

691  
24j



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**LA EVOLUCION Y TRASCENDENCIA DE LA  
ACTIO ROMANA PARA LA ELABORACION  
DE LAS MODERNAS TEORIAS SOBRE LA  
NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION.**

**TESIS CON  
FALSA DE ORIGEN**

**T E S I S**

que para obtener el Título de

**LICENCIADO EN DERECHO**

p r e s e n t a

**RUBEN CUAUHEMOC RANGEL RODRIGUEZ**



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## I N T R O D U C C I O N

Entiendo que, de manera general, la formación de un jurista debe comprender dos aspectos fundamentales: su formación académica y su actividad forense, en la administración pública o en cualquier trabajo relacionado con su profesión. Estas partes — que forman una sola unidad se encuentran frecuentemente separadas y constantemente se conciben como aspectos independientes — que raras veces coinciden.

Este fenómeno ha producido a la larga el desprestigio de la formación académica a tal grado que el plan de estudios de la Facultad de Derecho representa para el alumno una molesta e interminable lista de materias que deben cumplirse y acreditarse — para obtener el título profesional; a la vez que la vida laboral aparece como una actividad que difiere esencialmente de lo que se aprendió en la escuela.

Por estos motivos, las tesis profesionales y muchas de las materias obligatorias de la Facultad pierden su interés para el alumno, quien cumple con ellas como mera formalidad. Al respecto quiero decir que esta especial manera de apreciar la formación académica es incorrecta, porque la teoría y la práctica del Derecho no son aspectos aislados ni mucho menos independientes, sino que se encuentran indisolublemente ligados.

El planteamiento y recuento de las causas que originan esta falsa concepción son innumerables y a ellas confluyen factores - que se encuentran tanto en la vida diaria de nuestros Tribunales como en determinados aspectos administrativos, académicos y aún directivos de la Facultad de Derecho. Me detengo en uno de esos factores que considero de notable influencia en este fenómeno y que consiste en que en la Facultad de Derecho, y quizá en la mayoría de los centros de enseñanza jurídica de nuestro país, se enseña el Derecho como una materia sin vida, sin antecedentes, - desnaturalizada, como un bloque de conocimientos surgidos de la nada que aparecen de pronto ante la vista del estudiante y que - tienen que ser aprendidos y memorizados por él sin atender las - razones y causas de su existencia.

Por otro lado, la enseñanza del Derecho tiende particularmente al aspecto práctico y se delesnea y menosprecia la concepción teórica y científica de la materia; así el estudiante se encuentra principalmente con el problema de la ley positiva, la -- ley vigente y su aplicación. En lo que respecta a los problemas teóricos, éstos se reducen a una mínima exposición de teorías bá sicas que el alumno absorbe ininteligiblemente.

Con esta situación el alumno ni siquiera percibe una de las cuestiones teóricas de mayor repercusión para la vida forense -- del Derecho y que debe ser considerado como uno de los problemas fundamentales que integran la enseñanza en la Facultad y que es la cuestión de saber y en su caso conocer y explicar los argumenen tos de la categoría científica del Derecho. ¿Es el Derecho una -

ciencia? si el estudiante de Derecho no posee los conocimientos-suficientes para hacerse esa pregunta y los argumentos suficientes para tratar de apoyar su opinión, indudablemente su vida ---práctica, sea exitosa o no, se verá reducida a una simple actividad cuasi-empírica carente de toda formación académica.

En lo que respecta al Derecho Procesal, que es la materia -de mi trabajo, el problema puede ser fácilmente trasladado: el -estudiante puede aprender fácilmente con o sin maestro, las etapas del procedimiento civil ordinario por ejemplo y hasta puede-convertirse en autoridad al respecto ya que de hecho muchas personas sin tener la preparación académica exigida, entienden de -la problemática judicial y se mantienen económicamente de su tra**ba**jo. Pero si no conoce los principios procesales y los antecede--dentes que nutren a sus instituciones y a la doctrina procesal;-de poco habrá servido su preparación académica.

En el trabajo que presento como tesis, reviso el pilar que-fundamenta la autonomía del Derecho Procesal como una rama autó-noma de la juricidad; ese pilar es el concepto de acción proce--sal mismo que estudio en sus antecedentes históricos y en su evolución a través de los siglos. Por esto la exposición de mi tra**ba**jo contempla como objeto principal el problema de la autonomía del derecho procesal, particularmente la independencia que se dice existe entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material que se trata de hacer valer en juicio.

Parece que actualmente la autonomía del derecho procesal es una verdad indiscutible; pero hace apenas más de un siglo la situación no parecía tan clara. Efectivamente, en la Europa occidental de mediados del siglo pasado se realizaron diversos estudios que tomaron como punto de referencia la "actio" romana. En el derecho romano se encuentra el lejano antecedente del concepto de acción, que teniendo entonces gran trascendencia se diluyó después en el bastísimo y variado universo jurídico medieval, -- que tal parece no reconoció la importancia de este concepto dejándolo en la obscuridad hasta que volvió a ver luz en el siglo XIX.

Cabe observar que la Europa Medieval y Renacentista se sirvió excesivamente de las instituciones del derecho romano que so brevivamente a la caída del Imperio de occidente; sobre todo en la versión del Corpus Iuris de Justiniano cuya compilación conservó para las futuras generaciones la famosa definición de acción expuesta por el jurisconsulto Celso.

Sin riesgo a exagerar, se puede decir que las legislaciones de los diversos países de la Europa Medieval se nutrieron del de recho romano; y en la misma medida, el derecho procesal moderno adquirió bastantes características de los procedimientos civiles romanos. Así mismo, como es notoriamente sabido, el derecho nacional y específicamente el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, adoptó gran contenido de la legislación española, por lo que también nuestra Ley Adjetiva se encuentra enormemente influída por la tradición romana.

Por estas razones y ya sea para iniciar el estudio doctrinal de la autonomía del derecho de acción o para comprender la estructura de nuestra legislación procesal positiva, se encuentra uno invariablemente con el imperativo de tener que recurrir a las fuentes del derecho romano en general y para el caso, a los antecedentes del derecho de acción y su evolución a través de los siglos.

Por estos motivos el presente trabajo incluye, además, tres temas que se manifiestan como principales:

1).- Un esbozo de la evolución del concepto de acción en el derecho romano, en el que expongo las principales características de los conocidos periodos en que se divide su desarrollo y que son el de las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario, dentro de los cuales tomo preferente atención por el segundo, ya que a través de sus específicas características se observa que la acción nació con independencia del derecho sustancial e inclusive en algunos casos la acción engendrabá al derecho. Así mismo comento brevemente algunos temas importantes como son la formalidad excesiva de las acciones de la ley, los efectos de la litis contestatio, los diferentes tipos de fórmulas, el carácter privado o público del procedimiento y otros más que ayudan a la mejor comprensión del lugar predominante que ocupaba la acción en el derecho romano.

2).- Después de la caída del Imperio Romano de Occidente, -

la acción pierde el lugar dominante que había llegado a tener; - pero, como ya se dijo, de cualquier manera el derecho romano en general influyó de tal manera las legislaciones medievales, rena-centistas y modernas, que incluso se puede pensar que los dere-chos europeos y latinoamericanos son, en cierto sentido, una con-tinuación o prolongación del derecho romano. Por este motivo es-tudio, a grandes pasos, el desenvolvimiento del derecho romano a través de la Edad Media y el Renacimiento, su relación con los dere-chos germánicos y con el derecho canónico; reviso las princi-pales escuelas jurídicas medievales como la de los glosadores y postglosadores que tanto contribuyeron para que el derecho roma-no se extendiera por casi toda Europa; también hago mención de los famosos fenómenos jurídicos de la recepción del derecho roma-no y del movimiento codificador que fué consecuencia de las rev-oluciones políticas del siglo XVIII, las que poniendo fin al sis-tema feudal, con ello hicieron aparecer un especial concepto del dere-cho que muchas veces se identificaba totalmente con la idea de la ley. Todos estos temas tienen por objeto seguir la huella del derecho romano por todas estas épocas para hacer más vivos - los antecedentes inmediatos del movimiento jurídico alemán que - fué el causante, quizá de manera indirecta, de los estudios roma-nistas, civilistas y procesalistas que desenvocaron en la afirma-ción de la independencia del derecho de acción respecto del dere-cho subjetivo material, y como consecuencia de ello la idea de - que el derecho procesal es una rama autónoma de la juricidad.

3).- El tercer tema del trabajo se integra con los breves - comentarios acerca de las modernas teorías sobre la naturaleza -



jurídica de la acción. Sentada la base de que la acción es un derecho diferente a los que se tratan de hacer efectivos en juicio; la preocupación de los autores se dirige ahora hacia la investigación de su naturaleza jurídica; encontrando en el camino las fundamentales teorías de la acción como un derecho concreto a tutela jurídica, la acción como un derecho potestativo, la acción como un derecho abstracto y por último la novedosa e inquietante teoría de la pretensión procesal. Este tema lo finalizo con algunos someros comentarios acerca del estado actual de nuestra doctrina y legislación procesal.

Estos tres grandes temas dan nombre a los capítulos del -- trabajo: la acción en el derecho romano; el derecho en la Edad-Media y el Renacimiento; y la concepción moderna del derecho de acción.

Fácilmente se puede objetar a primera vista que el trabajo comprende temas tan diversos que pueden disminuir, por su amplitud, la comprensión del objeto principal que es la autonomía -- del derecho procesal. También se puede argumentar en contra del trabajo, que la diversidad de temas menoscaba la estructura de la exposición y así en lugar de hablar de un tema de tesis podría hablarse de diversos temas.

Todo esto aparece claro a mi parecer; en verdad mi trabajo peca de estos inconvenientes y de otros más, sin embargo me impulsa confeccionarlo en la manera que lo presento el deseo de -- manifestar mi inquietud con la forma en que en esta Facultad -

de Derecho se exponen determinadas materias y mi malestar por la actitud meramente pasiva que asume el estudiante ante esa situación.

