

# DISCREPANCIAS PROCESALES ENTRE SABINIANOS Y PROCULEYANOS

por

Hugo Hanisch Espíndola

1. Hacia el año 252 a.C. el Pontífice Máximo Tiberio Coruncano, de origen plebeyo, abandonó el estilo hermético y oracular de la jurisprudencia e inició la costumbre de explicar públicamente las razones de las respuestas jurídicas. Con ello se inició una enseñanza tradicional de la jurisprudencia que se impartía por un estilo aristocrático de convivencia de los discípulos y los maestros que por la vía casuística iban introduciendo en la mente de los alumnos la comprensión de los problemas y la manera en que debían encontrarse las soluciones, sin que hubiera un método o sistema de enseñanza, sino más bien la formación de una mentalidad intuitiva adquirida por la práctica y una especie de habilidad para manejar los asuntos de derecho.<sup>1</sup> Cicerón en su libro *De Oratore* nos dice que las consultas que se hacían a los jurisperitos eran múltiples y se referían a toda clase de materias.<sup>2</sup>

La ley *Aebutia* cambió el antiguo procedimiento de las *Legis Actiones*, que habían caído en descrédito por el procedimiento formulario que eliminó los sistemas sacramentales y dispuso que se litigara *per concepta verba id est per formulas*.<sup>3</sup>

A la llegada del imperio de Augusto se produjo también un nuevo cambio al ampliarse el número y condición de las personas que se dedicaban al saber jurídico, como los estratos de donde provenían, como la situación personal y política que tenían dentro del antiguo régimen por una diferente y nueva dentro del régimen imperial. El sistema aristocrático antiguo que revestían los jurisconsultos desapareció y se produjo una apertura hacia nuevos estratos sociales y la enseñanza del derecho se hizo pública a través de las *Stationes* y *Auditoria*.<sup>4</sup>

La base de los cultores de la jurisprudencia se amplía con la incorporación de hombres nuevos sin tradición familiar y de provincianos, lo que no significó que desaparecieran completamente los miembros de las familias republicanas ilustres.<sup>5</sup>

El Emperador interviene para resaltar los jurisconsultos que son de su confianza mediante la creación del *ius publice respondendi* con el cual la autoridad imperial avalaba las respuestas de los jurisconsultos distinguidos por la autoridad máxima.

<sup>1</sup> D. 1.2.2. Pomponius Liber singularis Enchiridii. F. Schulz. Roman legal science. Oxford. 1967, pp. 12, 17, 23 ss.

<sup>2</sup> Cicerón *De Oratore* 1.48.212; 3.3.133.

<sup>3</sup> Gai. 4.30.

<sup>4</sup> Aulus Gellius. *Noctae Atticae* 13. 13. Schol ad Juv. 1.128. aut quia juxta

Apollinis templum iuris periti sedebant et tractabant, aut quia ibi bibliothecam iuris civilis et liberalium studiorum in templo Apollinis Palatini dedicavit Augustus (citados por F. Schulz, op. c., p. 122 nota).

<sup>5</sup> F. Schulz, op. c., p. 117.

La vida de los jurisconsultos estaba ligada a la carrera militar, a los cargos públicos y a las actividades en el entorno imperial.

La influencia griega en la sistematización de la jurisprudencia es manifiesta y aunque ya se advertía en la época de Quinto Mucio y de Cicerón, en la época imperial se hace más patente, no tanto por las definiciones, divisiones y esquematizaciones, sino además porque las doctrinas aristotélicas y estoicas introducen sus ideas en la jurisprudencia. Desde el siglo XVI los estudiosos del romanismo vinculan la escuela Sabiniana con la filosofía de la Stoa y la Proculeyana con la aristotélica.

Sin embargo parece más claro que la oposición de ambas escuelas no sería otra que la tradición de la enseñanza que se mantuvo en ambas en una secuencia diferente basada en la enseñanza de los maestros y la permanencia de los discípulos en las doctrinas o posiciones de aquéllos.

