

LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN LAS *SENTENCIAS DE PAULO* (ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS TÍTULOS 1,2 y 1,3 de PS)

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis del título PS 1,2: De procuratoribus et cognitoribus*. III. *Análisis del título 1,3: De procuratoribus*.

I. INTRODUCCIÓN

Presento aquí un avance más del estudio crítico que he venido haciendo sobre el libro primero de la obra titulada *Sentencias de Paulo*. El objeto del estudio es— usando el método que diseñó y practicó Ernst Levy en su *Pauli Sententiae. A palingenesia of the opening titles as a specimen of research in west roman vulgar Law* (Nueva York, 1945)— precisar el significado (*S*), el origen clásico o posclásico (*O*) y el posible estrato de composición (*Au* que puede ser *A* del siglo III, *B* del siglo IV, *C* del siglo V, *D* de los compiladores del Digesto y *E* de los juristas orientales antes de la codificación justiniana) de cada sentencia. Cuando es posible, se dice cuál fue la fuente (*F*) de la sentencia.

Este análisis permite al lector darse cuenta del significado de cada una de las sentencias, de su referencia coincidente o discordante con el derecho clásico y de su evolución en época posclásica. Es un ejercicio de historia del derecho entendida como historia de las modificaciones textuales.

Los títulos que aquí se tratan fueron ya analizados por Levy en la obra citada, por lo que el presente trabajo consiste principalmente en la revisión de ese análisis, y, aunque en general coincido con los resultados de dicho autor, me parece que apporto nuevos razonamientos y a veces nuevas hipótesis.¹

¹ He publicado ya “Palingenesia de PS 1,7: *De integri restitutione*”, *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d’Ors* II, Pamplona, 1987, pp. 89 y ss.; “Palingenesia

II. ANÁLISIS DEL TÍTULO PS 1,2: *DE PROCURATORIBUS ET COGNITORIBUS*

T. El edicto tenía el título VIII con la rúbrica *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*, en el cual, según Lenel, había once edictos o cláusulas particulares (§§ 25-35). Los primeros cuatro (§§ 25-28) se referían a los representantes procesales conocidos como *cognitores*; los siguientes cuatro (§§ 29-32), a otros tipos de representantes procesales: *actores*, *tutores*, *procuradores*; el edicto § 33, a las acciones contra las ciudades; el siguiente (§ 34), a las acciones en favor o en contra de algún conjunto patrimonial (*universitas*), quizá por ser algo semejante a los patrimonios de las ciudades, y el último (§ 35), a la gestión de negocio ajeno, vista como un caso de representación sin mandato.

En nuestra versión de PS, a este título segundo siguen uno (el tercero) que lleva la rúbrica *De procuratoribus* y otro (el cuarto) intitulado *De negotiis gestis*. Estos tres títulos de PS podrían quedar comprendidos en el título VIII del edicto.

Las primeras tres sentencias de este título 2 de PS corresponden claramente al edicto § 26 que indicaba qué personas no podían ser nombradas *cognitores* (*qui ne dentur cognitores*). La última (sentencia 4) posiblemente estaba relacionada con esta problemática, pues cuando no puede haber *cognitor*, se da la acción ejecutiva a favor o en contra del dueño del negocio o, si fuera el caso, de su heredero.

de los títulos relativos a la *restitutio in integrum* por causa de dolo, menoredad o ausencia (1,8 y 1,9A) de las Sentencias de Paulo”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, Chile, X,13, 1985; “Palingenesis del título “De todos los Juicios” (1,12) de las Sentencias de Paulo”, *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, México, III, 1988, pp. 1606 y ss.; “La petición de Herencia en las *Sentencias de Paulo*” (1.13B) en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, II, 1989, pp. 64 y ss.; “Sobre los caminos públicos: comentario al título 1,14 de las *Sentencias de Paulo*”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México,12, 1988, pp. 9 y ss; “La responsabilidad por los daños causados por animales en las *Sentencias de Paulo* (1,15)”, *Nova Tellus*, México, núms. 9-10, 1992, pp. 45-74; “Análisis crítico de los títulos 1,16 a 1, 20a. de las *Sentencias de Paulo*”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, 2002, pp. 499-534; “Los sepulcros en las *Sentencias de Paulo* (análisis de PS 1,21), *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, 2003, pp. 639-674; “Análisis del título 1a. (sobre derecho municipal) de las *Sentencias de Paulo*”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, 2005, pp. 323-364, y “Los pactos en las *Sentencias de Paulo* (análisis del título 1 del libro primero)”, *Estudios jurídicos en homenaje a Martha Morineau I*, México, 2006, pp. 1-30.

Liebs² opina que en este título debe incluirse como § 3 la sentencia (procedente del *Digesto*) que actualmente es la 9 del título tercero, pero con la corrección de poner *actoris cognitor* en vez de *actoris procurador*. Esto presupone dos cosas: que este título se refería exclusivamente a los *cognitores* (lo cual, como explico abajo, no me parece posible) y que el contenido de esa sentencia era únicamente aplicable a los *cognitores*, cosa que este autor no demuestra ni intenta probar.

Au. Llama la atención que esta rúbrica lleve la palabra *procuratoribus*, pero no se refiera a ellos expresamente. Levy conjetura que esta palabra no estaba en la rúbrica original, que sólo diría *De cognitoribus*, y que fue añadida por alguien para quien la palabra *cognitor* era algo antiguo y que sólo significaba una especie de representante procesal cuyo nombre en boga era *procurator*. Por eso conjetura que la adición *procuratoribus et* fue obra de C.³

La conjetura no parece convincente pues, como dice el mismo Levy,⁴ desde la primera mitad del siglo III el término *cognitor*, como representante procesal, fue menos usado que el de *procurator*, a la vez que se estableció un nuevo tipo de *procurador*: el que era nombrado no entre presentes sino en un escrito registrado (*apud acta*), que se asimilaba al *cognitor*. En estas circunstancias, la palabra *cognitor* cayó en desuso, de modo que es explicable que a fines de ese siglo resultara conveniente incluir el vocablo *procuratores* en la rúbrica con el objeto de hacerla más fácilmente entendible por el amplio público al que estaban dirigidas las *Sentencias de Paulo*. Por esto me parece que el término *procuratoribus* puede ser atribuible a A. Además, es de notar que las materias que toca este título son diferentes de las que trata el título 3 sobre los procuradores, así que la referencia a los procuradores servía para hacerlas aplicables también a las reglas definidas en el título 2.

