamente esistenti e correnti al momento della *sententia*».

En su opinión, como el *factum* reprochado al juez sería no haber dado sentencia, se podría suponer que la *nominatio facti* se referiría precisamente a ese hecho; por ello quizá no se debería admitir la hipótesis de Lenel (*Si paret eum litem suam fecisse*), sino que sería más probable el giro: ... *sententiam eum non dixisse*<sup>79</sup>. Por cuanto respecta a la *condemnatio*, d'Ors piensa que no haría referencia a *in quantum aequum videbitur* sino a cuanto hubiera debido ser condenado el demandado en la acción frustrada por el juez; por ello podría referirse a *in quantum Lucius Titius* (el demandado en la acción malograda) *condemnari debuisset*<sup>80</sup>.

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de estas páginas se puede vislumbrar fácilmente cuál es la solución que estimamos más defendible. El *factum* reprochado al juez, tal y como documentan las fuentes, es haberse hecho con el litigio (que eso sea la consecuencia de no haber dado sentencia no afecta a lo esencial), por ello nos parece más probable en este punto la reconstrucción establecida por Lenel. Por contra, como el juez «hizo suyo el litigio frustrado», la *condemnatio* haría referencia a lo que debiera ser condenado el demandado en la acción malograda por el juez; de ahí que en este aspecto tenga razón d'Ors.

Por consiguiente:

a) La *nominatio facti*, tal y como propuso Lenel, diría:

Si paret Nm. Nm. litem, quam inter Am. Am. et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse.

b) La *condemnatio*, en la línea mantenida por d'Ors, diría:

... in quantum Lucius Titius condemnari debuisset, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, si non paret absolvito.

## V.—CONCLUSIONES

Aunque a lo largo de estas páginas hemos tratado también de algunos otros problemas conexos, en esta sede final de conclusiones centraremos la atención solamente en la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*

79. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit en nt. 1, p. 387.

80. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit en nt. 1, p. 391.

De la revisión de los textos clásicos sobre *litem suam facere* cabe confirmar la reciente tesis de A. d'Ors acerca del sentido exacto de esa expresión. Un juez *litem suam faciebat* cuando no hacía el aplazamiento —*diffissio*—, o no daba la sentencia, o daba una sentencia en contra de la fórmula (esta sentencia era nula y equivalía a ausencia de sentencia). *Litem suam facere* era, así, la consecuencia de no haber dado sentencia, de haber frustrado el litigio, y el juez se «subrogaba» en la posición del demandado. Esto no aparece con nitidez en el *Corpus Iuris* porque el sentido de *litem suam facere* cambió ya en época post-clásica, pero sí queda claro en otras diversas fuentes clásicas que no pasaron por los compiladores.

En la época más antigua alguna ley desconocida debió conceder al demandante frustrado la *manus iniectio* «*pro iudicato*», con ficción de que hubo sentencia, pero sentencia en contra del que no la dio.

La acción clásica que la sustituyó tenía una fórmula *in factum concepta*; ignoramos la fecha aproximada del edicto introductorio. En nuestra opinión, la *nominatio facti* hacía referencia a *litem suam facere* (que era, precisamente, el *factum* reprochado), y la *condemnatio* a lo que hubiera sido condenado el demandado en la acción malograda por el juez, es decir, a la *vera aestimatio litis*.

Hasta la época de Salvio Juliano la acción era pasivamente transmisible, y se lograba así, en todo caso, el resarcimiento del demandante. Cuando, por vía extraordinaria, se puso remedio a la ausencia de sentencia, no tenía sentido ya el que la acción fuera transmisible, y de ahí el que Ulpiano defiende la intransmisibilidad pasiva. Es posible que, como se dice en D. 5.1.16, la opinión de Juliano fuera reprobada por muchos, pero debió serlo por juristas posteriores a él, no por los anteriores o por los coetáneos.

Salvo el inciso (*dolo malo ... sordes*), consideramos genuino el texto de Ulpiano reproducido en D. 5.1.15.1. Para poder detectar y sancionar el fraude a la ley cometido por el juez resulta imprescindible el que cupiera revisión de la sentencia, cosa que ocurre en época imperial avanzada (no antes); si de la revisión resultaba nulidad de la sentencia anterior por fraude a la ley (= contra ley), el juez había hecho suyo el litigio como en los supuestos normales.

IGNACIO CREMADES y JAVIER PARICIO  
(León)