No obstante el desarrollo doctrinario estaba en sus comienzos y las obras de los más destacados jurisconsultos se encontraban unidas a las explicaciones del *ius civile* y del *ius honorarium* las cuales entrarían en el campo de que habla Gayo: *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permisum est iura condere* (Gai. 1,7).

Con todo no siempre gozaron los jurisconsultos de la estima imperial y al efecto baste recordar que Calígula se jactó de haber abolido a los jurisconsultos y su cuasi ciencia, porque sólo a él correspondía responder (Suetonio - Calígula, 34).

En la época de Adriano los pretorianos pidieron que se les otorgara el derecho de responder, a lo que el emperador contestó que esta facultad no se pedía, sino que se acostumbraba ejercerla, y que vería con agrado que los que gozaban de su confianza se dispusieran a contestar al pueblo.<sup>6</sup>

La educación de los juristas tenía una forma clara y académica en la época clásica, aunque no hay una información precisa de cómo se impartía. Los vestigios de esta enseñanza aparecen en el Enchiridion de Pomponio y una prueba de ella la constituyen los Comentarios de Gayo, cuyo desarrollo escolar y sistemático es manifiesto, al igual que las Instituciones de muchos jurisconsultos que las escribieron para la enseñanza de los alumnos.<sup>7</sup>

La existencia de las escuelas es indiscutida en los siglos I y II de nuestra era. En la época de Augusto aparecen los iniciadores de dos tendencias opuestas. Labeón y Capito son como los llama Tácito *duo pacis decora*<sup>8</sup> y a ellos suceden dos series de discípulos juristas. Ambos jefes tuvieron posiciones políticas diferentes, pues mientras Capito aceptó el consulado que le ofreció el emperador, Labeón desechó el desempeño del cargo para dedicarse a sus estudios y a la docencia.

La existencia de las escuelas está atestiguada por Pomponio y Gayo. Los nombres de Sabinianos y Proculeyanos habrían aparecido en el bajo imperio, y de ello da constancia Fragmenta Vaticana 266. Plinio el joven hace referencia en una de sus epístolas a Cassio, a quien atribuye ser jefe de una escuela: *huius qui Cassianae scholae princeps et parens fuit*. Por su parte Gayo deja constancia que se trata de dos escuelas, sin asignar nombre a ninguna de ellas. Sólo habla de *Sabinus, Cassius ceterique nostri praeceptores*, para referirse a la escuela sabiniana que él profesa; en

<sup>6</sup> D. 1.2.49.

<sup>7</sup> F. Schulz, op. c., p. 159 ss.

<sup>8</sup> Tacitus. Annales. 3.75.

cambio a los proculeyanos los engloba bajo la expresión de *diversae scholae auctores*, o *Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores*.<sup>9</sup> Los textos del Digesto que señalan nombres a las escuelas estarían interpolados.

2. Planteada así la distinción de estas dos tendencias resulta de interés entrar a conocer cómo enfocaron los problemas propios del procedimiento en los casos judiciales en una época en que se aplicaba de un modo usual el sistema formulario. Esto tiene una gran importancia, pues los autores de esa época eran especialmente casuistas y en consecuencia el material más apto para sus investigaciones eran los problemas y porque en el *agere* debieron realizar una buena parte de su actividad creadora. En efecto el *agere verbis conceptis, id est per formulas* presentaba un amplio campo al desarrollo jurídico de las acciones y una fuente de situaciones muy propicias para la presentación y discusión de los derechos en juicio, como puede apreciarse en el libro cuarto de los Comentarios de Gayo y en los fragmentos que se han conservado de los autores de ambas escuelas en el Digesto.

Cicerón en su oración Pro Roscio dice que el pretor en su edicto tenía toda clase de acciones para todas las dificultades de la vida, y que dada la complejidad del sistema formulario había que consultar sobre la acción a emplear a los jurisconsultos.<sup>10</sup>

En este trabajo se tiende a presentar las divergencias entre ambas escuelas en relación con el procedimiento formulario y las posiciones que asumieron en las dificultades que se hacían presentes en los procesos.