1,2,1 *Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non posse etiam volentibus adversariis*

S. Las personas que han recibido nota de infamia (*infames*), a las que se les prohíbe postular o actuar en juicio, no pueden ser nombradas repre-

² Liebs, "Die pseudopaulinischen Sentenzen II", *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 113, 1996, pp. 132 y ss., pp. 137 y ss. (en lo sucesivo se citará Liebs).

³ Levy, E., *Pauli Sententiae*, Nueva York, 1945, p. 66 (en lo sucesivo se citará Levy).

⁴ *Ibidem*, p. 69.

sentantes procesales, aunque lo consientan los que serían sus adversarios en juicio.

O. Clásico.⁵ En el edicto del pretor existía una lista de personas que no podían ser nombradas *cognitores* (Lenel § 26), la cual incluía a los militares, las mujeres y aquellos marcados con nota de infamia.⁶ La sentencia corresponde a esa prohibición. La razón de la prohibición está dada por la misma sentencia: a los “infames” se les prohibía postular, es decir pedir acción, por lo que lógicamente no podían ser nombrados representantes.

El edicto del pretor contenía tres edictos particulares que señalaban las prohibiciones de postular: el § 14, que enumeraba a las personas que en ningún caso podían postular, como los menores de diecisiete años o los sordomudos; el § 15, que indicaba las personas a las que se les prohibía postular por otro, como las mujeres, el que permitió que su cuerpo fuera usado como de mujer, el condenado en juicio criminal público y otros, y el edicto § 16, que indicaba los que no podían postular por otro, salvo cuando lo hicieran en favor de ciertas personas, por lo general los parientes. Entre los comprendidos por este edicto se encontraban los que hubieran sido condenados en juicio público de calumnia o prevaricación, o en otros juicios penales privados (hurto, injurias, dolo) o en otros juicios privados en los que la condena implicaba una falta a la lealtad debida, como en los juicios de tutela, mandato o depósito.

Es posible que en el edicto del pretor, como sugiere Levy,⁷ el § 26 contuviera la afirmación general de que no pueden ser *cognitores* todos aquellos a quienes se les prohíbe postular, y que luego enumerara a otras personas que, aunque pudieran postular por sí o por otros, no podían ser nombrados representantes. Pero la sentencia no pretendía afirmar quiénes eran todos los que no podían ser representantes, sino simplemente que una determinada clase de personas, los “infames”, no podían postular.

Al decir que todos los infames tienen prohibido postular, la sentencia, incurre en una generalización que oscurece las reglas del edicto, ya que las personas a quienes se les prohíbe postular de forma absoluta (edicto § 14) no son infames, y a los que lo son, les prohíbe postular por otros total (edicto § 15) o parcialmente (edicto § 16), aunque sí pueden postular en su propio nombre.

⁵ *Ibidem*, p. 66.

⁶ Véase FV 324 e IJ 4, 13, 11.

⁷ Levy, *op. cit.*, nota 3, pp. 67 y 68.

La frase final de la sentencia que afirma que la prohibición no podía evitarse con el consentimiento del adversario se entiende en tanto se tratara de una persona a la que el pretor, por razones de interés público, le prohibía postular. Esto valía para el caso de que un militar fuera nombrado *cognitor*, como la afirma Ulpiano (8 *ad Edictum* D 3,3,8,2) o para el caso de que lo fuera una mujer, pero no necesariamente para todos los casos de infames. Por ejemplo, cuando se trataba de alguien que fuera condenado en un juicio privado de sociedad, en principio sería un “infame” que no podía ser nombrado representante, pero si el adversario consentía que lo fuera, no había razón para impedirselo. El autor de la sentencia, en su afán por generalizar, no repara en que hay ciertas personas que aunque tengan nota de infamia pueden ser representantes de otros, si el adversario lo admite, es decir, si no lo impugna.

Au. A, como propone Levy⁸, quien nota que la voz *infamis* no se usa en el edicto y que no era probable que Paulo la usara. Para designar a una persona que había recibido nota de infamia, se decía que había sido marcada con infamia (*notatur infamia*), pero no que era una infame. La palabra pudo ser introducida por el compilador como una categoría general que englobara todos los casos en que alguien fuera marcado con nota de infamia. Un uso semejante de *infamis* aparece en un texto de Macro (2 *iudiciorum publicorum* D 48,1,7), de la primera mitad del siglo III, donde dice que no toda sentencia hace infame al condenado (*infamem non ex omni crimine sententia facit*). También aparece la palabra, con el mismo significado, en otra sentencia (PS 1,21,13 *ex Vesontino*), que dice que se cuenta entre los infames (*infamiun numero habetur*) a quien no guarda el luto debido. En la *Collatio* aparece en dos lugares: uno (4,4,2) que es un fragmento de Paulo (*liber singulares de adulteris*), donde se refiere al *infamis* como una de las personas que por principio no pueden presentar acusaciones, y el otro (10,2,4) de Modestino (2 *differentiarum*), el cual dice que el condenado por la acción de depósito es infame. Todos estos textos hacen suponer que el vocablo era de uso común en los textos jurisprudenciales del siglo III. También aparece en rescriptos, como en el de Severo y Antonino (CJ 2,11,4 [198]).

Las generalizaciones que hay en la sentencia, que oscurecen el sentido clásico de las reglas edictales, son típicas de *A*.

