

LA DEFENSA DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO ROMANO

HUGO HANISCH E.
Universidad de Chile

I. LA LIBERTAD, ESTADO NATURAL DEL HOMBRE

1. La libertad en el derecho romano es una facultad que constituye un estado natural del hombre, reconocida desde los *mores maiorum* en la época en que la gentilidad era la estructura social imperante en el régimen político de la ciudad.

Festo decía que la familia era una reunión de los hombres libres, cuyo jefe era el *pater familias*¹.

Familia antea in liberis hominibus dicebatur, quorum dux et princeps generis vocabatur pater et mater familiae; unde familia nobilium Pompiliorum, Valeriorum, Corneliorum. Et familiares ex eadem familiae.

2. La condición de hombre libre en la tradición romana era una situación estable y reconocida por la circunstancia de aparecer como tal, y bastaba con la aserción de esta calidad por el propio individuo. La afirmación de que se era libre aparecía suficiente para que se considerara a un individuo en tal estado, sin que fuera necesario exhibir prueba alguna. El que afirmaba que un hombre no era libre debía probarlo mediante juicio y al que se defendía le bastaba con negar la aseveración de que no lo era, para seguir gozando de su libertad durante al juicio, otorgando *vindictas pro libertate*.

3. En relación con el juicio de libertad, narra Tito Livio el caso de Virginia, que reclamada como esclava por Apio Claudio, el decemviro, ofreció *vindictas pro libertate*, que le fueron rechazadas, aun-

¹ FESTUS, 86, Bruns, *Fontes iuris Romani Antiqui* (reimp. Haalen 1969), p. 8.

que, según se indica en las XII Tablas², estaba prescrito que si se litigaba por la libertad de alguien podían otorgarse garantías en favor de la libertad:

Advocati (Verginia) postulant, ut App. Claudius lege ab ipse lata vindicias det secundum libertatem.

D.1.2.24 (Pomp., l. *sing ench.*) narra el mismo episodio:

Initium fuisse secessionis dicitur Verginius quidam qui cum animadvertisset Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abduxisse et secundum eum, qui in servitutem ab ea suppositus petierat . . .

Y más adelante agrega otro dato sobre la antigua tradición que imperaba sobre la materia:

Indignatus, quod vetustissima iuris observantia in personae filiae suae defecisset (utpote cum Brutus, qui primus Romae consul fuit, vindicias secundum libertatem dixisset in persona Vindicis Vitelliorum servi . . .

En la época de la república y del imperio la libertad se manifestaba por el modo de actuar en la vida corriente, pues la expresión de la libertad consistía en el comportamiento como libre, siempre que se actuara sin dolo, es decir, sin la intención de engañar respecto del estado del que se gozaba y así, al efecto, decía Juliano D. 40.12.10 (Ulp., 55 *ed.*):

Nam Julianus ait omnes, qui se liberos putant, sine dolo malo in libertate fuisse, si modo se pro liberis gerant, quamvis servi sint.

La presunción de que un hombre era libre, mientras no se probara su estado de esclavitud, fue permanente en la historia jurídica romana, y todavía en el Bajo Imperio, en el año 293, escribía el emperador Diocleciano, CI.7. 16.14:

Lite ordinata in possessione libertatis is, de cuius libertate quaeritur, constituitur et interim pro libero habetur.

² Liv. 3.44.11.12; Lex XII Tab. VI, 6.

En relación con el juicio de libertad, el jurisconsulto Paulo dice que un demandado es considerado libre en la correspondiente causa, D. 40.12.24 (Paul., 51 *ed.*):

Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de suo statu litigat.

De manera que en Roma, de acuerdo con todos los testimonios citados, el que actuaba como libre tenía la posesión de su libertad y tal situación no le podía ser desconocida, a no ser que una sentencia estableciera lo contrario. En el período clásico y postclásico se presumía, pues, la libertad de quien actuara como libre.

4. La libertad era considerada por Gayo como algo sagrado, equiparándola con las cosas sacras y religiosas. Si alguien poseía a un hombre libre en calidad de esclavo, su estado no se cambiaba por el transcurso del tiempo ni se aplicaba la usucapión, como lo señala el citado autor, Gai. 2.48.:

Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.

Justiniano consideró a la libertad como el estado natural del hombre, consistente en hacer lo que éste deseara si la violencia o el derecho no se lo impidieran, I.1.3.1.:

Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur; naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur.

Para el emperador, sólo el derecho de gentes había introducido la esclavitud, que en el texto precedentemente citado corresponde a la limitación jurídica de la libertad (*iure*), I.1.5pr.:

Qua res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita.

El mismo Justiniano elevó a la categoría de reglas algunas sentencias de los juristas en favor de la libertad, como la que se conserva en D. 50.17.122 (Gai., 5 *ed prov.*):

Libertas omnibus rebus favorabilior est.

Y en D. 50.17.106 (Paul., 2 *ed.*):

Libertas inaestimabilis res est.

De Pomponio se ha conservado otra antigua regla sobre el *favor libertatis* en D. 50.17.20 (Pomp., 7 *ad Sab.*):

Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.

II. EL IUS LIBERTATIS

1. La condición de hombre libre se hallaba establecida en Roma por el *ius libertatis*, que constituía un estado al que se oponía la condición de *servus*; de acuerdo con ello, las personas eran libres o esclavos. Así en Gai. 1.9.:

Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

Los libres, a su vez, podían ser ingenuos, esto es, los que habían nacido libres; y libertinos, o sea, los que habían sido manumitidos de una justa servidumbre. Gai. 1.11:

Ingenui sunt qui liberi nati sunt; libertini qui ex iusta servitute manumissi sunt.

El estado de servidumbre era un estado jurídico, plenamente reconocido, en consecuencia, por el derecho, que excluía la libertad. Pero ésta también podía quedar excluida por la fuerza ejercida en contra de un hombre jurídicamente libre. Un texto tardío como P. Sent. 5.6.14 se refiere a ello:

Adversus eum, qui hominem liberum vixerit, suppresserit incluserit operamve ut id fieret dederit, tam interdictum quam legis Fabiae super ea re actio redditur: et interdicto quidem id agitur, ut exhibeatur is qui detinetur, lege autem Fabia, ut etiam poena nummaria coerceatur.

Según el texto, era privado de libertad el hombre libre a quien se le ataba, se le encerraba o se le ocultaba, fuera por acto personal, fuera encargando o procurando que otro lo hiciera.

Venuleio, a su vez, describe la situación en que queda el hombre libre, al que por cualquier medio se priva de su libertad, D. 43.29.2 (Ven., 4 *inter.*):

Nihil enim multum a specie servientium differunt, quibus facultas non datur recidendi.

Los casos de privación de libertad que enumera Paulo se encuentran resumidos por Venuleio en una sola expresión: *facultas recidendi*. Coloca así la diferencia entre los libres y los esclavos en la facultad de desplazarse sin impedimento, según donde quieran ir, lo cual no es permitido a los esclavos, que deben encontrarse en el lugar que les señale el amo.

