

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO**

---

**ACERCA DE LA LITISPENDENCIA Y LA *RES IUDICATA* EN  
LAS *ACTIONES POPULARES ROMANAS***

**ABOUT LAWSUIT PENDENCY AND *RES IUDICATA* IN  
ROMAN *ACTIONES POPULARES***

**Fabio Botta**

Catedrático de Derecho Romano

Universidad de Cagliari

1. - Desde hace tiempo estoy cultivando mi interés por el sistema de principios y de normas sobre la cosa juzgada, o mejor dicho, sobre la *res iudicata*, con la intención de identificar o, más concretamente, de precisar, la cantidad y la calidad de las interrelaciones que han existido, más que entre el derecho procesal romano y el derecho procesal vigente, entre romanistas y procesalistas en la fundación de nuestra misma cultura jurídica -de los años 20 y 30 de 1900-, cuando los unos y los otros, como correspondía en aquellos momentos, eran amantes en un derecho universal y, por consiguiente, estaban profundamente versados tanto en el estudio histórico del derecho como en el derecho positivo, este último leído en aquel feliz sentido cultural (y quizá solo cultural), desde su orientación histórica.

Obviamente, entonces, en el centro de tales reflexiones no podía dejar de realizarse una relectura del ensayo fundamental de Emilio Betti referente a Marciano D. 42.1.63, titulado: Tratado de los límites subjetivos de la cosa juzgada en derecho romano<sup>1</sup>. Hoy en día, los tiempos nos apremian, más que aconsejarnos, a no detenernos más que de un análisis detallado, cuya parte central se refiere, si no a la totalidad del núcleo de postulados que apoya la conceptualización de la cosa juzgada según Betti, al menos a un punto nodal de la misma, que nos permita en alguna medida valorar el completo estado y consistencia. Ahora

---

<sup>1</sup> E. BETTI, *D.42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922.

voy a exponer algunas consideraciones en torno a la problemática, afrontada por el mismo Betti, acerca de la extensión de la cosa juzgada en algunas acciones en particular, tales como las *populares*, aprovechando que ya estudié<sup>2</sup>, hace casi 20 años, la estructura y articulación de estas. Asimismo, aprovecho la oportunidad para corregir profunda y sustancialmente las conclusiones a las que había llegado entonces.

El punto medular del razonamiento de Betti, cuya consistencia pretendo probar, es el que se refiere a la subordinación de la posición jurídica del tercero en la posición de la parte en la causa respecto a la relación determinada, considerando el valor que la sentencia pueda tener respecto al los terceros que no participan de la litis, pero que tienen un interés jurídico, pues están sujetos a la excepción de cosa juzgada<sup>3</sup>.

Tal subordinación, en el caso de las acciones populares, se presenta como un claro ejemplo de subordinación por razones de conexión recíproca entre la relación establecida entre las partes y la relación del propio tercero. Se trata, en la estructura conceptual de Betti, de casos de concurrencia alternativa de acciones, entre la acción ejercida y la acción coordinada a la relación del tercero<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari 1996, 185 ss.

<sup>3</sup> BETTI, *op. cit.*, 221 ss.

<sup>4</sup> *Ibidem*, 241 ss.

En la definición del fenómeno en el proceso formulario juega un papel decisivo, según la opinión de Betti, la *litis contestatio*, que determina la causa de la subordinación entre sujetos cotitulares, si así se puede decir, de una posición jurídica concurrente, que se da, con la función preventiva que aquella produce, a favor del cotitular agente en el juicio.

De ello se desprende que, cuando una relación jurídica se ha convertido en litigiosa, las otras relaciones jurídicas concurrentes con ella no pueden, ni en momento determinado, convertirse en litigiosas con eficacia jurídica, ni en el juicio pendiente, ni en otros juicios. Cuando una de las acciones alternativamente concurrentes se ha ejercitado en el juicio del titular, las acciones que tienen los otros cotitulares precluyen en manos de cada uno.

El primer efecto preventivo de la *litis contestatio* (y, para Betti, de la sentencia en cuestión como equivalente) es, por consiguiente, la preclusión que se hace valer con la *exceptio rei in iudicium deductae* durante todo el tiempo que el juicio esté pendiente y con la *exceptio rei iudicatae* cuando el juicio ha sido concluido con la sentencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, continuamos con el razonamiento de Betti sobre las acciones populares<sup>5</sup>: considera, correctamente, como se ha dicho, que las acciones populares dan lugar a un forma de comunicación de la cosa juzgada

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, 410 ss.

fundamentada, sin duda, sobre una relación de concurrencia alternativa entre más personas<sup>6</sup>.