El procedimiento formulario era breve. Se iniciaba con la *in ius vocatio*, llamado para comparecer ante el magistrado, la *editio actionis* que este hacía, discusión entre las partes para fijar los términos de la acción, petición de las excepciones, redacción y entrega de la fórmula, designación del juez, y realización de la *litis contestatio*, con lo que terminaba la etapa *in iure*. La segunda etapa *apud iudicem* se inicia en la fecha establecida, entregándose al juez la fórmula, quien verifica los hechos, recibe las probanzas aducidas por las partes y dicta sentencia.

En este trayecto que siguen las partes se plantean diversos problemas jurídicos de índole procesal que dan lugar a interpretaciones variadas entre las escuelas que es necesario analizar para saber las discrepancias que se suscitan. Los jurisconsultos no intervenían en la tramitación de los juicios, los que estaban a cargo de los oradores o abogados, el mayor de los cuales, sin duda, fue Cicerón, pero absolvían respuestas sobre las materias procesales que daban lugar a debates entre las partes. Estas consultas podían ser efectuadas por los litigantes o por los magistrados y jueces. De esta manera intervenían en forma activa en los juicios, pero sin asumir el rol que estaba reservado a los abogados.

3. Para iniciar un juicio en contra de ciertas personas que estaban ligadas con el demandante por vínculos de parentesco o de patronato era necesario obtener el permiso del pretor. Pero se preguntaba si el paren-

<sup>9</sup> Gai. 2.15. Los nombres de proculeyanos y sabinianos son de la época del bajo imperio y así sólo aparecen usados en F.V. 266.

<sup>10</sup> Cicerón. Pro Roscio Comoedo. 8.24.

tesco se contaba hasta el infinito o si había un grado hasta el cual se limitara la necesidad de conseguir la autorización. Pomponio sostiene que los antiguos consideraban parientes hasta el tatarabuelo, y los que sobrepasaban ese parentesco eran denominados mayores, pero Gaius Cassius dice que todos son parientes hasta el infinito. Así se lee en D. 2.4.4, Ulp. 5 *ad ed.*:

Quique litigandi causa necesse habet in iure vel certo loco sisti: nec furiosos vel infantes. Praetor ait: parentem, patronum, patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet. Parentem hic utriusque sexus accipe: sed an in infinitum, quaeritur, quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores maiores dici: hoc veteres existimasse Pomponium refert: sed Gaius Cassius omnes in infinitum parentes dicit, quod et honestius est et merito obtinuit. Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt: nec tamen ut Severus dicebat ad solos iustos liberos, sed etsi vulgo quaesitum sit filius, matrem in ius non vocabit.

Labeón agrega que la disposición también se refiere a los hijos que han nacido en estado de servidumbre, y Severo agrega que el texto no se refiere a los hijos legalmente nacidos solamente sino que también dice relación con la madre respecto de los hijos habidos de padre desconocido. Al efecto debe entenderse que la madre es siempre conocida, sea que el nacimiento se realice de una mujer unida en justa nupcia a un varón, pues en tal caso se aplica la presunción *pater is est* para determinar el padre del niño; siendo la madre conocida por el hecho del parto. En cambio si no hay justa nupcia el padre es desconocido, pues no está amparado por la presunción *pater is est*, pero la madre de todos modos es conocida por el hecho del parto. Ahora bien según Severo la madre no puede ser citada a juicio por el hijo, cualquiera que sea su calidad jurídica.

Cassio agrega el mismo principio respecto de los descendientes: *liberos autem secundum Cassium, ut in parentibus, et ultra trinepotem accipimus.*<sup>11</sup> Entre los hijos deben considerarse aun los posteriores al quinto nieto.

