

DE LA PIGNORIS CAPIO A LA MANU MILITARI: EL RETORNO A LA EJECUCIÓN IN SPECIE EN LA EXTRAORDINARIA COGNITIO

FROM PIGNORIS CAPIO TO MANU MILITARI: THE RETURN TO SPECIFIC PERFORMANCE IN THE EXTRAORDINARY COGNITIO

Adolfo A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES**1

Resumen

El objetivo principal de este artículo es reconstruir, desde una perspectiva diacrónica, el itinerario de la ejecución civil en el Derecho romano, mostrando cómo se pasó de formas arcaicas centradas en la responsabilidad personal (*manus iniectio*) y en la toma ritual de bienes (*pignoris capio*) al dogma clásico de la *condemnatio pecuniaria*, y cómo la *extraordinaria cognitio* permite finalmente recuperar la ejecución específica *in specie* mediante la fuerza pública (*manu militari*), con proyección en la tradición hispánica y en las codificaciones modernas. La metodología combina el análisis de las fuentes jurídicas (Gayo, Digesto, Código de Justiniano, *Liber Iudiciorum*, Siete Partidas, códigos civiles contemporáneos) con la discusión sistemática de la doctrina romanística y comparada, poniendo en relación las técnicas ejecutivas con la estructura del poder judicial (del *iudex privatus* al juez-funcionario). Los resultados principales son, de un lado, la identificación de la carencia de *imperium* del juez privado como causa estructural del predominio de la condena pecuniaria y de la violencia patrimonial de la *bonorum venditio*, y, de otro, la demostración de que la *extraordinaria cognitio* configura un modelo de

Abstract

The main goal of this paper is to reconstruct, from a long-term perspective, the evolution of civil enforcement in Roman law, showing how the system moves from archaic forms centred on personal liability (*manus iniectio*) and ritual seizure of goods (*pignoris capio*) to the classical dogma of pecuniary condemnation, and how the *extraordinaria cognitio* ultimately restores specific performance *in specie* through public force (*manu militari*), with an enduring impact on the Hispanic tradition and modern codifications. The methodology combines a close reading of legal sources (Gaius, Digest, Justinian's Code, *Liber Iudiciorum*, Siete Partidas, contemporary civil codes) with a systematic discussion of Roman-law and comparative scholarship, relating enforcement techniques to the changing structure of judicial power (from the *iudex privatus* to the civil-servant judge). The main results are, on the one hand, the identification of the lack of *imperium* of the private judge as the structural cause of the predominance of pecuniary condemnation and of the harshness of the *bonorum venditio*, and, on the other, the demonstration that the *extraordinaria cognitio* designs a model of in

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho romano, Universidad de Murcia. CL Santo Cristo, 1, 30001 Murcia (España). Correo electrónico: adias-bautista@um.es. ORCID: 0000-0002-9234-6302.

ejecución *in natura* que anticipa rasgos esenciales de la ejecución forzosa moderna y que ha dejado una huella profunda en la tradición hispánica frente a la ruptura introducida por el modelo napoleónico.

Palabras clave

bonorum venditio – cognitio extra ordinem – condemnatio pecuniaria – ejecución in specie – manu militari

natura enforcement which anticipates key features of modern civil enforcement and has profoundly shaped the Hispanic tradition, in contrast with the break brought about by the Napoleonic model.

Key words

bonorum venditio – cognitio extra ordinem – condemnatio pecuniaria – enforcement in specie – manu militari

INTRODUCCIÓN: LA PARADOJA DE LA EFECTIVIDAD Y LA NATURALEZA DE LA CONDENA

La cuestión de cómo ejecutar una sentencia condenatoria constituye, sin lugar a duda, la piedra de toque de la efectividad de cualquier sistema procesal y el test definitivo de la autoridad del Estado. En la dogmática procesal contemporánea, asumimos como principio rector la identidad absoluta entre lo debido (*Schuld*) y lo ejecutado (*Haftung*): si el deudor debe una cosa específica, el sistema jurídico debe desplegar todos sus medios coactivos para garantizar la entrega de esa misma cosa (*in specie*), relegando la compensación económica (*id quod interest*) a un papel subsidiario para los casos de imposibilidad física o jurídica sobrevenida.

Sin embargo, el Derecho Romano clásico, considerado universalmente como el paradigma de la técnica jurídica y la cuna de los conceptos privatísticos occidentales, presenta en este punto una aparente aporía que ha fascinado a generaciones de romanistas. Como es sabido, el procedimiento formulario (*agere per formulas*), la viga maestra sobre la que se construyó el derecho clásico desde la *Lex Aebutia* (c. 130 a.C.) hasta la codificación del Edicto bajo Adriano, operaba bajo el principio rector «*omnis condemnatio pecuniaria est*» enunciado de manera taxativa por el jurista Gayo en sus Instituciones: «*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*»².

Esta conversión forzosa de toda obligación -incluso las de dar cuerpos ciertos (*dare certam rem*)- en una suma de dinero (*litis aestimatio*) ha sido tradicionalmente interpretada por la historiografía liberal del siglo XIX, con Savigny y la pandectística a la cabeza, como una característica estructural de la libertad romana, una suerte de respeto sagrado a la

² Gai. 4, 48: "En todas las fórmulas que tienen *condemnatio*, ésta se concibe como una estimación pecuniaria".

integridad física y a la esfera de acción del deudor frente a la injerencia estatal. Se argumentaba que la libertad del ciudadano romano impedía que el Estado le forzara físicamente a realizar un acto (*nemo ad factum cogi potest*).

Sin embargo, una lectura más atenta de las fuentes y la doctrina moderna, encabezada por autores como Max Kaser, Biondo Biondi³ ha demostrado que este fenómeno no respondía a una elección ideológica deliberada en favor de la libertad, sino a una limitación técnica insalvable de la constitución republicana: la carencia de *imperium* del juez privado (*iudex privatus*).

El juez clásico, un ciudadano particular (*privatus*) elegido por las partes y legitimado por el contrato procesal de la *litis contestatio*, carecía de la fuerza pública necesaria para ejercer la coacción física sobre el demandado o para desapoderarle de sus bienes. Su sentencia era una verdad lógica (*iudicatum*), pero no un mandato ejecutivo directo. Hubo que esperar a la profunda transformación constitucional que supuso el Principado y, sobre todo, el Dominado, para que la administración de justicia se integrara en el aparato burocrático del Estado y adquiriera la potestad necesaria para la ejecución real.

El presente estudio se propone analizar exhaustivamente cómo la *extraordinaria cognitio* no supuso meramente un cambio de rito procedimental, sino una verdadera revolución en la naturaleza del poder judicial. Al burocratizarse la justicia, el juez-funcionario recupera la capacidad de ordenar (*iubere*) y ejecutar (*exsequi*) mediante la fuerza pública (*manu militari*). Sostendremos la tesis de que este cambio permitió cerrar un ciclo histórico de larga duración, recuperando la inmediatez sobre los bienes que, de forma rudimentaria y ritual, ya existía en la arcaica *pignoris capio*, y superando definitivamente el "paréntesis pecuniario" del procedimiento formulario⁴. Finalmente, demostraremos cómo este sistema fue preservado en la tradición hispánica, mientras que otras regiones europeas experimentaron una regresión procedimental.

³ KASER, Max – HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed. (München: C. H. Beck, 1996) 289; BIONDI, Biondo, «Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano», en BONFANTE, Pietro (ed.), *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV (Pavia: Fratelli Fusi, 1930) 71-102.

⁴ Más que hablar de una estricta restauración de un modelo arcaico, puede sostenerse que la *cognitio extra ordinem* integra por primera vez, en un marco público y burocrático, una ejecución específica *in natura* que recuerda funcionalmente la inmediatez sobre los bienes que, de forma todavía ritual y privatística, ofrecía la *legis actio per pignoris capionem*.

I. ARQUEOLOGÍA DE LA EJECUCIÓN: LA TENSION ENTRE CUERPO Y BIENES EN LA ÉPOCA ARCAICA

Para comprender la magnitud del cambio operado en el Bajo Imperio, es preciso realizar una labor de arqueología jurídica y remontarse a los orígenes del sistema procesal romano. En el sistema de las *Legis Actiones*, propio de la Roma primitiva y regulado por las XII Tablas (c. 450 a.C.), la ejecución se movía en una tensión constante y brutal entre la agresión personal y el incipiente apremio patrimonial.