Suponiendo que las acciones populares se fundamentan en un mismo título y se coordinan por un mismo propósito de reparación de una lesión concreta inferida y de interés público, que, por tanto, pertenece a los ciudadanos en general, Betti en estos casos observa que entre los ciudadanos se constituye siempre un vínculo de concurrencia, que da al pretor la facultad de resolver, a través de la aplicación de algunos criterios de preferencia, a quién concederá el ejercicio de la acción: criterios de preferencia relacionados (según el D. 47.23.2 y 3.17) con el mayor interés personal o con la mayor idoneidad de uno u otro postulante. Esta operación de elección tiene lugar en una *causae cognitio* preliminar como en los *publica iudicia* criminales<sup>8</sup>.

Tras esta individualización, Betti deduce la aplicabilidad inmediata tanto de la *exceptio rei iudicatae* como de la *exceptio rei in iudicium deductae* en caso de que se produjese una eventual interposición de la acción por parte de un sujeto concurrente.

Como sustento de su opinión cita Betti D. 47.23.3pr., pasaje en el cual, sin duda, se confirma su postulado:

---

<sup>6</sup> Así mismo V. SCIALOJA, *L'exceptio rei iudicatae nelle azioni popolari*, en AG 31, 1883, 213 ss.

<sup>7</sup> D. 47.23.2 (Paul. 1 ad ed.) *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem*; D. 47.23.3.1 (Ulp. 1 ad ed.) *In popularibus actionibus is cuius interest praefertur*.

D. 47.23.3 pr. (Ulp. 1 ad ed.) *Sed si ex saepius agetur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur. 1 In popularibus actionibus is cuius interest praefertur.*

Frente al que ejercita nuevamente una acción en la que se invoca el mismo título por el cual se había ya actuado, esto es, la *eadem causa*, puesto que es el mismo hecho que le ha dado origen (el *idem factum*), se opone la *exceptio rei iudicatae*, también cuando la acción ejercitada sea una *actio popularis*, según la habitual aplicación de la *exceptio* en cuestión<sup>9</sup>.

Preliminarmente debe hacerse notar que esta consecuencia, ya tratada tanto por Scialoja como por Betti, no veía en el pasaje citado de Ulpiano ninguna “extraña y anormal” extensión de la *exceptio rei iudicatae* a todos los terceros, aunque el jurista no habría dado importancia a un ulterior elemento, que normalmente es fundamental para la concesión de dicha *exceptio*, o sea la igualdad de las partes<sup>10</sup>, absteniéndose del

---

<sup>8</sup> BOTTA, *op. cit.*, 169 ss.

<sup>9</sup> BETTI, *op. cit.*, 414 s. Precedentemente, SCIALOJA, *op. cit.*, 217 s. (también por el significado de *vulgaris*); E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Berlin 1918, 395 s.: «mit der Feststellung der *eadem causa*, die eben in dem *idem factum* liegt, ist die Feststellung der *eadem res* im ganzen vollendet».

<sup>10</sup> Sobre el problema de la no inmediata solución acerca de la relación entre la igualdad de los sujetos y la igualdad de la *causa* o de la *quaestio*, ver los distintos criterios identificados por la jurisprudencia están representados

«soggiungere la circostanza dell'identità della persona che agisce »<sup>11</sup> .

Por otra parte, en efecto, tratándose de *saepius agere*, podría parecer que se refiere también all'*exceptio rei in iudicium deductae* - sin embargo la indicación podría ser solo de detalle, como se verá, según los postulados de Betti -, aunque debería ser ya la *litis contestatio* la que desencadenase sus propios efectos, precluyendo la nueva interposición de la misma por parte de cualquier otro sujeto. Se debe considerar que la misma situación se daría cuando se encuentran en las fuentes en cuestión medidas dadas por el pretor, contrarias a la concesión de la *exceptio*, por ejemplo, la más radical que es la *denegatio actionis*, frente a una petición del titular concurrente del derecho, es decir, el tercero en la acción popular.

Todo está permitido, la *exceptio rei iudicatae*, cuya existencia Betti deduce del pasaje analizado, viene a ser calificada por su negativa función ordinaria de hacer valer la existencia de una precedente cosa juzgada sobre la base del *idem factum* y así impedir una repetición de la cuestión decidida en la sentencia.

Por otra parte y en otro pasaje, es decir, en el

---

en D. 44.2.3 (Iul. en Ulp. 5 *ad ed.*); D. 44.2.7.4 (Iul. en Ulp. 75 *ad ed.*). y sobre todo D. 44.2.27 (Ner. 7 *membr.*) y D. 44.2.12;14 (Paul. 70 *ad ed.*) que, tal vez adaptándose mayormente al caso típico que aquí interesa, se refiere a la *eadem condicio personarum*. Sobre todo ver G. PUGLIESE, s.v. *Giudicato civile (storia)*, en ED XVIII, Milano 1969, 738, donde precedente literatura.

