

EL DESARROLLO Y LA EVOLUCION DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EN EL DERECHO ROMANO

por

Hugo Hanisch Espíndola

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo y la evolución del proceso ejecutivo en el Derecho Romano se pueden investigar a través de la historia de Tito Livio, de las Instituciones de Gayo, del Digesto, de las Instituciones de Justiniano y de las Constituciones Imperiales, donde se constata su función en el ámbito social y en el campo jurídico.

La finalidad del proceso ejecutivo es obtener el cumplimiento de las exigencias del derecho a través de las costumbres (*mores maiorum*), de las leyes y de la actividad de los magistrados. Cuando la sola voluntad de los hombres no es el camino adecuado para que el reconocimiento de los derechos establecidos de un modo cierto e indubitado, sea real y efectivo, es necesario recurrir a medios coercitivos para obtener que la posición indiscutida de un titular sea debidamente respetada y satisfecha.

Desde el punto de vista de la evolución de este procedimiento se pueden distinguir dos etapas muy definidas en la forma de constreñir al deudor. La primera tiende a presionar la voluntad del deudor, a hacer efectivo el reconocimiento del derecho, establecido por los medios judiciales, que exigen un real cumplimiento de lo sentenciado, y la segunda que otorga atribuciones a la autoridad constituida en el plano judicial para que de un modo directo y usando legítimamente los medios de la fuerza de que dispone haga efectiva y real la aspiración indiscutida de una persona.

El primer sistema se aplicó en la época anterior a las XII Tablas, como se puede desprender de la historia de Tito Livio¹; en la de las XII Tablas, según aparece de la Tabla tercera que lo describe cuidadosamente, y en la época del procedimiento formulario, situaciones en que recaía la ejecución sobre la persona física del deudor al que se constreñía a pagar, mediante prisión del acreedor; o sobre el patrimonio total del deudor que se vendía, pasando el adquirente a ser sucesor universal del deudor ejecutado.

El segundo sistema estableció el principio de que la ejecución debía recaer sobre la cosa reclamada o sobre bienes singulares del deudor, cuya persona física era en cierta forma respetada mediante la prisión en cárceles públicas al cuidado de funcionarios del Estado, cuando se consideraba necesario privarle de libertad. En esta forma el deudor era protegido en su integridad, pues el Estado se hacía cargo de prisión por deudas, y en su patrimonio, pues no se le privaba de su haber actual, ni aun en el caso de concurso de acreedores, pues sus bienes se liquidaban en la cantidad necesaria para el pago de las

¹ HANISCH ESPINDOLA, HUGO, *Nexum*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, 1978 (3), p. 65 y ss.

deudas, sin afectar a su capacidad para tener un patrimonio, el que subsistía aunque se vendieran todos sus bienes. Este último sistema es el resultado de las reformas introducidas en diferentes épocas del imperio, que aparecen reordenadas durante el período de aplicación del procedimiento extraordinario, las que fueron sintetizadas en la codificación de Justiniano.

II. CONCEPCIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO

El procedimiento ejecutivo reviste el carácter de un juicio que tiene por finalidad hacer reingresar al patrimonio del acreedor una cosa o su valor reclamado o el monto de un crédito. Esta situación se deduce y se hace necesaria en razón de estar declarado o establecido el derecho, respecto del cual no hay duda de su procedencia, sea que un litigio declarativo previo lo haya reconocido así, al que los romanos llamaban primitivamente *iudicatum* y posteriormente de un modo más técnico *actio iudicati*; o que las leyes hayan determinado para el acreedor una posición tal que proceda de inmediato y sin más trámite la ejecución.

Esto presenta una necesidad irredargüible de que, expuesta la petición del ejecutante, el magistrado o juez, según las épocas, dé una orden de proceder contra el deudor, sea para presionarlo a conceder al ejecutante lo que pide mediante la entrega del mismo deudor, o la toma de su patrimonio o la venta de bienes para obtener dinero para el pago.

Siendo en la época antigua inexistente la representación, las medidas se encaminaban a doblegar la voluntad del deudor para que él realizara las diligencias necesarias para satisfacer las exigencias que involucraba el juicio ejecutivo. Pero cuando la representación es reconocida, el juez es quien realiza estas operaciones por cuenta del ejecutado; o un representante de los acreedores designado entre ellos; o los ejecutores judiciales que, usando el auxilio de la fuerza del Estado, propenden al cumplimiento o satisfacción del derecho.

De ello se desprende que en la época antigua el magistrado efectuaba su cometido mediante resoluciones imperativas como *duci iubere* o *addico*, y en la época de los jueces imperiales éstos de un modo no tan formal pero igualmente ejecutivo conminaban al ejecutado a realizar el pedido del ejecutante.

La ejecución podía recaer sobre la persona del deudor, sobre la universalidad de su patrimonio, sobre bienes determinados singulares, o sobre la totalidad, o parte de los bienes singulares que integran el haber del ejecutado.

En el juicio declarativo es esencial la contradicción, entre la alegación del demandante en oposición a la del demandado, para establecer la existencia de un derecho invocado por una parte y contradicho por la otra, y el juez tiene el poder del *iudicare*, es decir, de juzgar, que no es otra cosa que el pronunciamiento sobre la alternativa que envuelve la posición contradictoria de las partes litigantes. En cambio en presencia del juicio ejecutivo no existe básicamente una alternativa contradictoria, sino que se presenta una exigencia de derecho, no discutible en su esencia, por la que es necesario que la parte ejecutada cumpla un derecho o realice una prestación de derecho, todo lo cual debe respetar de un modo invariable. De aquí que si alguna defensa cabe al ejecutado, revista un campo estrictamente delimitado y se desarrolle de un modo restringido que sólo mire a la satisfacción de lo que se le pide o a reclamar la improcedencia de la exigencia del ejecutante.

Esta característica del juicio ejecutivo hace que no sea esencialmente contradictorio, sino que, como su nombre lo indica, constituye la vía de constre-

ñimiento del actor ejecutante contra el reus ejecutado para que se haga efectiva la exigencia que involucra todo derecho a ser respetado y se obtenga la satisfacción de parte de quien no puede o no desea voluntariamente aceptar la posición jurídica que reviste el reclamo del actor.