1. La Manus Iniectio: Ejecución Personal y Responsabilidad Corporal

La forma más antigua y generalizada de ejecución fue la *legis actio per manus iniectionem*. Su propio nombre, "imposición de la mano", revela su esencia violenta y física. En esta fase primitiva del Derecho, la responsabilidad por deuda (*obligatio*) no era primariamente patrimonial, sino personal. El cuerpo del deudor (*corpus*) era la garantía última del cumplimiento, una concepción propia de sociedades agrarias precapitalistas donde el crédito es escaso y la persona del deudor es el único activo realizable⁵.

Contardo Ferrini, en su análisis sistemático del Derecho Penal Romano⁶, subraya la importancia de comprender cómo la responsabilidad romana -tanto en materia penal como civil- evolucionó desde una responsabilidad primordialmente personal (corporal) hacia una responsabilidad patrimonial. Aunque Ferrini se enfoca en responsabilidad penal, este movimiento es el espejo de aquello que ocurre en la ejecución de obligaciones civiles: la transformación desde la *manus iniectio* (captura personal del deudor) hasta la *bonorum venditio* (ejecución sobre el patrimonio).

El procedimiento, descrito con vivacidad por Gayo (4.21), permitía al acreedor, tras una sentencia (*iudicatum*) o una confesión (*confessio in iure*), y habiendo transcurrido el plazo legal de treinta días (*dies iusti*) para el pago voluntario, apoderarse del deudor ante el magistrado. El ritual requería la pronunciación de palabras solemnes de enorme carga jurídica: «*Quod tu mihi iudicatus es sestertium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manum inicio*» ("Puesto que has sido condenado a pagarme diez mil sestercios y no has pagado, por tal causa te echo la mano por la sentencia de diez mil").

⁵ DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «Origen y evolución de las garantías reales en Roma», en *Antigüedad "in progress". Actas del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo (CIJIMA I)* (Murcia: Universidad de Murcia, CEPOAT, 2017) 409-418.

⁶ FERRINI, Contardo, *Derecho penal romano*, trad. Raquel Pérez Alonso et al. (Madrid: Marcial Pons, 2017) 10-11.

Si nadie intervenía como *vindex* para cuestionar la legitimidad del acto y liberar al deudor (asumiendo el riesgo de una condena al doble, *litiscaesentia*), el magistrado pronunciaba la palabra «*addico*», autorizando la *addictio* del deudor al acreedor. El acreedor podía entonces llevarse al deudor a su cárcel privada (*ergastulum*), encadenarlo con un peso no superior a quince libras (para evitar la inmovilización total que le impediría trabajar o ser exhibido) y retenerlo durante sesenta días. La ley decenviral prescribía un detallado protocolo de publicidad: el deudor debía ser llevado a tres mercados consecutivos (*nundinae*) y se debía pregonar la cuantía de la deuda, ofreciendo una última oportunidad para que parientes o amigos se apiadaran y pagaran el rescate (*solutio*).

Si nadie lo rescataba tras el tercer mercado, la Ley de las XII Tablas (Tab. III, 6) autorizaba el desenlace final, de una crudeza que horrorizaba a los propios juristas clásicos posteriores: la muerte (*capite poenas luebat*) o la venta como esclavo *trans Tiberim* (fuera de Roma, a los etruscos, pues un ciudadano no podía ser esclavo en su propia ciudad). La célebre y macabra disposición «*partis secanto*» ("sea cortado en partes"), que permitía a una pluralidad de acreedores trocear el cuerpo del deudor para repartírselo, ha sido objeto de intenso debate. Autores modernos han sugerido interpretaciones metafóricas (reparto del patrimonio o del precio de la venta), pero la interpretación literal y mayoritaria, defendida por Kunkel, Wieacker⁷ y la propia tradición romana⁸, sostiene que se trataba de una efectiva división corporal con finalidad intimidatoria, aunque su aplicación práctica fuera nula o escasísima por su evidente inutilidad económica frente a la venta como esclavo.

El hito fundamental en la humanización de la ejecución fue, según la tradición, la Lex Poetelia Papiria (326 a.C.). Esta norma abolió la prisión por deudas (salvo para delitos)⁹ y estableció el principio fundamental de que son los bienes (*bona*), y no el cuerpo, los que responden de las obligaciones civiles (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*)¹⁰. Este paso hacia la patrimonialización de la responsabilidad fue decisivo, pero dejó un vacío procesal técnico: ¿cómo atacar los bienes si el procedimiento de las acciones de la ley estaba diseñado para atacar el cuerpo?

⁷ KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho romano*, trad. Juan Miquel (Barcelona: Ariel, 1999) 65.; WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte*, I (München: C. H. Beck, 1988) 189 ss.

⁸ Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 20, 1.

⁹ Como hemos sostenido en otro lugar, la llamada abolición de la ejecución personal no se produce por obra de una *lex* única, sino por un fenómeno de involución paulatina a lo largo del siglo I a.C. Vid. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «Algunos elementos de ejecución personal en el Dominado», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 10 (2013) 319-346, esp. 320-323, con referencias a PÉREZ ÁLVAREZ y D'ORS.

¹⁰ Tito Livio, *Ab Urbe Condita*, 8, 28, 8.

2. La *Legis Actio per Pignoris Capionem*: El "Fósil" de la Ejecución Real

En este contexto de ejecución predominantemente personalista, existía una excepción reveladora, un "fósil" jurídico de extraordinario interés para nuestra tesis: la *Legis Actio per Pignoris Capionem* (toma de prenda).

Gayo nos relata que esta acción ejecutiva tenía características singulares que la apartaban del resto de las acciones de la ley y la acercaban a la pura autotutela:

26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, *de quibusdam rebus* lege. 27. Introducta est moribus rei militaris. nam [et] propter stipendium licebat militi ab eo, qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere; dicebatur autem ea pecunia, quae stipendii nomine dabatur, aes militare. item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat; quae pecunia dicebatur aes equestre. item propter eam pecuniam, ex qua hordeum equis erat comparandum; quae pecunia dicebatur aes hordiarium. 28. Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet; item lege censoria data est pignoris capio publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege uectigalia deberent. 29. Ex omnibus autem istis causis certis uerbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat *legis actionem non esse*, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente aduersario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti *quis* posset quam apud praetorem praesente aduersario; praeterea quod nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

26. Por toma de prenda se litigaba sobre ciertas cosas por las costumbres, sobre otras cosas por la ley.

27. Se introdujo por las costumbres en materia militar. Pues [también] por el estipendio le estaba permitido al soldado tomar prenda de aquel que distribuía el dinero, si no lo daba; se llamaba, además, "aes militare" (dinero militar) a aquel dinero que se daba en concepto de estipendio. Igualmente, por aquel dinero con el cual se había de comprar un caballo, le estaba permitido tomar prenda; este dinero se llamaba "aes equestre" (dinero ecuestre). Asimismo, por aquel dinero con el cual se había de comprar cebada para los caballos; este dinero se llamaba "aes hordiarium" (dinero para cebada).

28. Por la ley, en cambio, se introdujo la toma de prenda, como por la ley de las XII Tablas contra aquel que hubiera comprado una víctima [para el sacrificio] y no pagara el precio; igualmente contra aquel que

no pagara el alquiler por aquella bestia de carga que alguien hubiera alquilado con el fin de gastar el dinero recibido de allí en un banquete sagrado, es decir, en un sacrificio; también por la ley censoria se dio la toma de prenda a los publicanos de los impuestos públicos del pueblo romano contra aquellos que debieran impuestos por alguna ley.

29. En todas estas causas, se tomaba prenda con palabras determinadas, y por eso a la mayoría le parecía que esta acción también era una acción de la ley; a algunos, sin embargo, les parecía que no era una acción de la ley, primero porque la toma de prenda se realizaba fuera del juicio, es decir, no ante el pretor, y la mayoría de las veces incluso en ausencia del adversario, cuando por lo demás, no se podía usar de las otras acciones de otro modo que ante el pretor y estando presente el adversario; además, porque incluso en día nefasto, es decir, en el que no era lícito litigar, se podía tomar prenda.

