

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

---

**RECENSIÓN DE LA MONOGRAFÍA**  
***LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL CIVIL EN ROMA,***  
**Cuadernos de Derecho Registral, Madrid (2008), 433 págs., de**  
**Margarita Fuenteseca Degeneffe**

**JESÚS DAZA MARTÍNEZ**  
Catedrático (jubilado) de Derecho romano  
Universidad Complutense Madrid

En esta monografía se presenta por la prof. Dra Margarita Fuenteseca, Catedrática de Derecho romano de la Universidad de Vigo, una nueva visión, muy clarificadora y unitaria, de la función jurisdiccional realizada por el *iudex* en Roma, para lo cual se remonta a los más remotos inicios de la *iurisdictio* civil romana, de oscura y difícil determinación, y atestiguados en escasísimas fuentes. Esta dificultad es salvada por la autora, quien utiliza como base de su argumentación principalmente las Instituciones de Gayo, que es actualmente la fuente más atendible en relación al proceso civil romano.

En el primer capítulo sienta la autora las bases a partir de las cuales va a desarrollar toda su labor investigadora, puesto que, ante la dificultad interpretativa que hoy todavía impera en relación al procedimiento de las *legis actiones*, establece como punto de partida la distinción entre los diferentes *modi agendi* a partir de la *legis actio per iudicis postulationem*, en la que se debía mencionar la *causa ex lege* por la cual se iniciaba el procedimiento, esto es, debía existir una *lex* (sustantiva) que se remitiese a ese procedimiento, que únicamente así se podía iniciar (*agere nominata causa*).

Según Gayo IV,17a, las XII Tablas, en el caso de la *sponsio*, se remitían al procedimiento de la *iudicis postulatio*, que para la autora incluye ambos casos de *stipulatio certi* y de *stipulatio incerti*. Y esta es la clave alrededor de la cual va a girar toda la argumentación en la que se basa la originalidad de esta monografía, ya que distingue claramente los casos de *certum dare oportere* de los casos en los que se pide un *incertum*, supuesto en el cual la función jurisdiccional del *iudex* implica una valoración para proceder a la consiguiente *condemnatio*. La autora admite que la *stipulatio incerti* haya sido objeto de tramitación mediante la *legis actio per iudicis postulationem*, que se resolvería mediante un *arbitrium merum* realizado por el *iudex*, porque la propia formalidad de la *sponsio* ya admitía este tipo de *condemnatio*, al formularse de forma alternativa (p. ej. *spondes dari pecuniam aut filia nuptiarum causa?*, Varron, 6,70).

Esta forma de valoración del *incertum* mediante *arbitrium merum* la distingue claramente la autora del *arbitrium boni viri* que el *iudex* realiza en los *bonae fidei iudicia*. Para ello se remonta al espinoso y tan debatido problema

del origen de los *bonae fidei iudicia*, que, como ha sido aceptado unánimemente en la doctrina romanista, serían *iudicia sine lege*. Para la prof. Fuenteseca, los *iudicia bonae fidei* habrían sido fórmulas *in ius conceptae* admitidas bajo la jurisdicción pretoria, es decir, no nacen *ex lege*, sino que fue la elaboración de los *iurisprudentes* la que habría impulsado la formación de estos *iudicia* que desembocaban en una *condemnatio* admitida bajo el *imperium* del *praetor* y estimada según el *arbitrium boni viri* (p. 94). Y aquí aparece otra de las claves interpretativas de esta monografía: en el caso de los *iudicia bonae fidei* permitió el *praetor* una condena basada en el *arbitrium boni viri* formándose así una jurisdicción que permitiría la penetración de la *aequitas* en el procedimiento romano de acuerdo con la definición de Celso en D. 1,1,1: *ius est ars boni et aequi* (p. 355).