2. La ley *Fabia de Plagiariis* prohibía la usurpación dolosa de los derechos dominicales sobre un ciudadano romano, o sobre el liberto de un romano de condición latina o dediticia y el secuestro de un esclavo ajeno o la instigación a la fuga; acaso también tenía normas sobre la búsqueda de los fugitivos, completada por un posterior senadoconsulto (D.11.4.1.2.). La pena era una multa de 50 mil ases. Si el culpable era un siervo la multa gravaba al dueño y el siervo no podía ser manumitido durante 10 años. En la tardía época imperial³ se aplicaban al plagiario las penas criminales usuales, especialmente *in metallis*. En la *Collectio legum Mosaycarum et Romanarum* se indica que también se aplicaba la pena de crucifixión.

3. El edicto del Pretor estableció un interdicto más amplio para defender la situación de los hombres libres que eran objeto de una privación de la libertad por acciones arbitrarias que coartaran la facultad de usar de la libertad.

El interdicto de *homine libero exhibendo*, conforme con su naturaleza de orden del pretor, no presupone alguna confirmación del interés del postulante y de la situación de hecho y de derecho del destinatario de la orden; ella emana del fin de obtener que un hombre libre, en manos de un tercero, sea restituido, independientemente de cualquier indagación sobre el dolo de la persona por la cual el hombre está detenido⁴. Las P. Sent. 5.6.14 dicen:

et interdicto quidem id agitur, ut exhibeatur is qui detinetur.

Arangio Ruiz traduce así el interdicto: "Si el hombre del cual se trata sea o no libre, si el que actúa sea o no con dolo en su retención, lo devolverá inmediatamente al destinatario"⁵.

³ D. 11.4.1.7 Hermog.

⁴ G. LONGO, en *Novissimo Digesto Italiano s.v. Lex Fabia de Plagiariis*.

⁵ V. ARANGIO RUIZ, *Instituzioni di Diritto Romano* 13 (Napoli 1957), p. 141.

Gayo señala que este interdicto podía dirigirse contra el patrono en favor del liberto a quien se le exigiera la prestación de ciertas obras, Gai. 4.162:

aut exhibeatur libertus cui patronus operas indicere vellet.

Presenta así el interdicto una amplia estructura destinada a proteger la libertad de las personas libres, sean ingenuas o libertas, sin otra finalidad que resguardar la libertad humana.

III. OBJETO DEL INTERDICTO DE HOMINE LIBERO EXHIBENDÓ

1. La finalidad del interdicto era proteger la libertad de que debe gozar el hombre libre y así lo explica Ulpiano en D. 43.29.1 (Ulp., 71 *ed*):

Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam.

De este texto aparece claro su objetivo, que no es otro que hacer respetar la libertad de desplazamiento del hombre libre, buscando evitar que sin motivo legalmente válido fuera retenido. La expresión *tuendae libertatis causa* señala que lo buscado por el interdicto era la defensa de la libertad.

La concepción de hombre libre se refiere a toda persona libre, *ad omnem liberum pertinet*, y esta libertad es la facultad de movimiento, de desplazamiento en el espacio de la ciudad o del campo, de su propio domicilio, o del lugar de tránsito en que se encuentre. La violación de la libertad consiste en impedir esta movilidad reconocida como atributo del hombre libre, a través de cualquier clase de actos destinados al efecto, lo cual se expresa así en el texto de Paul. Sent. 5.6.14:

Adversus eum, qui hominen liberum vixerit, supresserit in clusserit operamve ut id fierit dederit.

2. O sea que la libertad resulta atropellada cuando se encadena a un individuo, cuando se lo detiene o cuando se lo encierra, sea que se realicen estas acciones por actividad personal o procurando que otro lo haga.

Paulo señala como otra forma de coartar la libertad impedir a alguien salir a la vía pública, Paul. Sent. 5.5.2:

Ut interdictum, et ita actio proponitur, ne quis via pública aliquem prohibeat.

Otros modos de violación de la libertad, según Paulo, es detener a alguien dentro de su domicilio o predio, o impedirle entrar en lo propio, Paul. Sent. 5.6.6:

Vi deiectus videtur et qui in predio vi retinetur et qui in via territus est, ne ad fundum suum accederet.

En resumen, la privación de la libertad consiste en atar, encadenar u ocultar de manera que no tenga acceso a sus semejantes, o encerrar al individuo coartando su libertad de desplazamiento.

IV. CUANDO SE UTILIZA EL INTERDICTO

1. Para usar el interdicto de *homine libero exhibendo* era necesario que el retenido fuera un hombre libre de cualquiera condición. Por tanto, la condición de libre era amplia y sólo se encontraba limitada en razón de la potestad que alguien tuviera legítimamente respecto de otro y que lo facultara para coartar su desplazamiento.

Ulpiano explica a quién debe entenderse por libre y define el ámbito de esta expresión indicando que bajo tal término debía entenderse todo hombre libre, fuera púber o impúber, hombre o mujer, uno o muchos, *sui iuris* o *alieni iuris*, pues sólo se atiende a la circunstancia que sea libre, D. 43.29.3.1 (Ulp., 71 *ed.*):

Haec verba 'quem liberum' ad omnem liberum pertinent, sive pubes sive impubes, sive masculum sive femina, sive unus sive plures, sive sui iuris sive alieni iuris, hoc enim tantum spectamus, an liber sit.

En el texto transcrito es señalado que se considera libre al *alieni iuris*. Bajo esta expresión hay que comprender al hijo bajo *patria potestas*, incluyendo al adrogado, al adoptado, a la mujer *in manu mariti* y al deudor *addictus* por el magistrado que se encuentra bajo el *mancipium* del acreedor. Quedan, en consecuencia, excluidos del interdicto los esclavos que se hallan bajo la potestad dominical.

2. El interdicto tiene lugar cuando hay seguridad de que la persona retenida es libre, o sea, que no hay dudas respecto de su estado de libertad. Si hubiere dudas sobre la condición de libre del retenido,

es previo el pronunciamiento del tribunal competente, y el pretor, en tal caso, debe abstenerse de otorgar el interdicto, según lo indica D. 43.29.7 (Ulp., 71 *ed.*):

Plane si dubitat, utrum liber an servus sit, vel facit status controversiam, recedendum erit ab hoc interdicto et agenda causa libertatis, etenim recte placuit tunc demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est: ceterum si quaeratur de statu, non oportet praeiudicium fieri alienae cognitioni.

La potestad que una persona tiene sobre otra puede impedirle el uso de su libertad y en tal caso no se entiende que pueda proceder el interdicto, pues el ejercicio de la legítima potestad respecto del dependiente es el uso de un derecho que está reconocido, D. 43.29.3.2 (Ulp., 71 *ed.*):

Is tamen, qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia dolo malo non videtur habere qui sui iure utitur.