4. Según lo que expone Ulpiano D. 2.4.8 Ulp. 5 *ad ed.* el motivo de la autorización que exige el pretor para deducir la demanda en juicio no proviene de la potestad del pretor, sino que de la patria potestad:

*Adoptivum patrem, quandiu in potestate est, in ius vocare non potest iure magis potestatis quam praecepto praetoris.*

Celso se refiere a la relación que existe entre el liberto y el hijo del patrono y de su discusión al efecto con Juliano cuya doctrina al final se impuso y al efecto se lee en D. 2.4.8.2.: Ulp. 15 *ad ed.*:

*Et Celsus quidem ait in tali liberto ius ad filium meum me vivo non transire, sed Iulianus contra scribit. plerique Iuliani sententiam*

<sup>11</sup> D. 2.4.10.9.

probant. secundum quod eveniet, ut patronus quidem in ius vocetur, filius quasi innocens non vocetur.

Sobre la garantía que debe darse al tiempo de presentarse en juicio y si no se hubiere estipulado pena para este caso, Celso dice que deberá procederse mediante una acción incierta, según D. 2.5.3.: *Ulp. 42 ad Sab.:*

Cum quis in iudicio sisti prommisserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.

La opinión proculeyana de Celso vuelve a aparecer en la materia que debe ser el debate del litigio y su opinión sobre la forma como debe plantearse el asunto en el juicio. Así se lee en D. 5.1.6. pr.: *Ulp. 26 ad ed.:*

Solemus quidem dicere id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes; sed Celsus ait periculose esse ex persona rei hoc metiri, qui semper ne condemnetur hoc dici non convenisse. Quid ergo? Melius est dicere id venire in iudicium non de quo actum est ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est ne veniret.

Por su parte Salvio Juliano hace referencia a considerar la intención de las partes en la materia del litigio y cómo es muy conveniente que el asunto de que se trata prospere antes que perezca. D. 34.5.12 Jul. 5º *dig.:*

Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat.

5. Sobre el desarrollo del juicio formulario sólo se ha conservado la exposición del sabiniano Gayo, el cual se refiere a las situaciones progresivas que se presentan en el desarrollo del proceso. En el libro IV de sus comentarios se advierte el avance de carácter sistematizado que explica tres aspectos de la progresión del juicio y sus consecuencias procesales, creando una interrelación entre la intentio, la litis contestatio y la iudicatio que conforman la estructura del juicio formulario. La indicación de Gayo sobre la transformación del vínculo obligacional que se crea en el desarrollo del proceso es un testimonio único sobre la materia que el autor sabiniano destacó en el libro tercero de sus comentarios Gai. 3.180, haciendo notar que era una doctrina de los antiguos, sin indicar el origen del sistema. Al efecto el texto dice:

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicium fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit sublata litis contestatione incipit ex causa iudicatum teneri, et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

Este párrafo nos indica la forma como todo el proceso constituye un sistema de obligaciones que ligan a las partes, de manera que no se

trata de un vínculo procesal único, como sucede en el sistema procesal actual, sino que inicialmente el litigio se inicia por el vínculo obligatorio principal, que es la base que da origen al litigio y después aparecen vínculos obligacionales nuevos a través del desenvolvimiento del proceso. Este régimen está concorde con la idea del procedimiento formulario que se basa en el concurso de las partes, y no en la autoridad propia del magistrado o del tribunal de coaccionar por medio de su poder a los litigantes. Gayo se remite a los escritos de los antiguos, pero sin duda que se trata de la opinión de los autores de su escuela. No sabemos qué opinarían los contrarios, pues no se ha conservado ningún texto al respecto. Es evidente que dada la estructura del proceso formulario, la situación debería haber sido semejante en los litigios sobre derechos reales, ya que en definitiva la sentencia era la determinación de una suma de dinero que el reus debía pagar al actor. El derecho real se transformaría en una obligación al momento de la *litis contestatio* y en otra nueva obligación al momento del *iudicatum* de la sentencia.

6. Gayo distingue entre la concesión de la acción y la formulación de la intentio, pues en un fragmento incompleto se dice Gai. 4.52:

Qui formulam accipit, intendere debet, nec amplius. . .