Así sienta la autora el fundamental punto de partida según el cual el *arbitrium* mediante el que el *iudex* puede llegar a la *condemnatio* está basado en la idea de *aequitas* romana frente al concepto de *iudicium*, en el que estrictamente se trata de declarar cuál de partes ha actuado conforme a derecho. Y esta afirmación la fundamenta la prof. Fuenteseca también en las fuentes literarias romanas (Cicerón, Festo y Séneca), las cuales permiten deducir que el *arbitrium* es un juicio decisorio que se fundamenta en la valoración equitativa de una pretensión que no se ha cifrado en una *certa pecunia*.

La línea argumental de esta monografía, que lleva a su autora a la consecución de un nuevo enfoque definitorio de la *iurisdictio* civil romana, consiste en distinguir la categoría del *certum dare oportere* de los supuestos en

los que se reclama un *incertum*. El *certum dare oportere* sería exigible mediante la *legis actio per conditionem*, que sería la única *legis actio* creada por una *lex* (*per legem constituta*, Gayo IV,19). En el ámbito del *certum dare oportere* la regulación sustantiva y procesal coinciden, según la autora, ya que no se requiere en este ámbito el concepto de *actio in personam* ejercitable frente a un *creditor* para la instauración de un *iudicium*.

De ahí la tan acertada distinción que establece la prof. Fuenteseca entre los casos de *certum dare oportere* que serían *iudicia legitima*, frente a los *iudicia ex lege*, que serían los instaurados mediante una específica ley sustantiva que se remite a la *legis actio per iudicis postulationem*. Y el tan debatido paso de las *legis actiones* al procedimiento formulario se explica también desde esta perspectiva propuesta por la autora: en la *legis actio per conditionem* la función del *iudex* era análoga a la del procedimiento formulario, ya que el *iudex* decide directamente si es o no conforme al *ius* la afirmación del actor relativa al *oportere* del demandado. El *agere per conditionem* sería entonces, la primera manifestación del procedimiento formulario romano, según M. Fuenteseca.

Y asimismo, mediante un profundo análisis de muy debatidas instituciones procesales, sobre las que pesan diatribas doctrinales seculares, la línea de investigación brillantemente abierta por M. Fuenteseca también logra aclarar la enigmática distinción gayana entre *iudicia legitima* y *iudicia imperio continentia*, únicamente existente, según la autora, a partir de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*. A partir de esta *lex*, afirma M. Fuenteseca, el *officium iudicis* engloba definitivamente la primitiva función arbitral (*arbitrium*) del

*iudex* (p. 184), produciéndose “la definitiva configuración del *officium iudicis* como una función judicial que capacita en abstracto al *iudex* para emitir un *iudicium* en cualquier procedimiento, esto es, para declarar el *ius* mediante un *iudicium* regulado por la *lex* (procesal), que se fundamentará a su vez en la *lex* (sustantiva) y también en la *aequitas*, cuando la decisión de dicte exclusivamente en virtud del *arbitrium* del *iudex*”.

Esta es la exacta definición de la función jurisdiccional en Roma que hasta hoy no se había manifestado con la claridad con la que lo hace la prof. Fuenteseca. La aclaración de la primitiva función jurisdiccional que el *iudex* cumplía en Roma requería remontarse a sus más primitivas manifestaciones como lo hace la autora, que, partiendo de éstas, logra iluminar con gran claridad esta función tan relevante y fundamental que se presenta en Roma con exactamente las mismas características que en los actuales ordenamientos jurídicos occidentales.

La primitiva función jurisdiccional en Roma está sumida en la más oscura de las tinieblas debido a la escasez de fuentes, que presentan la dificultad añadida de las lagunas, y la necesidad de coordinarlas en una continuidad temporal, formando un conjunto unitario, y también debido a la necesidad de encontrar una línea que unifique coherentemente una ingente cantidad de conceptos jurídicos, tanto del ámbito procesal como sustantivo. Solamente mediante un trabajo tenaz de estudio durante años, como el realizado por la prof. Fuenteseca, es posible lograr superar todos estos obstáculos y llegar a una conclusión novedosa y de gran relevancia para la doctrina romanista, lo que consigue la autora en esta obra.