Quisiera agregar algunas líneas que hagan comprensible mi parecer, y a este fin me permito ejemplificar con el caso concreto del derecho romano.

Es indudable la trascendencia que como antecedente tiene el derecho romano para nuestro sistema jurídico, particularmente -- por lo que se refiere a gran parte del derecho civil y del derecho procesal civil. Es prácticamente imposible entender la naturaleza jurídica de instituciones tan básicas como la obligación, la posesión, el contrato y la propiedad --o como el juicio, la acción y la jurisdicción-- sin tener que remontarse a los antecedentes valiosísimos del derecho romano.

Aclaro que no es mi intención pensar en revivir la gloria -- de ese derecho romano, el que obviamente nació históricamente de terminado por las condiciones propias de la civilización Latina-- y por supuesto de ninguna manera pueden trasladarse a nuestra legislación aquellas instituciones para que sean parte de nuestro derecho positivo; pero es un hecho ineludible que nuestra cultura se encuentra fundamentada en aquella otra y siendo imposible desconocerla, tampoco debemos por ello olvidarla porque al hacerlo el jurista deja de contar con un elemento imprescindible para conocer nuestra realidad social y gran parte de sus instituciones jurídicas.

Por estas razones, realizando un estudio histórico de la acción romana se entiende que la formulación de la autonomía del derecho de acción no se consiguió de manera arbitraria, quizá sí de forma casual; pero el hecho es que surgió como consecuencia de un conjunto de circunstancias en un ambiente jurídico determinado en el que predominaba la concepción de la codificación del derecho por parte del poder legislativo como fuente exclusiva del derecho, situaciones que a su vez se encontraban enormemente influidas por la existencia del derecho romano, su evolución histórica, su recepción en Europa y su traslado hacia gran parte de las modernas codificaciones europeas.

De la misma manera en que la autonomía del derecho de acción no surgió de pronto ni espontáneamente, así el derecho de acción tampoco nació en un momento dado con las características que actualmente le atribuyen los autores.

De mucho servirá para la mejor comprensión de este problema, exponer y en lo posible analizar el desarrollo histórico del derecho de acción y la naturaleza que se le atribuyó en cada etapa. De aquí que la exposición del trabajo incluya la evolución histórica del derecho procesal desde el punto de vista particular de la acción, pero al mismo tiempo al tratar de explicar esta evolución se conseguirá con ello poner de manifiesto las circunstancias en que se discutió por primera vez la autonomía del derecho de acción en el año de 1856.

Así, y no puede ser de otra manera, mi trabajo de tesis tra

ta de otros temas íntimamente ligados con el de la autonomía del derecho procesal, como son el desenvolvimiento del derecho romano y la evolución del derecho civil en la Edad Media y el Renacimiento, precisamente porque la autonomía o sujeción del derecho de acción se ha hecho depender tradicionalmente de la relación existente entre la acción y el derecho sustancial-material. Por esta íntima relación, la tesis también expone en cierto sentido y en lo posible, el interesante fenómeno de la evolución del derecho civil, sobre todo por lo que se refiere a sus fuentes y a su forma de expresión que en nuestro sistema legal se identifican con el poder legislativo y el código civil.

Con esta panorámica explico la diversidad de temas que objetamos al principio, salvando el inconveniente de la falta de unidad en la exposición a que me referí al principio.

Hasta aquí el contenido del trabajo; ahora paso a la cuestión de su aportación.

Parecería que el mérito del trabajo es meramente académico; recibir un conjunto de datos históricos y exponer hipótesis un tanto temerarias respecto de lo que la acción fué en cada etapa histórica. No obstante esto, la finalidad que persigo no es meramente académico y por ello paso a enunciar los diversos puntos que trato de resaltar con mi trabajo:

1.- Poner de relieve la importancia que para nuestra legislación tiene el derecho romano, advertencia que desde luego no -

es nueva pero que se encuentra demasiado olvidada en nuestras Facultades de Derecho.

2.- Hacer manifiesto el hecho de que el estudiantado aborda pasivamente y sin sentido crítico el estudio de la legislación y no hace un pequeño esfuerzo por adentrarse en la problemática de la naturaleza jurídica de las instituciones. Con este trabajo -- quiero demostrar que nuestras instituciones jurídicas no se encuentran vacías ni muertas, que no fueron creadas abstractamente por los legisladores, sino que están enraizadas en la tradición-viva del derecho romano, canónico y español.

3.- En tercer lugar, con este trabajo quisiera contribuir -- no al esclarecimiento del problema relativo a la naturaleza jurídica de la acción; indudablemente el debate en torno a la acción no puede considerarse todavía terminado; por lo tanto, me daré por satisfecho si expongo debidamente el surgimiento histórico -- del planteamiento jurídico que originó esta polémica inconclusa.

4.- En último lugar quiero llamar nuevamente la atención sobre el hecho conocidísimo de la no correspondencia entre nuestra doctrina procesal y la legislación vigente. Los juristas mexicanos han hecho eco de las importantes doctrinas procesales elaboradas en Europa y Sudamérica y el mejor ejemplo de ello es que -- nuestra Facultad de Derecho cuenta con una clase de teoría general del proceso, lo que significa que nuestra doctrina se ajusta al criterio de que el derecho procesal es una rama independiente de la juricidad. Pero la tradición romano-civilista pesa enorme-

mente en legislador mexicano y así la ley procesal sigue identificando a la acción con el derecho material, sujetando de esta manera al derecho de acción con areas del derecho civil.

Debemos hacer lo posible por restablecer la unidad original de la teoría y la práctica procesal; de lo contrario se corre el peligro advertido hace muchos años por Savigny de que la primera degenerare en un juego vacío de palabras y la segunda en un simple oficio artesanal.

## CAPITULO PRIMERO.

### LA ACCION EN EL DERECHO ROMANO.

#### I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

El primer problema del estudio del derecho romano, es el de su periodicidad. Con el nombre de derecho romano se llama a una infinidad de figuras jurídicas, instituciones y conceptos que evolucionaron y se transformaron a través de más de mil años; desde luego la naturaleza de una institución jurídica no es igual en la época de la república que bajo el imperio, sino que las ideas y los conceptos jurídicos cambiaron de tiempo en tiempo.

De esta observación deriva la necesidad que han tenido los autores para dividir el estudio del derecho romano en diversas etapas para destacar los rasgos comunes y las diferencias que ofrece ese caudal jurídico. Por ejemplo, algunos consideran suficiente la clasificación que atiende exclusivamente a los cambios políticos de la sociedad romana, cambios que van de la monarquía al imperio, pasando por la república y el principado. Otros autores, sobre el fondo de la clasificación política, destacan las características propiamente jurídicas y así subdividen el estudio del derecho romano en las etapas del derecho antiguo, el derecho clásico, el derecho postclásico y por último-

la etapa del derecho justinianeo (1).

En realidad estas clasificaciones como otras más (2), son meramente académicas desde el momento en que su finalidad es el hacer más accesible el estudio del derecho romano y de ninguna manera establecer líneas tajantes dentro de la evolución del derecho romano.

Por mi parte, dividiré el estudio del derecho romano en las tres etapas en que generalmente se clasifica la evolución del derecho procesal romano, en tanto que el tema principal de la tesis es el de la acción. Estas etapas son las del periodo de las acciones de la ley que va de la promulgación de la Ley de las XII Tablas a la promulgación de la ley Aebutia; la del periodo-formulario que va de la promulgación de la última ley citada a la época del emperador Diocleciano; y por último la del periodo extraordinario que comprende el lapso entre el emperador Diocleciano (3) y la muerte de Justiniano.

---

1.- Desde luego ambas clasificaciones no se excluyen, por ejemplo ALVAREZ SUÁREZ, URSICINO, en su obra Curso de Derecho Romano Tomo I; Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, págs. 3 y 4 propone una combinación de ambas para su exposición.

2.- Otra clasificación interesante es la que propone PETITT EUGENE en su Tratado Elemental de Derecho Romano; Ed. Nacional - México 1951 págs. 27 y 28, dentro de los límites siguientes: a) de la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas; b) de esta última ley al fin de la república; c) del advenimiento del imperio a la muerte de Alejandro Severo; y d) de la muerte de este último a la muerte de Justiniano.

3.- Períodos que corresponden aproximadamente a los regímenes de la república, el principado y el imperio. (Not. Aut.).



## II.- LAS ACCIONES DE LA LEY

### I.- ORIGENES.

Son innumerables los problemas del estudio de la acción en el derecho romano. Primeramente debemos repasar los datos seguros que tenemos sobre la acción en el primer período que ha sido denominado por los autores como el período de las acciones de la ley, en razón de que su reglamentación estuvo consignada en la famosa Ley de las XII Tablas.

Nada seguro existe sobre el texto original de las XII Tablas, expedida según la tradición en los años 303 y 304 del calendario romano. Sin embargo tenemos noticia de su existencia por parte de referencias de los jurisconsultos clásicos y de los historiadores de la antigüedad, además de que existen algunas citas en el Digesto que mencionan a la ley decenviral; con todo lo cual no puede haber duda sobre su existencia y la gran influencia que tuvo dentro del mundo romano antiguo, sobre todo el principio de la época republicana (4).

---

4.- Así, en el Digesto 1.2.2.3 y 1.2.2.4 (\*), se determina la promulgación de las XII Tablas 20 años después de "expulsados los reyes"; esto es en el año 265 del calendario romano, 488 a.c. aproximadamente. (Not. Aut.).

\* En lo que respecta al Digesto, lo citaré en la forma acostumbrada generalmente, es decir, en primer lugar el Libro, luego el Título y Fragmento, salvo los casos en que también se requiera mencionar el Párrafo. La edición consultada del Digesto es la versión castellana de A.D'ORS, F. HERNANDEZ TEJERO, P. FUENTESCA, M. GARCIA BARRIDO y J. BURILLO. Ed. Aranzadi. Pamplona 1968 ---- (Not. Aut.).