La concesión de la fórmula que debe entenderse como el otorgamiento por el pretor de la acción, a la que debe seguir la intentio presentada por el actor que debe estar ceñida a los términos exactos y no puede pedirse otra cosa que la que corresponde a la acción. Si alguien presenta una intentio que comprende más de lo que puede pedir, cualquiera que sea la circunstancia en que esto ocurra, *causa cadit id est rem perdit*, o sea, pierde el pleito y en tal caso el pretor, salvo excepciones, no concede la *restitutio in integrum*. Desarrolla en seguida Gayo la exposición de los casos en que hay *pluris petitio* que puede ocurrir *re, tempore, loco y causa*.

7. Los sabinianos requerían para los efectos de la legitimación pasiva, es decir, que alguien fuera válidamente demandado en la acción reivindicatoria, que el *reus* estuviese en posesión de la cosa tanto en momento de la *litis contestatio* y en el momento de dictarse la sentencia. De manera que si alguien fuere absuelto por no poseer la cosa al tiempo de la sentencia, y después entrare de nuevo en posesión del objeto reivindicado, no podría alegarse contra el reivindicador la excepción de cosa juzgada. Así se lee en D. 44.2.17. Gai. 30 *ad ed. prov.*:

Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, sed probaveris sine dolo malo te dessisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam, non nocebit mihi exceptio rei iudicatae.

La opinión de Gayo está reforzada por un texto de Venuleio D. 46.8.8. Ven. 15 *stip.*:

Procurator ad exhibendum egit et adversarius absolutus est, quia non possidebat; at cum possessionem eiusdem rei nactus esset, agit cum eo dominus ad exhibendum. Sabinus ait, fideiussores non tene-

ri; quoniam haec alia res sit, nam et si dominus egisset, mox, absoluto adversario quia non possideret, ex integro ageret, non obstituram rei iudicatae exceptionem.

El caso presentado por el jurisconsulto Venuleio se basa en la responsabilidad de los fiadores que el procurador debe presentar para garantizar que el representado ratificaría la acción intentada y, por tanto, debería respetar sus efectos. Resulta que la primera demanda del procurador la gana el demandado por no poseer la cosa. Como posteriormente el demandado adquiriera la cosa, el titular personalmente inicia juicio para que le sea exhibida la cosa. En este caso, según la opinión de Sabino los fiadores no serían responsables de que el *dominus* no respetara la primera sentencia absolutoria, pues se trata de una acción distinta, ya que en el primer caso el demandado no era poseedor, mientras que en el segundo hay un contradictor válido, pues era poseedor y no se puede alegar la cosa juzgada del primer fallo.

En cambio los proculianos eran de una opinión diferente, pues consideraban válidamente iniciada una acción *in rem* contra quien en el momento de la *litis contestatio* no era poseedor de la cosa demandada, siendo suficiente que lo fuera al tiempo de la sentencia.

Kaser<sup>12</sup> explica esta situación: "Los proculianos en la dialéctica entre la fase *in iure* y la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario, se habrían estrictamente atendido al tenor literal de la fórmula pretoria, en la cual no se hacía alusión al requisito de la posesión del demandado y habrían, en consecuencia, negado que el *iudex privatus* pudiera tomar en consideración la circunstancia de que el demandado poseyese o no. Producida la *litis contestatio* y aceptado el fundamento de la *intentio*, o sea, que el actor era dueño de la cosa por derecho quirritario, el juez no podía sino condenar una vez que no se hubiese producido la restitución":

Los vestigios de esta controversia se conservan en los autores posteriores que se apoyan en los textos de los antiguos autores de las escuelas. En este sentido se encuentran varios textos.

D. 6.1.27.1 Paul. 21 *ad ed.*:

Possidere autem aliquis debet utique et *litis contestatae* tempore et quo res indicatur. Quod si *litis contestationis* tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo amissit possessionem, absolvendus est possessor. Item si *litis contestatae* tempore non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur.

El texto de Paulo acoge de partida la opinión de Sabiniano acerca de que el demandado en la reivindicación debe poseer en el momento de la *litis contestatio* y en el de la *sententia*. Pero agrega además que si el demandado pierde la cosa antes de la sentencia sin dolo malo suyo debe ser absuelto. Sin embargo agrega a continuación la opinión de Próculo,

<sup>12</sup> M. Kaser. Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio. ZSS. 72, 1955, p. 98 ss.

el cual dice que si a la época de la *litis contestatio* no posee el objeto reivindicado, pero adquiere la posesión en el desarrollo del juicio, debe de todos modos ser condenado y aun a los frutos desde que empezó a poseer.