III. LA EJECUCIÓN EN LOS MORES MAIORUM

El primer vestigio que se presenta del juicio ejecutivo² se encuentra en la historia *ab urbe condita* de Tito Livio. Allí se nos narran las luchas que se produjeron en Roma en la época anterior a la dictación de las XII Tablas, entre patricios y plebeyos, por la presión que aquéllos ejercían sobre éstos, que eran sus deudores, para constreñirlos a pagar las deudas de dinero, que eran ingentes, por medio de la prisión y del tormento ejercido en sus domicilios privados. La ejecución daba a los patricios la facultad de conducir a los deudores a sus prisiones privadas, donde los atormentaban para que pagaran por sí mismos o por medio de los allegados o parientes conmovidos por el tormento a que se les sometía para inspirar compasión en favor de ellos. Esta situación no corresponde a un procedimiento jurídicamente organizado sino a un *modus agendi* procesal, basado en las viejas costumbres llamadas *mores maiorum*, en que el *imperium* de la autoridad de los cónsules entregaba la persona del deudor al acreedor para que aplicara de un modo discrecional los medios que estimara conducentes, sin límite ninguno de humanidad, para obtener el pago o la satisfacción adecuada.

Esta situación inicial en la historia del derecho se basaba en el antiguo contrato llamado *nexum*, el cual es definido por Festum³ con las siguientes palabras: *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur*. El *nexum* aparece como un vínculo jurídico, de naturaleza muy discutible entre los investigadores del siglo pasado y del actual⁴. Sin embargo, según la opinión de Tito Livio (2.23.5.6), no significaba una potestad del acreedor sobre el deudor que limitara su situación social o política, pues según lo describe los *nexi* son libres, sirven en el ejército, y disponen de sus bienes y derechos familiares. Lo que tenía el acreedor frente al deudor era un *ius*, cuya constitución debió corresponder probablemente a una formalidad verbal basada en el irrestricto respeto tradicional entre los antiguos romanos a la palabra empeñada que guardaban como un vínculo sagrado.

Para hacer efectivo el *ius* del *nexum*, según los *mores maiorum* se actuaba según un *modus agendi* procesal en que el cónsul, único magistrado hábil y competente para conocer de él, fijaba, según sus órdenes, la forma como se debía proceder a la ejecución de los deudores que reciben en el relato de Livio el nombre de *nexi*.

Livio (2.24.6) describe que hacia los años 259 a 263 a.u.c., los cónsules eran los que conocían los reclamos de los patricios por las deudas de dinero de los plebeyos. No existiendo normas precisas para la ejecución, el mismo magistrado fijaba, siguiendo la costumbre, la forma como debía procederse

² Nota 1, p. 70 y ss.

³ BRUNS, *Fontes iuris romani*, Ed. Otto Gradenwitz, 7 Tubingia, 1909, Festum, p. 3, F. 105.

⁴ MITTEIS, en Z.Z.S. 22 (1901), p. 96. Mommsen Z.Z.S. 23 (1902). Senn. Le *nexum* contrat du prêt du très ancien droit romain.

Girard Manuel, p. 500 ss; Huvelin, en Darrenberg v. *Nexum*; Luzzatto Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazione romane, 1934, p. 313 s. Imbert. *Fides et nexum* en Studi in onore di V. Arangio Ruiz, p. 339 y ss.

para el cobro de las deudas de los nexi y para hacer efectiva la ejecución de estos deudores. Según el relato, los cónsules podían acceder a la ejecución o denegarla, podían entregar el deudor al acreedor, o disponer su liberación, o, lisa y llanamente, suspender el cobro de los créditos. Al cónsul corresponde el *ius dicere*, es decir, disponer que el acreedor se posesione del deudor impago cuando desea reclamar su acreencia. Esta facultad de cobrar era conocida como el *ius edendi pecuniam*, que consistía en la presentación del acreedor ante el cónsul afirmando que el deudor, que él llevaba a su presencia, le debía tal cantidad, y además significaba el *modus agendi* procesal, en sí, como actividad desarrollada ante el tribunal y por el tribunal para hacer efectiva la petición del actor⁵. Todo esto no constituía un proceso establecido, sino sólo una manera de actuar aceptada de acuerdo con la costumbre. Este sistema no es una típica acción, sino sólo el ejercicio del *ius* que se invoca por el acreedor (*modus agendi*) ante el cónsul estando presente el deudor.

El *imperium* de los cónsules era absoluto en lo que se refiere a la concesión del *ius edendi pecuniam*, de manera que le era dado otorgar o denegar el procedimiento ejecutivo, y así lo indica Tito Livio al narrar que Appio Claudio reclamó de su colega en el consulado que había suspendido la facultad de declarar el derecho a la ejecución por los préstamos de dinero, y esta *intercessio* hizo renacer el derecho de perseguir ejecutivamente a los deudores. La concesión procesal del *ius edendi pecuniam*, como sus consecuencias quedaban a voluntad de los juzgadores, quienes procedían con entera libertad y en uso de su facultad jurisdicente de un modo arbitrario y omnipotente, de manera que influían en su decisión no sólo su criterio y prudencia, sino que también las circunstancias sociales y políticas⁶.