En consecuencia, si el padre retiene al hijo, o el marido a la mujer, o el acreedor al deudor *addictus*, no procede contra ellos el interdicto, pues están haciendo uso de su potestad; pero contra un tercero que a estas personas libres sometidas a potestad encadenare, retuviere o encerrare, procede el uso del interdicto, como hay que deducirlo del sentido del texto de Ulpiano que comentamos.

Cuando el patrono retiene al liberto para exigirle las obras que debe hacer en su beneficio, cabe aplicar el interdicto como lo indica expresamente Cai. 4.162.:

aut exhibeatur libertus cui patronus operas indicere vellet.

pues la calidad de patrono no significa una potestad que limita la libertad del liberto.

V. CARACTERES DEL INTERDICTO

1. El interdicto de *homine libero exhibendo* era de acción pública y cualquiera podía intentarlo como lo indica D. 43.29.3.9 (Ulp., 71 *ed.*):

Hoc interdictum omnibus competit: nemo prohibendum est libertati favere.

Junto con señalar la calidad de interdicto público, se señala que la intención de su ejercicio es favorecer la libertad (*libertati favere*) y, en consecuencia, éste debe servir el interés que mueva a quien pretenda usarlo en provecho de un detenido.

2. El magistrado, sin embargo, debe ceñirse a criterios de equidad para otorgar el interdicto y ajustarse a ciertas normas de preferencia si son varios los que solicitan su interposición.

Debe ser, sin embargo, denegado el interdicto a las personas sospechosas, o si se trata de alguien que es posible que incurra en colusión o calumnia, D. 43. 29. 3.10 (Ulp., 71 *ed.*):

Plane ex causa suspectae personae removendae sunt, si forte talis persona sit, quam verisimile est colludere vel calumniari.

3. Si una mujer o un pupilo piden este interdicto, movidos en favor de un pariente, ascendiente, o afín, también debe dárseles el interdicto, pues pueden intervenir como partes en un juicio público cuando se quejan de ofensas recibidas por ellos o los suyos. D. 43.29.3.11 (Ulp., 71 *ed.*):

Sed etsi mulier vel pupillus hoc interdictum desiderent pro cognato vel parente vel adfine suo solliciti, dandum esse eis interdictum dicendum est: nam et público iudicio reos facere possunt, dum suas suorumque injurias exequantur.

Esta disposición es un caso de excepción a la regla que prohíbe a las mujeres y pupilos ejercitar una acción pública y sólo se les concede cuando el caso empece a ellos, D. 47.23.6 (Ulp., 25 *ed.*):

Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat.

Cabe notar que en el párrafo del interdicto se hace más extenso el alcance de la norma anterior, que limita el empleo de la acción popular sólo al caso que el asunto se refiera a ellos. En efecto, el interdicto de *homine libero exhibendo* extiende la capacidad de actuar en juicio en favor de los padres, ascendientes o afines cuyos grados no están limitados y, por consiguiente, deben considerarse ilimitadamente, según la opinión de los juriconsultos. En efecto Gayo dice en D. 50.16.51 (Gai., 23 *ed. prov.*):

Parentes non tantum pater sed etiam avus et proavus et deinceps omnes superiores continentur.

Ulpiano, explicando el parentesco para los efectos de la autorización que ciertas personas deben obtener del pretor con el fin de litigar, dice en D. 2.4.4 (Ulp., 5 ed.):

Parentem hic utriusque sexus accipe; sed ad in infinitum, quaeritur, quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores maiores dici: hoc veteres existimasse Pomponium refert. sed Gaius Cassius omnes in infinitum parentes dicit, quod et honestius est et merito obtinuit.

Respecto de las mujeres, en este interdicto se elimina la antigua regla transmitida por D. 50.17.2 (Ulp., 1 Sab.):

Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo . . . nec postulare . . .

4. Al indicarse que un *pupillus* puede interponer el interdicto *de homine libero exhibendo* hay que entender que se trata de un *impuber pubertate proximi* quien puede comparecer ante el magistrado y pedir dicha orden procesal. En efecto, bajo esta denominación se comprende al impúber que dejó de estar bajo patria potestad por emancipación otorgada por el padre o por muerte de éste. Así se lee en D. 50.16.239 (Pomp., 1. *sing. ench.*):

Pupillus est, qui, cum impubes est, desiit in patris potestate esse aut morte aut emancipatione.

Esta interpretación se opone a D. 3.1.3 (Ulp., 6 ed.):

Initium autem fecit praetor ab is, qui in totum prohibentur postulare in quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit, pueritiam: dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare, quia moderatam hanc aetatem ratus est ad procedendum in publicum, qua aetate aut paulo maiore fertur Nerva filius et publice de iure responsitasse.

Según este texto, para actuar en juicio (*postulare*) era necesario tener más de 17 años; sin embargo, en el caso del pupilo sólo es necesario tener siete años para solicitar el interdicto. Al parecer, así como se permitió a la mujer el *postulare* en este caso, de igual manera se otorgó al pupilo la capacidad para actuar en esta instancia ante el magistrado. Si al pupilo que está próximo a la pubertad se le reconoció una capacidad para cometer delitos, no sólo de hurto,

sino también de injurias, parece conforme que se le permitiera el *postulare* respecto del interdicto de libertad, pues este derecho inherente al hombre es fácil de comprender para un impúber, quien por estos motivos estaría en condiciones de conocer un caso de retención de un hombre libre e intentar en su favor este interdicto popular. El *favor libertatis* hizo aconsejable que se considerara esta excepción a la regla, capacitando al impúber para interponer el interdicto.

Sólo podía ejercerse la *postulatio* del interdicto cuando el detenido estuviera ligado con la mujer o el pupilo por un vínculo de parentesco, como era el caso de los ascendientes, de los cognados y de los afines.

También se puede interponer el interdicto en beneficio de los afines del que ejerce la *postulatio*.

5. La forma de presentar la petición del interdicto por todos estos parientes era actuando *pro eos*, es decir, invocando la especie del parentesco y grado que los vincula y por tal razón el pretor debía proceder a darles el interdicto siempre que ellos reclamen de la retención indebida de una persona ligada al reclamante por el correspondiente parentesco.

6. Cuando varios pretenden accionar, el pretor debe elegir a aquel a quien más afecte el asunto, o al que aparece más idóneo y debe ser elegido el que tenga mayor relación, confianza y dignidad para intervenir como actor, D.43.29.3.12 (Ulp., 71 *ed.*):

Si tamen plures sunt, qui experiri volent, eligendus est a praetore, ad quem maxime res pertinet vel is qui idoneor est; et est optimus in coniunctione, ex fide, ex dignitate actorem hoc interdicto eligendum.

Si después de ejercitado el interdicto, apareciere alguien que deseaba intentarlo de nuevo, no debía dársele, a no ser que tuviera algo que decir acerca de la falta de veracidad del anterior. D. 43.29.13 (Ulp, 71 *ed.*):

Si tamen, posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dicere.