En 1616, en pleno renacimiento, Jacobi Gotofredo, ayudado del caudal de datos conservados hasta entonces, intentó reconstruir en sus líneas generales la estructura general de la famosa ley decenviral; y si hemos de creer sus resultados, parecidos a otros trabajos sobre el particular (5), observaremos que la legislación de las XII Tablas atendió con gran cuidado aspectos jurídicos que hoy conocemos con el nombre de derecho procesal.

Otros autores (6) indican con más precisión que las tres primeras tablas regulaban respectivamente el procedimiento in iure, el procedimiento in iudicium y el procedimiento ejecutivo; además de que las restantes tablas aún tratando materias diferentes, también contenían problemas procesales.

En este orden de ideas, también existen trabajos que exponen con detalle el contenido de las tres primeras Tablas de la ley decenviral y los aspectos de las otras Tablas que guardan relación con la materia procesal, sobre todo procesal civil (7).

---

5.- EUGENE PETITT, Ob. Cit. pág. 39 Not. 4; menciona que sobre la reconstrucción del texto de las XII Tablas se han realizado varios ensayos; en el siglo XVII el de Jacobus Gothofredus; en 1824 el de Dirksen; en 1866 el de Ortolán y la de Schoell que en la opinión del autor en cita ha sido la mejor reconstrucción del texto.

6.- Por ejemplo, BIALOSTOSKI SARA, Panorama del Derecho Romano; Ed. U.N.A.M., México 1985, pág. 29.

7.- Así, en el magnífico trabajo del maestro PALLARES PORTILLO EDUARDO, Historia del Derecho Procesal Civil en México; Ed. Porrúa, México 1969, págs. 10 y 13.

No estudiaré particularmente las cinco acciones establecidas en la Ley de las XII Tablas, en primer lugar porque dicho estudio ha sido bastante ahondado por autores de todos los tiempos y así su estudio en esta tesis representaría una simple repetición de todo lo que se ha dicho a lo largo de la historia del derecho procesal (8).

Por otra parte, me parece de importancia distinta, resaltar el hecho de que los redactores del código decenviral plasmaran en la ley numerosas disposiciones que a nuestros ojos aparecen con el carácter de "procesal". Es inquietante tratar de averiguar las causas que provocaron las tendencias procesales de esta ley.

Es natural que antes de la promulgación de la Ley de las XII Tablas hayan existido con bastante anterioridad costumbres jurídicas inventadas y practicadas por los primitivos pobladores de Roma. Recordemos que las XII Tablas fueron promulgadas en el año 303-304 del calendario de Roma, tres siglos después de la fundación oficial o legendaria de Roma, y para entonces cabe suponer la existencia de dichas costumbres jurídicas.

Dicha suposición es afirmada por diversos autores (9) cuando

---

8.- Efectivamente, los estudios de este sistema procesal parten desde las famosas Institutas de Gayo, inclusive antes en las obras de Cicerón y juristas contemporáneos a su vida. En cuenta a los romanistas modernos, por ejemplo SCIALOJA VITTORIO. Procedimiento Civil Romano; Ed. Jurídicas Europa-América, Argentina 1954, pág. dice que lo más conveniente para estudiar las acciones de la ley es al mismo tiempo tener las Institutas de Gayo.

9.- Por ejemplo EDUARDO PALLARES, Ob. cit. pág. 14.

do mencionan que antes de las XII Tablas, los Quirites -hombres de lanza- usaban ya procedimientos que representaban simulacros de batallas, los cuales revestían solemnidades y ritualidades -- que precisamente fueron hechas expresas en la ley, y que como es ta última presupone el conocimiento de esas ritualidades es claro comprender que sus fórmulas existían ya desde hacía bastante-tiempo y que se practicaban y guardaban celosamente en secreto -- por el Colegio de Pontífices.

Por estas razones cabe decir que en el primer período del -- derecho romano la acción no existió como derecho, sino como procedimiento (10), en sentido de que constituía un conjunto de pan tomias, gestos y ritualidades rígidamente ordenadas con el fin de llevar delante del magistrado la persecución de un derecho; -- de ahí precisamente el nombre de acciones de la ley que la doctrina le reservó (11).

La tendencia de los decenviros, y mejor dicho de la evolución jurídica del pueblo romano hacia el siglo V a.c.; fue la de

---

10.- V. SCIALOJA. Ob. cit. pág. 132, menciona que "cuando -- se habla de legis actio, se entiende pues, que se habla de un modo de proceder que se adapta a diversos derechos, y no de acción en el sentido de aquella determinada acción que corresponde a -- aquel determinado derecho, como ocurrió posteriormente respecto de las acciones del albo pretorio".

11.- Al principio del Título 11 del Comentario Cuarto de -- las Institutas (\*) GAYO explica que "Las acciones que estuvieron en uso entre los antiguos se llamaban "acciones de la ley" (legis acciones), y esto, porque eran creadas por las leyes (pues -- en ese tiempo los edictos del pretor, por los cuales se han introducido la mayoría de las acciones, no estaban en uso), o ya -- porque estaban ajustadas (accomodatae erant) a las palabras mismas de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes".

\* Cito las Institutas de Gayo en la forma acostumbrada, pri

plasmar en la primera ley escrita con aplicación general, una estructura jurídica dirigida en uno de sus aspectos principales hacia la problemática procesal. Es una cuestión muy peculiar el hecho de que los redactores del código decenviral sintieron desde un principio y quizá hasta de manera inconsciente, la necesidad de establecer procedimientos en la ley de las XII Tablas.

## 2.- LA NECESIDAD DEL PROCEDIMIENTO

La Ley de las XII Tablas es el punto de partida para el estudio sistemático del derecho romano, en razón de que esta ley es el primer antecedente documentado de que se tiene noticia con seguridad. Antes de las XII Tablas los orígenes del derecho romano se pierden en la lejanía del tiempo, en la fantasía de las leyendas y en las conjeturas de los autores.

En sus orígenes, el arcaico derecho romano debió estar íntimamente ligado, entremezclado y aún confundido con la religión. En el presente trabajo resulta difícil y aún fuera de lugar, el intentar exponer siquiera los lineamientos de la relación entre estos dos órdenes, pero no quiero desaprovechar la oportunidad para decir que la génesis del derecho y en particular la del derecho romano, se puede comprender con mayor claridad a través del estudio de la religión.

---

mero el Libro y después el Título. La edición que consulto para este trabajo es la obra comentada de ALFREDO DI PIETRO. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina 1987, y a ella me refiero -- cuando cite alguna parte de las Institutas de Gayo.

Es bien cierto que en la antigüedad todos los pueblos se --  
sirvieron del derecho y de la religión como una misma cosa y de  
de luego esto debió pasarle al primitivo pueblo de agricultores-  
establecido en el Valle del Lacio; pero el pueblo romano fué el-  
primero que sintió la necesidad de separar el derecho de la reli-  
gión, otorgando al primero un desarrollo tal que siglos después,  
el derecho romano sigue teniendo importancia para diversas legis-  
laciones. Por estas razones quiero dedicar las siguientes líneas  
a esa cuestión, que considero se encuentra relacionada con el he-  
cho de la "natural" disposición de los juristas romanos para le-  
gislar y aplicar derecho procesal.

La religión proporciona al hombre la manera de manifestar y  
satisfacer su hambre espiritual, representa el particular estado  
de ánimo del hombre ante la perplejidad del mundo, el camino pa-  
ra tratar de explicar lo sobrenatural, lo inexplicable. Pero -  
también cumple otra función más práctica, ya que la religión -  
trasciende el ámbito meramente "espiritual", "divino" como de --  
cían los romanos, y desciende hacia la vida terrenal del hombre,  
es decir al campo de las "cosas humanas" para utilizar la defini-  
ción de jurisprudencia expuesta por Ulpiano (12).

Se dice que los modos de expresión religiosa, son en primer  
lugar el mito, el símbolo y las actitudes propias del culto; y -  
en una segunda etapa, las revelaciones, las profesías, la organi-

---

12.- "La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas di-  
vinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto" .  
D.1.1.10.2

zación social y la legislación (13). Nótese que la religión también es un medio del que se vale el hombre para regular sus relaciones con el prójimo y si el derecho cumple por antonomasia dicha función, encontraremos en su desarrollo una evolución parecida a la de la religión.

Además de la función espiritual, la religión en Roma también organizó las actividades de los ciudadanos, así como las relaciones recíprocas que debían observar en la vida diaria; por ello - resulta lógico y hasta necesario que el Rey en la monarquía teniendo el carácter de jefe del ejército y de sacerdote supremo, - era al mismo tiempo el magistrado encargado de la impartición de Justicia (14) porque precisamente su investidura de "Pontífice - Máximus" le permitía constituir el puente entre los problemas humanos que requerían una reglamentación y las reglas divinas dictadas por los dioses, a las que debía sujetarse la conducta del hombre.

Las principales instituciones del arcaico derecho romano, - se revisten principalmente con la protección religiosa y se manifiestan con las solemnidades y ritualidades propias de la religión. Como ejemplo tenemos las figuras del paterfamilia, la pro

---

13.- Diccionario Enciclopédico Salvat, 12 Tomos Ed. Salvat; Barcelona España 1970, Tomo II, pág. 2862.

14.- "En lo que se refiere a los magistrados, consta que en los comienzos de esta Ciudad de Roma los reyes tuvieron toda la potestad". D.1.2.2.14.

piedad y la obligación:

El paterfamilias (15) tiene no solamente la propiedad de -- las cosas de la domus, sino la representación de todos sus antepasados. En su persona vive la gens misma de la que desciende, gracias a la adoración de los antepasados y dioses familiares -- así como a la institución de la sucesión. Con su carácter, el paterfamilias mantiene las mismas relaciones que habían unido a su antecesor y otros ciudadanos, ya que siendo los sujetos de -- una relación los mismos una y otra vez, nacida la relación jurídica ésta podía perpetuarse ad infinitum.

Siendo la conquista el mejor título para adquirir la propiedad, en las conquistas judiciales se reflejaba esa idea envuelta con todas las ritualidades que precedían la actividad bélica de los romanos. Así cuando se realizaba el rito sacramentado de la vindicación, se debía cumplir, a semejanza de la guerra, con los ritos y símbolos para que se pudiera obtener la propiedad que se reclamaba (16).

