

www.ridrom.uclm.es

ISSN 1989-1970

ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

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

correctamente, como se ha dicho, que las acciones populares dan lugar a un forma de comunicación de la cosa juzgada fundamentada, sin duda, sobre una relación de concurrencia alternativa entre más personas⁶.

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* criminales⁸.

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.

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

⁷ 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*.

⁸ BOTTA, *op. cit.*, 169 ss.

exceptio, o sea la igualdad de las partes¹⁰, absteniéndose del «soggiungere la circostanza dell'identità della persona che agisce»¹¹.

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

¹⁰ 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 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.

¹¹ BETTI, *op. cit.*, 414 s.

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

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*¹². Es obvio que no es conveniente para nadie ejercer nuevamente una acción, una vez

¹² 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,*

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 por Paulo en D. 47.23.1 y 2¹⁵, 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

¹⁵ 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*.

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.

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 siguiente¹⁶: 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

¹⁶ BETTI, *op. cit.*, 416 ss.

ordenamiento predispone un régimen de legitimación especial para realizar la represión de un ilícito en particular.

Ahora bien, una acción concedida *civis 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 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*²¹, 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

²¹ CASAVOLA, *op. cit.*, 34 s.

popular) previsto en el edicto *si quis iudicenti 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*", 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»²².

El fragmento de Ulpiano, en cambio, resulta menos explícito para probar las afirmaciones de Betti, ya que haría referencia no

²² *Ibidem* 136 s.

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 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 privilegiado²³. La *actio*, en efecto, parece originarse como una acción privada, que se daba a quien resultaba lesionado por el

²³ *Supra*, nt. 2

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*"²⁴.

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 integro dari* que aparece en el pasaje²⁵) en el ejercicio

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

²⁵ Sobre el significado de "*ex integro*" 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.

de la acción de sepulcro violado cuando se le han anticipado terceros, en cuanto *cessans*²⁶, 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*²⁷ 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

²⁶ "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*».

²⁷ 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.

precedente *litis contestatio*»³³. 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 concluida.

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 pubblica 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

³³ *Ibidem*, 39.