Se podía intentar de nuevo este interdicto, previo conocimiento de causa, cuando el primer acusador hubiere sido condenado por prevaricación. D. 43.29.13 (Ulp., 71 *ed.*):

Itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est quam si praëvaricationis fuerit damnatus prior accusator.

7. Si el demandado condenado prefiere soportar el pago de la estimación, antes de exhibir al hombre libre retenido, era posible reiterar repetidas veces el interdicto. D. 43.29.13 (Ulp., 71 *ed.*):

Si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri.

Podía este interdicto ejercitarse contra un ausente y si no se defiende, debe entrarse en posesión de sus bienes por decreto del pretor. D. 43.29.13 (Ulp., 71 *ed.*):

Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit, sed si non defendatur, in bona eius eundum ait.

Si alguien retiene a un hombre libre, ignorando su estado, pero actúa con dolo malo, está obligado a exhibirlo. D. 43.29.4.pr. (Venul., 4 *interdic.*):

Si quis liberum hominem ignorantem suum statum retineat, tamen si dolo malo retinet, cogitur exhibere.

8. No queda sujeto al interdicto el que compró y retiene a una persona libre creyendo de buena fe que era esclava. D. 43.29.4.1 (Venul., 4 *inter.*):

Trebatius quoque ait non teneri eum, qui liberum hominem pro servo bona fide emerit et retineat.

No corresponde este interdicto al acreedor a fin de hacer presentar al deudor. D. 43.29.4.3 (Venul., 4 *inter.*):

Creditori non competit interdictum ut debitor exhibeatur.

Nadie está obligado a exhibir al deudor que se oculta, sino que debe procederse contra sus bienes, según edicto del pretor. D. 43.29.4.3 (Venul., 4 *inter.*):

Nec enim debitorem latitantem exhibere quisquam cogitur, sed in bona eius ex edicto praetoris itur.

VI. FORMA DE CUMPLIR LA ORDEN INTERDICTAL

1. La finalidad del interdicto de homine libero exhibendo es la presentación ante el magistrado del hombre libre retenido, en un acto público, de manera que pueda ser visto y cuya presencia corporal pueda ser verificada por el magistrado y el público.

El texto de Ulpiano se encarga de explicar en qué consiste la orden del magistrado y el efecto que ella debe producir D. 43.29.3.8 (Ulp., 71 *ed.*):

Ait praetor: Exhibeas, exhibere est in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere est extra secretum habere.

Exhibir equivale a presentar, lo que no es otra cosa que llevar a un lugar público, como es la tribuna del magistrado, y permitir la facultad de ver y tocar. O, como lo explica en otros términos, exhibir es tener fuera de secreto.

La exhibición también ha sido explicada por D. 50.16.22 (Gai., 4 *ad ed. prov.*):

Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam exhibere est praesentiam corporis habere, restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.

Gayo hace una comparación entre la exhibición y la restitución, explicando el sentido de cada término y la relación de ambos. Exhibir es tener a la vista el cuerpo ordenado mostrar, o sea, traer a la presencia del magistrado lo que se ha ordenado exhibir de un modo físico *praesentiam corporis habere*, lo que permite su percepción directa por los sentidos.

2. La opinión de los jurisconsultos es muy precisa y han explicado el término *exhibere* en un sentido que envuelve los siguientes elementos: presentación pública de manera que el hombre retenido esté en presencia del magistrado y de quien ha pedido el interdicto, de manera que puedan verlo y tocarlo cesando su permanencia en secreto.

Es una consecuencia de esta situación que cesa el acto de retención, pues si el que retenía no alega un legítimo derecho a mantenerla, que el magistrado reconozca válido éste deberá dar al retenido que ha sido exhibido la orden de que se vaya gozando de su libertad.

3. La potestad que autorice la retención debe ser invocada en la presencia del magistrado al tiempo de la exhibición, ya que una alegación posterior no será oída. Así lo dice Gai. 4.164:

Observare autem debetis, qui vult arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgetur.

El reclamo del retinente debe ser inmediato, mientras esté en la presencia del pretor pidiendo para ello un árbitro; si no lo hiciere, el pretor no lo oirá en el futuro.

VII. RETENCIÓN DOLOSA

1. La retención de un hombre libre debe efectuarse con dolo malo D. 43.29.1 (Ulp., 71 *ed.*):

Quem liberum dolo malo retines.

El dolo malo constituye un elemento de la ilicitud de la retención de manera que la sola retención en sí envuelve el dolo, sin que sea necesario demostrarlo como elemento intencional de la voluntad del retinente. Por esta razón el interdicto tiene un sentido objetivo destinado a defender la libertad y evitar que cualquiera pretenda retener a un hombre libre D. 43.29.1 (Ulp., 71 *ed.*):

Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam.

El solo hecho de retener a un hombre libre hace que el retinente sea sujeto pasivo de la orden del pretor de que se proceda a su exhibición. El dolo malo está involucrado en el hecho de la retención sin necesidad de una demostración de su existencia. Ello emana del fin de obtener que un hombre libre en manos de un tercero sea restituído, independientemente de cualquier indagación sobre el dolo de la persona por la cual el hombre está detenido⁶.

Si el hombre del que se trata es presumiblemente libre, el que lo retiene, sea o no con dolo en su retención, exhibirá al retenido, en razón, como se dijo, de que el dolo que se exige para el interdicto es un dolo objetivo.

⁶ G. LONGO (n. 4).

En tales circunstancias, el que retiene por el solo hecho de retener al hombre libre está sometido al interdicto, salvo que demuestre alguna de las situaciones que le habilitan para actuar contra el libre.

2. Ulpiano señala dos situaciones en que no está obligado a exhibir el que retiene; una que consiste en la existencia de una potestad sobre el retenido y otra, que es el que haya una justa causa para retener en favor del retinente.

Al efecto se lee en D. 43.29.3.2 (Ulp., 71 *ed.*):

Is tamen, qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia dolo malo non videtur habere qui suo iure utitur.

Las potestades que habilitan para retener a un hombre libre son la *patria potestas*, que corresponde al padre respecto del hijo que se encuentra sometido a él; la *manus* que tiene el marido respecto de la mujer adquirida a través de la *confarreatio*, de la *coemptio* o del *usus*; la *dominica potestas* que tiene el amo respecto de sus esclavos; y la *addictio* que es el poder que tiene el acreedor sobre el deudor que le ha sido entregado por el magistrado en la *manus iniectio*.

En estos casos en que hay potestad sobre el retenido no es procedente el interdicto contra el retinente (*hoc interdicto non tenebitur*) y, en consecuencia, está exento de la obligación de exhibir. La razón por la cual el retinente no puede ser afectado por el interdicto la da el mismo Ulpiano D. 43.29.3.2 (Ulp., 71 *ed.*), cuando agrega:

quia dolo malo non videtur habere qui suo iure utitur.

Si se usa la potestad que se tiene respecto de alguno, reteniéndolo, no se entiende que actúa con dolo malo.