Ulpiano repite esta doctrina de la escuela proculeyana cuando se trata de la *petitio hereditatis* y afirma que basta que el demandado posea algo de la herencia a la época de la sentencia. Y al efecto cita la opinión del proculeyano Celso. D. 5.3.18.1. Ulp. 15 *ad ed.*:

Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hereditatis videatur teneri? Et Celsus libro quarto digestorum recte scribit hunc condemnandum, licet initio nihil possedit.

Ulpiano sin hacer referencia expresa a la disputa de las escuelas en D. 10.4.7.4. Ulp. 24 *ad ed.*:

Si quis non possidet litis contestationis tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus debere condemnari nisi restituat.

Esta frase la aplica refiriéndose al caso de la acción *ad exhibendum*.

Refiriéndose Ulpiano a la controversia de los sabinianos y los proculeyanos en materia de *actio de peculio* cuando no existe ningún bien a la época de la demanda, situación que el autor extiende a la *actio ad exhibendum* y a las *actiones in rem*, se lee en D. 15.1. 30 pr., Ulp. 29 *ad ed.*:

Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt, intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionam placuit, quae sententia et a nobis probanda est.

Ulpiano declara que aprueba la opinión de Próculo y Pegaso, que estiman que la acción estaría bien intentada aunque nada haya en el peculio al tiempo de la *litis contestatio*, de la misma manera que la citada escuela proculeyana adopta igual temperamento en relación con las acciones reales y de exhibición.

En todas las referidas acciones los proculeyanos estiman que el juicio está válidamente iniciado aunque el demandado no sea poseedor de nada al tiempo de la *litis contestatio*. De esta manera el no poseedor es sujeto pasivo válido para iniciar el juicio según esta escuela, y por esta razón el valor real de la *litis contestatio* quedaría en suspenso hasta que se dicte la sentencia. Si ésta es condenatoria de restitución o exhibición, la *litis* estaría válidamente efectuada, pero si la absolución se produce porque el demandado no es poseedor, la *litis* no existiría por no haber sujeto pasivo válido.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> G. Sacconi. La Pluris Petitio nel processo formulare. Milano, 1977, p. 32.

Del mismo modo la disputa surge en relación con el contrato de depósito entre ambas escuelas. Si resulta que el depositario perdió la cosa sin dolo malo antes de la *litis contestatio* y la recupera antes de la sentencia, ésta debe ser condenatoria, a no ser que restituya el objeto reclamado. También se extiende esta situación al caso de los depósitos en graneros que están cerrados, por lo que es imposible el pago.

Cabe hacer presente que en el depósito la responsabilidad del depositario abarca no sólo el dolo pasado sino el futuro, según D. 16.3.20, Ulp. 30 *ad ed.*:

Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam.

A continuación viene la referida regla sostenida por los proculeyanos expuesta por Neratio, D. 16.3.21. Ulp. 30 *ad ed.*:

Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperaretur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, nisi restituat. Idem Neratius ait; quamvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem no habeas horreis forte clusis, tamen, si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te, nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes.

Si la cosa depositada perece o se destruye por su natural estructura, sin responsabilidad imputable al depositario, debe ser absuelto, según lo sostienen los sabinianos. D. 16.3.1, Gai. 9 *ad ed. prov.*:

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere.

8. En lo que se refiere a las acciones noxales encontramos diferencias entre las dos escuelas. Las discrepancias se producen en dos circunstancias diferentes. La primera se produce en el caso en que un hijo o un esclavo cometieren un delito o daño en contra del padre o amo. El texto Gai. 4.78 dice:

Sed si filius patri aut servus domino noxam commisserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest. Ideoque et si alienam potestatem pervenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso, neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest. Unde quaeritur, si alienus servus filiusve noxam commisserit mihi, et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat.