Las características de esta *legis actio per pignoris capionem* que destaca el enigmático jurista son:

- a) **Extrajudicialidad:** Se podía realizar sin la presencia del magistrado (*non apud praetorem*), lo que la convertía en un acto privado con efectos jurídicos.
- b) **Ausencia del Adversario:** No requería la presencia del deudor, pudiendo realizarse en su ausencia, rompiendo el principio de contradicción.
- c) **Días Nefastos:** Podía llevarse a cabo incluso en días inhábiles (*die nefasto*), subrayando su carácter urgente y sacral.

El ritual consistía en que el acreedor tomaba una cosa mueble del patrimonio del deudor pronunciando ciertas palabras solemnes (*certa verba*), constituyendo sobre ella una prenda (*pignus*) para coaccionar al pago. No obstante, su ámbito de aplicación era extremadamente restringido y vinculado a deudas de carácter público, sacro o militar, donde el interés de la comunidad exigía una tutela rápida y directa sobre los bienes, sin pasar por la ejecución personal. Gayo enumera taxativamente los casos:

- a) **Ámbito Militar:** El soldado podía actuar contra quien debía pagarle el sueldo (*aes militare*), contra quien debía el dinero para comprar el caballo (*aes equestre*) o el dinero para el forraje del caballo (*aes hordearium*).
- b) **Ámbito Sacro:** Contra quien compró una víctima para el sacrificio y no la pagó, o contra quien no pagó el alquiler de una bestia de carga destinada a financiar un sacrificio.

La naturaleza jurídica de esta institución ha generado una profunda fractura en la doctrina romanista, cuyo análisis es esencial para fundamentar la tesis de la continuidad funcional que defendemos.

Por un lado, la *Tesis de la Continuidad*, defendida clásicamente por la escuela histórica alemana del siglo XIX y representada por Max Fleischmann¹¹, sostiene que la *pignoris capio* es el antepasado directo y genético del embargo ejecutivo posterior (*pignus in causa iudicati captum*). Según esta visión organicista, el Derecho romano habría conocido una línea ininterrumpida de ejecución real que simplemente se "sumergió" durante la época clásica para reemerger con fuerza en el Imperio. Fleischmann argumenta que la toma de bienes es la reacción instintiva ante el impago y que la *cognitio* simplemente institucionalizó y secularizó lo que la *pignoris capio* hacía ritualmente.

Frente a ella, la *Tesis de la Ruptura*, sostenida con rigor dogmático por Wieslaw Litewski¹² y seguida por la mayor parte de la procesalística moderna (Kaser, Talamanca)¹³, niega cualquier conexión orgánica. Para estos autores, la diferencia es cualitativa e insalvable:

- a) La *pignoris capio* era un acto de autotutela privada y ritual. El acreedor actuaba por su propio riesgo y la prenda no llevaba aparejada la potestad de venta inmediata por la autoridad pública, sino que servía como medio de presión reteniendo la cosa.
- b) El embargo cognitorio (*pignus in causa iudicati captum*) es, por definición, un acto de autoridad pública, realizado por oficiales del juzgado (*apparitores*), donde el elemento decisivo no es la voluntad del acreedor, sino el *imperium* del magistrado que ordena el desapoderamiento.

Nuestra posición, ya desarrollada ampliamente con anterioridad¹⁴, busca una síntesis superadora. Si bien es cierto que no existe una continuidad "genética" o institucional directa -pues el procedimiento formulario rompió la cadena evolutiva al imponer la condena pecuniaria-, sí existe una innegable continuidad funcional. La *pignoris capio* demostraba que, en la mentalidad jurídica romana primitiva (el *Geist* del derecho arcaico), atacar los bienes concretos del deudor era la respuesta natural y lógica ante el impago de deudas privilegiadas. Esta "naturalidad" de la ejecución sobre las cosas fue oscurecida por

¹¹ FLEISCHMANN, Max, *Das pignus in causa iudicati captum* (Breslau: Koebner, 1896) 34 ss.

¹² LITEWSKI, Wieslaw, «Pignus in causa iudicati captum», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI), 40 (1974) 208.

¹³ KASER, cit. (n. 2) 436; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1990) 389.

¹⁴ DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (pignus in causa iudicati captum)* (Madrid: Marcial Pons, 2013) 45 ss.

el formalismo y las limitaciones técnicas del proceso formulario, pero permaneció latente en el sustrato jurídico para ser recuperada cuando las condiciones políticas permitieron de nuevo la intervención directa sobre el patrimonio.

II. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO: EL PRINCIPIO DE LA CONDENA PECUNIARIA

Si la *pignoris capio* representaba una inmediatez primitiva sobre los bienes, el procedimiento formulario -cuna de la tecnificación jurídica romana- introdujo una abstracción que, paradójicamente, alejaría la ejecución de su objeto natural. La pregunta que surge es inmediata y ha atormentado a la doctrina durante siglos: ¿Por qué un sistema tan sofisticado, capaz de crear figuras como la buena fe o el enriquecimiento injusto, renunció estructuralmente a obligar al deudor a entregar la cosa debida?

1. La carencia de *imperium* del juez privado

La respuesta no se halla en una supuesta filosofía liberal que protegiera la libertad de acción del deudor, sino en la propia estructura del poder judicial romano. El proceso *per formulas* se asentaba sobre la estricta bipartición del litigio en dos fases: la fase *in iure* (ante el Magistrado) y la fase *apud iudicem* (ante el Juez).

El juez (*iudex*) no era un funcionario estatal, sino un ciudadano particular (*privatus*) elegido por las partes y refrendado por el magistrado. Al carecer de *imperium* (poder de mando militar y coercitivo) y de *potestas* pública, el juez se encontraba en una situación de debilidad ejecutiva. No tenía lictores, ni soldados, ni capacidad coactiva directa. Su sentencia (*sententia*, etimológicamente relacionada con "sentir", una opinión) era, en puridad dogmática, una opinión vinculante sobre una cuestión de hecho o derecho que las partes habían aceptado someterle libremente mediante el decreto procesal de la *litis contestatio*.

Esta limitación estructural cristalizó en el principio formulado por Gayo: «*Omnis condemnatio pecuniaria est*»¹⁵. La fórmula procesal, redactada por el Pretor, instruía al juez con una *condemnatio* que siempre desembocaba en dinero. Incluso cuando la *intentio* (que formulaba la hipótesis jurídica o fáctica condicionante) se refería a un objeto específico (v.gr., "Si resulta probado que el esclavo Estico es de Aulo Agerio por derecho quirritario..."), la *condemnatio* no facultaba al juez para ordenar la entrega del esclavo, sino para condenar a su valor: "...condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio cuanto la cosa valga en el momento de la *litis contestatio*" (*quanti ea res erit*).

Como señala con agudeza Max Kaser¹⁶, la condena pecuniaria no era un ideal de libertad, sino una renuncia del Estado a la ejecución directa por falta de un aparato ejecutivo funcional suficiente. El Estado romano republicano, con una administración mínima,

¹⁵ Gai. 4, 48.

¹⁶ KASER, cit. (n. 2) 289.

no podía poner un soldado detrás de cada sentencia para asegurar la entrega de una cosa; en su lugar, convertía la deuda en dinero, cuya ejecución patrimonial era más sencilla de gestionar en última instancia, pues el dinero es fungible y el patrimonio es universalmente liquidable.

2. El efecto novatorio de la *litis contestatio*

Para comprender la profundidad de este fenómeno, es preciso analizar el efecto novatorio de la *litis contestatio*. En el momento en que las partes aceptaban la fórmula ante el Pretor, se producía una transformación jurídica de la obligación. La obligación original (ej. la obligación del vendedor de entregar el fundo Corneliano) se extinguía (*consumición procesal*) y era sustituida por una nueva obligación: la de atenerse a la sentencia (*condemnari oportere*).