Solamente a través del ritual establecido por la Ley de las XII Tablas, el ciudadano, única persona en derecho, tenía la po-

---

15.- El paterfamilias se identificaba en los principios del derecho romano con el sui iuris, es decir con la persona que tenía la capacidad propia para ocupar las magistraturas, realizar contratos civiles y solicitar a los magistrados la protección de sus derechos y los de sus representados. (Not. Aut.).

16.- Recuérdese que la acción por sacramento --propia para reivindicar-- debía proponerse en día fasto y con la complacencia de los augures. El vindez vindicaba la cosa con la varita que representaba su poder quirritario, símbolo de la conquista romana: la lanza. (Not. Aut.)



sibilidad de procurarse un derecho que decía suyo y cualquier otra forma de intentarlo resultaba ineficaz como ineficaz resultaba el procedimiento si se omitía la más leve indicación en las prescripciones de Ley.

La obligación es el ejemplo más claro de como el derecho en sus orígenes, se revolvía con las formas religiosas. El mismo significado etimológico del concepto nos refiere su religiosidad (17), ob-ligare, ligazón que se produce cuando una persona en derecho realiza los gestos y ritos que lo pone en determinada relación con una persona o cosa y en virtud de ese ritual su conducta se ve condicionada a manifestarse en determinado sentido. El obligado adquiere una nueva condición que ya no puede desaparecer.

Con estos ejemplos se demuestra que el derecho en sus orígenes se sirvió del simbolismo, del mito y de las solemnidades religiosas para dar expresión a sus primeras manifestaciones y de ello se sigue la observación que paso a enunciar:

Aún cuando la causa política de la promulgación de las XII-Tablas se encuentra en otro lado, la ley decenviral representa más que una codificación, la determinación escrita de las formas

---

17.- A su vez el término "religión" aduce el mismo significado de unión, así en el Diccionario Enciclopédico Salvat. Ob. - Cit. Tomo 11 pág. 2862 se lee: "Religión (Del latín. religio-gionis). F. Relación del hombre con lo divino". (Not. Aut.)

consuetudinarias del derecho hasta entonces existentes (18). --- Efectivamente, la Ley de las XII Tablas representa la fuente original del derecho romano, porque los decenviros no plasmaron en sus Tablas únicamente un conjunto de preceptos para reglamentar la vida social a la manera en que hoy lo hace un código civil -- por ejemplo, sino que la Ley de las XII Tablas determinó y siste matizó las formas, solemnidades y ritualidades de los procedi--- mientos jurídicos-religiosos ya existentes y a través de los cua les los ciudadanos hacían valer sus derechos.

Con razón los romanos consideraban a la Ley de las XII Ta-- blas como la Ley por excelencia, la fuente misma de su derecho,-- (19) porque precisamente los decenviros instituyeron en dicha -- Ley un procedimiento que dentro de su orden legal, con el tiempo serviría para dar lugar al nacimiento de nuevas ideas jurídicas-- y nuevas instituciones legales: tal y como lo veremos al tratar-- el tema de la acción en el sistema formulario.

---

18.- En términos políticos, parece que la Ley de las XII Ta blas fué un ajuste de cuentas entre las clases patricias y plebe yas en el ambiente de nuevo orden republicano. Los conflictos -- añejos entre las dos clases produjeron la exigencia de los plebe yos para que en la ciudad de Roma se estableciera una Ley aplica ble a los 2 órdenes y que fuera públicamente conocida por todos.

La tradición romana sitúa la rogación de la famosa Ley de-- cenviral a propuesta del tribuno Terentillo Arsa en el año 293 -- de Roma (462 a.c.) y su codificación definitiva en el año 304 -- del Calendario Romano (451 a.c.). (Not. aut.)

19.- SARA BIALOSTCSEY; Ob. cit. pág. 28; en igual sentido -- EUGENE PETIT; Ob. cit. pág. 38, núm. 23.

### 3.- LAS FORMAS SACRAMENTALES DE LA RELIGION Y EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY.

Ya dije que al principio, los reyes romanos eran a la misma vez los jefes militares y magistrados a la vez que pontífices de la religión. La tradición romana así como las leyendas sobre el origen de la Ciudad representan a los reyes realizando más bien funciones sacerdotales que militares (20). De esta manera los tratadistas han considerado que en un principio el derecho y la religión formaban un solo ordenamiento y las diferencias posteriores se desprendieron tomando en consideración el tipo de relación en particular, ya sea para con los dioses o con cualquier otro ciudadano; de esto precisamente la terminología del *ius* y el *fas* (21).

Siendo el rey al mismo tiempo sacerdote, por consecuencia, sus actos se encuentran relacionados con las principales activi-

---

20.- COULANGES FUSTEL DE, en su obra La Ciudad Antigua; Ed. Porrúa, México 1986, pág. 130 Nota 183; dice que la tradición representa a los reyes como sacerdotes, así "los antiguos no representaban a Rómulo en traje de guerra, sino en hábito de sacerdote con el bastón augural y la trabea..." .

21.- ALVAREZ SUAREZ, Ob. Cit. pág. 72, menciona el nacimiento y posterior desarrollo de cada uno de estos conceptos en los siguientes términos: "En un principio, en efecto, los romanos -- tan sólo apreciaron la diferencia entre dos clases de actos: aquellos que no eran lícitos porque se oponían a la voluntad de los dioses, y aquellos que gozaban de licitud porque no se oponían a la voluntad divina. La repetición de estos últimos actos por vía de costumbre, contrastada por el Colegio de los Pontífices, que no sólo custodiaban celosamente la voluntad divina que calificaba su licitud, sino también las fórmulas sacramentales -- en que tales actos debían producirse, constituyó primitivamente la única limitación al desarrollo de la actividad social de los romanos."

dades de la sociedad (22). Así tenemos que el derecho, el *ius - quirinus*, tuvo que originarse necesariamente en las prácticas religiosas de la antigua Roma y no podía ser de otra forma porque los ritos con los cuales el rey o magistrado invocaba la protección de los dioses, servían análogamente para regular las relaciones entre los hombres (23).

El pueblo romano no vivió la religión con una intensidad altamente espiritual, sino que sus ciudadanos acostumbrados al trabajo diario y a la guerra continua, se sirvieron de ella en la misma forma que de cualquier otro invento humano. Por esto en la religión romana el elemento sacramental y solemne tendía a no inquietar a los dioses más que ha venerarlos; es decir, que --- su práctica era más bien de conveniencia que de creencia; tanto así que la misma etimología del concepto lo señala: relación entre lo divino y lo humano (24), en la cual lo divino se encuen--

---

22.- FUSTEL DE COULANGES, Ob. cit. pág. 132 dice: "El sacerdote vela por el fuego sagrado, y con su culto diario, salva cotidianamente a la sociedad. El sacerdote es quien conoce las fórmulas de oración a la que los dioses no pueden resistir, y en el momento del combate degolla a la víctima para traer sobre el --- ejército la protección de los dioses."

23.- "Entre los griegos y los romanos... la ley fué al principio una parte de la religión. Los antiguos códigos de las ciudades eran un conjunto de ritos, de prescripciones litúrgicas, de oraciones, al mismo tiempo que disposiciones legislativas. -- Las reglas del derecho de propiedad y del derecho de sucesión se encontraban dispersas entre reglas concernientes a los sacrificios, a la sepultura y al culto de los muertos" IDEM. págs. 139- y 140.

24.- Me parece clara la explicación que de este fenómeno expone el profesor BLOCH, LEON en su libro Luchas Sociales en la Antigua Roma; Ed. Claridad, Buenos Aires, 1934 pág. 88 Not. 2; - la que transcribo: "La relación entre el hombre y la divinidad es para los romanos un vínculo contractual. Por la exacta observancia de prescripciones e innumerables pequeñas fórmulas, los dioses están obligados a usar de su poder en pro del creyente. - Religio, la expresión romana para esa relación, significa ligar y precisamente el hombre es la parte que obliga con el cumplimiento del ritual; la divinidad, la parte obligada. La divini--

tra obligado a permitir o dejar de hacer en atención al rito practicado.

Dicha actitud "sacramental" quedó plasmada en la ley de las XIII Tablas, ley que puso de manifiesto las fórmulas antiquísimas transmitidas de padre a hijo y con las cuales los patricios arreglaban sus asuntos religiosos y jurídicos.

Considerando en su conjunto todo lo que venimos comentando, se comprende fácilmente porque las acciones de la ley gozaban de un exagerado formalismo, formalismo del cual el mismo Gayo se -- quejaría siglos después (25), sin darse cuenta quizá, que en la época que le tocó vivir, el derecho y más el derecho procesal, -- ya no requería el elemento sacramental con que nació originalmente (26) y que tenía como principal finalidad asegurar a través -- de los ritos, el entero éxito y efecto que se esperaba con su es

dad debe sujetarse. Si falta el éxito esperado, eso significa -- que la oración o, el sacrificio han sido defectuosos en alguna -- parte, por lo que los sacerdotes tienen la obligación de comprobar tales errores, a fin de que se puedan evitar en el futuro. -- Con ese procedimiento se llegó naturalmente, a un ritual complicadísimo, que nunca estaba concluido, sino que iba acrecentándose cada vez más por nuevas experiencias."

25.- "Pero todas estas 'legis acciones' se volvieron odiosas en forma paulatina, pues a causa de la precisión exagerada (ex nimia subtilitate) de los antiguos que en ese entonces crearon esos derechos (iura), llegó esto a tal punto que el menor error hacía perder la litis." GAYO IV. 30.

26.- Con mucho acierto SCIALOJA, Ob. Cit. pág. 132 comenta el aparente rigorismo en las formas de las acciones de la ley -- atendiendo claro está al momento histórico en que nacieron y a las exigencias que debía cubrir en particular. Me permito transcribir la parte conducente: "Este excesivo rigor de las formas -- procesales no debe maravillarnos; pues puede ocurrir que aún en nuestro procedimiento actual, se produzcan gravísimos efectos de un error incluso de puro forma. En general, el rigor de las formas solo impresiona cuando esas formas no correspondan ya a los sentimientos y a las necesidades actuales, y son por tanto formas muertas y obstáculos inútiles."

tricto cumplimiento (27).