⁸ *Ibidem*, p. 68

La *IP* interpreta la sentencia en estos términos: *infames sunt qui propter aliquam culpam notantur infamia. Et ideo tales personas ad agendas causas nec mandatum dare nec suscipere ab altero possunt, etiamsi hic eorum adversarii acquiescant.*

La explicación de los *infames* como las personas que por alguna culpa han recibido nota de infamia, supone que el significado de *culpa* ha cambiado: ya no es la negligencia o descuido que produce un daño o un incumplimiento de una obligación contractual, sino la comisión de algún acto ilícito o quizá, más específicamente, la condena judicial por haberlo cometido.

La *IP* omite explicar la frase que indica la prohibición de postular (*qui postulare prohibentur*), quizá, como dice Levy,⁹ porque, desde que desapareció el proceso formulario con su bipartición (lo cual acaece en la primera mitad del siglo tercero), la palabra *postulare* dejó de significar las actuaciones ante el pretor e indicaba simplemente algo semejante a pedir o requerir. Cabe además notar que esa frase tenía en la sentencia la función de explicar la razón por la que un infame pudiera ser nombrado representante: puesto que se le prohibía postular no podía representar en juicio a otro. Esta razón ya no interesaba al intérprete, pues tal vez él entienda la prohibición como una consecuencia directa de la “culpa” de haber cometido un acto ilícito.

En lugar de la frase de la sentencia que dice que los infames no pueden ser nombrados *cognitores* (*cognitores fieri non posse*), la *IP* dice que no pueden dar ni recibir un mandato para actuar en juicio (*ad agendas causas nec mandatum dare nec suscipere*). Esto, en el fondo, coincide con lo que decía el edicto, pues a quienes no podían ser nombrados representantes judiciales también se les prohibía que los nombraran (Lenel § 25, respecto de *cognitores* y §30 respecto de *procuratores*), pero no es verosímil que el intérprete conociera estos edictos. Quizá llegó a esta conclusión al interpretar que la frase de la sentencia que decía “a los que se prohíbe postular” significaba “los que no pueden nombrar representantes”, de ahí que concluyera que no podían dar mandato judicial. Levy¹⁰ opina que la afirmación de la *IP* posiblemente proviniera de otra sentencia que el intérprete conoció y que no se nos ha transmitido.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 71.

Es interesante, como observa Levy,¹¹ que el intérprete eliminó la palabra *cognitor*, porque en los siglos IV y V ésta designaba al juez que conoce la causa, y sólo en una disposición del Código Teodosiano (CT 2,12,7 [424]) designaba al representante judicial. Éste era conocido como *procurator*, y desde una ley de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, del año 382 (CT 2,12,3), todo representante debía tener un mandato válido para actuar en ese caso. La *IP*, en consonancia con esa práctica, explica la prohibición de ser representante en términos de incapacidad para recibir mandato judicial.

1,2,2 *Femina in rem suam cognitoriam
operam suscipere non prohibentur*

S. No se prohibía que una mujer, quien no podía ser nombrada representante judicial (*cognitor*) de otro, fuera nombrada *cognitor* en provecho propio, es decir, recibir el encargo de cobrar un crédito ajeno con el pacto de no transferir el resultado al titular de ese crédito.

O. Clásico, como apunta Levy.¹² La sentencia expresa una excepción a la regla de que las mujeres no pueden ser nombradas representantes procesales.¹³ Nombrarlas representantes en provecho propio (*procurator, cognitor in rem suam*) era un modo de cederles un crédito y no una forma de representación de otro, por lo que no cabía en la prohibición edictal. En un rescripto (CJ2,12,4) de Severo y Antonino del año 207 se reitera la prohibición de que las mujeres no actúen judicialmente en negocio de otro, salvo que lo hagan en provecho propio.

Au, A, como dice Levy,¹⁴ quien también nota que esta sentencia debió estar precedida por otra que indicara la incapacidad general de las mujeres para ser nombradas representantes.

La *interpretatio* dice: *Feminae, licet procuracionem suscipere prohibeantur, tamen, si dominae et procuratrices fiant, pro re iam suam agere possunt.* El fondo de la *IP* coincide plenamente con la sentencia: la mujer puede ser nombrada representante en provecho propio. Sin embargo, la forma tiene algunas variantes significativas, como atinadamente observa

¹¹ *Ibidem*, p. 69.

¹² *Ibidem*, p. 72.

¹³ Véase arriba *sub O.*

¹⁴ Levy, *op. cit.*, nota 3, p. 72.

Levy.¹⁵ La primera es que en vez de la palabra *cognitor*, el intérprete usó el término *procurator*, que fue de uso general ya desde finales del siglo IV, como se explicó arriba.¹⁶ La otra es que en vez de decir que la mujer podía ser nombrada *procuratrix in rem suam* dice que era posible nombrarla *domina et procuratrix*. Como observa Levy, la expresión *procurator in rem suam*, para designar al cesionario de un crédito, aparece en el Código Teodosiano, incluso en una disposición del siglo V (CT 2,12,7 i.f. [424]), mientras que *dominus et procurator* es la expresión que usan las diversas *interpretationes* del siglo VI y que aparece también en diversas leyes romano germánicas. El cambio, en opinión de Levy, pudo deberse a que hasta el siglo III se consideraba que el *procurator*, una vez pasada la *litis contestatio*, se convertía en dueño o responsable del litigio (*dominus litis*), pero a partir del siglo V (especialmente después de la disposición de CT antecitada), se abandonó calificar al *procurator* como *dominus litis*, porque se consideró que es sólo un representante procesal y no dueño del negocio. Por eso fue posible que la *IP*, así como otras *interpretationes*, designaran al representante que actúa en provecho propio como *dominus et procurator*.

1,2,3 *In rem suam cognitor procuratorve ille fieri potest, qui pro omnibus postulat*

S. Las personas que tienen plena capacidad para postular por otro pueden ser nombradas representantes (*cognitores* o *procuratores*) en provecho propio, es decir, pueden ser cesionarias de créditos.