Gayo lo explica con claridad meridiana:

Gai. 3.180

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

Se extingue además la obligación por la litis contestatio, siempre que se haya litigado en juicio legítimo. Pues entonces, ciertamente, se disuelve la obligación principal, pero el demandado comienza a quedar obligado por la litis contestatio. Pero si fuese condenado, extinguida la litis contestatio, comienza a estar obligado por causa de lo juzgado. Y esto es lo que está escrito entre los antiguos: que antes de la litis contestatio, el deudor debe dar; después de la litis contestatio, debe ser condenado; después de la condena, debe cumplir lo juzgado.

Dado que la sentencia solo podía ser pecuniaria, la obligación de "dar la cosa" desaparecía jurídicamente del mundo en el momento del juicio, sobreviviendo solo su equivalente económico, sometido a la *condicio iuris* de que el juez condenara al adversario. Esto generaba una paradoja jurídica: el derecho subjetivo del actor a la cosa (*ipsam rem*) se desvanecía en el preciso instante en que intentaba hacerlo valer en juicio, transmutándose en un hipotético crédito dinerario.

3. La Cláusula Arbitraria y el *Iusiurandum in Litem*

La jurisprudencia clásica, consciente de la insatisfacción que producía al actor recibir una suma de dinero cuando su interés legítimo era recuperar la cosa (pensemos en bienes con valor afectivo o únicos), ideó un mecanismo correctivo a través del *imperium* del Pretor: la Cláusula Arbitraria (*arbitrium de restituendo*).

En las acciones reales (*actio rei vindicatoria*) y en ciertas acciones personales de buena fe (*actio de dolo, actio quod metus causa*), la fórmula incluía una instrucción especial al juez: "*condena a pagar... nisi restituat*" (a menos que restituya según tu arbitrio). Es crucial, para los fines de este estudio, matizar la naturaleza jurídica de este remedio, a menudo malinterpretado como una ejecución específica encubierta.

a) Naturaleza no ejecutiva: El juez no podía ordenar a sus oficiales que entraran en casa del demandado y tomaran la cosa, sencillamente porque no tenía oficiales. La restitución seguía siendo un acto voluntario del demandado.

b) Coacción psicológica: La fuerza de esta figura residía en el mecanismo de valoración. Si el demandado se negaba a restituir ante la invitación del juez (*iussum de restituendo*), el juez no tasaba la cosa objetivamente, sino que permitía al actor valorar la cosa mediante un juramento (*iusiurandum in litem*). El actor, lógicamente, inflaba el valor añadiendo el "valor de afección", convirtiendo la condena pecuniaria en una suma exorbitante y punitiva¹⁷.

A este respecto, resulta ineludible la aportación de Giovanni Pugliese, quien demostró magistralmente que la cláusula arbitraria no operaba como un título ejecutivo directo sobre la cosa, sino como un sutil mecanismo procesal diseñado para presionar la voluntad del demandado antes de la fijación de la condena pecuniaria definitiva¹⁸. Como explica Biondo Biondi¹⁹, la cláusula arbitraria operaba como una medida de presión indirecta. Colocaba al demandado ante una disyuntiva: o devolvía la cosa específica, o pagaba una suma de dinero ruinosa que excedía el valor de mercado. Sin embargo, si el demandado era obstinado y rico, o si la cosa había perecido, podía optar por pagar la *litis aestimatio*, consolidando su posesión. En la práctica, el demandado "compraba" la cosa del actor contra la voluntad de este. La máxima "*nemo ad factum praecise cogi potest*" (nadie puede ser

¹⁷ El carácter punitivo de la *condemnatio* formularia ha sido objeto de desarrollo en otro trabajo. Vid. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «De la actio iniuriarum a los daños punitivos», en *Daños punitivos. Un análisis histórico y comparado* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019) 57-77.

¹⁸ PUGLIESE, Giovanni, *Actio in rem e actio in personam* (Torino: UTET, 1939) 145 ss.

¹⁹ BIONDI, cit. (n. 2) 98-102.

obligado precisamente a un hecho) regía con fuerza absoluta, impidiendo la violencia física directa sobre la persona para obtener la prestación.

La fuente ulpianea confirma que la restitución no era la ejecución de la sentencia, sino la condición para la absolución:

D. 6,1,68

Ulpianus libro 51 ad edictum

Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.

Aquel que, habiéndosele ordenado restituir, no obedece al juez alegando que no puede restituir, si de hecho tiene la cosa, se le transfiere la posesión manu militari (con fuerza militar)²⁰ por el oficio del juez, y se hace la condena solamente a título de los frutos y de toda causa [accesorios]. Pero si verdaderamente no puede restituir, si actuó con dolo para no poder hacerlo, este debe ser condenado a cuanto jurare el adversario en el litigio (iusiurandum in litem), sin tasación alguna, hasta el infinito. Pero si ni puede restituir, ni actuó con dolo para no poder hacerlo, no debe ser condenado a más de lo que vale la cosa, esto es, al interés del adversario (id quod interest)²¹. Esta sentencia [opinión/regla] es general y tiene lugar para

²⁰ La utilización de este pasaje exige una precisión histórico-crítica. Es bien conocido en la doctrina el debate sobre la posible interpolación de la expresión *manu militari* en este fragmento. Al escribir en la época de los Severos (s. III d.C.), Ulpiano se sitúa en el período de transición donde la *cognitio extra ordinem* comenzaba a desplazar al proceso *per formulas*. Así, el texto puede interpretarse bien como un reflejo genuino de las prácticas coercitivas que ya permeaban la fase final del *agere per formulas* (especialmente en acciones arbitrarias), o bien como una actualización terminológica (glosemas o interpolación) de los compiladores justinianos para adecuar el texto al proceso *cognitorio* puro. En cualquiera de los dos escenarios, el fragmento documenta de forma irrefutable el cambio de paradigma hacia la ejecución coactiva directa auspiciada por el aparato del Estado. Vid. KASER, cit. (n. 2) § 76, n. 14.

²¹ Obsérvese cómo, en tiempos de Ulpiano (siglo III d.C.) la valoración subjetiva del actor carece ya del elemento punitivo del proceso *per formulas*, adquiriendo una naturaleza resarcitoria que transformará radicalmente acciones como la de dolo o la *legis Aquiliae*, como afirmamos en trabajos previos. Vid. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «De la *actio legis Aquiliae* a la responsabilidad civil extracontractual: una hipótesis de transición temprana», en ROCA GUILLAMÓN, José (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Roca Guillamón* (Pamplona: Aranzadi, 2021) 57-77; DÍAZ-BAUTISTA

todo, ya sean interdictos, o acciones reales o personales, en las que algo se restituye según el arbitrio del juez.

III. LA EJECUCIÓN PATRIMONIAL: DE LA *BONORUM VENDITIO* A LA *CESSIO BONORUM*

¿Qué ocurría si el demandado no restituía la cosa y tampoco pagaba la condena pecuniaria resultante? Aquí se manifiesta la segunda gran carencia del sistema clásico respecto a la ejecución singular. Al no existir (salvo excepciones muy tardías y extraordinarias) el embargo de bienes concretos para el cobro de deudas civiles, el sistema reaccionaba con una violencia patrimonial desproporcionada, herencia de la antigua ejecución personal.

1. La *bonorum venditio* como ejecución universal

A falta de cumplimiento de la sentencia (*iudicatum*), el acreedor debía iniciar la *actio indicati*. Si la resistencia persistía, el Pretor no ordenaba tomar la cosa litigiosa ni embargar bienes singulares, sino que decretaba el embargo de todo el patrimonio del deudor (*missio in bona*).

Esta institución, la *bonorum venditio*, introducida probablemente por el pretor P. Rutilio Rufo (c. 118 a.C.) para superar la arcaica venta personal de la *manus iniectio*, implicaba un procedimiento complejo y devastador:

- a) *Missio in bona*: El pretor ponía al acreedor (o acreedores) en posesión de todos los bienes del deudor para vigilarlos y evitar su dispersión.
- b) *Proscriptio*: Se daba publicidad al embargo durante 30 días mediante pasquines, para llamar a otros posibles acreedores y avergonzar públicamente al deudor.
- c) *Venditio*: Se nombraba un *magister bonorum* que vendía el patrimonio en bloque (*universitas*) al mejor postor (*bonorum emptor*).