Con estas observaciones quiero decir que las costumbres religiosas de los antiguos ciudadanos romanos provocaron el feliz acontecimiento de que al instituir el famoso código decenviral, sus redactores incluyeron las mismas o muy parecidas formas religiosas que venían practicando desde tiempos inmemorables; y consecuentemente y aún de manera no premeditada, establecieron las formas en que las controversias civiles debían ser resueltas ante el magistrado encargado de administrar justicia, las que a semejanza de los ritos religiosos, se ordenaron como un conjunto de actos sacramentales cuyo escrupuloso cumplimiento era requerido para la obtención del fin deseado (28).

Como se ve, en los ritos de las acciones de la ley se encuentra en germen, lo que hoy es el proceso jurisdiccional, siendo de gran mérito el hecho de que el establecimiento del procedimiento de las acciones de la ley ya no fué modificado esencialmente; y-

---

27.- En este sentido FUSTEL DE COULANGES, Ob. cit. pág. 125 dice que la religión y sus fórmulas eran "un arma que el hombre empleaba contra la inconsistencia de los dioses. Pero era necesario no cambiar ni una palabra, ni una sílaba, ni, sobre todo, el ritmo con que habían de cantarse. Pues entonces la oración había se perdido su fuerza y los dioses hubieran quedado libres".

Resulta clarísima la intensión que tenían las fórmulas religiosas y al respecto puede apreciarse la semejanza de este pasaje con lo que los autores comentan sobre las formas sacramentales de las acciones de la ley, especialmente con la acción por sacramento.

28.- Considero que el propio desarrollo de las costumbres y prácticas jurídico religiosas de los primitivos romanos, desembocaron en la institución de un arcaico procedimiento civil, nutrido claro está, por esas prácticas religiosas, que se establecieron al principio de una manera "natural", es decir sin premeditación técnica alguna, pero sí, con conciencia para sus redactores de los privilegios políticos resultantes de ello. (Not. Aut.).

así su estructura primitiva quedó establecida de una vez para siempre como un conjunto de actos formales unidos entre sí con el objeto de resolver un litigio.

#### 4.- CAUSAS EXTRAJURIDICAS DEL ESTABLECIMIENTO DE LAS ACCIONES - DE LA LEY.

Queda explicado de qué manera surgieron las acciones de la ley en consideración a que se encontraban fundidos en un solo orden la religión y el derecho en un principio, y que su nacimiento se dió en forma "natural", porque precisamente se establecieron con esas características en atención a las costumbres religiosas antiquísimas que se practicaban hasta entonces.

Falta por explicar otro elemento que también influyó notablemente en las características de las acciones de la ley, el que se encuentra representado por el hecho de que la forma de las acciones de la ley, implicaba una ventaja jurídica y política para sus redactores; lo que explica todavía con mayor claridad las notas características de este primer sistema procedimental y pone al descubierto que la forma "natural" en que nacieron las acciones de la ley, no excluye la meditación reflexiva y racional que sus autores hicieron para presentarla al pueblo romano en los términos en que más o menos conocemos.

Efectivamente, el nacimiento de la ley decenviral se ve unida inseparablemente a los cambios políticos que tuvieron lu-

gar con motivo del establecimiento de la república romana. Como es bien sabido, los orígenes de Roma aparecen oscuros e imprecisos, sobre todo teniendo en cuenta el supuesto régimen monárquico imperante entonces, sin embargo el hilo conductor para las investigaciones en este campo se encuentra representado por las luchas sostenidas entre la clase patricia y plebeya en la antigua Roma.

Así, las primeras páginas de su historia se ocupan de la interminable lucha entre las dos clases que se enfrentaban por privilegios de carácter económico-político sobre todo, pero que se manifestaban exteriormente en términos de la equiparación jurídica. En cierto momento del conflicto, los plebeyos reclamaron --- abiertamente para sí su igualdad jurídica con los patricios, ya que hasta entonces los primeros carecían del *ius conubii* y del *ius honorum* (29) y por lo tanto se veían obligados a tomar por patrono a un paterfamilias que los representara, a cambio de numerosos actos materiales y personales que se obligaban a realizar en favor del patrono.

Parece que la Ley de las XII Tabas es una de las primeras concesiones que los patricios otorgaron a sus rivales a efecto -

---

29- BURIAN J. y J. JANDA. Historia de Roma; Ed. Cartago, México 1983, pág. 26 explica que: "Durante la República, los plenos derechos civiles se encuentran representados por 1) el *ius conubii*, derecho de contraer matrimonio civil; 2) el *ius commercii*, derecho de la propiedad privada y de contraer obligaciones civiles; 3) el *ius suffragii*, derecho de participar y votar en las asambleas y posteriormente 4) el *ius honorum*, derecho de ocupar cargos políticos en la comunidad."



de precisar la ley que debía regular ambas clases, ya que con anterioridad a su establecimiento, las prácticas jurídicas quedaban en manos exclusivas de los patricios, provocando amplia ventaja para la protección de sus intereses (30).

Después de que patricios y plebeyos acordaron la forma en que debía redactarse la ley, se suprimieron las magistraturas ordinarias para que los decenvire -todos patricios- gozaran del más amplio poder legal y de hecho a efecto de realizar la codificación.

No cabe duda de que los decenvire consagraron en la ley las antiguas formas religiosas que se practicaban en la comunidad y-

---

30.- LEON BLOCH, Ob. cit. págs. 73 y 74 ilustra el estado jurídico que imperaba antes de la promulgación de las XII Tablas: "El Juez hacía justicia según principios contenidos en fórmulas-transmitidas de padre a hijo. Los funcionarios patricios que --- ejercían personalmente o mediante jueces nombrados por ellos mismos y que en la mayor parte de los casos eran senadores-, no podían por eso mismo ser llamados a responder de su gestión. Aún cuando sus sentencias violaran gravemente la conciencia jurídica y ofendieran de modo provocativo a la otra clase, faltaba con el código una medida con la cual se pudiera apreciar a condenar adecuadamente la conducta de los jueces".

Entendemos que León Bloch al hablar de que faltaba el "código" que sancionara la conducta de los jueces, se refiere sobre todo a la imprecisión que debían tener las prácticas jurídicas, puesto que hasta entonces las mismas se transmitían oralmente de generación en generación, y en la mayoría de los casos no había sobre qué aspecto determinar su validez, aplicación, vigencia o conveniencia; por todo lo cual la primera conquista que debía poseer la clase plebeya consistía en lograr que dichas costumbres-jurídicas se hicieran manifiestas a través de la escritura y fueran aplicables para los dos órdenes. (Not. Aut.).

de las cuales los patricios tenían el exclusivo conocimiento y - por tanto cabe comprender que los patricios aceptaron promulgar una ley general para ambos ordenes y conocida públicamente por todos, pero tuvieron mucho cuidado en seguir guardando para su clase el secreto de los ritos sacramentales que a partir de entonces también se utilizarían en los procedimientos; es decir, hicieron pública la ley pero se guardaron el secreto de su aplicación.

Efectivamente, aún cuando la codificación fué grabada en tablas de bronce y expuesta en la plaza del mercado para que fuera conocida por todos, la situación plebeya siguió francamente en desventaja, puesto que las formas consagradas en las XII Tablas eran únicamente conocidas y aplicadas en la práctica por los pontífices y magistrados quienes pertenecían en su totalidad al patriciado (31).

Así mismo el patriciado conocía en forma exclusiva el calendario religioso del pueblo romano que contenía precisamente los-

---

31.- EUGENE PETITT menciona en su Tratado, Ob. Cit. pág. 43 que "durante mucho tiempo, únicamente los pontífices y magistrados patricios conocieron los secretos del procedimiento y la lista de los días fastos, durante los cuales únicamente también era permitido realizar delante del magistrado los ritos de las acciones de la ley. Por consiguiente, los plebeyos estaban obligados a recurrir a ellos para consultarles en caso de pleito".

En otro lugar, pág. 33; también el autor en cita dice que - la falta de precisión en las reglas del derecho privado en la primera etapa del derecho romano, favoreció el arbitrio de los magistrados patricios encargados de la Administración de Justicia.

días fastos (32) en los cuales se podía hacer valer ante el magistrado los ritos de las acciones de la ley.

Por esto mismo aún cuando los plebeyos conocían el texto de las XII Tablas caían de cualquier manera en la necesidad de acudir al asesoramiento patricio a efecto de que se pudiera interppner válidamente un procedimiento.

Como las disposiciones de las XII Tablas eran generales y a la vez demasiado concisa, surgió la necesidad de perfeccionar y llenar los vacíos dejados por la ley así como fijar las formas de los actos jurídicos y los detalles del procedimiento. Corresponió al Colegio de Pontífices asumir dicha responsabilidad interpretativa; actividad que representó otra gran ventaja de la clase patricia. (33).

---

32.- Al respecto SCIALOJA, Ob. Cit. pág. 126; refiere lo siguiente: "en el período más antiguo se distinguían los días precisamente que tuvieran facultad, o no, los magistrados para ejercer la jurisdicción- en fasti y nefasti; pero los días fastos -- eran pocos y los días nefastos no eran muchos, de manera que la mayor parte de los días eran un quid medium entre fastos y nefastos, días en ciertas horas de los cuales se podía ejercitar la jurisdicción y en ciertas otras no. Y había al respecto una larga terminología... y había días en los que únicamente se podía ejercer la jurisdicción por la tarde, y días en los cuales soló era posible hacerlo en las horas del mediodía, días intercisi; -- otros días, en que se celebraban ciertas funciones, ciertos sacrificios, ciertos comicios, no se podía administrar justicia -- mientras duraban tales funciones."