D. 12.2.30.3 (Paul. 18 *ad ed.*) *In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.*

la prestación del *iusiurandum* por parte de un actor popular explícitamente *consumit publicam actionem*, igual que debería ser para la *litis contestatio*. En todo caso, en el pasaje de Paulo aquí en consideración no se expone un problema de límites subjetivos de la extensión del efecto preclusivo ante la propuesta del *iusiurandum* para resolver la disputa. Más bien se precisa el límite objetivo expresado en la locución *si non per collusionem actum sit*. A este respecto Betti subraya el término “*prodesse*” del pasaje de Paulo, del que obtiene el fundamento común de la *exceptio iurisiurandi* y de la excepción de cosa juzgada o *in iudicium deducta*, extendiendo su alcance hasta dar fundamento a la *denegatio actionis*<sup>12</sup>. Es obvio que no es conveniente para nadie ejercer nuevamente una acción, una vez que ésta ya ha producido los efectos para los que está predispuesta en el ordenamiento. Para producir dichos efectos es suficiente que sean perseguidos por uno solo de los titulares

---

<sup>11</sup> BETTI, *op. cit.*, 414 s.

<sup>12</sup> A la luz de D. 12.2.9 pr. (Ulp. 22 *ad ed.*) *Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur. an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est:* BETTI, *op. cit.*, 417: «Tale *denegatio* si fonda, non altrimenti che l'*exc. r. iud. vel i.i. ded.*, sulla prevenzione determinata dalla precedente *litis contestatio*».

o de los cotitulares del derecho, es decir, por *quivis de populo*. En cada caso, concluida la *litis contestatio*, deferido el *iusiurandum*, se extingue la acción, determinando así la prevención del actor respecto del ejercicio de las acciones populares concurrentes de los otros ciudadanos, teniendo en cuenta el límite objetivo de la colusión.

En este sentido, Betti formula la hipótesis según la cual, la diferencia que se presenta en estos casos entre la *denegatio* de la acción y el otorgamiento de la *exceptio*, pasa por el criterio según el cual, el juramento precedente o la precedente *litis contestatio* serían «di pronta soluzione»<sup>13</sup> y que non son o no deberían ser objeto de cognición del *iudex* (en efecto, Betti hace uso de la distinción entre la consumición de la acción *ipso iure* y consumición *ope exceptionis*<sup>14</sup>).

2. - Antes de pasar al análisis de la tercera fuente referida por Betti en la demostración de su tesis (y que será objeto de nuestra crítica), se debe aclarar que tanto lo contenido en D. 47.23.3 (extraído del comentario al edicto *ne quis iusdicenti non obtemperavit*), como en D. 12.2.30.3 es explícitamente referible a las *actiones populares tout court*, es decir, a aquellas cuya finalidad y régimen de legitimación son claramente expresados

---

<sup>13</sup> BETTI, *op. cit.*, 416. Ver nt. precedente.

<sup>14</sup> Pero ver F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, Napoli 1958, 136 s.

por Paulo en D. 47.23.1 y 2<sup>15</sup>, donde efectivamente el régimen de concurrencia entre los actores populares, es decir, entre todos los asociados que reúnen los requisitos personales exigidos, se apoya sobre en una legitimación para la acción que debemos definir inmediatamente como general, de modo que no puede darse la posibilidad de que exista un sujeto con mayor interés, sino un sujeto con mayor idoneidad para interponer la misma acción –es decir, entre todos los portadores del mismo interés, el más capaz (resultado del diagnóstico *ex ante* realizado por el magistrado al momento de la *causae cognitio*) de conducir la acción procesal al cumplimiento de su propósito, preestablecido en el ordenamiento. Que normalmente lo sea el sujeto directamente interesado por haber sido lesionado por el ilícito se deduce sólo como consecuencia obvia de la existencia de una *causae cognitio* preliminar.

Es en estos casos donde podemos observar, efectiva e indiscutiblemente, el pleno efecto preventivo y, consecuentemente, de consumición de la acción para todos, de la *litis contestatio* (y del juramento), con el único límite objetivo de la *collusio*.

Sin embargo, en mi opinión, no se puede decir lo mismo sobre el caso, contenido en la tercera fuente analizada por Betti, en apoyo de su afirmación.

---

<sup>15</sup> D. 47.23.1 (Paul. 8 ad ed.) *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*; D. 47.23.2 (Paul. 1 ad ed.) *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem*.