3. Tampoco queda sujeto al interdicto quien tiene a su favor una justa causa de retención como se indica en D. 43.29.3.4 (Ulp., 71 *ed.*):

Et generaliter qui iustam causam habet hominis liberi apud se retinendi, non videtur dolo malo facere.

Por tanto, si hay una justa causa de retención que pueda ser invocada por el retinente se debe entender que no hay dolo malo y, en consecuencia, que no queda sometido al interdicto,

Los casos en que Ulpiano considera que no hay dolo malo son:

a) El que redime a alguien del enemigo y lo retiene no está sometido al interdicto, pues carece de dolo malo. D. 43.29.3.3 (Ulp., 71 *ed.*):

Si quis eum, quem ab hostibus redemit, retineat, in ea causa est, ut interdicto non teneatur: non enim dolo malo facit.

Pero cuando se ofrece el reembolso del rescate, hay lugar al interdicto si retiene al rescatado. D. 43.29.3.3 (Ulp., 71 *ed.*):

Plane si offertur pretium, interdictum, locum habet.

Mas si suelta al rescatado sin haber recibido el valor del rescate, después de liberado quiere retenerlo, hay lugar al interdicto. D. 43.29.3.3 (Ulp., 71 *ed.*):

sed et si eum remisit pretio non accepto, dicendum est interdicto locum fore, si, posteaquam, semel remisit, velit retinere.

En consecuencia, el que ejerce potestad sobre el prisionero que ha rescatado del enemigo y lo retiene por haberlo redimido, no comete dolo, pues lo hace por una justa causa que es la redención, lo que puede verse alterado por las circunstancias que se previenen en el pasaje.

b) El caso siguiente se refiere a la retención del hijo que no se encuentra sometido a patria potestad, cuando ésta se realiza por el propio padre. D. 43.29.3.4 (Ulp., 71 *ed.*):

Si eum quis retineat filium, quem non habet in potestate, plerumque sine dolo malo facere videtur, pietas enim genuine efficit sine dolo malo retineri, nisi si evidens dolus intercedat.

El derecho de retención del hijo es una facultad que confiere al padre la *patria potestas*, de manera que si este vínculo no existe tampoco hay lugar a la retención legítima del hijo. Si el padre lo retiene procede en su contra el interdicto. Pero el jurisconsulto considera que en este caso la retención puede efectuarse sin dolo basada en el deseo del padre de que el hijo permanezca a su lado, sea por afecto o por necesidad, como acontecería si necesita de su auxilio por enfermedad, por su avanzada edad, o por la urgencia de su trabajo y en tales casos no habría dolo. Pero podría darse el caso

en que el padre lo retuviera por dolo malo evidente, o sea con una intención de entorpecer los intereses u obligaciones del hijo para con su esposa, con su familia o para con la patria y en tales casos cabría dar lugar al interdicto.

El texto presenta una clara interpolación en la frase *pietas enim genuina efficit sine dolo malo retineri, nisi si evidens dolus malus intercedat*, pues la razón indicada allí no era admitida en el derecho clásico, sino que corresponde al sentimiento de piedad que sólo fue reconocido en la legislación del Bajo Imperio⁷. La *pietas* es una virtud que debe existir siempre entre el padre y el hijo, en razón de su vinculación natural, y de aceptarla en el modo amplio en que se expresa en el texto nunca habría dolo malo en la retención del hijo, pues el vínculo natural nunca se rompe. En el derecho clásico la situación es diferente, pues el lazo de la agnación se destruye por la emancipación y por otras causas que el derecho reconoce, en virtud de las cuales la *patria potestas* se extingue y el hijo queda libre del padre por haber terminado la indicada potestad; lo cual conlleva la absoluta imposibilidad de ejercitar la retención como un legítimo derecho. La *pietas* es un sentimiento natural absolutamente ajeno a la potestad y no tiene ninguna vinculación con ella. La concepción de que la *pietas* elimina el dolo malo es sólo relativa, pues presenta una contradicción con la frase siguiente que admite la retención del padre respecto del hijo con dolo malo. Este dolo malo es diferente del que analizamos al explicar el valor que se le da en el texto del edicto que destacamos como objetivo y constitutivo de la actitud ilícita de la retención del hombre libre; aquí recibe una acepción subjetiva, o sea, la de causar un perjuicio o daño al hijo en sus intereses o en su derecho. Agrega aún una consideración especial al decir que el dolo debe ser evidente, *nisi si evidens dolus malus intercedat*. De todas estas consideraciones resalta que el fragmento en referencia está interpolado y no corresponde al sentido del interdicto en la época clásica.

c) Agrega el texto otros casos que relaciona con el del hijo emancipado, señalando que debe dársele el mismo tratamiento *idem erit dicendum*. En estos términos se daría a entender que los casos que se enuncian son semejantes al del padre con el hijo. Pero en realidad se trata de casos sólo análogos en lo que se refiere a la *pietas*, o sea, que derivan de la interpolación. Así se lee en D. 43.29.3.4 (Ulp., 71 ed.):

⁷ BIONDO BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano* (Milano 1952), T. II, p. 146 ss.

Proinde et si libertum suum vel alumnum vel noxae deditum adhuc impuberem idem erit dicendum⁸.

Los casos a que se refiere este fragmento presentarían una situación semejante al del hijo en el sentido de que la retención de ellos se realiza por lo general sin dolo malo y por un sentimiento o vínculo especial para con el retenido. Respecto del *libertum suum*, el antiguo amo podría guardar un especial afecto o una virtual necesidad de conservarlo a su lado, sea como educador de sus hijos, o por encargos de confianza que le hubiere encomendado, lo que constituiría una justificada causal para la retención. La indicación *adhuc impuberem* presenta para Mommsen una interrogante en el sentido que se refiera o al *alumnum* o al *noxae deditum*⁹, pero en definitiva señaló en el texto que era una calidad aplicable a este último. *Alumnum* se refiere, según los clásicos latinos, a aquel que se ha criado al cuidado de una persona desde su niñez, o al discípulo que desde niño ha estado al cuidado de su maestro, situaciones que significarían un rango de afección semejante al del hijo. En lo que se refiere al *noxae deditum adhuc impuberem* asistiría una razón semejante porque si el padre lo ha entregado en esta calidad puede considerar que el hijo o el esclavo menor requieren aún de su cuidado antes de ser abandonados en manos de la víctima.

Agrega el Digesto un principio de carácter general D. 43.29.4 (Ulp., 71 *ed.*):

Et generaliter qui justam causam habet hominis liberi apud se retinendi, non videtur dolo malo facere.