El *bonorum emptor* se convertía en un sucesor universal *inter vivos* del ejecutado (por Derecho pretorio), obligado a pagar a los acreedores el porcentaje ofrecido en la subasta. El procedimiento conllevaba la terrible nota de infamia para el deudor, lo que implicaba la pérdida de derechos políticos y la muerte civil práctica. Se trataba, a la postre, de un sistema concursal pensado para la insolvencia definitiva, un mecanismo "draconiano" cuando lo único que se perseguía era la devolución de un objeto específico o el pago de

una deuda menor. Era, en términos modernos, una ejecución desproporcionada que vulneraba el principio de menor onerosidad.

2. La introducción de la *cessio bonorum*

La legislación de Augusto (*Lex Iulia de bonis cedendis*, 17 a.C.) introdujo un matiz humanitario fundamental para la evolución posterior: la *cessio bonorum*. El deudor insolvente sin culpa (*fortuna, non culpa*) podía ceder voluntariamente sus bienes a los acreedores. Aunque esto evitaba la infamia y la ejecución personal (*manus iniectio*, que teóricamente seguía vigente como amenaza última), dogmáticamente seguíamos lejos de la ejecución *in specie*.

El principio de identidad entre deuda y cumplimiento seguía roto por la intermediación necesaria del dinero y la liquidación patrimonial. El acreedor de una cosa específica no la recuperaba, sino que entraba en concurso con el resto de acreedores para cobrar una cuota del valor de venta de los bienes cedidos. La cosa específica se diluía en la masa concursal y se vendía al mejor postor, perdiéndose para siempre para el acreedor original²².

Fue necesaria la caída de las estructuras republicanas y el advenimiento de una nueva concepción del poder para que el derecho procesal pudiera dar el paso definitivo hacia la ejecución singular y específica.

IV. LA REVOLUCIÓN DE LA EXTRAORDINARIA COGNITIO: EL RETORNO A LA EJECUCIÓN 'MANU MILITARI'

El tránsito del procedimiento formulario a la *extraordinaria cognitio* no debe interpretarse meramente como un cambio en la ritualidad procesal, sino como un reflejo tectónico del cambio de paradigma político que experimentó Roma. La transición del Principado al Dominado, consolidada bajo las reformas de Diocleciano y Constantino, supuso la absorción definitiva de la administración de justicia por la burocracia imperial. Este fenómeno, lejos de ser una involución técnica como a veces se ha sostenido, devolvió al sistema la capacidad coactiva directa que se había perdido tras la caída de las estructuras arcaicas.

1. La Transformación del Juez: Del Árbitro al Funcionario

La clave de bóveda de esta transformación reside en la nueva naturaleza del juzgador. Desaparece la bipartición procesal y, con ella, la figura del juez privado (*iudex privatus*). El

²² LITEWSKI, cit. (n. 11) 230.

nuevo juez es un funcionario (*iudex datus* o *pedaneus*), un delegado del Emperador inserto en una jerarquía administrativa, que recibe un sueldo (*salarium*) y, lo que es crucial, está investido de potestad pública delegada.

Esta burocratización altera la esencia ontológica del litigio. El proceso deja de ser un "duelo privado" regulado por el Estado para convertirse en una función administrativa de servicio público. Al disponer de *imperium* delegado, desaparece el obstáculo técnico que impedía la condena específica. La sentencia deja de ser una "opinión" (*sententia*) para convertirse en un mandato de autoridad (*iussum*). En consecuencia, la *litis contestatio* pierde su efecto novatorio extintivo puro. La obligación original no se consume ni se transforma necesariamente en dinero, sino que pervive en la orden judicial. Como destaca el romanista húngaro Károly Visky²³, la condena ya no necesita valorar el litigio (*aestimatio*). El juez puede condenar directamente a "entregar el fundo Corneliano" o "restituir al esclavo Estico", pues el Estado tiene ahora los medios logísticos para asegurar que esa orden se cumpla, independientemente de la voluntad del demandado.

2. La ejecución específica mediante la fuerza pública

Este es el punto central de nuestra tesis y donde se verifica la superación del dogma clásico. ¿Cómo se materializa esta condena *in ipsam rem*? Ya no a través de la presión indirecta de la cláusula arbitraria, sino mediante la fuerza pública.

Las fuentes postclásicas y justinianas hablan explícitamente de la ejecución *manu militari*. El juez cuenta con un cuerpo de oficiales subalternos (*apparitores*, *exsecutores*, *viatores*) encargados de hacer cumplir sus mandatos.

El testimonio jurisprudencial más elocuente sobre esta potestad material se halla en D. 43,4,3 pr. (Ulpiano, 68 *ad edictum*).

Ulpianus libro 68 ad edictum

pr. Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. Sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem.

²³ VISKY, Károly, «Quelques remarques sur la thèse "ipsam rem condemnare" et ses rapports économiques», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (RIDA), 19 (1972) 470 ss.

pr. Si alguien hubiere sido puesto en posesión para conservar un fideicomiso y no fuera admitido, debe ser introducido en la posesión por la potestad de aquel que lo envió; o si alguien quisiere utilizar el interdicto, será consecuente afirmar que el interdicto procede. Pero será preferible sostener que extra ordinem, en virtud del derecho de su propia potestad, ellos mismos deben ejecutar su decreto, en ocasiones incluso mediante la fuerza armada (per manum militarem)²⁴.

En este fragmento, el jurista severiano alude expresamente a la ejecución coercitiva dispuesta por la autoridad pública, señalando que los magistrados deben ejecutar sus propios decretos en el procedimiento extraordinario, recurriendo incluso a la fuerza armada: «*extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem*».

Esta ejecución oficial se manifiesta en dos vertientes claramente diferenciadas, superando la confusión de la *bonorum venditio*:

A) La *bonorum distractio* (Ejecución dineraria singular) Para las deudas puramente pecuniarias, el sistema abandona la brutalidad de la venta de todo el patrimonio. Se consolida el *pignus in causa iudicati captum* en sentido estricto o *bonorum distractio*: los oficiales del juzgado embargan bienes singulares y suficientes del deudor, los venden en subasta pública y pagan al acreedor. Se pasa de la ejecución universal (concursal) a la ejecución singular, mucho más justa y proporcional.

B) La ejecución específica (Obligaciones de dar) Para la entrega de la cosa misma, la construcción dogmática se apoya en una interpretación extensiva de la capacidad de embargo, confirmada por constituciones imperiales explícitas.

El puente dogmático lo tiende un fragmento de Ulpiano recogido en Digesto 42,1,15,2, Ulpiano libro 3 de officio consulis que describe la potestad ejecutiva de los magistrados: "*In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles et animales pignori capi iubent...*" ("Así pues, para la venta de las prendas capturadas, ordenan tomar primero cosas muebles..."). Aunque el texto se refiere al embargo para cobro de dinero, su lógica es extensible *a fortiori* a la ejecución específica: si la autoridad tiene *imperium* para entrar en el

²⁴ Al igual que ocurre con el pasaje D. 6, 1, 68 analizado supra, KASER anota en su aparato crítico que este fragmento jurisprudencial relativo a la fuerza militar debe ser considerado como sospechoso de interpolación. Vid. KASER, cit. (n. 2) § 76, n. 14.

patrimonio, secuestrar bienes y venderlos, con mayor razón tiene potestad para tomar la cosa litigiosa y entregarla.

Esta potestad material se canaliza a través de la burocratización imperial de la justicia. La ejecución deja de ser un acto de autotutela autorizada para convertirse en una función del Estado. El Código de Justiniano evidencia esta institucionalización al consagrar la figura de los funcionarios encargados exclusivamente de materializar el mandato judicial. Así, una constitución de Diocleciano y Maximiano define el papel de este oficial de ejecución:

C. 7,53,8

Exsecutorem eum solum esse manifestum sit, qui post sententiam, inter partes audita omni et discussa lite, prolatam iudicatae rei vigorem ad effectum videtur adducere.

Que sea manifesto que solo es ejecutor aquel que, después de dictada la sentencia, habiendo sido escuchada y discutida toda la controversia entre las partes, se ve que lleva a efecto el vigor de la cosa juzgada.