Se trata de

D. 47.12.6 (Iul. 10 dig.) *Sepulchri violati actio in primis datur ei, ad quem res pertinet. quo cessante si alius egerit, quamvis rei publicae causa afuerit dominus, non debet ex integro adversus eum, qui litis aestimationem sustulerit, dari. nec potest videri deterior fieri condicio eius, qui rei publicae causa afuit, cum haec actio non ad rem familiarem eiusdem, <sed> magis ad ultionem pertineat.*

La exegesis de Betti es la siguiente<sup>16</sup>: al interesado, aquí y en todas partes, se le deniega la acción después de que ésta ha sido ejercitada por otros. Con la expresión “*actio non debet dari*” se hace referencia, según Betti, no al otorgamiento de la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, sino a la *denegatio* de una acción referida al mismo título y fundamentada en la prevención, que es efecto de la existencia de la *litis contestatio* interpuesta contra el *reus* por el tercero, actor popular.

El hecho que, en el fragmento, Juliano ni siquiera menciona la *litis contestatio*, sino que se hace referencia a la *litis aestimatio* es explicada por Betti de la siguiente forma: «l'avvenuto pagamento della *litis aestimatio* ha rilievo non tanto come ulteriore requisito indispensabile della *denegatio*, quanto come circostanza che spiega perché il primo giudizio non abbia messo capo ad una condanna»<sup>17</sup> (señala aquí Gai 4.114: aunque

---

<sup>16</sup> BETTI, *op. cit.*, 416 ss.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 417.

no habría ningún caso más claro de la aplicación del principio según el cual *placere omnia iudicia absolutoria esse*). Continúa Betti: «d'altronde è da ritenere che da parte del soggetto passivo di un'azione popolare il pagamento della dovuta riparazione eseguito in confronto di un cittadino non possa avere effetto liberatorio se non in dipendenza di una precedente *litis contestatio* che quel cittadino abbia compiuto e in virtù della quale egli sia stato per l'appunto individuato e designato come legittimato a riscuotere»<sup>18</sup>.

Con esto, el autor indica que, solo con la *litis contestatio* la legitimación para ejercitar la acción popular se concentra definitivamente en la persona del actor y ya no es posible que otros puedan realizar en ella un cambio.

Sobre esta base, Betti concluye reputando coherente la respuesta de Juliano, por considerar que la *restitutio* está correctamente denegada por el pretor «perché l'azione popolare in discorso [se debe señalar que se trata de la *actio sepulchri violati*] non è coordinata alla tutela di un interesse patrimoniale-privato del cittadino direttamente leso, bensì in prima linea alla riparazione di un torto che tocca l'interesse pubblico»<sup>19</sup>, interpretando de este modo el final del pasaje y la prevalencia que se explica por último sobre las *res familiaris*.

---

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 418

3. – El ensayo de Betti, con la exégesis ahora vista, en el sentido de "normalizar" el pasaje de Juliano coordinándolo con las otras fuentes sobre el mismo tema, parece no percibir totalmente la especificidad del fragmento, porque no da suficiente relevancia a las especialidades presentes en el caso descrito, con el fin construir una noción de los límites subjetivos de la cosa juzgada en las acciones populares, que resulta de excesiva rigidez dogmática.

De forma más radical de lo que entonces sostuve, siguiendo al gran romanista<sup>20</sup>, puedo afirmar que la individualización de los efectos preclusivos de la cosa juzgada y de la litispendencia (pero efectuada sobre las pruebas concretas de las fuentes), frente a las acciones de legitimación general que se examinan, depende de la visión que la jurisprudencia romana – de hecho, utilizando el filtro de la *interpretatio* –, tiene de la relación, mucho más compleja de lo que el mismo Betti había visto, que existe entre los elementos que nos permiten identificar a las acciones y la configuración "normativa" del régimen de legitimación específico de la acción ejercitada, que viene determinado, este último, por la misma finalidad por la que el ordenamiento predispone un régimen de legitimación especial para realizar la represión de un ilícito en particular.

Ahora bien, una acción concedida *cuius de populo*, teniendo en cuenta el interés perseguido, presenta la particularidad de ver en el actor o en el agente un interés (público) concurrente con el

---

<sup>20</sup> Ver *supra* nt. 2

interés de todos los terceros, o bien un portador (también) de un interés individual, que, por medio de la creación de un instrumento procesal específico, él perseguiría no como individuo, sino como miembro de la comunidad.

Casavola ha demostrado ampliamente que esto debería implicar la identidad ontológica de la acción ejercitada por el actor popular directamente interesado y por el *civis-tercero*<sup>21</sup>, con la consiguiente extensión de la litispendencia y de la cosa juzgada de un interesado al otro, como hemos comentado anteriormente.

Sobre la base de lo dicho y con la suposición de su exactitud dogmática, no se debería dar acción popular alguna en la que la configuración normativa del régimen de legitimación sea distinta a la diseñada en D. 47.23.2 y cuyos efectos se leen en el fragmento sucesivo de Ulpiano D.47.23.3.