33.-PETIT, Ob. Cit. págs. 42 y 43 refiere que "estando todo minuciosamente regulado --en el procedimiento de las legis actiones-- la menor omisión llevaba consigo la pérdida del proceso. Esta elaboración lenta, pero continua, llamada interpretatio, fué desde luego, la obra exclusiva del colegio de los pontífices. En efecto, aunque colocados, en apariencia, por sus funciones religiosas, fuera de la esfera del derecho privado, los pontífices --estaban obligados a tocar una multitud de materias jurídicas que tenían conexión con el ius sacrum".

En conclusión, no obstante la codificación del derecho existente en la Ley de las XII Tablas, tuvieron que pasar casi 150 años para que la clase plebeya pudiera servirse con provecho de aquella legislación, en virtud de que la ley decenviral fué puesta en vigor el año 304 de Roma y no fué hasta el año 450 del calendario romano cuando el liberto Cneo Flavio divulgó públicamente el cuadro de los días fastos y las fórmulas de las acciones de la ley, que seguían todavía en secreto de la clase patricia - (34).

Así, en lo que respecta a la Ley de las XII Tablas, la lucha entre plebeyos y patricios tuvo como objeto principal la determinación expresa de las costumbres jurídicas que hasta entonces se practicaban en Roma y no cabe pensar que la finalidad de la ley decenviral fué la de dulcificar o a temperar el rigor del derecho quirritario existente en ese momento (35).

---

34.- EUGENE PETITT, Ob. cit. pág. 43.

35.- LEON BLOCH, Ob. Cit. pág. 74 refiere que la lucha por la legislación aplicable a los dos órdenes constituyó la meta principal, dejando en segundo término la conquista de prácticas jurídicas más benignas para los plebeyos; es decir que estos últimos no peleaban siquiera por una ley justa, sino por lo menos por la determinación expresa de las costumbres jurídicas existente, inclusive con los rigores extremos del *ius quirinus*.

Al respecto el profesor alemán comenta lo siguiente... "La reivindicación que los tribunos presentaron como campeones de la plebe, no tendía al principio, muy prudentemente, a conseguir un derecho más favorable, especialmente para los plebeyos pobres, sino a obtener la codificación del vigente, con todas sus durezas..."

## 5.- CARACTERISTICAS DE LAS ACCIONES DE LA LEY

Anoto como principales características de las acciones de la ley las siguientes: (36).

a).- Las "legis acciones" pertenecen al derecho civil romano, al derecho quirritario propiamente dicho. El procedimiento de las acciones de la ley es exclusivo de los ciudadanos romanos

---

36.- Desde luego cada autor propone su propia enunciación.- Al respecto y con el objeto de ilustrar el tema, transcribo las características expuestas por dos romanistas. I.- ALVAREZ SUAREZ URSICINO, Ob. Cit. págs. 102 y 103 establece como caracteres generales que: "1.- el de las acciones de la ley es uno de los procedimientos que integran el llamado *ordo iudiciorum privatorum*, y participa, por tanto de los caracteres que a éste distingue, - ha saber: a) solo se utiliza para hacer valer los derechos subjetivos reconocidos por el *ius civile Romanorum* (*ius Quiritium*);-- b) las acciones de la ley solo pueden ser ejercitadas por ciudadanos romanos, y en la misma ciudad de Roma, o dentro de una milla de la ciudad (*Domus*); y han de serlo precisamente ante un magistrado romano competente, fallándose el litigio por un juez -- privado romano; c) el proceso se divide en dos etapas distintas, una ante el magistrado (etapa *in iure*) y otra ante el juez privado (etapa *apud iudicem*). 2.- las acciones de la ley constituyen un *iudicium legitimum*, y ello, en dos sentidos diferentes: a)- solo pueden ser ejercitadas aquellas acciones expresamente reconocidas en la ley, por lo cual se expresa con el aforismo "*nulla actio sine lege*"; b) las solemnidades formales y orales en que - han de desarrollarse su tramitación han de acomodarse necesariamente, bajo pena de perder el litigio (*Causam cadere*), a los términos precisos y exactos prescritos por la ley... 3.- las acciones de la ley (con excepción de la *Fignoris Capio*) son verdaderos procedimientos judiciales, en el doble sentido de que pueden devocarse en un proceso y de que se ejercitan ante el adversario y ante un órgano jurisdiccional".

II.- ALFREDO DI PIETRO, en su obra comentada a *Las Institutas* de GAYO Ob. Cit. págs. 629 y 630, inciso c) establece que - las características principales de las legis acciones son: "i) Sólo se podía accionar en determinados días, que eran los *dies fasti*;... ii) El procedimiento estaba dividido en dos etapas: una - primera, '*in iure*', consistente en una serie de ritos, que se - desenvolvían en palabras y gestos preindicados, que formaban lo - propio de la *legis actio*; y una posterior, '*in iudicio*', o sea - la resolución del pleito ante un '*iudex*'. iii) Tal como lo dice - GAYO, predomina un formalismo extremado..."

y solamente puede hacerse valer en la ciudad de Roma o a una milla de sus alrededores; por lo cual quedan excluidas las controversias entre peregrinos en territorio romano; los litigios entre romanos y peregrinos; y los habidos entre romanos o peregrinos y extranjeros que recibían el mismo trato que los últimos mencionados.

Así se explica la limitación de soluciones otorgadas en la Ley de las XII Tablas (37), porque sus procedimientos eran únicamente procedentes para ejercitar las acciones contempladas por la Ley y cualquier otro supuesto no previsto dentro de sus hipótesis quedaba fuera de la protección jurídica.

b).- Las "legis actiones" en tanto que recogen las reminiscencias de las antiguas costumbres religiosas del pueblo romano,

---

37.- De esto mismo se desprende que en el periodo de las acciones de la Ley no tuviera cabida el estudio doctrinario sobre las instituciones jurídicas referentes al derecho procesal; en primer lugar porque, como ya se dijo, su nacimiento fué motivado por las luchas entre los patricios y los plebeyos, situa- ción que excluye la posibilidad de que se realicen estudios doctrinarios sobre la ley, porque lo que interesa principalmente es determinar "de facto", las costumbres jurídicas ya existentes; y en segundo lugar porque siendo las acciones de la ley derecho- quiritario en sentido estricto, no representaba problema práctico ni mucho menos doctrinario, el comparar la utilidad y conveniencia del procedimiento romano con otros procedimientos y costumbres jurídicas extranjeras, ya que en esa época la ciudad de Roma todavía se identificaba con los pobladores mismos que habitaban dentro de sus murallas.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta como una función doctrinaria análoga a la realizada posteriormente por los jurisconsultos de la época clásica del derecho romano, la misión interpretativa de la ley llevada a cabo por el Colegio de los Pontífices, quienes con su investidura sentaban los precedentes propios para una costumbre jurídica relativa a las mismas deficiencias contenidas en la Ley de las XII Tablas. (Not. Aut.)

acusar las características de precisión (38), formalismo (39) y sacramentalidad (40).

En realidad el formalismo, es la característica que por antonomasia señalan los autores como propia del sistema de las acciones de la ley; y en tal sentido parece muy probable que las formas del procedimiento eran llevadas al grado de la solemnidad

---

38.- Magistralmente el maestro CUENCA HUMBERTO, Proceso Civil Romano, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1957, pág. 39, explica el concepto de precisión de los actos que los litigantes ejercitaban en las acciones de la ley: "Precisión.- la demanda era una petición que debía hacerse al juez mediante la fórmula de la ley, en latín y en tiempo presente; debía ser justa a la medida de la fórmula; ni más estrecha ni más holgada; tal como el cuerpo del guerrero a la armadura medieval".

39.- "Formalismo.- en ningún pueblo de la antigüedad fué tan profundo el culto de la forma como en Roma. De todos los elementos formales, la palabra tuvo un influjo poderoso; los romanos atribuyeron a las palabras el poder de llevar las semillas de un lugar a otro; en las XII Tablas se incluyeron sanciones contra aquellos que por arte de magia dañaban las cosechas y Plinio hace extensos comentarios sobre el poder místico de las palabras.- La claridad, sencillez y precisión de las formas aseguraron en el derecho antiguo, el cumplimiento estricto de las leyes". IDEM

40.- "Sacramentalidad.- se expresa por medio de símbolos, ceremonias y palabras... la validez de ciertos actos requería el cumplimiento estricto de las correspondientes ceremonias... pero la solemnidad la hace estricta radicada en las palabras. Algunas veces el error en la ceremonia podía corregirse con la repetición de un acto; pero el error en las palabras sacramentales siempre acarrearán su nulidad. La palabra 'spondeo' en la stipulatio; 'fidepromitto' en la fidepromissio; 'acceptum habeo', en la acceptilatio, 'heres esto' en la institutio del heredero; -- 'exheres esto' en la desheredación; etc, son palabras sacramentales que constituyen la esencia misma del acto, y su falta acarrea nulidad irreparable". IDEM. Pág. 40.

tal y cómo lo refiere el propio Gayo (41) cuando menciona que si alguien acciona por el corte de vides y nombrase la palabra "vidas", por dicha pronunciación perdía el pleito, puesto que tal acción estaba contemplada la palabra "árboles" que consignaba el propio texto de las XII Tablas.

Sin embargo cabe hacer notar que el formalismo y en cierta medida la solemnidad que aquí apuntamos no es propia únicamente del sistema de las acciones de la ley, sino que corresponde a todo sistema de derecho procesal, en razón de la naturaleza misma de sus instituciones y del fin para que se encuentra establecido. Pero también no cabe duda que en este período las formas del procedimiento no toman simplemente el carácter de solemnes sino de sacramentales porque en realidad la forma misma de los actos equivale a su existencia; es decir, que sin la solemnidad requerida, que principalmente era de palabra, el acto mismo no existía (42).

---

41.- GAYO. IV. II. El fragmento es utilizado sistemáticamente por los romanistas como ejemplo del riguroso formalismo de las acciones de la ley; por ejemplo cito la manera en que FUSTEL DE COULANGES, Ob. cit. pág. 144, utiliza dicho fragmento: "...Por el enunciado de la ley se apodera, -el actor- del adversario.- Pero ha de tener cuidado: para tener la ley a su favor, necesita conocer sus términos y pronunciarlos exactamente. Si pronuncia una palabra por otra, la ley ya no existe y no puede defenderlo. Gayo refiere la historia de un hombre cuyo vecino le había cortado las viñas: el hecho constaba; recitó la ley, pero ésta decía árboles, y él pronunció viñas; perdió el proceso".