Esta regla de carácter tan general sin explicación de sus fundamentos podría considerarse interpolada. En efecto, Ulpiano ha planteado los casos específicos en que el pretor podría equitativamente considerar justificada la retención por circunstancias personales que ligan al actor con el retenido. En cambio, en esta última frase a modo de síntesis se indica que toda justa causa de retener a un hombre evitaría la existencia del dolo malo. Esta concepción se aleja de la idea ya explicada de que el dolo que envuelve el acto de retención implica su ilicitud objetiva. El oficio del pretor es bastante amplio para que aplicando la equidad pudiese en un caso determinado e hipotético establecer la justificación de la reten-

⁸ MOMMSEN-KRUGER, Iustinianus Digesta II, p. 616.

⁹ MOMMSEN-KRUGER, Iustinianus Digesta II, p. 616. Señala Mommsen que *adhuc impuberem* no figura en Doroteo ni en los textos griegos.

ción sin desfigurar el dolo que en sí envuelve objetivamente toda retención. La justificación de la retención para Ulpiano está constituida por la existencia de una *potestas* frente al retenido y por ciertas situaciones casuísticas muy limitadas y escasamente configuradas, de manera que una norma general sobre justas causas como se indica en el texto presenta una proyección que atenta contra el sentido y fin del interdicto que trata de defender el goce de la libertad de todo hombre libre por su estado. Esta alusión, por demás vaga, de justas causas de retención carente de una configuración clara, parece más bien agregada por un autor postclásico o por los compiladores bizantinos.

d) La retención consentida por el retenido no involucra dolo malo en el retinente D. 43.29.4 (Ulp., 71 *ed.*):

Si quis volentem retinet, non videtur dolo malo retinere.

Quien desea ser retenido voluntariamente no hace incurrir en el dolo malo a quien accede a efectuar la retención. Este caso señalado por Ulpiano hace resaltar la interpolación antes aludida, pues en la ordenación de los casos que menciona el jurisconsulto se encontraría mal ubicada una regla general que corta de un modo ostensible el desarrollo del pensamiento del autor. Esta es una causa justa de retención al igual que las anteriores, aunque la motivación sea de diferente calidad que las antes expuestas.

Pero agrega el jurisconsulto que si el retinente ha usado frente al retenido de astucia, engaño, seducción o ruego, o si careció de una buena o aprobable razón hay que reconocer que ha retenido con dolo malo D. 43.29.5 (Ulp., 71 *ed.*):

Sed quid si volentem quidem retineat, non tamen sine caliditate circumventum vel seductum vel sollicitatum, neque bona vel probabile ratione hac facit? recte dicitur dolo malo retinere.

La voluntad del retenido debe provenir de una espontánea resolución, y no de situaciones arteras que use el retinente para influir en el ánimo del retenido. En este último caso la retención no se justifica y en tal situación es procedente el uso del interdicto.

e) El que ignora que se encuentra en presencia de un hombre libre carece de dolo en su retención. D. 43.29.3.6 (Ulp., 71 *ed.*):

Is, qui nescit apud se esse hominem liberum, dolo malo caret.

La ignorancia sobre el estado de libertad de un hombre que se retiene hace que esta acción carezca de dolo malo, pero está obligado a soltarlo desde que toma conocimiento de su verdadero estado de hombre libre, pues desde ese instante incurre en una posición dolosa: D. 43.29.3.6. (Ulp., 71 *ed.*):

Sed ubi certioratus retinet, dolo malo non caret.

f) Cuando alguien ignora si un individuo es libre o esclavo o si se plantea controversia acerca de su estado, no puede intentarse el interdicto, sino que debe procederse a intentar el juicio acerca de su libertad, pues se ha estimado que este interdicto sólo tiene lugar cuando un individuo es ciertamente libre; si hay lugar a una investigación acerca de su estado no es conveniente establecer un precedente a través de una diligencia realizada por una magistratura incompetente. D. 43.29.3.7 (Ulp., 71 *ed.*):

Plane si dubitat, utrum liber an servus sit, vel facit statum controversiam, recendum erit ab hoc interdicto et agenda causa libertatis, etenim recte placuit tunc demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est: ceterum si quaeratur de statu, non oportet praeiudicium fieri alienae cognitioni.

En este párrafo se reafirma la doctrina de que el interdicto está destinado a la protección de los hombres libres, y se señala el procedimiento judicial a seguir en caso de duda o si se produce una discusión acerca de su verdadero estado.

4. De todo lo expuesto queda claramente establecido que la interposición del interdicto procede cuando el retenido es un hombre libre, sin que existan dudas sobre ello, y que el retinente debe actuar con dolo, esto es atentando contra el ejercicio de la libertad de que debe gozar el detenido de acuerdo con su estado. Puede acontecer que el que retiene a un hombre libre lo haga en razón de una potestad que tenga respecto de él, o en razón de una justa causa de retención, o por ignorancia, y en tales casos el magistrado puede estimar que no debe aplicarse el interdicto pues no concurren las circunstancias de que se actúe con dolo al restringir la libertad ajena.

VIII. TRAMITACIÓN DEL INTERDICTO

1. La tramitación del interdicto se inicia con la petición del que asume la iniciación de la acción popular que abre la interposición del interdicto. Se ignoran las palabras que debían emplearse, pero no es impropio entender que serían: *Dico Numerium Negidium, hominem liberum Titium retinere*. En cambio las palabras con que el pretor da lugar al interdicto han sido conservadas en D. 43.29.1 (Ulp., *ed.*):

Ait Praetor: Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.

2. ¿Era necesaria la previa citación del retinente ante el magistrado por la *in ius vocatio*? Al parecer no se requiere, pues podía iniciarse el interdicto contra un ausente como lo sostenía Labeón. D. 43.29.3.14 (Ulp. 71, *ed.*):

Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit, sed si non defendatur, in bona eis eundum ait.

De manera que al actor, en conocimiento de la retención de alguien, le bastaba con acudir al pretor, deducir la acción popular del interdicto y obtener la correspondiente orden de exhibir.

3. La exhibición debía efectuarse de inmediato y no se concedía ningún lapso para la presentación del retenido, ni siquiera como algunos pretendieron, según lo afirma Venuleio, un poco de tiempo. No se puede retener al hombre libre por ningún espacio de tiempo, por lo que el tenor de la orden consistía en una perentoria exigencia de una presentación inmediata. D. 43.29.4.2 (Venul., 4 *int.*):

Nulla tempore dolo malo retinet homo liber debet, adeo ut quidam putaverint nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum, quoniam praeteriti facti poena praestanda est.

El pretor, de acuerdo a lo expuesto, no podía conceder plazo para la exhibición, ni tampoco está obligado a darlo el actor.

IX. EFECTOS PROCESALES DE LA ORDEN INTERDICTAL

Las normas que el proceso debe seguir en este interdicto exhibitorio están expuestas por Gayo en sus comentarios (4.161-165). Ellas revisten una compleja situación, pues de la interposición de la acción

nacen relaciones que importan responsabilidades tanto para el actor como para el requerido de exhibir por la orden del pretor.