Esto último, en efecto, puede señalarse como fuente paradigmática para la configuración teórica de la consumición de la acción popular. La oponibilidad de la *exceptio rei iudicatae* a todos los terceros también es más fácilmente concebible teniendo en cuenta el régimen de legitimación (inmediatamente popular) previsto en el edicto *si quis iusdicenti non obtemperavit*, de cuyo comentario la fuente es extraída. Porque si en virtud de este régimen de legitimación, el interesado participa en posición igualitaria con relación a los terceros en la *causae cognitio* para la elección del actor, la locución "*ex eadem causa saepius agere*",

---

<sup>21</sup> CASAVOLA, *op. cit.*, 34 s.

según dice la fuente, se refiere, sin duda, a cualquiera (incluso el *is cuius interest*) que quiera volver a interponer la misma acción, siendo indiferente el interés efectivamente perseguido por el mismo.

Por lo cual, Casavola, habría tenido éxito al sostener que «l'opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* [...] contro i terzi si spiega soltanto con il concorso degli interessi individuali di ciascuno dei *cives*. Il rapporto tra i *cives* riposa sulla identità ontologica dei loro interessi individuali. Questo elimina la possibilità che si consideri l'attore del primo giudizio come rappresentante materiale dell'interesse altrui o dell'interesse comune. Egli agisce per un suo individuale interesse, identico a quello altrui, e dunque non concentra su di sé l'interesse altrui, che continua a permanere appunto nei terzi. Essi sono dunque permanentemente legittimati ad agire, salvo la preclusione loro opponibile nascente dalla realizzazione di un interesse individuale identico fatto valere dall'attore del primo giudizio»<sup>22</sup>.

El fragmento de Ulpiano, en cambio, resulta menos explícito para probar las afirmaciones de Betti, ya que haría referencia no al momento de la consumación de la *litis contestatio*, sino tout court a la cosa juzgada.

Es verdad, por otra parte, que existen acciones “populares” para las cuales el régimen de legitimación diseñado por la norma reguladora es distinto, porque presenta una diferente

---

<sup>22</sup> *Ibidem* 136 s.

valoración de los intereses del actor popular interesado y del actor-tercero frente a la relación jurídica concreta y sustancial deducida en juicio.

Este es precisamente el caso, entre los que no hay muchos otros, de la *actio sepulchri violati*, cuyo régimen de legitimación está descrito en el edicto, según las palabras de Ulpiano, del modo que se lee en

Dig. 47.12.3 pr. (Ulp. 25 *ad ed. praet.*) *Praetor ait: " Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet, quicumque agere volet, ei centum <aureorum> actionem dabo. si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam [...]"*.

Se trata evidentemente, como ya había dicho, de un régimen de legitimación que tuvo en su tiempo la ocasión de definir como privilegiado<sup>23</sup>. La *actio*, en efecto, parece originarse como una acción privada, que se daba a quien resultaba lesionado por el acto ilícito (*is ad quem res pertinet*). Condicionada solamente a que no hubiese un *dominus* del sepulcro (pero en el sentido de que no hubiese alguien a quien atribuirle la posición jurídica de *is ad quem res pertinet*) o que, habiéndolo, este no quisiese actuar, la legitimación se extiende a los terceros interesados, no de

---

<sup>23</sup> *Supra*, nt. 2

manera directa, y entre estos se prefiere, si fueran *plures* los postulantes en el ejercicio de la acción, el que pueda invocar una *iustissima causa* en su beneficio; es esta la misma persona que en D. 47.23.2 es indicado como el *idoneior*.

Conforme con la evidente aplicación del principio presente en D. 47.23.3 pr. también a los procedimientos que prevén un régimen de legitimación privilegiado (y, mas conforme todavía con la tesis de Betti que, con la comparación de las dos fuentes podría mayormente demostrar la identidad funcional de la *exceptio rei iudicatae* y de la *rei in iudicium deductae*), queda

D. 47.12.3.10 (Ulp. 25 *ad ed. praet.*) *Si is cuius interest sepulchri violati agere nollet, potest paenitentia acta, antequam lis ab alio contestetur, dicere velle se agere et audietur.*

Para Ulpiano, por consiguiente, el *is cuius interest* (aquí el interesado privilegiado, el *dominus sepulchri*) que rechazó "voluntariamente" ejercitar l'*actio de sepulchro violato* (y por ello había permitido el cumplimiento de una de las condiciones previstas en el edicto para que se abra al tercero la posibilidad del ejercicio de la acción), puede, si cambia su voluntad, *paenitentia acta*, ser readmitido para el ejercicio de la acción (superando así el efecto de la *causae cognitio* pretoria que había individualizado en un *alius-quivis de populo* a aquel a quien

conceder el ejercicio de la acción popular), pero solamente "*antequam lis ab alio contestetur*"<sup>24</sup>.