La ejecución *in specie* en la *cognitio* se realiza, por tanto, mediante un acto administrativo de desapoderamiento físico y entrega por mano de este *exsecutor*. Si el demandado se resiste, el oficial utiliza la fuerza pública, rompiendo la resistencia física del deudor, algo impensable para el juez privado republicano pero connatural al funcionario imperial.

C) La ejecución específica de obligaciones de hacer y no hacer La potestad de los magistrados imperiales no se limitó a la aprehensión de cosas concretas (*dare*), sino que se extendió a la ejecución *in natura* de prestaciones consistentes en un hacer o en la restitución de una situación física alterada. El Código de Justiniano recoge un rescripto de Filipo el Árabe (año 246 d.C.) sumamente revelador sobre la alteración injusta de una servidumbre:

C. 3,34,5

Si quid pars diversa contra servitutem aedibus tuis debitam iniuriose extruxit, praeses provinciae revocare ad pristinam formam, damni etiam ratione habita, pro sua gravitate curabit.

Si la parte contraria construyó algo injustamente contra la servidumbre debida a tus edificios, el gobernador de la provincia se encargará con su autoridad de devolverlo a su estado original, habiendo tenido en cuenta también el daño.

En este escenario, el magistrado (*praeses provinciae*) no se limita a fijar una indemnización por la servidumbre vulnerada, sino que asume el control material para ordenar la demolición de la obra y la restitución física al *status quo ante* (*revocare ad pristinam formam*). Es el antecedente dogmático directo de la ejecución a costa del deudor en las obligaciones de no hacer²⁵.

De forma análoga, cuando la prestación debida consiste en un hacer fungible (reparar, construir o derribar una obra), el esquema cognitorio permite que la actuación material sea realizada por terceros o por los propios *apparitores* a costa del deudor, de nuevo sin necesidad de reconducir el incumplimiento a una mera condena dineraria, lo que aproxima notablemente estas soluciones a los modernos modelos de ejecución específica de las obligaciones de hacer²⁶.

Este reforzamiento de la ejecución *in natura* encuentra, sin embargo, un límite estructural allí donde el contenido de la prestación consiste en un *facere* personalísimo: en coherencia con la máxima *nemo ad factum praecise cogi potest*²⁷, ni siquiera el juez-funcionario del Dominado puede forzar físicamente al deudor a ejecutar él mismo una prestación infungible, de modo que la tutela se desplaza hacia remedios indirectos (equivalente pecuniario, cláusula penal, acciones sancionatorias), no hacia una auténtica ejecución específica de su comportamiento.

V. PROYECCIÓN HISTÓRICA: LA RECEPCIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA CONTINENTAL

La caída del Imperio Romano de Occidente no supuso la desaparición de la ejecución *manu militari*, pero la recepción del Derecho Romano en la Edad Moderna generó una fractura dogmática que dividió a Europa en dos grandes tradiciones, cuya huella pervive hoy en los sistemas continentales.

²⁵ Sobre C. 3, 34, 5 como paradigma de ejecución *in natura* de un *non facere* (*servitus*) en el marco de la *cognitio extra ordinem*, vid. TALAMANCA, cit. (n. 12); DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, *El embargo ejecutivo*, cit. (n. 13) 237-240.

²⁶ Sobre la posibilidad de ejecutar coactivamente prestaciones de hacer fungible en Derecho romano tardío, en paralelo con la actual ejecución forzosa de obligaciones de hacer, vid. TALAMANCA, cit. (n. 12); SILVESTRI, Elisabetta, «Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare», en *Diritto on-line Treccani* (2023) § 1-2.

²⁷ La conocida máxima del *ius commune* *nemo ad factum praecise cogi potest* (nadie puede ser obligado a realizar en especie un hecho, de modo que en las obligaciones de hacer sucede la prestación de *id quod interest*) no procede literalmente de Justiniano, pero sistematiza una tendencia ya visible en el derecho romano clásico. Vid. HESPANHA, António M., «O direito ao cumprimento de», *Revista Internacional de Direito e Cidadania* (RIDB), Ano 2, n.º 9 (2013) 8.999.

1. La continuidad en la tradición hispánica: Las Siete Partidas

Mientras que en otros territorios la influencia feudal diluía los conceptos públicos romanos, el Derecho histórico español mantuvo una conexión sorprendente y directa con la *extraordinaria cognitio*, probablemente a través de la fuerte romanización del Derecho visigodo. El Liber Iudiciorum (o *Lex Visigothorum*, promulgada por Recesvinto en 654) y, posteriormente, las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (S. XIII), recogen fielmente la potestad del juez para entregar la cosa misma.

La Partida III, por su parte, establece con claridad meridiana que, si el vencido en juicio no quiere entregar la cosa, el juez "*debe enviar sus oficiales que la tomen y la entreguen a aquel que venció el pleito*"²⁸. Esta norma evidencia que la tradición hispánica, fuertemente vertebrada por el Derecho romano vulgar, mantuvo viva la vocación por la ejecución *in specie*. Como han demostrado los estudios clásicos sobre la compleja romanización del Derecho visigodo²⁹, la pervivencia de estas instituciones coactivas no fue una mera inercia o un trasvase sin interrupciones, sino una adaptación práctica que logró preservar la "naturalidad" de la ejecución material alcanzada en el Bajo Imperio, marcando un claro contraste con otras tradiciones europeas que involucionaron hacia conceptos más arcaicos.

2. La involución en la codificación francesa

Por el contrario, el racionalismo jurídico francés, al sistematizar el Derecho en el Code Napoléon (1804), realizó una lectura distorsionada de las fuentes romanas clásicas. Los codificadores (con Bigot-Préameneu en la exposición de motivos)³⁰, imbuidos de un espíritu liberal individualista posrevolucionario, interpretaron el aforismo "*Nemo ad factum praecise cogi potest*" no como una limitación técnica del procedimiento formulario antiguo, sino como un principio sagrado e inmutable de libertad personal frente al Estado.

²⁸ Part. III, 27, 3: «E todas estas cosas que diximos fasta aquí en esta ley, han lugar en los juyzios que fuessen dados por raxon de debda que deniesse el vencido, o por otra cosa que fuesse tenido de fazer. Mas quando el juyzio fuesse dado sobre cosa cierta, quier fuesse mueble, o rayz que ome demandasse por suya: estonce deuen cumplir el juyzio en aquella cosa misma de qual natura quier que sea».

²⁹ GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, I (Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1959) 150 ss.; D'ORS, Álvaro, *Estudios visigóticos* (Roma: CSIC, 1956) 45 ss.

³⁰ BIGOT-PRÉAMENEU, Félix-Julien-Jean, «Exposé des motifs du titre III, livre III du Code civil», en FENET, Pierre-Antoine (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII (Paris: Videcoq, 1827) 228: «Dans l'obligation de faire, la contrainte ne peut être physique; elle porterait atteinte à la liberté individuelle, et, par une suite de ce principe, l'obligation se résout en dommages et intérêts».

Esto cristalizó en el célebre artículo 1142 del Código Civil francés³¹: "*Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de inejecución por parte del deudor*". Con este artículo, Francia resucitó por error la *condemnatio pecuniaria* clásica, renunciando a la tutela judicial efectiva que ya había garantizado el Derecho imperial y retrocediendo siglos en la protección del acreedor. Entendieron erróneamente que obligar a entregar una cosa era una violencia intolerable contra la persona, confundiendo la *manus iniectio* (cuerpo) con la ejecución real (cosa).

3. La Rectificación Germánica y el Derecho Uniforme

Hubo que esperar a la Pandectística alemana del siglo XIX (con figuras como Windscheid³² o Ihering³³) para una relectura científica y contextualizada de las fuentes del Digesto. Los juristas alemanes, con su rigor metodológico, entendieron que la condena pecuniaria romana era un defecto del sistema formulario, no un ideal a imitar.

El BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, 1900) rompe frontalmente con el modelo francés y establece en su §241 el principio de la ejecución natural (*Naturalherstellung*). Si el deudor debe la cosa, el Estado tiene la fuerza (*Zwangsvollstreckung*) para tomarla y entregarla. Esta visión es la que ha triunfado finalmente en el Derecho uniforme del siglo XX y XXI. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional (CISG), en su artículo 46, consagra el derecho del comprador a exigir el cumplimiento específico, cerrando así el círculo histórico y volviendo a la solución pragmática que la *extraordinaria cognitio* diseñó hace 1.700 años³⁴.