El *modus agendi* procesal se podía resumir señalando que se iniciaba por la *editio nominis apud consulem* (Liv. 2.24.6), lo que consistía en la repetición de las palabras en conformidad a las cuales nació la acreencia, pronunciadas por el acreedor según lo expresa Festus⁷: *id est uti nominari loqutusve erit, ita ius esto*, lo que significa que según se hubiere contraído la deuda y se expresare verbalmente (ante el cónsul) así sea el derecho. Si el deudor no demostraba que estaba libre del nexum por haber pagado la deuda por el modo de extinguir *per aes et libram*, el cónsul ante el silencio o la confesión del deudor declaraba la *addictio* y concedía al acreedor el *ius ducere debitorem* (Liv. 2.23.6 ductum se a creditore), o como agrega la narración de Livio (Liv. 2.27.8) *cum in ius duci debitorem vidisset*, como viera que el deudor era conducido por fuerza del derecho. Livio llama al acto por el cual el cónsul ordena al acreedor coger físicamente al deudor "*decretum*", que debía ser pronunciado en voz alta para que todos lo oyeran. Este *ius* otorgado por el cónsul al acreedor le permitía retener físicamente al deudor, encadenarlo, encerrarlo y tratarlo de un modo cruel para inducirlo a pagar, u obtener que otros lo hicieran por él, hasta la cancelación total de la deuda. Remedios contra esta situación eran el *imperium consulare*, como lo recuerda Livio (2.24.6), quien narra cómo el cónsul Servilio emitió un edicto por el que suspendió la potestad de los cónsules para conocer de las demandas por deudas; *el dictator*, designado entre los romanos como única y máxima autoridad en casos de emergencia por encontrarse Roma en estado de guerra o de revuelta interna, tenía también el poder de denegar los juicios por deudas. Uno y otro tenían la facultad de suspender el *ius retentionis* del acreedor, con lo que los deudores quedaban

⁵ GIOFREDI, C., *Diritto e proceso nelle antiche forme giuri dici romane* (Roma, 1935), pp. 75 y 280.

⁶ N° 1, p. 73.

⁷ N° 3, p. 18, F. 173.

libres de la prisión a que los tenían sometidos, pero terminada la medida de suspensión los acreedores podían, sin nuevo juicio, apoderarse físicamente de sus deudores. Otro remedio era la *provocatio ad populum*, como lo describe Livio (2.27.12), en la que el pueblo pasaba a ser juez de la causa de ejecución, que se aplicaba cuando el deudor era condenado por una sola obligación incumplida.

Este era el sistema de la forma más antigua de ejecución descrito por Livio, cuya exactitud puede ser discutible, pero que se ajusta con la concepción del sistema que debía existir en la época en que se aplicaban los *mores maiorum*, o sea, las costumbres de los antepasados.

IV. LA EJECUCIÓN EN LAS XII TABLAS

La ley de las XII Tablas del año 302 a.u.c. fue obra de los *decemviri legibus scribundis*, cuya misión fue equiparar los derechos de todos los ciudadanos como lo indica Livio (3.34.3) "*se . . . omnibus, summis infinimisque iura aequasse*". También desde esta época las leyes fueron las reguladoras de las relaciones de los ciudadanos, como lo recuerda Pomponio (D. 1.2.4) *Civitas fundatur legibus*.

En este cuerpo legal se establecen nuevas normas en lo que se refiere al procedimiento ejecutivo. Esa obligación de dinero según señala Festus⁸ en un versículo que corresponde a la VI Tabla: *Nuncupata pecunia est, nominata, certa, nominibus propriis pronunciata*. Ello significa que las acreencias de dinero quedaron definidas de una manera precisa. Al mismo tiempo el sistema del juicio ejecutivo pasa a ser legislado en la Tabla III y ya no son las palabras del acreedor pronunciadas ante el cónsul las que dan origen al proceso, sino la posición jurídica del deudor que proviene de que ha sido sentenciado a pagar (*judicatus*) o condenado a satisfacer cierta cantidad (*damnatus*). Además se concede al deudor 30 días después de la sentencia, o la confesión, antes de iniciarse la ejecución, para que pueda reunir el dinero que le permita satisfacer la deuda⁹. Así lo dice la Tabla III: *Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*. Sólo después de vencido este plazo se puede iniciar la ejecución que recibe el nombre de *manus iniectio*, nombre que proviene de que el acreedor toma al deudor en presencia del magistrado imponiendo sobre él su mano en señal del poder que le compete en razón de condición de acreedor. Si el deudor paga en la forma solemne *per aes et libram* termina la ejecución. Pero si el deudor no paga, ni hay quien lo defienda o pague por él, es aprisionado por el acreedor. *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit*, reza al efecto la Tabla III.

El procedimiento ejecutivo era la consecuencia de que el sentenciado en juicio o *judicatus* o *confesus aeri* no satisfacía el cumplimiento del derecho, por lo que se procedía directamente contra su persona física. La sentencia o confesión de la deuda era una conminación al pago, para lo cual el sentenciado o condenado disponía de un plazo justo de treinta días. La venta de bienes para obtener dinero líquido para el pago era un acto voluntario del deudor, al cual no podía ser constreñido, de manera que él conservaba su patrimonio y podía optar entre esta vía o la prisión a que podía conducirlo el acreedor después de la orden que al efecto expedía el pretor. Así describe esta situación

⁸ N° 3, p. 18, F. 173.

⁹ A. GEL. 20.1.42-45; Gai. 3.78.

Aulo Gelio (20.1.42-45): *Post deinde nisi dissolverat ad praetorem vocabatur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur, nervo quoque ac compedibus vincebantur*. Este procedimiento se hacía por la *manus iniectio*, una de las formas de *legis actio*, como lo indica Gayo (4.21).

El *iudicatum* supone un juicio previo del cual emana y que condenaba al deudor al pago. Tal situación provenía de la costumbre de los antiguos (*mores maiorum*), de las cuales sólo queda el antecedente señalado en la Tabla III que indica que de dicho *iudicatum* partía el procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio*. Sin embargo, el deudor tenía posibilidades de defensa; una era el pacto con el acreedor que suspendía los efectos de *iudicatum*¹⁰ y no se proseguía la ejecución; otra era la intervención del *vindex*, llamado así un tercero que tomaba la defensa del deudor, sea pagando o reclamando contra la sentencia y sosteniendo que era injusta e improcedente¹¹.

Si ninguna de estas situaciones se producía, el acreedor tomaba al deudor y lo llevaba ante el magistrado y decía: Por cuanto tú has sido juzgado (o condenado) a favor mío por la suma de diez mil sestercios, como no has pagado esto, por tal causa yo pongo mi mano sobre ti juzgado a pagar diez mil sestercios. Al tiempo de pronunciar estas palabras cogía al deudor por alguna parte de su cuerpo.