Como ya se ha dicho, la tesis de Betti no podría encontrar mejor confirmación: de la fuente resulta de hecho bastante claro que el límite infranqueable, dentro del cual es posible para el interesado (privilegiado) formar parte en el proceso en calidad de actor, es la *litis contestatio*, porque una vez que esta se haya concluido por parte de cualquier otro *civis* como un *actor popularis*, la acción se consume de todas las formas.

4. - Como ya he anticipado, sin embargo, me parece diferente el caso presentado por Juliano en D. 47.12.6, también utilizado por Betti, como se ha visto, para la demostración de su tesis.

Aquí, ciertamente, se expone la imposibilidad de que el pretor pueda conceder al *dominus* la *restitutio in integrum* (si se quiere leer así la *in integrum dari* que aparece en el pasaje<sup>25</sup>) en el ejercicio de la acción de sepulcro violado cuando se le han anticipado

---

<sup>24</sup> Ver anterior discusión sobre la fuente en CASAVOLA, *op. cit.*, 144 ss. y solución, ampliamente compartida, en nt. 366.

<sup>25</sup> Sobre el significado de "*ex integrum*" entendido, en cambio, como una explicación de «eine 'neue' Klagerhebung», A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, en ZSS 88, 1971, 118 y nt. 53. *Contra*, se sustenta que seguramente se refiere a un caso de *restitutio* motivada por la *absentia r.p.c.*, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, 532 nt. 254.

terceros, en cuanto *cessans*<sup>26</sup>, es decir, cuando obviamente no hubiese sido negligente (o, *a fortiori*, si no habría indicado su voluntad contraria a hacer uso de la acción), como en el caso de que fuese *absens rei publicae causa*. Pero el límite específico, tras el cual la *restitutio* no es admitida (por lo tanto, la *actio* será *denegata*), no es la *litis contestatio*, como se podría esperar siguiendo la tesis de Betti (y no solo Betti, también Levy indica la *litis contestatio* como el momento preclusivo de la acción del *dominus*, pero lo hace considerando que la frase desde *adversus* hasta *sustulerit*<sup>27</sup> está interpolada) sobre los indicios que provienen de D.47.12.3.10. Aquí, en su lugar, se niega el restablecimiento de la acción a partir del límite del pago producido por la *litis aestimatio*.

Por lo cual, si bien es cierto, como nos recuerda Betti, que «il pagamento della dovuta riparazione non possa avere effetto liberatorio se non in dipendenza di una precedente *litis contestatio*», es igualmente verdad que los dos momentos, el de la *litis contestatio* y el del pago de la *litis aestimatio*, no coinciden,

---

<sup>26</sup> "Quo cessante" es, para CASAVOLA, *op. cit.*, 49 nt. 76, «dettaglio prezioso - l'inerzia dell'assente - che stabilisce la diversità tra il nostro caso e l'ipotesi edittale: *si nemo erit ... sive agere nolet*».

<sup>27</sup> LEVY, *op. cit.*, 398 s. La interpolación tendría la finalidad de alinear la no contradicción de nuestro fragmento con D. 12.2.30.3 y D. 47.12.3.10, justificada por la afirmación en el derecho justiniano del principio de la *solutio* como causa de consumación procesal. Ver también *contra* W. LITEWSKI, *L'effet libératoire de la 'litis contestatio' dans les obligations solidaires actives en droit de Justinien*, en *Labeo* 24 (1978), 312 ss.

y la afirmación (de Betti) de la dependencia lógica de la segunda a la primera significa que, en la mora, entre una y otra, todavía no se podría considerar del todo decaída- si bien dependiendo de la modalidad de concesión del remedio pretorio de la *restitutio* o, al contrario, de las que anteceden a la resolución de la *denegatio* - la posibilidad del ejercicio de la acción en cabeza del *is ad quem res pertinet*.

En ese sentido, me parece que, siguiendo a Juliano, decaerían - al menos en términos de la rígida dogmática general en la cual fueron construidos, y por la especificidad del caso afrontado en el fragmento - algunos de los postulados de Betti, es decir, por un lado, la equiparación de los fundamentos de la concesión de la *exceptio rei in iudicium deductae* y del pronunciamiento de la *denegatio actionis* - equiparación que de este modo arriesgaría a provocar la ineficacia del principio que, según el gran jurista italiano, impera en el efecto general preventivo reconocido a la *litis contestatio* y el consiguiente efecto preclusivo oponible *erga omnes* -, y, por el otro lado, la pretensión de exacta correspondencia entre la *exceptio rei iudicatae* y la *exceptio rei in iudicium deductae* (y no es el caso, desde mi punto de vista, como anteriormente indicaba, de Ulpiano en D. 47.23.3, que tiene en consideración solamente la *exceptio rei iudicatae*), ya que - y esto es una consecuencia expresa de la aplicación del principio recabado de la respuesta de Juliano- la absolución, debida a la realización del pago antes de la sentencia, así como la sentencia de condena que contiene la *aestimatio litis*, precluyen efectiva y