42.- Sobre la importancia de la palabra como acto solemne - FUSTEL DE COULANGES Ob. cit. pág. 143, dice lo siguiente: "Entre los antiguos, y sobre todo en Roma, la idea del derecho era inseparable del empleo de ciertas palabras sacramentales. ¿Tratábase, por ejemplo, de contraer una obligación? Uno debía decir: *Dari spondes?*, y el otro tenía que responder: *Spondeo*. Si no se pronunciaban esas palabras, no había contrato... Esta fórmula, pronunciada entre dos hombres, establecía un lazo de derecho. Donde no había fórmula, no existía el derecho".



c) Las "legis acciones" es un procedimiento oral.

Efectivamente, el procedimiento romano a partir de la ley-- de las XII Tablas, y no se diga con anterioridad a ella, era un-- procedimiento eminentemente oral; ya que no fué hasta la crea--- ción de la Ley Aebutia (de fecha incierta, entre los años 605, - 628 o 650 del Calendario Romano) cuando se introdujo la fórmula escrita dentro del procedimiento del mismo nombre (43).

Tal vez por esta característica, al final de la etapa en iu re del procedimiento, las partes tenían la necesidad de tomar tes tigos que declararan en el evento y ante un juez, sobre los tér-- minos en que había quedado planteada la controversia ante el ma-- gistrado, lo que dió lugar al nacimiento de la institución de li tis contestatio.

d) Las "legis acciones" es un procedimiento dividido en dos etapas; la primera de ellas ante el magistrado que representa el poder Estatal de Roma y por lo tanto se encuentra investido del-

---

43.- Parece interesante determinar ante qué Magistrado se - practicaban los ritos de las acciones de la ley atendiendo a la - evolución política de Roma así como al nacimiento de nuevas y di - versas magistraturas: 1).- Al principio y hasta el año 245 de Ro - ma, los ritos y costumbres jurídicas se practicaban ante la pre - sencia del Rey; 2).- se debe inducir que por lo menos del año -- 245 al 304 del Calendario Romano, las costumbres jurídicas de -- los quirites se llevaron ante la presencia del Cónsul o Pontífice; 3).- del año 304, fecha de la promulgación de las XII Tablas, al 387 en que se crea la magistratura del Pretor urbano, las ac - ciones de la ley propias de las XII Tablas se practicaron ya an - te la presencia del Cónsul, después ante el pretor en virtud de - que el sistema formulario no tuvo aplicación expresa y permitida por la ley hasta mediados del siglo VII del Calendario Romano, - aproximadamente. (not. Aut.).

poder coércitivo y ante quien se realiza el ritual propio de las acciones de la Ley; esta etapa se conoce con el nombre de *etapa-in iure*. La segunda etapa se realiza ante un juez particular -- que tiene como principal función el verificar y comprobar los hechos alegados por las partes, etapa que es conocida con el nombre de *iudicium*.

#### 6.- LA LITIS CONTESTATIO EN EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY.

Parece, en principio, que la *litis contestatio* es una consecuencia de que el procedimiento de las acciones de la ley se encontrara dividido en dos etapas, y de la necesidad de fijar de alguna manera los puntos controvertidos que oralmente se discutían ante el magistrado (44).

Efectivamente, las acciones de la ley son un conjunto de actos solemnes a través de los cuales el particular solicita la protección de un derecho reconocido por el *ius civile*. Estas formas solemnes se encontraban prescritas por la ley de las XII-Tablas de manera general, como un molde abstracto sin contenido en el que se tenían que acomodar los hechos concretos de cada caso.

---

44.- Esta característica no es exclusiva del procedimiento de las acciones de la ley, sino también es propia del período -- formulario en el que sigue habiendo la distinción entre *etapa in ius* y *etapa in iudicium*. De esta manera tenemos que los dos períodos mencionados pueden agruparse en un grupo más amplio conocido con el nombre de *ordo iudiciorum privatorum* (ordenación de los juicios privados). (Not. de Aut).

Se comprende el transfondo del ejemplo de Gayo (45) en el cual el litigante perdió el litigio al pronunciar "vides" en lugar de "árboles", ya que una cosa es el conjunto de hechos concretos que el litigante alega como fundatorios de su petición o de la violación a su derecho, y otra muy distinta es el conjunto de actos solemnes, inmutables y consagradas en la Ley de las XII Tablas y que constituían el rito de la acción.

Se comprende que los litigantes reclamaran algunas veces - el corte de vides y otras el corte de olivos; pero la estructura rígida y formal del procedimiento era siempre la misma, y en estos casos debía utilizarse indistintamente la palabra "árboles" consagrada en el rito de la ley.

Esta observación ha hecho opinar a algunos autores que, - en las acciones de la ley, antes de iniciar el rito la parte de mandante exponía al magistrado, brevemente y sin formalidad alguna, los hechos en que fundaba su derecho a efecto de que el magistrado verificara previamente al rito si el caso que le había sido expuesto por el actor quedaba comprendido o no dentro del-

---

45.- La estructura por la cual Gayo expone la parte conducente del Libro IV de las Institutas ayuda a proporcionar la explicación de este hecho. Como se comprueba con la simple lectura del mencionado libro, Gayo expone las acciones de la Ley a través de ejemplos concretos porque precisamente la acción consagrada en la Ley era abstracta y debía concretarse a través del caso particular. En la acción por sacramento in rem por ejemplo, Gayo se sirve del caso particular de la reivindicación de un esclavo y dice "Tratándose de un esclavo ...". (Not. Aut)

marco formal de la acción (46).

Por otro lado, suponiendo que el magistrado admitiera la procedencia de la acción y siendo eminentemente oral el procedimiento, surgía la necesidad de que al finalizar la etapa ante el magistrado se determinara con precisión los términos de la controversia real que fué puesta en conocimiento del magistrado y con independencia a la validez del rito que se había realizado

Así puede entenderse el nacimiento y hasta la significación etimológica del concepto *litis contestatio*.

Efectivamente, teniendo en cuenta la oralidad del procedimiento y que en casos diversos, pero semejantes entre sí, se te

---

46.- Parece que las partes no acudían inmediatamente al magistrado para realizar los actos solemnes de la Ley. Se cree que primeramente alegaban los hechos controvertidos y según la naturaleza de éstos (o sea si ellos eran reconocidos por el derecho quirritario) el magistrado consideraba procedente o no que la parte demandante iniciara el ritual respectivo. En este sentido ALVAREZ SUAREZ Ob. Cit. pág. 234 y 235 explica la manera en que se desenvolvía el procedimiento de las acciones de la ley: "lograda, pues la presencia de ambas partes ante el magistrado, es muy posible que ya en este proceso de las acciones de la ley el demandante comenzara por exponer, sin formalismos alguno, cuál es la pretensión que intenta hacer valer en juicio (EDITIO ACTIONIS), apoyando sus alegaciones (intenciones) en las normas del *ius civile* que reconocieran su derecho."

Esta hipótesis también es sustentada por ALFREDO DI PIETRO Ob. Cit. pág. 639 Not., II i) y la expone al comentar la acción por sacramento in rem en Gayo IV.16 en la parte en que el demandante cumple el rito diciendo: 'yo digo que este esclavo es mío' - *ex iure quirritium*' SEGUN SU CAUSA, COMO LO HE DICHO, he aquí que te he impuesto la "vindicata" ... "En el comentario de la parte conducente (*secundum suam sicut dixi*) el autor en cita propone que para algunos romanistas el enunciado explica que antes del rito las partes ya habían expuesto al magistrado la controversia real, de facto y así se explicaría que el reivindicante dijera solemnemente que "el esclavo es mío en virtud del derecho quirritario y del ritual que vengo practicando, COMO YA LO DIJE A USTED ANTERIORMENTE AL INICIO DEL RITUAL..."

nía que practicar los mismos ritos rigurosos de la acción intentada, al finalizar la etapa *in iure*, las partes toman testigos-"testo este"(47), de entre los ciudadanos que se encontraban -- presentes en el foro al momento de practicarse el rito y cuya - misión consistía en declarar ante el juez sobre los términos en que había sido determinada la controversia real ante el magistrado, es decir sobre los términos concretos de cada litigio y sobre la cantidad, calidad, especie o medida de los objetos litigiosos.

La institución de la *litis contestatio*, explica el enlace y equilibrio de las figuras privadas y públicas que impulsaban al procedimiento romano en ese entonces.

---

47.- CORAVANTES, JOSE DE VICENTE Y, en su Tratado Histórico Crítico, Filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento; Ed. Imprenta de Gaspar y Roig, Madrid 1856, Tomo I, pág. 35, No. 94; dice lo siguiente: "Cuando las partes se presentaban ante el magistrado - en el día marcado en el *vedimonia*, el demandante reclamaba el - nombramiento de un juez; si el demandado se oponía concedía el juez el magistrado de viva voz, determinando los puntos litigiosos que debía examinar y sentenciar. En este momento invocaban las partes el testimonio de las personas presentes que debían declarar ante el juez sobre las palabras enunciadas por el magistrado, relativas a la misión de aquel; este testimonio lo invocaban diciendo: *Testes estote*. Y de aquí tomo el nombre de *litis contestatio* o *antestatio* este último acto del procedimiento ante el pretor."

También PETTIT, Ob. Cit. pág. 620 dice que: "Todo el procedimiento delante del magistrado se hacía oralmente, para comprobar el cumplimiento, las partes, antes de salir del auditorio, tomaban por testigos las personas presentes, diciendo: *testes estotes*, con objeto de que esas personas pudiesen, en caso necesario, suministrar delante del juez el testimonio de lo que había ocurrido delante del magistrado".