O. Clásico, como opina Levy.¹⁷ Es claro que quien puede representar a otro puede ser representante en provecho propio, pero no es exacto que todas las personas que no pueden representar a otro sean incapaces de ser procuradoras en provecho propio. Tal es el caso de las mujeres, que no pueden ser representantes de otro, pero sí serlo en provecho propio, según lo afirma la sentencia precedente, y también el de otras personas como los ciegos o los mudos. Respecto de algunas personas con nota de infamia (los *infames* de la sentencia 1), la prohibición de ser representantes no era absoluta, pues podían serlo, en general, con relación a sus familiares,

¹⁵ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

¹⁶ Véase arriba *ad* 1,2 (rubr.).

¹⁷ Levy, *op. cit.*, nota 3, p. 73.

por lo que se entiende que estos podían darles una representación en provecho propio. Por eso la sentencia, si bien su contenido es clásico, no es precisa.

Au. A, como dice Levy. La ambigüedad de la frase es algo típico del compilador original de las sentencias, como resultado de su intención simplificadora. Llama la atención que esta sentencia se refiera también al *procurator*, en un título que, como lo dice la rúbrica, se ocupa de los *cognitores*. En opinión de Levy, no se puede juzgar si esta referencia estaba en el original o fue una adición posterior. Me inclino a pensar que así como las palabras *procuratoribus et* de la rúbrica me parecen propias de *A*, también lo es la expresión *procuratorve*, lo cual es explicable por la propia tendencia simplificadora que en una misma frase quiere abarcar ambos tipos de representantes, máxime que en el título siguiente, sobre los *procuratores*, no hay alguna sentencia que se refiera al *procurator in rem suam*.¹⁸

La *IP* dice: *Nec procurator in causa aliena nec procurator et dominus, ut por re sua agat, infamis persona fieri potest*. Contiene las modificaciones de vocabulario (*procurator* en vez de *cognitor*, y la expresión *procurator et dominus* para designar al *procurator in rem suam*) que también se dan en la sentencia precedente. Además, altera el sentido de la sentencia al decir que el infame ni puede postular por otro ni puede ser representante en provecho propio. Con esto, como advierte Levy, se extiende la incapacidad derivada de la *infamia*, pues ahora resulta que estas personas en ningún caso pueden ser representantes en provecho propio, es decir que no pueden ser cesionarios de crédito, lo cual es excesivo y no es lo que afirma la sentencia. Me parece que la confusión del intérprete viene de que consideró simultáneamente esta sentencia y la sentencia §1, que se refiere a los *infames, qui postulare prohibentur*. Interpretó la sentencia §3 en el sentido inverso de que todos los que no pueden postular no pueden ser representantes en provecho propio, y como la sentencia § 1 dice que los *infames* no pueden postular, concluye que estas personas no pueden ser representantes en provecho propio.

¹⁸ La sentencia 1,3,9 usa la expresión *procurator in rem suma* no para regular esta institución sino para excluirla de la regla que ahí da.

1,2,4 *Actio iudicati non solum in dominum aut domino,
sed etiam heredi et in heredem datur*

S. La acción de lo juzgado. Se entiende por el contexto que un asunto gestionado por un representante se da no sólo contra el dueño del negocio o a su favor, sino también en contra o a favor de su heredero.

O. Clásico. Levy¹⁹ considera que la sentencia se refiere exclusivamente al caso gestionado por un *cognitor*, que es lo más conforme con el derecho clásico, en el cual se daba la acción en contra o a favor del dueño cuando el representante era un *cognitor*, pero no cuando era un *procurator*. Sin embargo, la jurisprudencia de la última etapa clásica asimiló al *procurator*, que había sido presentado personalmente (*procurator praesentis*) o cuyo nombramiento constaba desde el primer momento al *cognitor*, y no parece imposible que también lo asimilara al *cognitor* cuando el dueño ratificaba lo actuado.²⁰ Por eso me parece que la sentencia puede entenderse en referencia a ambos tipos de representantes y no obstante ser de origen clásico.

Au. A. como opina Levy, a quien pueden atribuirse los defectos de forma: *aut...et* (en vez de *aut...aut*), así como el quiasmo de referirse en la primera frase a la acción contra o a favor (del dueño) y en la segunda a la acción a favor y en contra (del heredero). El hecho de que no distinga si la representación la hizo un *cognitor* o un *procurator* me parece un indicio más de que este título, en la versión de *A*, se refiere a ambos tipos de representantes.

La *IP* dice: *Actio de executione iudicatarum rerum non solum ipsi auctori, qui egit, sed et heredi similiter datur. Nam et heres victi ab herede victoris ad solutionem iudicati nihilominus retinetur.* La interpretación no acierta a explicar el contenido de la sentencia, pues sólo dice que la acción ejecutiva se da a favor del actor o de su heredero, o en contra del demandado o de su heredero, sin hacer referencia al contexto de la sentencia, que es la representación procesal. Como dice Levy,²¹ el intérprete entendió la sentencia como una regla abstracta desvinculada de su contexto. Es interesante contrastarla con otra interpretación del Código

¹⁹ Levy, *op. cit.*, nota 3, p. 75, *sub M.*

²⁰ D'Ors, *DPR* § 96, n. 4. Puede verse FV 317 donde dice que el *procurator praesentis* se asimila al *cognitor* y que cuando interviene éste, la acción ejecutiva se da a favor o en contra del dueño.

²¹ Levy, *op. cit.*, nota 3, p. 75.

Teodosiano (IT 2,12,7), donde explica que la acción ejecutiva, habiendo actuado un representante (un *procurator praesentis*), se da a favor o en contra del dueño y no del representante.

III. ANÁLISIS DEL PS TÍTULO 1,3: *DE PROCURATORIBUS*

T. Este título contiene sentencias correspondientes a diversas cláusulas del edicto del pretor. Según Levy, las sentencias 1,2 corresponden al edicto § 29 acerca de los que pueden actuar por otros (*Quibus alieno nomine agere liceat*); las sentencias 3 a 8, al edicto § 32 referente a los que defienden a otro y las garantías que deben dar (*de defendendo eo, cuius nomine quis aget, et de satisdando*); la sentencia 9, al edicto § 28 *de cognitore abdicando vel mutando*, y la sentencia 10, posiblemente al edicto § 30 sobre los que no pueden actuar por otros ni ser representados por otros. Pero me parece, como lo explico en el lugar correspondiente, que la sentencia 9 corresponde, no al edicto §28 sino al § 32.