definitivamente el ejercicio de la acción a cualquier persona y, por lo tanto, también a título de *dominus sepulchri* que no haya podido ejercitar la acción por causa justificable (en el primer caso, por las razones obtenidas del análisis del final del pasaje de Juliano y que ahora se verán; en el segundo, porque con la cosa juzgada viene obviamente a cambiarse el título mismo de la pretensión, ejercitable exclusivamente por el actor, parte procesal, por medio de la *actio* correspondiente). En cambio, allí donde se prefigure la ausencia de la *denegatio* y, por lo tanto, con la finalidad natural de la remisión *in integrum* del interesado, no se tendría en consideración fácticamente el efecto producido por la *litis contestatio* ejercida por el tercero actor popular. En fin, si bien no determina una posición fija, el postulado según el cual la acción ejercitada por el *civis*-tercero y la solicitada sucesivamente por el *dominus* serían ontológicamente idénticas (por eso con mas razón todavía), no se puede decir que solamente con la *litis contestatio* la legitimación para actuar se concentre definitivamente en la persona del actor (popular) y que para los otros no haya mas posibilidad de producir en ella alguna modificación. Ni tampoco se puede decir que el efecto de la *litis contestatio* sea (al menos fácticamente) irrevocable de forma tal, que *prosit* al demandado en concreto *erga omnes*, visto que, como se dijo, con la *restitutio* al *dominus absens r.p.c.* el pretor concede un remedio que, superando de hecho el principio general de la litispendencia, determina que el vinculo de concurrencia entre

el tercero y el *is ad quem res pertinet* no se habría disuelto completamente en beneficio del primero, ni siquiera con la *litis contestatio* realizada por parte de estos, a pesar de la igualdad de la acción ejercitada y del fin represivo (mas que resarcitorio) al que esta está principalmente dirigida.

En el cierre del pasaje de Juliano se excluye que la acción sea privada y perteneciente al *is ad quem res pertinet*. En cambio, está principalmente dirigida a la *ultio* (y se sobrentiende a la *ultio publica*) y, por lo tanto, es *popularis*. Esto no perjudica la condición del *dominus sepulchri* frente al ejercicio de las acciones por parte de los otros (en el caso de que con ella se persiguiese prevalentemente el resarcimiento del *dominus*), porque el interés patrimonial de este último es absorbido en la satisfacción del interés público de represión o castigo.

Aplicando al caso la dogmática propuesta por Betti, por consiguiente, tal satisfacción se produciría con la disolución del vínculo de concurrencia mismo de la acción, en cuanto popular, a través de la selección del *idoneior* y, *a fortiori*, con la *litis contestatio* ejercida por estos. Me parece, por consiguiente, que Juliano considera satisfecho el interés del *dominus ausente rei publicae causa* – y por ello, no admite la petición del titular de ser restituido en el ejercicio de la acción – solo en relación con el ejercicio efectivo de la *ultio* y, por tanto, con el pago efectivo de la *aestimatio litis* (o, agregaría yo, por haberse *inter alios* formado una cosa juzgada de condena a la suma que simplemente anticipa el pago), frente a la cual (como veremos, afirma

correctamente Casavola) es totalmente irrelevante que haya ejercitado la acción el *alius* o el *dominus*.

De ello se desprende, por el contrario, que hasta ese momento la razón alegable en este caso por el *dominus*, de que se le habían anticipado por causas no imputables a él mismo, le deba permitir ser readmitido en el ejercicio de la acción. Esto, efectivamente, respeta el modelo de legitimación adoptada en el edicto, que explícitamente configura una graduación de intereses (*ultio publica e res familiaris*), que el ejercicio de la acción intenta satisfacer preferentemente en forma conjunta<sup>28</sup>. El modelo de legitimación delineado por la *actio de sepulchro violato* señala en el *dominus* privilegiado, no solo al sujeto indicado por la norma para el ejercicio de la acción, sino también, por la misma razón, al sujeto privilegiado para perseguir el fin propuesto por el ordenamiento con la predisposición de la acción, es decir, la exacción de la pena<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Sin que con esto vuelva a surgir una duda, en su conjunto, las conclusiones de CASAVOLA, *op. cit.*, 133, con la crítica principalmente a C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano*, Torino, 1894, 131. Ver pero también P. VOICI, *Azioni penali e azioni miste*, en *SDHI* 64, 1998, 5 y nt. 18.