Puede acontecer que el requerido por el interdicto proceda lisa y llanamente a presentarlo (*exhibere*), con lo que aparentemente debería terminar el proceso y, por lo que al retenido se refiere, recuperaría éste su libertad; pero ello no acontece, pues la retención acarrea responsabilidades que emanan de las circunstancias en que se interpuso la acción o de las alegaciones que pueda deducir el *reus*, todo lo cual debe ventilarse en el proceso. Puede acontecer, al efecto, que el *reus* no esté obligado a exhibir, por no proceder en su contra el interdicto o por haber razones que justifiquen la retención, o que se niegue a exhibirlo por estimar que no está obligado a exhibir, o simplemente se niegue a exhibir al hombre libre que detenta bajo su poder.

Estas situaciones están descritas por Gayo en los siguientes términos. Gai. 4.162:

Si igitur restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, veluti ut restituatur ei possessio qui vi deiectus est, aut exhibeatur libertus cui patronus operas indicere vellet, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo.

El peligro de que habla el texto son las consecuencias de la responsabilidad que en razón de la acción o de la retención puedan afectar a las partes litigantes. Todo lo cual dependerá de la intención del actor al interponer el interdicto, o de la relación que exista entre el retenido y el retinente en lo que se refiere a la acción de retener.

X. EXHIBICIÓN EN LA ETAPA *IN IURE*

Parece necesario tener presente lo que dice Valerio Probo cuando trata de las notas que se usaban en el proceso del interdicto exhibitorio para indicar la orden del pretor R.A.Q.E.I.E. (*restituas antequam ex iure exeas*), o sea, que la orden debía cumplirse antes que saliera de la presencia del magistrado, situación que está corroborada por Gai 4.164, donde se indica que si el demandado desea que se nombre un árbitro debe efectuarlo en ese mismo momento, o sea, en la etapa *in iure*.

Sobre la finalidad que se perseguía con la orden, a pesar de los textos indicados, Lenel presenta sus dudas y dice¹⁰: La primera

¹⁰ OTTO LENEL, *L'Edit perpétuel* (Darmstadt, 1975, Reimpresión de la edición de 1903) Tomo II, p. 190.

impresión que produce esta redacción no es ciertamente favorable: ¿el pretor quería en efecto obligar al defensor a la restitución inmediata *in iure*? En ciertos casos una exhibición en esta forma podría haber resultado absolutamente imposible, como en el caso en que el hombre que debía ser exhibido se encontrara a gran distancia del tribunal. Agrega Lenel que la orden dada por el pretor era una cosa de pura forma y no tenía otro fin que servir de base al juicio posterior en el cual el *reus* tendría todos los recursos para su correcta defensa.

Esta opinión deja como ineficaz la orden y mira más a velar por la defensa del demandante que a la libertad del retenido y al valor de la voluntad de la autoridad. Ello parece ir contra el fin del interdicto que es evitar la limitación a la libertad: *tuendae libertatis causa*.

Parece obvio que la primera alternativa que nazca de la orden del interdicto es que el hombre retenido sea puesto en libertad mediante el cumplimiento inmediato de la orden y ante el mismo tribunal. Para ser más exacto se podría admitir que el *reus* exhiba ante el magistrado al hombre retenido, y en este caso, en la misma etapa *in iure*, antes que se aleje el pretor, éste pronuncie la resolución que declara que el hombre puede partir gozando de su libertad, pues como se indica los hombres libres no pueden ser retenidos por cualquiera.

XI. JUICIO ARBITRARIO

Si el demandado no cumple de inmediato la orden del magistrado o estima que no procede cumplirla puede pedir que se designe un árbitro (*iudex*) ante el cual se ventila la procedencia de la orden del magistrado o la licitud de la retención del hombre libre. Esta petición debe formularse mientras se encuentra en presencia del magistrado (*in iure*) Gai. 4.164:

Observare autem debet is qui vult arbitrum petere, ut statim petat, ante quam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat.

La sanción que acarrea el no formular en esta oportunidad la petición es no ser escuchado posteriormente:

sero enim petentibus non indulgetur.

Es, por consiguiente, indispensable solicitar la designación del árbitro (*iudex*) en el lapso que dura la audiencia, pues de lo contrario no podrá efectuarlo con posterioridad. La forma como se designaba el *iudex* no es conocida. Lenel considera que en los juicios exhibitorios se designaba un *iudex unus*¹¹.

XII. RIESGO DE SANCIONES POR ABUSO DEL INTERDICTO

El actor acciona sin el riesgo de una sanción contra aquel que no está obligado a exhibir, a no ser que se le hubiere opuesto un juicio de calumnia por la décima parte. Esto acontecía cuando se interponía el interdicto contra quien tenía derecho a la retención y se le hacía responsable de haberlo acusado de una retención ilegítima cuando en realidad al retener al hombre libre lo hacía en ejercicio de su potestad legítima. Gai. 4.163.

Siendo el *iudicium calumniae decimae partis* la petición de una sanción contra el actor, éste puede ser condenado cuando no ha procedido correctamente y ha interpuesto la acción para vejar o injuriar al adversario, o porque espera ganar el litigio por un error del juez o por un fallo inicuo, y no en conformidad a la verdad (Gai. 4.178).

De manera que quien interpone el interdicto con aviesa intención a fin de injuriar al retinente que ejerce una potestad sobre el retenido o goza de una justa causa de retención, incurre en responsabilidad si el demandado le opone juicio de calumnia con una multa equivalente a la décima parte del valor de la cosa. Esta norma clásica fue modificada por Justiniano, a raíz de haber caído en desuso el citado juicio de calumnia, habiéndose en su lugar establecido el juramento de calumnia, disponiéndose además que estaba obligado a pagar al adversario el daño causado y las impensas de la litis.

De manera que de acuerdo con la legislación de Justiniano el que intentaba el interdicto de *homine libero exhibendo* con el ánimo de injuriar o con torcida intención se hacía responsable del daño que infiriera al retinente y de las impensas del juicio (I. 4.16.1).

¹¹ LENEL (n. 10), p. 192. Siguiendo el texto citado, Lenel reconstruye la norma de este modo: *quanti actor iuraverit non calumniae causa se postulare sponsionem fieri*. El actor no debía exceder la fijación del valor de la cosa, en este caso la libertad del hombre, según D. 43.17.1. que Lenel extiende al interdicto exhibitorio según la redacción: *neque pluris quam quanti res erit. scil. sponsionem fieri permitam*. El pretor en todo caso mantenía el poder de regular la cantidad jurada por el actor.