1,3,1 *Mandari potest procuratio praesenti et nudis verbiset per litteras et per nunitum et apud acta praesidis et magistratus*

S. Puede darse un mandato de representación a favor de una persona presente (el representado) por las solas palabras, por carta, por un mensajero, o haciéndolo constar en un registro del gobernador de la provincia o del magistrado municipal.

Me parece que Levy²² entiende mal el significado de la sentencia cuando interpreta que quien tiene que estar presente es el procurador y no el representado. La expresión *procuratio prasenti* es ambigua, pues puede entenderse, como lo hizo Levy, que la representación se da a una persona presente, y resulta entonces que el representante es quien lo está o bien que la representación es en favor de una persona presente, de modo que es el representado quien está presente. Pienso que ésta última es la interpretación correcta, pues lo que interesa principalmente en la representación judicial es asegurar que el representante tiene mandato del representado, y esto se logra si el representado, estando presente, señala quién es su representante, aunque éste de momento no se encuentre ahí.

²² *Ibidem*, p. 76.

El hecho de que la sentencia se refiera a formas de nombrar al representante que no requieren su presencia, como hacerlo mediante inscripción en un registro o por medio de un documento, me parece que es otro argumento en favor de la presencia del representado.

O. Clásico. Levy duda que sea del todo clásico, por esa interpretación de que el representante tiene que estar presente. Pero la otra interpretación (es decir, que la representación se da en favor de una persona presente) concuerda, en términos generales, con textos de Ulpiano. Éste dice (9 *ad Edictum* D3,3,1,1) que el procurador puede ser nombrado estando él presente (*coram*), o se entiende que si no lo está, por un mensajero (*per nuntium*) o por un documento (*per epistulam*), que son formas de nombrar un representante que también refiere la sentencia. Además, el mismo Ulpiano, en un fragmento de otro libro (7 *ad Edictum* D *h.t.* 5 y 7), donde posiblemente²³ trataba acerca de la promesa que el demandado tenía que dar de comparecer en juicio (*vadimonium*), discute si se considera presente al demandado que está en su casa de campo; responde que sí, y por lo tanto su representante se considera procurador en favor de una persona presente (*procurator praesenti*). El que un procurador recibiera la calificación de procurador de un presente (*procurator praesentis*) tenía efectos importantes, entre otros, que la acción ejecutiva que resultara de la sentencia se daría a favor o en contra del dueño, y no del representante. Me parece que lo que le interesa a la sentencia es determinar las formas de nombrar un *procurator praesentis* y no las de nombrar cualquier procurador. En este sentido, me parece que corresponde al derecho clásico tardío.

Las formas de nombrar un procurador mediante su inscripción en un registro (*apud acta*), como observa Levy, fueron conocidas por los juristas clásicos. En FV 317 (cuya fuente no se declara, pero hace referencia a un rescripto de Severo) se trata de un procurador nombrado por inscripción en un registro (*apud acta facto*), la cual— se dice— se considera como si fuera un *cognitor*, porque para nombrarlo así es necesario que el dueño o representado esté presente. Este texto habla también en favor de que lo importante es la presencia del representado y no la del representante. Me parece que Levy acierta cuando explica que la sentencia se refiere a los registros del gobernador (*acta praesidis*) o del magistrado municipal (*magistratus*).

²³ Lenel, *Palingenesia*, II, § 293.

Au. Creo que toda la sentencia es de *A*, incluso la palabra *praesenti* que Levy atribuye a *C*, como consecuencia de haberla malentendido.

1,3,2 *Procurator aut ad litem aut ad omne negotium
aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur*

S. Puede nombrarse un procurador para actuar en un litigio, para gestionar un negocio o parte de él o para administrar ciertos bienes.

O. Como propone Levy,²⁴ es en general clásico. En derecho clásico se distinguía entre el procurador que gestiona un litigio (*p. ad litem*) del que se daba para administrar un patrimonio o conjunto patrimonial (*p. omnium bonorum*). Con el tiempo se llegó a admitir que se nombrara un representante para que se encargara de gestionar o administrar un negocio determinado (*p. unius rei*). Ulpiano (9 *ad Edictum* D 3,3,1,1) refiere que Pomponio decía que quien recibió mandato para gestionar un solo negocio no podía ser *procurator* (*non... procuratorem esse*), como tampoco podría serlo aquél a quien se le encomendara llevar una cosa, carta o aviso. Ulpiano añade que es más cierto que el procurador nombrado para gestionar una cosa es también un verdadero procurador (*eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit*).

La sentencia se refiere al procurador nombrado como representante procesal (*ad litem*) y al nombrado como administrador (*ad res administrandas*), y también parece referirse al nombrado para un solo negocio cuando indica al nombrado para un negocio o parte de un negocio (*ad omne negotium aut ad partem negotii*). Me parece que en esta última expresión no se significan dos tipos de procuradores, sino sólo uno: el procurador nombrado para un negocio específico, que incluso puede ser únicamente alguna parte de ese negocio, como al que se nombrara sólo para cobrar el precio de una venta que no se le encargó llevar a cabo.

Au. *A*, como opina Levy,²⁵ quien quiso hacer una exposición sintética de los distintos tipos de procuración que conocía.

La *interpretatio* dice: *Procurator eas tantum res agere potest, quas ei evidenter constiterit fuisse commissas*. Lo que dice, como bien advierte Levy, no es realmente una interpretación o explicación de lo dicho en la sentencia, a la cual le interesa distinguir los diversos tipos de procura-

²⁴ Levy, *op. cit.*, nota 3, p. 78.