<sup>29</sup> Dejo el problema, que creo que no influencia los problemas teóricos afrontados en el fragmento de Juliano, si el régimen de legitimación como descrito se vea también reflejado en la doble modalidad prefija de la *aestimatio* indicada en el edicto: "*quanti ob eam rem aequum videbitur*", por el *dominus sepulchri*, la pena establecida por el actor-tercero, como ulteriormente especificada en D.47.12.3.8 (Ulp. 25 *ad ed.*): «*Qui de sepulchri*

Como resultado de la *interpretatio* de Juliano – teniendo en cuenta la propia redacción del edicto y la individualización de la *ratio* que se encuentra en ese modelo particular de legitimación – no puede verse “más completamente” (si así se puede decir) alcanzada la finalidad represiva perseguida en el ordenamiento con la predisposición de una tipología particular de acción, sino que permite la satisfacción del sujeto lesionado “más directamente” (incluso si se me permite expresar así) de acuerdo con la jerarquía de intereses en consideración, de la que se deriva la configuración normativa del régimen de legitimación que impera en la concesión de la acción específica. En otras palabras, creo que sería perfectamente coherente con el sistema de las acciones populares con legitimación privilegiada la admisión –en forma de remedio pretorio - una forma cualquiera de anómala inoponibilidad del efecto preclusivo normal de la *litis contestatio* al titular privilegiado no negligente y que no haya rechazado voluntariamente la *actio* hasta el

---

*violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria quae facta est, item ex lucro eius qui violavit, vel ex damno quod contigit, vel ex temeritate eius qui fecit: numquam tamen minoris debent condemnare, quam solent extraneo agente»* (Sobre el cual ver D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962, 279 s.; J. PARICIO, *Estudio sobre las «acciones in aequum conceptae»*, Milano 1986, 71; BÜRGE, *Occupantis melior est condicio*, en ZSS 106, 1989, 278 ss.), y reenvío para la discusión, amplia y remota en el tiempo, a CASAVOLA, *op. cit.*, 43 ss., cual *adde* M. KASER, *Zum römischen Grabrecht*, en ZSS 95, 1978, 80 s.

momento de la satisfacción de la *ultio*, entendida como finalidad principal de la concesión de la acción.

Esta conclusión creo que debe considerarse firme teniendo en cuenta el punto de vista de Casavola<sup>30</sup> en la crítica a Betti y, en particular, cuando se resalta la falta de razones suficientes para denegar, si es el caso, al *dominus* la acción *ex integro* (porque exclusivamente en el caso en el que la acción del *alius* había dado lugar al efecto propio de la *actio popularis*, es decir, a la realización del *ultio*, el pretor podría haber opuesto la irrelevancia de la condición del actor, interesado o no interesado) y se valora que la *causae cognitio* pretoria, con el fin de la concesión de la *restitutio*, tendría como objeto, no ya la *litis contestatio* (porque, obviamente, «dinanzi ad un'azione *ex integro* non c'è precedente *litis contestatio* che tenga come causa preclusiva»<sup>31</sup>), sino la falta misma de legitimación del tercero, que procede cuando el *dominus* solamente está ausente y no explícitamente renunciante, se concluye, por un lado, afirmando que «dinanzi alla realizzata funzione dell'azione, la questione di legittimazione cade, perché solo ai fini della legittimazione si pone la questione della diversa qualità dell'attore»<sup>32</sup> y, por otro lado, negando que, en base a la *denegatio actionis*, pueda existir la «considerazione di una

---

<sup>30</sup> CASAVOLA, *op. cit.*, 36 ss.

<sup>31</sup> *Ibidem*, 39.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 40.

precedente *litis contestatio*»<sup>33</sup>. Efectivamente, el *ultio* se concreta en la *aestimatio sublata* (o *a fortiori* en la cosa juzgada condenatoria), cuyo alcance el pretor tendría que haber tenido en cuenta exclusivamente a los fines de la eventual *denegatio* y – por consiguiente, sin que sea o no relevante la posesión de la efectiva legitimación por parte del tercer actor popular– como consecuencia efectiva directa de la *litis contestatio* de este último, precedentemente conclusa.

### **Bibliografía:**

- E. BETTI, *D.42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922.
- F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari 1996
- M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 2 voll., Milano 1973
- A. BÜRGE, *Occupantis melior est condicio*, in *ZSS* 106, 1989, 248 ss.
- F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, Napoli 1958
- C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano*, Torino, 1894
- M. KASER, *Zum römisches Grabrecht*, in *ZSS* 95, 1978, 15 ss.
- E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Berlin 1918

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, 39.

W. LITEWSKI, *L'effet libératoire de la 'litis contestatio' dans les obligations solidaires actives en droit de Justinien*, in *Labeo* 24, 1978, 301 ss.

D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962

J. PARICIO, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, Milano 1986

G. PUGLIESE, s.v. *Giudicato civile (storia)*, in *ED XVIII*, Milano 1969, 722 ss.

V. SCIALOJA, *L'exceptio rei iudicatae nelle azioni popolari*, in *AG* 31, 1883

P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI* 64, 1998, 1 ss.

A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in *ZSS* 88, 1971, 111 ss.