En este párrafo se expresa que si un hijo o un siervo cometieren un daño en contra del padre o amo no nace ninguna obligación con estas personas que se encuentran bajo mi potestad. Ahora bien, si el autor del

delito o daño pasare a una potestad ajena, o llegare a ser *sui iuris* se pregunta si puedo accionar contra el que adquiere la potestad o contra el que se ha liberado de mi poder. La interrogante del problema está en saber en el caso propuesto si la acción noxal no existió nunca realmente, o si habiendo existido desde el hecho delictuoso o dañoso se encontraba latente.

Agrega Gayo: nuestros preceptores, es decir, los sabinianos, sostienen que nunca existió la acción y, en consecuencia, no puede válidamente intentarla; los autores de la otra escuela, es decir, los proculeyanos, afirman que la acción existió, pero estaba latente mientras el hijo o el esclavo estaban bajo mi potestad, lo que impedía que intentara la acción; en cambio si salen de mi potestad puedo intentarla contra quien adquiere el poder sobre ellos o contra el que se liberó de mi poder, pues la acción ha resucitado.

Para los sabinianos la acción del padre o del amo contra el hijo o el esclavo no ha existido nunca, pues la relación de la potestad entre ellos y la subordinación impiden que surja la relación jurídica obligatoria para que nazca la acción y en consecuencia pueda haber una demanda entre ellos; en consecuencia, si el vínculo de la patria potestad o de la potestad dominical se extinguen, sea por término de la potestad o por manumisión del esclavo, o por pasar el hijo a poder de otro padre por adopción, o por transferencia del esclavo a otro dueño, la acción no existe por no haber nacido antes y, en consecuencia, no puede iniciarse por no haber existido nunca.

En cambio los proculeyanos sostienen la posición de que la acción existía y que estaba inactiva por el vínculo de la patria potestad o del poder dominical, de manera que al producirse la liberación la obligación surge, la acción resucita y pasa a ser activa y, por ende, puede deducirse en juicio contra el hijo o el esclavo liberados o contra los que hubieren adquirido el poder sobre ellos.

9. En lo que se refiere al pago dentro de la etapa *apud iudicem*, esto es después de producida la *litis contestatio*, ambas escuelas disienten, pues los sabinianos estiman que se debe la futura condena que emanará de la sentencia, pero mientras ésta no se dicta el deudor tiene la facultad de pagar, de tal suerte que si se hace uso de esta facultad la obligación se extingue totalmente y el fallo será absolutorio.

10. Gayo pregunta qué sucederá si alguien con el consentimiento del acreedor pagare con una cosa diferente de la debida, y al efecto dice que a los sabinianos les parece que la obligación se extingue *ipso iure*, en cambio los proculeyanos estimaron que la obligación no se extingue de inmediato, sino que es necesario que a la demanda se oponga la excepción de dolo malo para que el juez dé por extinguida la obligación (Gai. 3.168).

11. Otra materia en que las escuelas difieren es en la manera como debe realizarse el abandono noxal respecto del hijo de familia. Según los sabinianos, como lo expresan Sabino y Cassio, el abandono se produce por una sola emancipación, pues este traspaso del poder se hace en virtud de la ley penal que autoriza la liberación de responsabilidad por la emancipación del hijo en favor de la víctima; señalan al efecto

que la disposición de las XII Tablas que establece la triple emancipación o venta se refiere a las emancipaciones voluntarias.

En cambio los proculeyanos sostienen que el abandono noxal, *noxae deditio*, debe hacerse por triple venta, pues esta es la forma establecida para que el hijo quede libre de la patria potestad y entre al poder de la víctima.

12. En lo que se refiere a los efectos del abandono noxal, *noxae deditio* para la extinción de la sanción penal, las escuelas difieren. Los sabinianos consideran que se extingue total y definitivamente la pena por el hecho de que el delincuente entre en la potestad de la víctima. Para los proculeyanos no se produce esa extinción total y completa, sino que la responsabilidad revive si con posterioridad el autor del delito sale de la potestad de la víctima.