²⁵ *Ibidem*, p. 79.

dores. El intérprete, en cambio, afirma que el procurador sólo puede actuar en aquello que le está evidentemente encomendado. Esto parece ser una reacción contra la existencia de los administradores generales (*p. omnium bonorum*) que tenían un poder general para administrar un patrimonio ajeno. Para el intérprete y su tiempo lo que interesó era que el procurador no se excediera de las facultades explícitas que se le habían confiado. Esta misma regla aparece en la *interpretatio* del Código Teodosiano (IT 2,12,4), que dice que el procurador no debe hacer nada que no se le haya encargado por mandato (*nihil aliud agat nisi quod ei agendum per mandatum illa commisserit*). Esta regla excluye de forma explícita que pueda haber procuración sin mandato, cosa que la sentencia no excluía y que la sentencia siguiente describe expresamente como posible.²⁶

Levy añade que la exclusión del procurador sin mandato que se dio en Occidente coincide con lo que ocurrió en Oriente y que posiblemente se debiera al cambio de las estructuras sociales y económicas.

1,3,3 (*ex Cs 3,6*) *Voluntarius procurator, qui se negotiis alienis offert, rem ratam dominum habiturum cavere debet*

S. Quien se ofrecía voluntariamente para representar en juicio un negocio ajeno, es decir, sin tener autorización expresa del dueño del negocio, podía ser admitido a juicio siempre que garantizara que el dueño ratificaría lo que aquél hiciera.

O. Clásico, como opina Levy.²⁷ El *procurator* no autorizado tenía que dar, según lo prescribía el edicto del pretor (Lenel § 32), una garantía de que el dueño ratificaría lo actuado (*cautio ratam rem dominum habiturum*). Con esto, se aseguraba que si el procurador perdía el juicio, él respondería si el dueño del negocio intentara nuevamente la acción. Si el procurador no daba la garantía, el pretor le denegaba la acción.

Au. A, como opina Levy.²⁸ Llama la atención el uso de la palabra *voluntarius* para calificar al procurador, pues todo procurador, sea el que se ofre-

²⁶ Levy añade que en otras *interpretationes* se afirma que no hay procurador sin mandato, pero me parece que de las tres citas que da sólo IT 2,12,7 apunta claramente en ese sentido cuando dice *procurator est, cui per mandatum causa committitur*, en tanto que IP 5,2,2 e IG 1,1 tratan casos en los que en el texto que interpretaban se hablaba de un procurador con mandato, sin excluir que pueda haberlo sin mandato.

²⁷ Levy, *op. cit.*, nota 3, p. 80.

²⁸ *Idem*.

cía espontáneamente o el que presentaba el dueño del negocio (también llamado *cognitor*), actuaba de modo voluntario. Parece ser un calificativo poco afortunado para designar al procurador que no tiene una autorización expresa del dueño del negocio, y por eso puede atribuirse, como hace Levy, al estrato *A*.

Es posible que el uso de esta caución haya disminuido a medida que se iba exigiendo que todo procurador fuera autorizado personalmente por el dueño del negocio o, si éste estuviera ausente, por medio de un escrito o una inscripción en un registro público.²⁹ Por eso dice Modestino (*Libro singulari de Heurematicis* D 3,3,65) que si el dueño del negocio ausente quiere evitar que su procurador dé la caución, que envíe un escrito al adversario en que señale el nombre de su procurador, la causa en que lo representa y declare que ratificará lo actuado; si el escrito se aprueba por el juez, el procurador actuará como si lo hubiera presentado el dueño del negocio. Años más tarde, en una constitución de los emperadores Graciano Valentiniano y Teodosio (CT 2,12,3=Cs 3,13), del año 382, se prescribe enfáticamente que al iniciar el juicio el juez se asegure de la personalidad de las partes y de la validez del mandato si lo hubiera, y que si esto no se hace, no puede haber juicio, lo que significa que si se dictara sentencia ésta sería nula. Con esta exigencia de asegurar la personalidad de quien actúa con mandato, la garantía de que el dueño ratificará lo actuado parecería superflua. Así lo piensa Levy,³⁰ quien dice que después de la publicación de esa constitución es seguro que ya no había lugar para la *cautio de rato* en Occidente. Esto me parecería aceptable si se demostrara que también se llegó a considerar que el procurador con mandato registrado y aprobado sustituía en su totalidad al dueño del negocio, de modo que éste estuviera impedido de intentar de nuevo la acción. Pero esto no parece ser así, como lo sugiere Cs 3,1, donde se cuestiona la validez de una sentencia por el hecho de que el procurador del actor no dio la caución de que el dueño ratificaría lo actuado. Si para el momento en que se escribió Cs (posiblemente, s. VI) todavía se argumentaba que la sentencia era inválida, entre otras cosas, porque el procurador no dio la caución, pienso que esto es un indicio de que tal caución seguía siendo de algún modo necesaria.

²⁹ Véase la sentencia 1 de este título.

³⁰ Levy, *op.cit.*, nota 3, p. 81.

1,3,4 (ex FV 336) *Cum quo agitur suo nomine, si in rem actio est, pro prede litis et vindiciarum adversario satisfacere cogitur aut iudicatum solvi; quod si in personam sit actio, dumtaxat ex certis causis iudicatum solvi satisfacat. Alieno nomine qui convenitur in rem pro praede litis et vindiciarum cavebit aut iudicatum solvi, qui in personam, iudicatum solvi, satisfacat*

El texto original de esta sentencia que se conserva es tan escaso que no ofrece seguridad sobre su contenido. Se han hecho diversas reconstrucciones³¹ que, en general, hacen que el texto repita la doctrina clásica que transmite Gayo, 4, pp. 89 y ss., acerca de las distintas garantías que debe dar el actor o su procurador, según la acción fuera real o personal. Por el contexto cabría esperar que la sentencia dijera algo acerca de las cauciones que el procurador debe prestar, además de la caución de que el dueño ratificará lo actuado.