XIII. DISCREPANCIA DE PROCULEYANOS Y SABINIANOS

La petición de árbitro dio lugar a discrepancias entre las escuelas proculeyana y sabiniana. En efecto, Próculo estimó que no debía otorgarse el uso del juicio de calumnia a aquel que pidiera un árbitro, pues entendía que por el solo hecho de pedirlo debía entenderse confeso de exhibir o de restituir. Pero los sabinianos, entre los que se encuentra Gayo, opinaron que el procedimiento a usar era otro, lo que parecería más recto. El que pide un árbitro no lo hace porque se declare confeso, sino porque desea litigar por una vía más simple. Gai. 4.163:

Quamquam Proculus placuit non esse permittendum calumniae iudicio uti ei, qui arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. Sed alio iure utimur, et recte: potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

XIV. MOMENTOS EN QUE SE PUEDE OBTENER LA LIBERTAD

La finalidad del interdicto de *homine libero exhibendo* es hacer cesar la retención de un hombre libre. D. 43.29.13 (Ulp., 71 *ed.*):

El texto de Ulpiano se refiere claramente a que el interdicto está dirigido a obtener la exhibición del retenido, y que si esto no se hubiere logrado, a pesar de que en los juicios secutorios se hubiere sentenciado a una condena pecuniaria, podrá sin embargo reiterarse varias veces el interdicto hasta obtener la exhibición.

De aquí se desprende que en el trámite del interdicto puede obtenerse la libertad en tres momentos del procedimiento. Uno es cuando se obtiene la exhibición inmediata por el cumplimiento estricto de la orden interdictal del pretor. El segundo es a través del juicio arbitrario que se sigue a la orden por pedir el *reus* que retiene al hombre libre un *arbiter* como lo indica Gayo 4.163.

La fórmula arbitraria dispone que el *reus* según el arbitrio del juez debe exhibir al retenido; si accede a este requerimiento, la sentencia del juez debe ser absolutoria.

El tercero se desprende del texto de Ulpiano que autoriza a reiterar el interdicto muchas veces contra el *reus* aunque éste se hubiere allanado a pagar el valor o la estimación del retenido en varias ocasiones, pues el interdicto puede reiterarse hasta obtener la libertad.

La exhibición en los dos primeros casos debe ser inmediata a la orden del pretor, o en cumplimiento de la intimación arbitraria del juez. El cumplimiento inmediato está establecido en el texto de la intimación, pues ni el pretor ni el árbitro tienen facultad para otorgar un plazo al efecto.

Así lo dice D. 43.29.4.2 (Venul., *int.*):

Nulla tempore dolo malo retineri homo liber debet, adeo ut quidam putaverint nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum, quoniam praeteriti facti poena praestanda est.

XV. SANCIÓN PECUNIARIA

Si el hombre libre no es exhibido, por la vía del juicio secutorio se procede a sancionar al retinente, siendo sentenciado a pagar la suma en que fuere estimado el hombre libre. Así lo dice Gai. 4.163:

quo si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.

En consecuencia, la sanción que acarrea la desobediencia a la orden del juez es la condena en una suma equivalente a la estimación del retenido.

Desde muy antiguo en los juicios romanos la libertad de un hombre era estimada, y así en la época de las *legis actiones* Gai. 4.4. se lee que cuando se litigaba la libertad de un hombre debía depositarse un *sacramentum* de 50 ases:

At si de libertate hominis controversia erat etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur.

Ulpiano sostiene que el retinente puede ser condenado a pagar la estimación del hombre libre y expresa en D. 43.29.3.13 (Ulp., 71, *ed.*):

si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere.

En consecuencia la alternativa a la condena de exhibir al hombre libre retenido es el pago de una suma que es su estimación. Esta suma debía ser fijada por el juez o árbitro y le era permitido

determinar su monto mediante el juramento del actor como indica Gayo 4.186:

Si vero ex ceteris causis quanti actor iuraverit.

Sin embargo, el pretor se reservaba la facultad de regular el monto según D. 43.17.1 (Ulp., 69 *ed.*):

neque pluris quam quanti res erit agere permitam.

XVI. RECONSTITUCIÓN DE O. LENEL

Después de explicado el interdicto de *homine libero exhibendo* conviene recordar y analizar la reconstitución que de él hace O. Lenel¹².

El eminente autor alemán expone su reconstitución en base a breves indicaciones de las fuentes. Cita al efecto a Ulpiano libro 71 *ad edictum* y Venuleio, en el libro 4 *interdictorum* y en una nota se refiere a Paulo D. 43.1.2.1. en que se lee: *Officii causa de homine libero exhibendo*.

La descripción comprende cuatro partes: La primera reproduce el texto del Edicto: *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*, señalando en nota que este interdicto compete a todos, aun contra los ausentes y que es perpetuo; la segunda está constituida por la *condemnatio*, en que cita a Ulpiano 71 h.t. 3 párrafo 13 donde se señala que el reo condenado prefiere pagar la estimación antes que exhibir al hombre. La cita no es precisa sino que se refiere a todo el número 13 en que se contienen otras situaciones ajenas a la *condemnatio*.

Finalmente el *Officium iudicis* estaría descrito en el texto de Venuleio según el cual no se puede conceder ningún tiempo al que retiene con dolo malo a un hombre libre, y ni aun debe dársele un poco de tiempo.

La reconstitución de Lenel resulta en cierto modo insatisfactoria, pues no ofrece precisión sobre el real contenido del interdicto, pues las citas indicadas si bien son textos de Ulpiano y Venuleio conservados en el Digesto ellas no llenan la condición requerida de dar una idea clara de cómo debió ser el contenido de la fórmula, sino indica fragmentos incompletos y aún ambiguos como se advierte en la *condemnatio* que incluye elementos que nada tienen que ver en el conjunto con los dos términos fundamentales como

¹² LENEL (n. 10), p. 190.

son la liberación del retenido o la condena a la estimación y que queda desarticulada de la clara exposición de la *condemnatio* que consigna Gayo en 4.163 la que no puede dejar de considerarse, pues es la exposición más exacta de ella en el procedimiento de los interdictos exhibitorios. Hay que respetar la idea de Lenel de no reconstituir fórmulas al estilo de Ruddorf, pero no se pueden relegar los textos valiosos que completan el material básico preservado.

En lo que se refiere al *officium iudicis* hay una contradicción entre la exposición general de los interdictos con el párrafo citado de Venuleio, pues en la primera¹³ dice que la orden de exhibir no está concebida como un mandato perentorio, sino como una mera forma que no tendría otro fin que servir de base a la *sponsio* a la cual ella debe preceder. En efecto el párrafo de Venuleio al afirmar que no se puede dar un lapso al que retiene al hombre libre con dolo malo, por breve que sea, porque hay que sancionar el hecho cometido, está indicando claramente que la orden del pretor *exhibeas* es perentoria, en contra de la opinión del autor alemán.

XVII. CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto hay que concluir que el pretor romano a través de su edicto, supo proveer, en su lejana época, al derecho a la libertad de los hombres considerados libres según su estatuto, de un medio eficaz, basado en el ejercicio de su imperio magistradual para restituir la libertad al hombre libre, retenido, mediante una orden inmediata de hacer cesar los manejos encaminados a entorpecerle dolosamente; y estableció normas procesales expeditas para la discusión y fallo de los litigios que surgieran, permitiendo incluso la reiteración de los requerimientos en favor de la libertad para asegurar su restablecimiento.

¹³ LENEL (n. 10), p. 190.