El deudor no podía desprenderse de esta presión y actuar judicialmente por sí mismo, pero podía presentar un *vindex* que asumía sobre sí el juicio (Gai. 4.21). Si no hacía ni una ni otra cosa era llamado el deudor por el magistrado y los acreedores y aquél lo adjudicaba (*addicebatur*) a éstos, quienes lo sometían a prisión poniéndole un cepo o cargándolo de cadenas¹². La *addictio* del magistrado permitía al acreedor tomar al deudor y llevarlo a su casa (*ducent damnatum domum*. Terentius. Phorm. 2.2.90), encerrarlo y aplicarle el cepo y cadenas de que hablan las XII Tablas, en las que se indica el peso de éstas, que no podían ser menores de quince libras. En esta condición el ejecutado podía vivir de sus recursos, pero si no lo hacía debía alimentarlo el acreedor dándole una libra de harina o más. Debía esta prisión durar 60 días, dentro de los cuales había que presentar al deudor en las ferias (*nundinae*) por tres veces, en presencia del pretor en los comicios y pregonar por cuánto dinero estaba juzgado. En la tercera feria, si no se obtenía el pago, se le daba pena capital o se le vendía *trans Tiberim*. Agregan las XII Tablas un detalle tétrico y era que si los acreedores eran muchos podían repartirse el cuerpo entre sí sin que les fuera imputable a fraude la mayor o menor parte que correspondiera a cada uno. Aulo Gelio sostiene que este vestigio bárbaro nunca fue aplicado¹³.

Tal fue el sistema de ejecución reglamentado en las XII Tablas.

V. LEY POETELIA PAPIRIA

El sistema establecido en la ley de las XII Tablas se mantiene hasta el año 429 a.u.c. en que, según la narración de Livio (8.28.8), se dictó la ley llamada Poetelia Papiria que dispuso que sólo podían ser encadenados los autores de delitos, mientras cumplieran su pena, pues los bienes del deudor respondían de las deudas, quedando libre su cuerpo. Ello significaba que podía hacerse

¹⁰ A. GEL. 20.1.46-47.

¹¹ LIV. 6.14.3; Gai. 4.21.

¹² TAB. III, 2; A. Gel. 20.1.42-45; Nota 3, Festus N° 165.

¹³ A. GEL. 20.52; Quintiliano 3.6.84; Tertuliano. Apología c.4.

efectivo el pago en el patrimonio y que ya no existiría el apremio en la persona física del deudor. Tal declaración fue sólo una disposición de una ley de gran valor histórico, pues la realidad fue que la prisión del deudor impago de sus deudas existía aún en la época de Justiniano, aunque atemperada y despojada de los crueles detalles que se describen en las XII Tablas.

VI. DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DEL JUICIO EJECUTIVO POR EL JURISCONSULTO GAYO (4.2.ss.)

En el siglo II después de Cristo, el juriconsulto romano Gayo escribió un breve texto sobre Instituciones, cuyo libro cuarto contiene una resumida historia del procedimiento romano, y es la fuente más completa que se conserva sobre la historia procesal de Roma. En él se indica que la *manus iniectio* es una de las formas de las legis acciones antiguas que se realizaban usando medios formales y rígidos, pero agregando innovaciones efectuadas por leyes posteriores sobre las situaciones jurídicas que daban lugar a nuevas aplicaciones de este régimen procesal. Toda la exposición, como él mismo lo reconoce, es una síntesis histórica y se refiere al régimen procesal vigente con anterioridad a la ley Aebutia dictada hacia el año 149 A.C. que suprimió el régimen de las legis acciones dando lugar a la nueva etapa del procedimiento formulario. Según Gayo, la *manus iniectio* era una legis actio, es decir, una ejecución con formalidades arcaicas, en la que se usaban palabras solemnes establecidas en la ley y por tanto inmutables. (Gai. 4.11). La descripción que hace de esta forma procesal es la siguiente: "Por la *manus iniectio* igualmente se trataba de aquellas causas respecto de las cuales alguna ley había dispuesto que se usara como en el caso de los juzgados que mencionan las XII Tablas. Tal era esta acción: el que accionaba decía así: por cuanto tú has sido juzgado a favor mío (o condenado) por diez mil sestercios, por cuanto no los has pagado, por esta causa, yo pongo a ti mi mano como juzgado por diez mil sestercios, y al mismo tiempo cogía al deudor en alguna parte de su cuerpo. No era lícito al ejecutado desprenderse de la mano del actor y actuar según la ley por sí mismo, pero podía dar un *vindex*, que solía actuar a nombre propio en el juicio. Quien no daba un *vindex* era conducido por el actor a su propia casa y apresado".

A esta breve descripción del procedimiento ejecutivo Gayo agrega varios casos de nuevas leyes que habían permitido el empleo de la *manus iniectio* contra los deudores. Para este efecto distingue dos grupos de leyes, unas que otorgaban la *manus iniectio pro iudicato* (como si se hubiere juzgado), expresión que era necesario pronunciar en las leyes que la otorgaban, y otras en que procedía la *manus iniectio pura*, o sea, sin el empleo de aquella expresión. Así indica Gayo que según fuera el tipo de ley era la fórmula que debía usarse. Si se trataba de la *manus iniectio pura*, la expresión era, después de expresada la causa por la que se accionaba, *ob eam rem ego tibi manum inicio*; en cambio en las otras la expresión era: *ob eam rem ego tibi pro iudicato manum inicio*. Esta diferencia fue muy importante en época posterior a la ley Vallia, pues en las causas iniciadas según un *iudicatum* o un *pro iudicato* no podía el ejecutado actuar en el juicio por sí mismo y defenderse, salvo que diera un *vindex*, y si no lo hacía era conducido a casa del acreedor.

Estas normas estuvieron en vigencia en la época en que estaban en uso las *legis acciones*, pero en los tiempos en que Gayo escribía sus Instituciones el ejecutado estaba sólo obligado a caucionar el pago de lo sentenciado.