1,3,5 (ex Cs 3,7) *Actoris procurator non solum absentem defendere, sed et rem ratam dominum habiturum satisfacere cogitur*

S. El procurador de un ausente que intentaba una acción a nombre de éste debía defenderlo y dar la caución de que ratificaría lo actuado.

O. Clásico, como dice Levy. El texto de la sentencia reproduce el contenido del § 32 del edicto, que señala que el representante del actor tiene esos dos deberes. Esto significaba el deber de “defender” al representado a cuyo nombre se pide la acción. Los juristas lo discutieron en sus comentarios al edicto. Ulpiano (9 ad Edictum D 3,3,35,3) dice que consiste en hacer lo que haría el titular de la acción, lo cual incluye aceptar el litigio y defenderlo de las acciones que pudieran darse en su contra.

Au. A, como dice Levy.

1,3,6 (ex FV 337) *Procurator antequam... accipere iudicium...*

El texto conservado no permite entender el contenido de la sentencia y las diversas reconstrucciones que se han hecho no parecen plausibles.³²

³¹ Aquí se reproduce según la edición de Baviera en *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, II, p. 539.

³² Baviera edita el texto sin ninguna reconstrucción.

1,3,7 (*ex Cs 3,8*). *Petitoris procurator rem ratam dominum habiturum desiderante adversario satisfacere cogendus est, quia nemo in re aliena idoneus est sine satisfactione*

S. El procurador del actor debe dar, si el adversario lo pide, la caución de que el dueño del negocio ratificará lo actuado, puesto que se entiende que nadie puede actuar en una causa ajena sin dar garantía.

O. Clásico, como dice Levy. Esta sentencia no parece agregar nada a la precedente sentencia 5, que también habla de la necesidad de que el procurador del actor proporcione dicha caución. Hay sin embargo algunas diferencias de léxico que pueden implicar diferencias de fondo que expliquen la existencia de dos sentencias aparentemente iguales. La sentencia 5 habla del procurador del actor (*actoris procurator*), mientras que ésta se refiere al procurador del peticionario (*petitoris procurator*). La última jurisprudencia clásica usa la palabra *actio* para significar la acción personal y *petitio* para la acción real³³, por lo que la reiteración del deber del procurador de dar la garantía podría tener sentido para evitar duda acerca de la exigibilidad de la garantía en ambos tipos de acciones.³⁴ Resultaría así que las tres sentencias que hablan de la *cautio de rato* (3,5 y 7) se refieren a tres tipos de procuradores: el “voluntario” (sentencia 3), el de una acción personal (sentencia 5) y el de una acción real (sentencia 7).

La frase final (*quia nemo...*) que da una explicación del deber de garantizar, como bien señala Levy,³⁵ peca de generalidad, pues el representante presentado formalmente a la contra parte (el *cognitor*) no tenía que dar esta garantía.

Au. A, como afirma Levy, quien puede ser responsable de la imprecisión de la frase final explicativa. Ésta, como sugiere el mismo autor, pudo tener un modelo semejante a Gayo 4, 101 (= 3 *ad ed. prov.* D 3,3,46,2) que dice: *nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur*, sin advertir que aquí se refiere al representante del demandado (*defensor*) y no al del actor.³⁶ La posibilidad de que esta frase final proven-

³³ D’Ors, *op. cit.*, nota 20, p. 69.

³⁴ En Gayo 4, pp. 89-99, se trata de las garantías que debe dar el representante del actor en una acción real, y luego, pp. 100-102, de las que debe dar en una acción personal.

³⁵ Levy, *op. cit.*, nota 3, p.83.

³⁶ Ésta podría ser una explicación adecuada de la sentencia 4, que se refiere a los representantes del demandado.

ga de *B*, que Levy no excluye, me parece muy remota y más bien ajena al interés de *B*, el cual, más que en dar explicaciones, radica en actualizar los textos de acuerdo con la nueva legislación.

1,3,8 (ex Cs 3,9). *Si satis non det procurator absentis, actio ei absentis nomine non datur*

S. Si quien se presenta como procurador de un actor ausente no da la garantía requerida, se le niega la acción a nombre del ausente.

O. Clásico, como opina Levy.³⁷ En un rescripto del emperador Antoino (CJ 2,12,5[212]) se dice que la denegación de acción por esa causa estaba prevista de forma expresa en el edicto perpetuo (*iam edicto perpetuo expressum est*). En la reconstrucción que hace Lenel de la cláusula edictal correspondiente (§ 32) se enuncia el deber de prestar la garantía, pero no se menciona que la falta de garantía tenía como consecuencia la denegación de acción. No obstante, Lenel no tiene en cuenta el citado rescripto.

Au. A, como opina Levy.

1,3,9 (ex D 3,3,30). *Actoris procurator non in rem suam datus propter impensas quas in litem fecit potest desiderare, ut sibi ex iudicatio actione satis fiat, si dominus litis solvendo non sit*

S. El procurador del actor que no actúa en provecho propio, es decir no como cesionario de un crédito, puede pedir del representado el reembolso de los gastos hechos, pero si éste no es solvente, puede retener la cantidad correspondiente de lo que obtenga con la acción ejecutiva.

Levy entiende esta sentencia suponiendo que la palabra *procurator* es una típica interpolación de los compiladores de Justiniano, en cuyos escritos se leía *cognitor*.³⁸ Cuando actuaba como representante del actor un *cognitor*, la acción ejecutiva resultante se daba a favor del representado, como lo afirma PS 1,2,4.³⁹ Levy, congruentemente, entiende que la sentencia dice que el representante puede pedir que la acción ejecutiva se di-

³⁷ Levy, *op. cit.*, nota 3, p.84.