4. El modelo vigente: La Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC 1/2000)

La pervivencia del modelo de la *extraordinaria cognitio* es palpable en el ordenamiento procesal español actual, que, en línea con los sistemas continentales europeos (Alemania, Italia), establece una jerarquía clara: primacía de la ejecución específica (*in natura*) y subsidiariedad de la reparación pecuniaria.

³¹ El antiguo art. 1142 C.c. fr. permaneció vigente hasta su derogación por la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

³² WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9ª ed. (Frankfurt am Main: Rütten & Loening, 1906) I § 43 y II § 250.

³³ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III (Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1865) § 53.

³⁴ HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4ª ed. (The Hague: Kluwer Law International, 2009) 320; BRIDGE, Michael G. (ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, 8ª ed. (London: Sweet & Maxwell, 2010) cap. 12.

La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), regula la ejecución de las obligaciones de dar y hacer siguiendo un esquema que hubiera sido irreconocible para Gayo pero totalmente natural para los juristas de la época de Justiniano:

a) Obligaciones de dar cosa específica: El artículo 701.1 LEC ordena que, si el deudor no entrega la cosa mueble, el Letrado de la Administración de Justicia "*pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos*", incluyendo la entrada y registro forzoso. Si se trata de inmuebles (art. 703 LEC), se ordena el lanzamiento inmediato de los ocupantes. Es la consagración positiva de la ejecución *manu militari*.

b) Obligaciones de hacer: El sistema distingue con finura romana:

i) Si es un hacer no personalísimo (fungible), se manda ejecutar a costa del deudor (art. 706 LEC).

ii) Si es un hacer personalísimo (*intuitu personae*), ante la imposibilidad física de coaccionar la voluntad del artista o experto, se opta por multas coercitivas o, finalmente, por el equivalente pecuniario (art. 709 LEC).

c) Obligaciones de no hacer: El artículo 710 LEC cierra el sistema con una contundencia desconocida para el liberalismo decimonónico francés. Si el condenado a *no hacer* alguna cosa quebranta la sentencia, el tribunal no se limita a fijar una indemnización, sino que despliega una triple reacción ejecutiva:

i) Ordena deshacer lo mal hecho a costa del deudor (restitución del *status quo ante*), si fuera posible.

ii) Condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.

iii) Y, lo que es más relevante dogmáticamente, requiere al deudor para que se abstenga de reiterar el quebrantamiento bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial. Aquí reaparece la *vis publica* en su grado máximo: el incumplimiento de la obligación civil transmuta en una ofensa directa a la autoridad del Estado, fusionando la ejecución civil con la amenaza penal (*coercitio*).

El nexo con la antigua *aestimatio* romana pervive, sin embargo, como mecanismo de cierre del sistema. Tal y como establece el artículo 701.3 LEC (y el 18.2 LOPJ), si la cosa no

pudiere ser hallada o la ejecución *in natura* resultare imposible, el tribunal ordenará "*que la falta de entrega se sustituya por una justa compensación pecuniaria*"⁶⁵.

En este punto, el Derecho moderno realiza una síntesis histórica perfecta: utiliza la ejecución directa de la *Cognitio* como regla general, pero reserva la *condemnatio pecuniaria* del procedimiento formulario como solución de último recurso ante la imposibilidad fáctica, cerrando así la aporía que el Derecho Romano tardó siglos en resolver.

5. La recepción en el Derecho latinoamericano: entre la herencia napoleónica y la recuperación del modelo romano

La fractura dogmática que hemos descrito entre el modelo francés y el germánico no fue un fenómeno exclusivamente europeo. Las grandes codificaciones latinoamericanas del siglo XIX reprodujeron, con matices propios, esa misma tensión, y su evolución posterior ilustra con singular claridad el proceso de corrección histórica que venimos describiendo.

El punto de partida es el *Código Civil chileno* de 1855, obra del venezolano Andrés Bello y modelo directo de la mayor parte de las codificaciones latinoamericanas del siglo XIX. Bello, formado en la tradición romanística pero influido decisivamente por Pothier y el *Code Napoléon*, recogió en materia de obligaciones de hacer la solución francesa, aunque con una importante modulación. El artículo 1553 establece que, si el deudor se constituye en mora de ejecutar un hecho debido, el acreedor tiene derecho a que se le autorice para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o a que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato³⁶. Esta norma, aparentemente próxima al modelo francés, introduce sin embargo la posibilidad de la ejecución sustitutoria a costa del deudor como alternativa previa a la indemnización, anticipando en cierta medida la jerarquía que el derecho romano imperial ya conocía. El artículo 1555, por su parte, extiende este esquema a las obligaciones de no hacer, permitiendo que se deshaga lo hecho cuando ello sea posible, con preferencia sobre la indemnización³⁷. En ambos casos, la

³⁵ La compensación económica actúa aquí como un mero subrogado del cumplimiento por equivalencia (*id quod interest*), despojada ya del carácter penal o novatorio-extintivo que caracterizaba a la *litis aestimatio* clásica.

³⁶ Código Civil de Chile, art. 1553: «Si el deudor se constituye en mora de ejecutar un hecho debido, el acreedor tiene derecho a que se le autorice para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o para que el deudor le indemnice los daños y perjuicios resultantes de la infracción del contrato». Sobre el sistema de remedios en Bello, vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las obligaciones en el derecho chileno*, II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001) 187 ss.

³⁷ Código Civil de Chile, art. 1555: «Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor».

influencia de la *cognitio* romana es perceptible, aunque filtrada y atenuada por el tamiz napoleónico.

La recepción directa del modelo francés en su versión más rígida se aprecia con mayor nitidez en el *Código Civil mexicano* (1928, con reformas posteriores), cuyo artículo 2027 establece que si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa del obligado se ejecute por otro, y si no fuera posible, o el acreedor no lo quisiere, podrá pedir el pago de los daños y perjuicios³⁸. El esquema es napoleónico en su estructura, aunque pragmáticamente moderado.

La ruptura más significativa con la herencia napoleónica y la recuperación más explícita del modelo romano se produce, paradójicamente, en la codificación latinoamericana más reciente. El *Código Civil y Comercial argentino* de 2015, fruto de una profunda reforma dirigida por Ricardo Luis Lorenzetti, establece en su artículo 730 una jerarquía de remedios que reproduce con llamativa fidelidad el esquema de la *extraordinaria cognitio*: el acreedor tiene derecho a emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se obligó; a hacérselo procurar por otro a costa del deudor; y, en su defecto, a obtener las indemnizaciones correspondientes³⁹. La secuencia es inequívoca: primero ejecución específica directa, luego ejecución sustitutoria, finalmente equivalente pecuniario. La indemnización queda expresamente relegada al último lugar, como mecanismo de cierre ante la imposibilidad de las formas anteriores. El *id quod interest* romano reaparece en el Derecho privado latinoamericano contemporáneo en su función original: remedio subsidiario y no regla general.

Este movimiento de corrección no es casual. Los redactores del Código argentino de 2015 eran plenamente conscientes de la tradición histórica que recuperaban. En los *Fundamentos del Anteproyecto*, Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci señalan expresamente que la reforma busca superar la concepción napoleónica que privilegiaba la indemnización dineraria, adoptando en su lugar el principio de identidad entre prestación debida y prestación ejecutada como regla general del ordenamiento⁴⁰. Es, en términos

³⁸ Código Civil Federal de México, art. 2027. Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez* (México D.F.: Porrúa, 2008) 712 ss.

³⁹ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994, 2014, en vigor desde 2015), art. 730: «La obligación da derecho al acreedor a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes».

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis – HIGHTON DE NOLASCO, Elena – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (Buenos Aires: Ministerio de Justicia, 2012) 487.

histórico-jurídicos, el mismo camino que recorrió el Derecho romano desde la *condemnatio pecuniaria* del procedimiento formulario hasta la ejecución *manu militari* de la *cognitio*: la toma de conciencia de que la reparación económica, cuando no es elegida libremente por el acreedor, constituye una lesión añadida a la ya sufrida.