Gayo indica que eran varias las leyes según las cuales se podía actuar por medio de la *manus iniectio* en la forma *pro iudicato* y destaca entre ellas las siguientes: a) La ley Publilia, por la que podía accionar el fiador que había pagado, contra el deudor directo de una obligación cuando no reembolsaba a aquél dentro del plazo de seis meses; b) de igual manera se procedía por la ley Furia de sponsu contra el fiador que habiendo pagado la deuda afianzada, existiendo varios fiadores, hubiere exigido y obtenido de alguno de éstos el reembolso de una parte mayor que la cuota viril que le correspondía; c) igual procedimiento se aplicaba de acuerdo con muchas otras leyes que otorgaban en muchos casos el mismo modo de accionar.

Las leyes que concedieron la *manus iniectio pura*, es decir, no *pro iudicato*, eran también varias, como la ley Furia testamentaria contra aquel que en los legados *mortis causa*, en los casos no exceptuados, hubiere recibido una suma mayor a los mil ases, lo que no era permitido, y finalmente de acuerdo con la ley Marcia contra los usureros, que hubieren cobrado intereses excesivos para que los devolvieran. En estos últimos casos era lícito a los ejecutados actuar por sí mismos en su defensa.

Tal era el procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio* según la descripción histórica que hace Gayo y de su texto se desprende que todavía en el siglo II, después de Cristo, se usaba aún el procedimiento de la *manus iniectio*, aunque modificado por leyes posteriores que permitían una defensa personal, o exigían otras modalidades de garantía más conformes con la época.

VII. JUICIO EJECUTIVO EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

En el procedimiento formulario la sentencia daba lugar a la *actio iudicati*, la que permitía la ejecución en la persona del sentenciado o sobre el patrimonio del deudor.

La *actio iudicati* como ejecución personal se podía iniciar 30 días después a contar desde que la sentencia había sido dictada. El actor vencedor en el litigio iniciaba el procedimiento por la *editio actionis*, seguida de la *in ius vocatio*, debiendo comparecer ejecutante y ejecutado ante el magistrado. El ejecutante exponía su pretensión ejecutiva, pudiendo el ejecutado alegar sus excepciones.

La ejecución en estos casos se aplicaba de un modo similar a la antigua *manus iniectio*, mitigada por el avance de los tiempos que suavizaba la violencia física sobre el deudor. La resolución del tribunal convertía al *iudicatus* en *addictus* mediante la declaración del pretor que ordenaba a favor del actor el *duci iubere* que le facultaba para la aprehensión del ejecutado. Sin embargo, ya no se aplicaba ni la venta del ejecutado ni se le daba muerte como decían las XII Tablas, sino que los acreedores se limitaban a hacer trabajar en su provecho a los ejecutados como lo señala Quintiliano (Ins. Or. 5-10), que dice: *Aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quaestio solet.*

Si el ejecutado se defendía y sus excepciones eran rechazadas, se le condenaba al doble de la suma señalada en la sentencia reclamada.

Llevado el deudor por el acreedor no perdía su calidad de hombre libre, ni su patrimonio, pudiendo subvenir a sus necesidades con sus propios bienes.

Esta ejecución subsistió a pesar de la ley Poetelia Papiria que declaró, como ya se ha expresado, que al pago de las deudas estaban afectos los bienes y no la persona física del deudor.

EJECUCION SOBRE LOS BIENES

El procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio del deudor, según Gayo (4.35), fue introducido por una fórmula creada por el pretor P. Rutilio Rufo, por la que se introdujo la venta de los bienes del deudor. De ser exacta la afirmación de Gayo, este procedimiento se habría introducido hacia el año 118 A.C., lo que para muchos autores resulta dudoso, pues su uso parece probable que se iniciara mucho antes¹⁴.

El antecedente probable de este sistema procesal se encuentra en la forma como el Estado liquidaba los bienes que le correspondían por la confiscación del patrimonio de los condenados a muerte, o la que se aplicaba en favor del erario por las deudas tributarias, o por las herencias, que por carecer de sucesor pasaban al Estado. En este procedimiento, como el erario era dueño absoluto de los bienes, se aplicaba la *bonorum sectio*, que consistía en la venta en remate (*sub hasta*) de los objetos individualizados o por lotes, haciéndose los adquirentes dueños quiritarios de éstos.

El régimen pretorio procedió a establecer, a similitud probablemente de la *bonorum sectio*, la venta del patrimonio del deudor, la que fue conocida bajo el nombre de *bonorum venditio*.

No se ha podido precisar con exactitud cuándo apareció este nuevo medio de ejecución y parece lo más probable que el pretor lo introdujera para efectuar la venta de los bienes de los difuntos sin herederos para proceder a pagar a los acreedores. Gayo (3.78) describía juntos los regímenes de liquidación de los bienes de los difuntos con los de los deudores vivos y señalaba que la *bonorum venditio* hacía al *bonorum emptor* sucesor del difunto o de los deudores vivos.

La ejecución de los deudores se aplicaba, según Gayo lo señala de un modo incompleto¹⁵, a los siguientes casos: a los deudores que fraudulentamente se esconden; a los ausentes; a los que no se defienden; a los que ceden sus bienes en conformidad a la ley Julia; finalmente indica que se aplica la *bonorum venditio* a los que han sido juzgados (*iudicati*) una vez vencido el plazo de gracia que se les concede, parte por las XII Tablas o parte por el Edicto del Pretor. Se aplicaba, además, a los difuntos cuando había certidumbre de que no existían herederos, ni *bonorum possessores*, ni ningún otro sucesor legítimo.

Gayo describe la forma del procedimiento, y aunque presente aspectos discutibles es el único vestigio completo del sistema. El edicto estableció que el modo de la venta de los bienes del deudor se iniciaba por la *missio in bonna*, para lo cual debían señalarse algunas de las causales ya referidas y solicitar que se entregaran los bienes a los acreedores que daban origen al procedimiento. También podía pedir la *bonorum venditio* el propio deudor que hacía cesión de sus bienes, o los acreedores, en virtud de lo dispuesto por la ley Julia de *cessione bonorum*, de fecha desconocida.