³⁸ *Ibidem*, p. 85, *sub Au.*

³⁹ También FV 317 y 331.

vida (“*that the actio be split*”) de modo que se dé en parte al representante (en la parte necesaria para el reembolso) y en parte al representado. Esta interpretación no me parece convincente, porque resulta extraña esa división de la acción ejecutiva y además porque en las sentencias precedentes se habló del *procurator* y no del *cognitor*. Es cierto que los compiladores suelen hacer la interpolación que menciona Levy, pero eso no significa que en todos los textos que ellos compilaron deba leerse *cognitor* cada vez que aparezca *procurator*. Por esa lectura, Levy opina,⁴⁰ siguiendo a Schulz, que la sentencia se corresponde con el edicto § 28 que se refiere al cambio de un *cognitor* por otro. Liebs,⁴¹ siguiendo esa opinión, considera que esta sentencia debe colocarse en el título 2, que se refiere a los *cognitores*.

Sin embargo, me parece que si se lee la sentencia respetando su literalidad (esto es, referida a un *procurator*), resulta más claro su significado. El procurador del actor que ganaba el juicio, si el obligado por la sentencia no le pagaba, podía ejercer la acción ejecutiva para forzar el pago y, en consecuencia, podría retener de lo cobrado por la acción ejecutiva lo correspondiente a los gastos que hizo en el litigio si el representado no estaba dispuesto a pagarlos. La sentencia diría entonces que el procurador podía pedir el reembolso de los gastos (*impensas... potest desiderare*) y pagarse con lo que obtuviera por la acción ejecutiva (*ut sibi ex iudicati actione satis fiat*) si el dueño no estuviese dispuesto a pagarle o no pudiera hacerlo (*si dominus litis solvendo non sit*). Conforme a esa lectura, la sentencia estaría relacionada con el mismo edicto que las precedentes, esto es, con el § 32.

O. Clásico, como también opina Levy,⁴² aunque por otras razones derivadas de su interpretación. El texto de Ulpiano (*9 ad Edictum*, D 3,3,25), que refiere casos en que el representado podría cambiar al procurador, señala al final que cuando éste quisiera hacer una retención no se lo podría remover. Esto se explica considerando que se trata del procurador del actor que ganó el juicio y que quiere con la acción ejecutiva cobrar la sentencia y retener de lo cobrado alguna cantidad en compensación de los gastos hechos; no se entendería la razón de la imposibilidad de remover al procurador si éste ya hubiera cobrado algo que pudiera retener. El si-

⁴⁰ Levy, *op. cit.*, nota 3, p. 84.

⁴¹ Liebs, *op. cit.*, nota 2, p. 137.

⁴² Levy, *op. cit.*, nota 3, p. 85.

guiente párrafo del *Digesto* (§ 26, un texto de Paulo *8 ad Edictum*) complementa la regla al señalar que es posible aun en ese caso remover al procurador si el dueño del negocio estuviera dispuesto a pagarle. Estos dos textos de Ulpiano y Paulo son la confirmación, *a contrario sensu*, de lo que dice la sentencia. Los textos de Paulo y Ulpiano consideran el punto de vista del dueño del negocio: no puede remover al procurador que quiere usar la acción ejecutiva para retener algo de lo cobrado, a no ser que aquél esté dispuesto a pagar lo que debe. La sentencia mira el papel del procurador: puede usar la acción ejecutiva y retener de lo cobrado lo justo para compensar los gastos.

Au. A, de toda la sentencia. Levy opina que la palabra *procurator* es una interpolación de Justiniano, por lo que la atribuye a *D*.

1,3,10 (*ex D 3,3,71 Absens reus causas absentiae per procuratorem reddere potest*)

S. El demandado ausente puede presentar las causas que explican su ausencia por medio de un representante (*procurator*).

O. Clásico, como indica Levy.⁴³ Es posible que la afirmación de la sentencia estuviera relacionada con la discusión sobre los casos en que una persona puede o no ser defendida por un representante, es decir con la cláusula § 30 del edicto, la cual se refería a las personas que no pueden nombrar ni ser nombradas representantes (*Quibus alieno nomine, item per alios agere non liceat*).

En los juicios criminales públicos (según dice Papiniano *2 resp. D 48,1,13,1*) no se puede ni acusar ni mucho menos defender por medio de un *procurator*; lo mismo dice PS 5,16,11, aunque no habla de *procurator* sino de otra persona (*per alium*)⁴⁴. Por otra parte, no era posible, según un principio antiguo, acusar a un ausente en juicio criminal que implicara pena capital (CJ 9,2,6: *absentem capitali crimine accusari non*

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ PS 5,6, 11; al final afirma que se puede defender por otro la ausencia del reo (*rei absentia defendatur*), lo cual parece significar la explicación de las causas que justifican la ausencia.

La afirmación de Ulpiano (*9 ad Edictum, D 3,3,33,2*) de que es de utilidad pública (*publice utile*) que los ausentes sean defendidos por cualesquiera (*a quibuscumque*) quizá se refiera a juicios privados que son los que tendría principalmente en mente en su comentario al edicto.

posse...vetus ius est), pero sí se podía acusarlo en juicios públicos criminales que conllevaran otro tipo de penas; en tales casos, el ausente tendría que regresar para enfrentar el juicio. Sin embargo, se admitió que si el ausente estaba fuera por causa de alguna gestión o encargo público (*qui rei publicae causa abfuerit*), el juicio se difería hasta su regreso.⁴⁵ Un senadoconsulto, citado por Papiniano (*loc. cit.*), admitió que un representante (*procurator*) podía presentar a los jueces correspondientes las causas que justificaban la ausencia del demandado. Eso parece ser a lo que se refiere esta sentencia, al igual que la sentencia citada 5,16,1, que en su frase final dice que sí es posible defender por otro la ausencia del demandado, pues “defender la ausencia” parece significar la indicación de las causas que la justifican.

Au. A, como sugiere Levy.

⁴⁵ Venuleyo Saturnino (2 *de iud. publ.* D 48,2,12) en términos generales y Ulpiano (2 *de adult.* D 48,5,16,1) afirman respecto del juicio de adulterio que no se puede acusar al ausente por causa de utilidad pública. Papiniano (*loc. cit.* arriba), en cambio, dice que la sentencia se difiere, lo que implica que la acusación podía iniciarse pero no proseguirse. En cualquier caso, el juicio tiene lugar hasta que el ausente por causa pública regrese.