El panorama latinoamericano evidencia así que la fractura dogmática entre el modelo napoleónico y el modelo romano-germánico no es una cuestión académica cerrada, sino un debate vivo cuya resolución está aún en curso. Chile y México preservan, con distintos matices, la herencia napoleónica atenuada. Argentina ha dado el paso más decidido hacia la recuperación del principio romano. Colombia, a través de las reformas procesales introducidas por el *Código General del Proceso* de 2012, ha reforzado los mecanismos de ejecución específica en el plano procedimental sin modificar aún la estructura sustantiva del código civil decimonónico⁴¹. En todos los casos, la dirección del movimiento es la misma que hemos descrito a escala europea: desde la condena pecuniaria como regla hacia la ejecución *in natura* como principio, con el equivalente dinerario relegado a su función histórica y lógicamente correcta de remedio de cierre ante la imposibilidad material.

CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

A la luz del extenso itinerario histórico-jurídico recorrido, es posible extraer cinco conclusiones fundamentales que sintetizan la evolución de la ejecución en el Derecho Romano y su legado:

Primera.- El dogma clásico «*omnis condemnatio pecuniaria est*» no respondió a una concepción liberal de la obligación ni a una supuesta intangibilidad del deudor, sino a la impotencia coactiva del *index privatus*. La imposibilidad de ejecución específica fue una carencia técnica estructural del procedimiento formulario republicano, parcheada ineficazmente mediante la coacción indirecta de la cláusula arbitraria.

Segunda.- La *Extraordinaria Cognitio* no supuso una ruptura con el espíritu romano, sino un retorno a la naturalidad ejecutiva. Al asumir el juez funciones públicas y disponer de un aparato burocrático (*apparitores*), el sistema romano recuperó la inmediatez sobre los bienes que, de forma rudimentaria y ritual, ya existía en la arcaica *pignoris capio*, cerrando el

⁴¹ Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso de Colombia), arts. 422 y ss., sobre ejecución de obligaciones de hacer y no hacer. Vid. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Código General del Proceso. Parte especial* (Bogotá: Dupré Editores, 2017) 234 ss.

paréntesis abstraccionista de la época clásica y superando la violencia patrimonial de la *bonorum venditio*.

Tercera.- La ejecución *manu militari* del Bajo Imperio constituye el verdadero nacimiento de la ejecución forzosa moderna. La orden judicial de desapoderamiento físico (*toma de posesión*) y entrega al actor (*traditio*) supera definitivamente la ficción de la *litis aestimatio*, alineando el proceso con la verdad material del derecho subjetivo.

Cuarta.- Esta evolución demuestra la extraordinaria capacidad de adaptación del Derecho Romano. En este sentido, el retorno a la ejecución *in specie* en el Bajo Imperio no debe verse como una involución autoritaria, sino como la recuperación del principio rector del *neminem laedere* (no dañar a otro). La condena pecuniaria forzosa a menudo dejaba la lesión sin una reparación real, obligando al acreedor a aceptar un equivalente no deseado. La *cognitio*, al permitir la condena *in natura*, permitió finalmente que la ejecución se adaptase a la naturaleza de la lesión y no a la inversa, cumpliendo el ideal de justicia que, como recordaba Contardo Ferrini, constituye la herencia viva de Roma para la cultura jurídica occidental⁴².

Quinta.- El recorrido comparado por las codificaciones latinoamericanas confirma que la tensión entre el modelo napoleónico y el modelo romano de ejecución *in natura* no es un debate clausurado sino un proceso histórico aún en curso. La progresiva corrección del *Code Napoléon* en Europa —consumada con la reforma francesa de 2016— y la recuperación explícita del principio de identidad entre deuda y ejecución en el derecho latinoamericano contemporáneo, cuya expresión más acabada es el artículo 730 del Código Civil y Comercial argentino de 2015, demuestran que la solución que la *extraordinaria cognitio* diseñó hace diecisiete siglos no constituye una reliquia histórica sino el fundamento lógico e inevitable de cualquier sistema de tutela judicial efectiva. La historia del derecho romano no enseña aquí únicamente cómo se ejecutaba en Roma, sino por qué el derecho moderno, cuando razona con coherencia, termina siempre volviendo al mismo punto de llegada.

⁴² FERRINI, Contardo, *Manual de Pandectas*, trad. F. Bonet (Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1927) 11.

BIBLIOGRAFÍA

BIGOT-PRÉAMENEU, Félix-Julien-Jean, «Exposé des motifs du titre III, livre III du Code civil», en Fenet, Pierre-Antoine (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII (Paris: Videcoq, 1827) 228 ss.

BIONDI, Biondo, «Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV (Pavia: Fratelli Fusi, 1930) 71-128.

BIONDI, Biondo, *Il processo civile romano* (Milano: Giuffrè, 1963).

BRIDGE, Michael G. (ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, 8ª ed. (London: Sweet & Maxwell, 2010).

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (pignus in causa iudicati captum)* (Madrid: Marcial Pons, 2013).

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «Algunos elementos de ejecución personal en el Dominado», *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*, 10 (2013) 319-346.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., «Origen y evolución de las garantías reales en Roma», en CONESA NAVARRO, P. D. (coord.), *Antigüedad "in progress"-. Actas del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo (CIJIMA I)*, Murcia, Universidad de Murcia-CEPOAT, 2014, pp. 409-422

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «De la actio iniuriarum a los daños punitivos», en *Daños punitivos. Un análisis histórico y comparado* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019) 57-77.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «De la actio legis Aquiliae a la responsabilidad civil extracontractual: una hipótesis de transición temprana», en Roca Guillamón, José (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Roca Guillamón* (Pamplona: Aranzadi, 2021) 57-77.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «La actio de dolo y el stellionatus: orígenes romanos e influencia en la regulación moderna de la estafa en España», *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*, 35 (2025) 138-182.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez* (México D. F.: Porrúa, 2008).

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 8ª ed. (Pamplona: EUNSA, 1991).

D'ORS, Álvaro, *Estudios visigóticos* (Roma: CSIC, 1956).

FERRINI, Contardo, *Derecho penal romano*, trad. Raquel Pérez Alonso et al. (Madrid: Marcial Pons, 2017).

FERRINI, Contardo, *Manual de Pandectas*, trad. F. Bonet (Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1927).

FLEISCHMANN, Max, *Das pignus in causa iudicati captum* (Breslau: Koebner, 1896).

GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, I (Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1959).

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las obligaciones en el derecho chileno*, II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001).

HESPANHA, António M., «O direito ao cumprimento de», *Revista Internacional de Direito e Cidadania* (RIDB), 9 (2013) 8.981-9.041.

HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4ª ed. (The Hague: Kluwer Law International, 2009).

JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III (Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1865).

KASER, Max – HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed. (München: C. H. Beck, 1996).

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho romano*, trad. Juan Miquel (Barcelona: Ariel, 1999).

LITEWSKI, Wieslaw, «Pignus in causa iudicati captum», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI), 40 (1974) 205-302.

LITEWSKI, Wieslaw, «Die Vollstreckung im römischen Zivilprozess», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (ZSS), 88 (1971) 1-68.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Código General del Proceso. Parte especial* (Bogotá: Dupré Editores, 2017).

LORENZETTI, Ricardo Luis – HIGHTON DE NOLASCO, Elena – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (Buenos Aires: Ministerio de Justicia, 2012).

PÉREZ ÁLVAREZ, María Pilar, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho romano clásico* (Zaragoza: Mira Editores, 2000).

PUGLIESE, Giovanni, *Actio in rem e actio in personam* (Torino: UTET, 1939).

PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, 5^a ed. (Torino: Giappichelli, 1991).

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano: Giuffrè, 1990).

VISKY, Károly, «Quelques remarques sur la thèse “ipsam rem condemnare” et ses rapports économiques», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (RIDA), 19 (1972) 469-494.

VISKY, Károly, «La condanna in ipsam rem nel processo romano tardo-imperiale», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI), 49 (1983) 45-78.

WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte*, I (München: C. H. Beck, 1988).

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^a ed. (Frankfurt am Main: Rütten & Loening, 1906).