La *missio in possessionem* era el decreto del pretor por el que se autorizaba o permitía que los acreedores tomaran bajo su tuición todos los bienes del deudor, comprendiéndose en ellos las cosas a que tenía derecho y los créditos o acciones que conformaban todo el haber del ejecutado. Su objeto era la

¹⁴ CARRELLI, ODOARDO, Per un "ipotesi sulle origine delle bonorum venditio" (S.D.H.I. (4), 1938); O. Carrelli, Ancora sull'origine delle bonorum venditio; S. Solazzi, In tema di bonorum venditio en I.U.R.A. (6), 1955, p. 78 ss.; Talamanca, La vendita

all'incanto nel processo esecutivo romano, en Studi di Francisci, 2. 242.

¹⁵ SCHERILLO, G., La bonorum venditio como figura di "sucessio" en I.U.R.A. (4), 1953, p. 207.

custodia y vigilancia, pero los bienes seguían de dominio del deudor con todas sus consecuencias. Para estos efectos se daba a los acreedores un plazo de 30 días y 15 si se trataba de un difunto. Dentro del mismo plazo se hacía la *proscriptio*, que era la publicación de encontrarse el deudor en estado de ejecución. Vencido el plazo el pretor ordenaba reunirse a los acreedores, los que debían nombrar entre ellos un *magister*, es decir, el encargado de la venta de los bienes. Si se trataba de una persona viva, el plazo era de diez días, si de un difunto de cinco días. El mayor plazo que se daba a los vivos servía para permitirles una mayor facilidad para el pago de sus deudas. Pasados estos plazos si el ejecutado no pagaba sus deudas, o no se defendía, se le declaraba *fraudator*, recayendo sobre él nota de infamia, lo que podía evitar, de acuerdo con la ley Julia, si ofrecía sus bienes en cesión a los acreedores. A partir de este momento el ejecutado era calificado de sospechoso de insolvencia (persona suspecta) o dilapidador de sus bienes. El fallido no podía entablar ningún litigio sin rendir la caución de *iudicatum solvi*. El magister debía presentar la *lex venditionis* en que se establecían las condiciones previstas para la venta del patrimonio del fallido, la que, aprobada por el pretor, se fijaba en lugares públicos con indicación de todo lo que tuviera relación con la venta, lo que incluía inventario de bienes, modo de efectuar el pago, hipotecas que gravaban los bienes, créditos privilegiados, los que debían ser pagados totalmente, garantías exigidas al futuro comprador y demás materias pertinentes.

La venta se llevaba a cabo en pública *sub hasta* y abarcaba todo el patrimonio del deudor, tanto activo como pasivo. El *bonorum emptor*, o adquirente, era considerado, según lo expresa Gayo, como un sucesor de la persona del fallido, cuyo lugar jurídico pasaba a ocupar. La *additio* de los bienes se hacía de un modo unitario a aquel oferente que como precio de venta ofreciera pagar los créditos privilegiados y la mayor cuota o porcentaje (*portio*) de las demás deudas. El magister debía preferir a aquellos oferentes que fueran parientes del fallido.

Para los efectos del pago había cierto orden de prelación entre los acreedores. Preferían en primer lugar los que tuvieran a su favor derechos de prenda. Eran créditos privilegiados que figuraban en el edicto del pretor, los del erario, y posteriormente los del fisco, los gastos de funeral del deudor, los créditos de la mujer contra el marido por la restitución de la dote; los créditos pupilares contra los tutores por la rendición de cuentas y los créditos de los dementes y de los pródigos contra sus curadores. En la época del imperio se agregó el privilegio de los préstamos otorgados para la reparación de los edificios del deudor y los de construcción y reparación de los navíos. Los demás acreedores recibían el porcentaje ofrecido pagar por el *bonorum emptor* al tiempo de la *sub hasta*. Sin embargo, estos acreedores conservaban el derecho de reclamar contra el fallido el saldo insoluto.

Si el deudor había enajenado bienes, o liberado esclavos en fraude de los acreedores, se podía entablar el interdicto fraudatorio o la *restitutio in integrum propter fraudem* contra los adquirentes que conocían el mal estado de los negocios (*concilium fraudis*) si la adquisición era onerosa, y en todo caso si la adquisición era a título gratuito. Estos recursos podían ser invocados por el *magister* una vez que quedaba a la vista por la subasta que los efectos de ella no satisfacían el total de las deudas (*eventus damni*), o particularmente por cualquiera de los acreedores. En este último caso se favorecía especialmente a los que habían iniciado la acción.

El adquirente (*bonorum emptor*) se hacía dueño *iure pretorio* del patrimonio del deudor y gozaba de un interdicto para adquirir la posesión de los haberes del fallido, el cual se denominaba *interdictum possessorium* (Gai.

4.145). Sólo adquiriría el dominio quirritario absoluto una vez que transcurría el plazo de uno o dos años para la usucapión.

El *bonorum emptor*, en su calidad de sucesor del fallido, podía cobrar los créditos que existían en el patrimonio en favor del fallido, pero como revestía sólo la calidad de sucesor pretorio y no legal, utilizaba acciones ficticias, como eran la rutiliana, si el fallido estaba vivo, en que se le suponía que ocupaba en el patrimonio la calidad jurídica de acreedor, y en caso que el fallido estuviera muerto se usaba la acción serviana, en que se le fingía como si fuera realmente heredero del fallido. El *bonorum emptor* si tenía deudas en favor de los deudores del fallido y accionaba contra ellos, debía deducir de la acción la cantidad debida, de manera que actuara compensando su deuda con el crédito que cobraba, lo que se llamaba *agere cum deductione*.

En caso que un acreedor no privilegiado del fallido procediera contra el *bonorum emptor* para obtener el pago de su crédito, éste sólo se solventaba pagando el porcentaje ofrecido en la subasta.

Los acreedores que no hubieren reclamado sus créditos por no concurrir a la *bonorum venditio*, podían dirigirse contra el fallido, aunque éste gozaba durante un año del beneficio de competencia (*in id quod facere potest*), salvo que se le hubiere comprobado dolo.