13. En lo que se refiere a la sentencia en el juicio formulario las posiciones de ambas escuelas varían y al efecto Gayo trata el problema señalando las obligaciones del juez al dictar el fallo que él envuelve en la expresión *officium iudicis*, y señala que en algunos casos está obligado a condenar al *reus*, como acontece si son iguales la *intentio* y la *litis contestatio* en los juicios de derecho estricto. En cambio el *liberum officium iudicis* es la situación que se plantea en los juicios de buena fe en que el juez puede fallar considerando una amplitud de circunstancias que pueden no estar enunciadas en la *intentio* o en la *litis contestatio*, encontrándose en cambio inserta la cláusula de buena fe.

El punto en que Gayo centra el problema reside en el caso del demandado que antes de la sentencia y después de la *litis contestatio* paga su deuda al actor. De qué tenor es la sentencia que debe dictarse. Según los sabinianos, el juez debe absolver al demandado, cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate. En este sentido dice que vulgarmente a Sabino y a Cassio les agrada que todos los juicios sean absolutorios. En cambio los proculeyanos estiman que en los juicios de estricto derecho la sentencia debe ser condenatoria. Pero en los juicios de buena fe ambas escuelas declaran que el juez es libre de pronunciarse como estime respecto del asunto debatido.

Gayo dice (Gai. 4.114):

Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officium iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnis iudicia absolutoria esse. . .

De bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantundem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimatur.

Krüger ha completado el vacío del palimpsesto de Verona entre las palabras *esse. . .* y *de bonae fidei* con la siguiente redacción: *diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit*. Con este complemento de Krüger aparece la diferencia que hay entre las dos escue-

las sobre el *officium iudicis* en los juicios de estricto derecho y los de buena fe.

14. Se encuentra otra diferencia entre las escuelas en el interdicto *ad exhibendum*. En efecto, cuando el demandado por el interdicto estima que no está obligado a exhibir el instrumento o el liberto cuya presentación se le ordena, puede pedir un juicio arbitrario en que se discuta la situación producida por la orden del pretor. En efecto, al concedérsele la acción se le puede exigir que rinda una fianza de calumnia, consistente en una suma ascendente a una décima parte de lo que valga la cosa.

En esta situación, Próculo considera que está permitido usar el juicio de calumnia respecto de aquel que ha postulado un árbitro, ya que se considera que por ese mismo hecho de pedirlo está confeso de que debe restituir o exhibir.

En cambio los sabinianos, a los que adhiere Gayo, sostienen con rectitud, según este autor, que es otra la regla que está en uso; en efecto, quien reclama un árbitro, más que considerarse confeso, lo hace para litigar por una vía más simple. Gai. 4.163:

Quamquam Proculo placuit denegandum calumniae iudicium, ei qui arbitrum postulaverit quasi hoc ipso confessus videatur restituere vel exhibere debere. Sed alio iure utimur et recte: potius enim ut modestiore via litiget arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

La diferencia reside en que los proculeyanos consideran confeso de la obligación de exhibir al que pide un árbitro para discutir la procedencia de la orden; los sabinianos, en cambio, consideran que la petición de árbitro no significa confesión de la obligación de exhibir, sino sólo la voluntad de discutir de un modo más expedito la procedencia del interdicto.

15. De las observaciones formuladas sobre los textos aducidos pueden formularse algunas conclusiones:

a) Las diferencias que se advierten en el campo del procedimiento no representan aspectos doctrinales, sino posiciones pragmáticas acerca de la forma de entender o conducir el proceso;

b) La aplicación de las reglas procesales se refiere más bien a opiniones de los maestros en las materias, las que han persistido dentro del proceso debido a la fidelidad de los discípulos en continuar con la enseñanza recibida:

c) Las diferencias de las escuelas en materias procesales recaen en casos no relacionados entre sí, ni ligados por principios comunes, aunque hay que reconocer analogías entre algunas soluciones que se vinculan en las concepciones acerca de ciertas instituciones como las que se refieren a la liberación de obligaciones.