Es un gran acierto el abrir una línea de investigación separando las funciones judicial (*iudicium*) y arbitral (*arbitrium*), como la que hace la autora, puesto que así se logra dotar a la obra de un claro hilo conductor. De este modo también logra la autora ofrecer una novedosa y coherente visión del procedimiento *in rem* desde sus más primitivas manifestaciones hasta el procedimiento formulario romano. Comienza por una novedosa reintegración de la laguna (sobre la que pesan interpretaciones doctrinales de lo más dispares, producto de seculares diatribas) contenida en las XII Tablas 12,3, pasaje referido a la *vindicia falsa*, entendiéndola como un *arbitrium damni decidendi*, atribuido a los *tres arbitri* en el caso de que el poseedor interino vencido actúe dolosamente, por lo cual es castigado al pago del doble del precio de la cosa litigiosa. Y este punto de partida lo coordina la autora con el mecanismo del *iusiurandum in litem* en el procedimiento *in rem*, logrando enlazar, con plena y total continuidad, el procedimiento sacramental *in rem* con la *reivindicatio per formulam petitoriam*. Así llega la autora a la relevante conclusión de que el procedimiento *in rem*, desde sus más primitivas manifestaciones, tuvo por objeto la satisfacción *in natura* y si ésta no es posible, la restitución pecuniaria del daño patrimonial causado.

El incipiente procedimiento romano arcaico contaría, según la autora, con los mecanismos procesales suficientes para lograr la plena reparación de quien ha sufrido un daño en su patrimonio. A tal conclusión, basado en un análisis extremadamente riguroso de las fuentes, sólo de llega extrayendo y comprendiendo la verdadera esencia de instituciones procesales romanas, como son la *manus iniectio* o la *condemnatio pecuniaria*, cuyo auténtico sentido

es prácticamente impenetrable al haber quedado sepultado bajo una enorme capa de enquistadas y contradictorias opiniones doctrinales.

Finalmente, en el último capítulo, la distinción entre la función arbitral y judicial le sirve a la autora para determinar con claridad la función llevada a cabo por el *iudex* en las acciones divisorias. Tomando como punto de partida las *legis actiones*, la autora descubre una clara y coherente línea de actuación del *iudex* en estos casos, que emitiría un *arbitrium* en cuanto hace el reparto equitativo de los bienes indivisos, mientras que cuando condena a las cantidades que recíprocamente deben compensarse los *condomini* entre sí, consecuencia del previo reparto realizado, emite un *iudicium* en virtud de su *officium iudicis*.

En definitiva, es un acierto el novedoso enfoque que se presenta en esta monografía, consistente en la apertura de dos grandes líneas de investigación en torno a las cuales se desarrollan las argumentaciones (la distinción entre *arbitrium* y *iudicium* y la distinción entre *certum dare oportere* y la reclamación de un *incertum*), lo que permite la superación de teorías romanistas secularmente sostenidas en el ámbito del derecho procesal romano, como es la existencia del *arbitrium litis aestimandae* que tendría lugar después de *iudicatum* pronunciado por el *iudex* en la *legis actio sacramento*, que todavía se defiende por la gran mayoría de la doctrina española, alemana e italiana. Así logra también la autora combatir la tesis, acogida asimismo en gran medida por la doctrina europea, de que los primitivos *arbitria* que aparecen en las fuentes serían extraprocesales, y se habrían asumido lentamente en el procedimiento judicial (defendida por Brogini).

Se trata de una magnífica obra que resuelve de la manera más brillante los más difíciles problemas interpretativos del derecho procesal romano, y no es sino el resultado de largas horas de estudio y de investigación empleadas por la autora. Refleja, además, su completa formación jurídica y un dominio extraordinario de los idiomas, instrumento imprescindible para toda labor de investigación jurídica, y más aún en materia de Derecho romano.