VIII. BONORUM DISTRACTIO

Existió, aunque no se puede precisar la fecha de su introducción, otro sistema de ejecución llamado *bonorum distractio*, que en una época presentó una especie de privilegio en favor de los impúberes, ampliado posteriormente por la jurisprudencia a los dementes y pródigos. En los primeros años del imperio un senadoconsulto concedió la *bonorum distractio* cuando el fallido era de linaje senatorial.

Esta ejecución se iniciaba con la *missio in possessionem* decretada por el pretor, pero la venta no recaía sobre todo el patrimonio, sino que se procedía a vender bienes singulares hasta cubrir el pago de las deudas. El remanente, si quedaba, era del propio deudor. Además no hacía incurrir al fallido en nota de infamia.

IX. EJECUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO ¹⁸

En el alto imperio se consolidó la introducción del procedimiento llamado *extra ordinem*, o extraordinario, en que no se contemplaba la doble etapa procesal *in iure* y *apud iudicem* ni intervenía el pretor entregando la fórmula, ni se procedía a la designación del *unus iudex* por las partes, sino que, en reemplazo de este sistema, un juez, funcionario del emperador, conocía de todo el juicio hasta la ejecución de la sentencia. Ello trae como consecuencia que el procedimiento ejecutivo se modifica y se introducen novedades que lo hacen más directo, se elimina la sentencia en dinero y se cambia el régimen de venta de los bienes del deudor.

¹⁸ MURGA GENER, JOSE LUIS, *Derecho Romano clásico II, El Proceso*, Zaragoza, 1980, p. 385 y ss.

Una vez dictada la sentencia y agotados los recursos, quedaba la *definita sententia* y el demandante vencedor podía de inmediato pedir la ejecución por medio de una acción ejecutiva llamada *actio iudicati*.

Si el deudor pagaba se extinguía el procedimiento y se daba por terminada la ejecución. Si el deudor al tiempo de ser demandado reconocía sin más trámite la deuda, el ejecutante podía proceder mediante una *actio pro iudicato*, que se aplica cuando el título es la confesión inmediata y reconocimiento de la deuda.

La *actio iudicati*¹⁷ constituye un modo procesal que incluye toda la petición del acreedor para que el juez proceda a la ejecución, según la naturaleza de la sentencia, cuyos fines propenden a realizar de un modo directo, procurando hacer realidad el derecho reclamado en forma específica. La ejecución se realiza sobre la persona del deudor, sobre su patrimonio o sobre bienes individualizados.

En el procedimiento *extraordinem* permanece el sistema antiguo ejecutivo arcaico que aparece vigente todavía en el año 486 en la época del emperador Zenón (C. 9.5.1).

En este sistema queda aún vigente la *bonorum cessio*, establecida por la ley Julia, que permite al deudor hacer abandono de sus bienes en manos de los acreedores para librarse de los efectos de la privación de libertad, evitar la infamia y gozar del beneficio de competencia si no se comprobaba mala fe.

La prisión del deudor se podía hacer efectiva, pero no en casas particulares, sino en cárceles públicas y bajo la custodia de funcionarios imperiales.

Justiniano introdujo hacia el año 531 el *moratorium*, que era un plazo de cinco años para que el deudor pudiera pagar con facilidades mediante una prolongación de los plazos sus deudas (C. 7.71.8).

La ejecución patrimonial, con el correr del tiempo, se fue haciendo el procedimiento ejecutivo más usual. La tramitación distingue dos formas diferentes, dependiendo de que la ejecución sea iniciada por un acreedor solo, o se trate de un concurso con pluralidad de acreedores.

X. EJECUCIÓN PATRIMONIAL POR UN SOLO ACREEDOR EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Cuando el procedimiento lo iniciaba un solo ejecutante se estableció una distinción según que la sentencia sancionara la entrega de una cosa determinada, como acontece en los derechos reales o que consistiera en la condena pecuniaria de una obligación. En el primer caso se introduce el régimen de proceder contra el deudor *manu militari*, esto es, que el objeto reclamado fuera puesto a disposición del ejecutante con el auxilio de la fuerza pública, que prestaba ayuda a los funcionarios imperiales encargados de realizar el cumplimiento. Esto es la consecuencia de que el fallo debía recaer en relación con la especie misma reclamada, sin reducirlo a una suma de dinero como se contemplaba en la época clásica en el procedimiento formulario. Esta forma de ejecución se denominaba *pignus praetorium*, mediante la cual la cosa misma reclamada era puesta directamente a disposición del ejecutante mediante el auxilio de la fuerza pública del Imperio que la suministraba.

Se dio al juez la facultad de favorecer al actor con medidas de conservación del objeto, cuando la actitud dolosa del demandado podía hacerlo desa-

¹⁷ LA ROSA, FRANCA, *L'actio iudicati nel Diritto Romano classico*, Milán, 1963.

parecer en perjuicio de las pretensiones del actor. Para este efecto, el juez podía decretar una *missio in possessionem rei servandae causa* para garantizar al actor la posibilidad de que si triunfaba en el juicio pudiera entrar en posesión de la cosa litigiosa.

Otra forma de garantizar el resultado del juicio era la *sequestratio* reconocida hacia el año 422 por una Constitución que se conserva en el C. Theodosiano (C. Th. 2.28.1).

Cuando la *actio iudicati* entrañaba una condena puramente de dinero, el ejecutado veía afectado todo su patrimonio, pero ya no se procedía a la venta total del mismo en una sola masa, sino que de un modo separado se vendían los bienes suficientes para el pago de la deuda, y si quedaba algún excedente del precio, después de pagada la acreencia, éste correspondía al deudor y debía serle devuelto. La toma de los bienes necesarios para el cumplimiento del fallo podía ser total o parcial y se la conocía como *pignus in causa iudicati captum* y se efectuaba por medio de oficiales del tribunal, los *apparitores* que eran ayudados en su función por medio de la fuerza pública.

Un rescripto de Antonino Pío (Ulp. 3 de off. proc.) D. 42.1.15 en que se da instrucciones a los jueces y a los magistrados del pueblo romano acerca de cómo deben ejecutarse las sentencias, señala la forma y el orden según el cual los jueces debían proceder bajo su control a la venta de los bienes necesarios para el pago de los créditos. Estas normas fueron extendidas a los presidentes de las provincias. Las cosas tomadas *in causa iudicati captum* deben ser vendidas en el siguiente orden: primero, las muebles y los animales, sin entrar a vender otras si con el precio de ellas se paga la deuda. Si no hay cosas muebles, se toman al efecto los predios, que sólo pueden venderse en este caso. Si estos bienes no existen o no cubren la deuda, puede procederse sobre los derechos. Si no hubiere compradores para estas cosas, pueden adjudicarse al ejecutante en aquella cantidad que sea suficiente para cubrir los créditos. Pero también puede pedir el acreedor que se le den en prenda los bienes y si queda satisfecho con esta garantía no puede pedir que se le den más bienes que los suficientes. Si los bienes tomados fueren de terceros y se disputare su dominio, los ejecutantes deben defender la propiedad, y si se reconocieren como del ejecutado debe estarse a lo que se resuelva en cosa juzgada. Si el derecho del ejecutado no fuere reconocido en la cosa embargada, deben liberarse esos bienes y tomarse otros en los que no haya controversia.

Si hay prenda en la cosa embargada hay que pagar primero al acreedor prendario y el remanente podrá imputarse al pago de la ejecución. Si se llegare a tomar los créditos que pertenecen al ejecutado, el ejecutante iniciará los pleitos correspondientes para obtener su pago. También se puede tomar el dinero que se encuentre en poder de los banqueros. Igual camino se puede usar respecto de los dineros depositados o contenidos en un arca.

Tales son las normas fijadas por Antonino Pío para obtener el cumplimiento de las sentencias que ordenan el pago de dineros adeudados.

XI. CONCURSO DE ACREEDORES EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Cuando se trata de muchos acreedores que piden la ejecución del deudor, se recurre al sistema del concurso, que es una adaptación postclásica del antiguo sistema pretorio de la *bonorum venditio*. Sin embargo, se han introducido en él diversas modificaciones que es necesario destacar.

Hay dos responsables de la liquidación de los bienes: el *curator bonorum* y el *magister bonorum*.

El *curator bonorum* se nombra con el consentimiento de la mayor parte de los acreedores, bajo el control del juez. El *magister bonorum* encargado de ejecutar el remate debía publicar la *proscriptio* para dar a conocer el estado de insolvencia del fallido al mayor número posible de acreedores. El plazo de los acreedores para concurrir a la quiebra era de dos años entre presentes, es decir, si vivían en la misma provincia, y cuatro entre ausentes, es decir, que se encontraran fuera de la provincia. Si no concurrían dentro de esos plazos perdían todo derecho (C. 7.72.10.1).

Sin embargo, la venta del patrimonio en un solo conjunto y la calidad de sucesor que investía el que se adjudicaba la masa de bienes en calidad de *bonorum emptor* en la época clásica, ya no existía.

Al efecto, en las Instituciones de Justiniano (3.12) se lee que, junto con otras sucesiones universales, expiró la del *bonorum emptor*. En esta época sólo se da por ministerio del juez la posesión de los bienes del deudor y en cuanto les es útil a ellos disponer de los bienes, en la forma que aparece en el Digesto, que no es otra que la reglamentación del rescripto de Antonino Pío que ya anteriormente se ha comentado. En consecuencia, el régimen fijado por Justiniano establece la venta individual de los bienes del activo, según el orden establecido en el rescripto del citado emperador. Desapareció por obra de la legislación de Justiniano el *bonorum emptor*, con su calidad de sucesor del deudor, y sólo se permitió al magister, con la vigilancia del juez, la venta de los bienes singulares, y para el cobro de los créditos de que era titular el deudor se extinguieron las acciones ficticias pretorias, debiendo procederse a su cobranza con la *condictio ex lege* establecida en el procedimiento creado por Justiniano para el caso que no existiera otra acción en las nuevas instituciones creadas por ley.

La rescisión de los actos realizados por el deudor, en perjuicio de la solvencia de su patrimonio para responder de las deudas, fue reclamada mediante la acción llamada Pauliana, contemplada en el Digesto (D. 22.1.38.4).

XII. CONCLUSIÓN

Para dar fin a este trabajo parece obvio destacar que el mecanismo jurídico que relaciona las sentencias declarativas con el sistema que constituye la ejecución al que se encuentra unida de un modo lógico y práctico, es el producto de la creación jurídica del derecho romano. La trabazón entre ambas partes de la tramitación de los juicios está perfectamente ordenada y ha constituido en toda la evolución del derecho procesal una creación originariamente romana que no ha sufrido cambio en su antigua estructuración.

Los elementos que presiden la responsabilidad patrimonial por las deudas fueron creados y evolucionados a través de los siglos por el derecho romano hasta sentar los principios definitivos que habrían de orientar el sistema de la ejecución, entre los que cabe destacar la limitación de la enajenación de bienes hasta el monto de las deudas, la diferenciación entre la ejecución por un acreedor individual del concurso de acreedores, la reintegración de los bienes fraudulentamente transferidos para disminuir la solvencia del patrimonio afecto a las deudas y la concepción de la mala fe en el traspaso de los bienes a título oneroso, la reintegración total de los bienes transferidos por causas gratuitas, la necesidad del perjuicio a los acreedores (*eventus damni*), el conocimiento

del mal estado de los negocios envuelto en el *consilium fraudis*, son todos los elementos que conforman la gran estructura de la ejecución del deudor para el pago de sus deudas, la cual nació y se fue plasmando a través de la hábil construcción introducida por la jurisprudencia de los romanos.

El derecho de los siglos posteriores no ha hecho sino complementar, según la evolución de las necesidades y la idiosincrasia de los pueblos, las ideas matrices concebidas por los romanos, evolucionadas por su propia y enorme experiencia.