## 7.- EL CARACTER PRIVADO DEL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY

En esta época el procedimiento romano denota una tendencia hacia el derecho privado, en gran medida porque en aquel entonces el pueblo romano todavía se identifica con la ciudad de Roma, en la cual cada paterfamilia era la autoridad máxima dentro de su gens y el conjunto de familias una confederación que debía su fuerza misma a los pactos establecidos entre sus jefes y no a una autoridad suprema que mantuviera su cohesión.

Las acciones de la ley eran procedimientos de derecho privado, sus líneas generales conservan todavía mucho de la venganza privada ya que en ese tiempo el poder público todavía no alcanzaba la fuerza y reconocimiento suficiente para imponer la administración de Justicia.

Considero que la mejor prueba de ello es que la calificación de los hechos alegados por las partes litigantes así como la decisión última de litigio, en un sentido u otro, era pronunciada por un iudex (48) particular en todos los casos y que era escogido de común acuerdo por las partes, o el magistrado, en el

---

48.- FAUSTINO GUITIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, en su Diccionario de Derecho Romano Ed. Reus. S.A. Madrid 1982 encontramos el término IUDEX pág. 379, que ha la letra dice lo siguiente: - "Juez. Bajo el procedimiento ordo iudiciorum privatorum (procedimiento de las legis acciones y per formulam), se designa como Juez a un simple particular elegido por las partes en la face in iure del proceso, bien de común acuerdo, bien eligiendo su nombre entre los que integran una lista confeccionada al efecto -album iudicium- de senadores, y caballeros y tribuni aerarii... o dejando su designación a la suerte... y que era el encargado de conocer y decidir de un proceso determinado en la face apud iudicem del litigio."

gunos casos lo designaba de las listas que para tal efecto se mandaban hacer.

Lo importante es que el iudex era un particular igual que -- los litigantes y que por la propia estructura de la "civitas" -- caía en la necesidad de prestar el servicio de juez en determinadas circunstancias.

Otra prueba del carácter privado del procedimiento es la figura de la "in ius vocatio" que era el acto por medio del cual el demandante requería al demandado para que se presentara ante el -- magistrado a fin de que pudiera realizar el rito correspondiente de la acción y convenir en los términos de la controversia; ya -- que sin la presencia del demandado el rito que se realizara carecería de cualquier eficacia.

Aunque la cuestión es discutida (49) los autores consideran generalmente que en el supuesto de que el demandado se negara a acompañar al demandante; éste lo podía obligar a ello usando inclusive de la fuerza física con tal de que compareciera ante el magistrado.

---

49.- A. SUAREZ URCISINO, Ob. Cit. pág. 232 dice lo siguiente: "Quien pretenda ejercitar una acción de ley, necesita, ante todo, llevar al demandado ante el magistrado. Este acto de citación constituye la in ius vocatio, que en el período que estudiamos, se realizaba por propia iniciativa del demandante, sin intervención alguna del órgano jurisdiccional. Las XII Tablas proporcionan datos sobre el modo de realizar la in ius vocatio; el actor se dirigía al demandado en cualquier lugar que le encontrara se fuera de su domicilio, conminándole de modo verbal y solemne para que le acompañara ante el magistrado; el demandado debía -- atender esta citación; si no lo hacía, el actor invocaría la presencia de testigos, y ante ellos, echaba sus manos al reo, llevándole a viva fuerza ante el magistrado."

Siñ embargo la prueba más palpable del carácter privado de este procedimiento lo tenemos en la *litis contestatio*, institución que se considera medular en el estudio del procedimiento romano.

La *litis contestatio* no solamente cerraba el período *in iure*, sino también o quizá principalmente, representaba el acuerdo de las partes en los términos de la controversia planteada; por eso la necesidad de que el demandado acudiera ante la presencia del magistrado, porque su presencia era necesaria para que se pudiera practicar el rito de la acción y para que pudiera concretarse el acuerdo de los litigantes mediante la toma de testigos.(50)

El presente punto no constituye un problema meramente histórico o teórico y no se debe creer que sólo a fuerza de terquedad se pueda considerar que el procedimiento de las acciones de la ley pertenece al derecho privado.

Ya el simple planteamiento de la división del derecho en privado y público motiva una serie de estudios y grandes polémicas sobre su distinción y utilidad; sin embargo suponemos dicha di-

---

50.- A. SUAREZ URCISINO, Ob. Cit. pág. 238 dice al respecto: "...Esta fijación de los términos en que el asunto litigioso queda planteado se realiza mediante un acuerdo solemne entre las partes, concertado ante el magistrado, y en presencia de testigos invocados especialmente para tal fin, en cuyo acuerdo las partes convienen, además en someterse a la decisión de un árbitro. Este acuerdo arbitral recibe el nombre de *LITIS CONTESTATIO*".



visión a efecto de contrastar la evolución que el procedimiento civil ha sufrido en el transcurso de la historia y su desplazamiento del ámbito privado hasta lo que actualmente pertenece al derecho público.

El problema toma mayor importancia si se recuerda que apenas hace un siglo el proceso era considerado como un contrato -- entre las partes merced a la tradición de la litis contestatio.

Por eso la litis contestatio permite estudiar doctrinal -- mente cómo a través de la historia se ha manifestado y cambiado el procedimiento civil desde sus primeras características privadas hasta la indiscutible naturaleza pública que hoy lo caracteriza.

Sobre el carácter privado de las acciones de la ley cabe -- preguntar ¿qué sucedía si el demandante no realizaba el ritual -- adecuadamente? Nada encontramos en las fuentes al respecto, tan solo Gayo dice que el litigante perdía el pleito, pero esto es -- una exageración del autor porque si hemos de atender a los de -- más datos que conservamos sobre este procedimiento, veremos que el litigante consumaba el derecho que reclamaba hasta la litis -- contestatio, de ahí que bien pudiera suceder que si el litigan -- te practicaba en forma indebida el rito de la acción, pudiera -- acudir nuevamente al magistrado a interponer la acción que in -- tentaba porque su derecho no se había extinguido pues en la an -- terior ocasión no se llegó a la formación de la litis contesta -- tio.

Esta observación me parece oportuna para destacar que los datos que hay sobre el período de las acciones de la Ley describen principalmente la actividad realizada por los sujetos en la etapa *in iure*, etapa primera del procedimiento con preponderancia pública por la actividad del magistrado que aparece en ella.

Los documentos que tenemos al respecto soslayan las particularidades del procedimiento ante el Juez, etapa también importante porque ahí se verifica y comprueba la verdad de los hechos alegados y además se decide la controversia que ha sido planteada y fijada por el magistrado, condenando o absolviendo al demandado.

Esta segunda etapa que equivale al período de instrucción y decisión en nuestros juicios de conocimiento, queda sumergido en el completo desconocimiento por parte de los tratadistas y como consecuencia de ello se ignoran las normas y principios de -- que se valieron los jurisconsultos romanos para desarrollarla.--

Gayo, que escribió probablemente en el siglo II d.c., destaca la actividad de los litigantes ante el magistrado (etapa *in iure*) pero deja al completo abandono (51) los pormenores de las actuaciones que se realizan ante el Juez.

---

51.- Y todos los romanistas hacen lo mismo, por ejemplo - CARAVANTES, Ob. Cit. pág. 36 No. 94; solamente dice al respecto: "El procedimiento ante el Juez se reducía a lo siguiente: En el día fijado, plazo que podía prorrogarse por justas causas, -- acudían las partes ante él con los testigos de la *litis contestatio*. Las partes comenzaban ante el Juez por presentar un resumen del negocio, causas *conjectio*, seguían los medios de instrucción, las pruebas testificales, etc...". Resume, en seis renglones, toda la segunda fase del procedimiento.

La parte pública del procedimiento de las acciones de la ley se refiere principalmente a la actividad del magistrado en la etapa *in iure*, que verifica la correcta actuación solemne de las partes; actividad que debe ser considerada meramente revisora, pasiva, que a lo más decide si el ritual ha procedido o no, pero solo en casos excepcionales y con apoyo en su imperio, el magistrado decide y declara el derecho que le corresponde al de mandante.

No puede considerarse a las acciones de la ley un procedimiento público; al revés, los demás datos que hemos apuntado son de tal peso que nos persuaden a concluir que este procedimiento era de carácter privado y que la presencia del magistrado representa y refleja tan solo un paso hacia el carácter público que después tendrá el procedimiento.

Aquí el magistrado es una tercera persona dentro del conflicto que, como representante de las civitas, verifica que la actividad privada de las partes no sobrepase los límites impuestos por las costumbres jurídicas a la venganza privada y a la ley del talión; pero su actividad es meramente pasiva porque únicamente comprueba que el demandante reclame dentro de la forma de la ley un derecho reconocido por el *ius civile*, y su actividad no resulta todavía creativa y creadora de un derecho nuevo como más tarde sucederá en el período formulario en el que el magistrado no solamente revisa las formas del proceso sino que inclusive crea y garantiza el derecho que todavía no se encontraba protegido por el orden legal, brindándole autoridad su ficiente a su mandamiento.

En conclusión, las acciones de la ley constituyen la transición entre prácticas y costumbres jurídico-religiosas de los quirites -de las que se nutren la Ley de las XII Tablas y las legis acciones- , y el periodo formulario que se erige en la etapa de oro del procedimiento civil romano.

### III.- PERIODO FORMULARIO

#### 1.- LA CONQUISTA ROMANA Y EL PROBLEMA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA A LOS PEREGRINOS.

Se ha dicho (52) que el período formulario fué más que un sistema de derechos un sistema de acciones, y esto de acuerdo a un conjunto de razones diferentes que sustentan tal afirmación.

Uno o dos siglos antes de la promulgación de la Ley Aebutia, o sea entre los siglos IV y II a.c., el pueblo romano alcanza la supremacía militar y políticas en la parte Continental de lo que hoy es Italia y en su periferia con la cuenca del Mediterráneo.

Este fenómeno expansionista pone al pueblo romano en contacto con culturas, costumbres y usos jurídicos diferentes y en-

---

52.- Riccobono, citado por H. CUENCA, Ob. Cit. pág. 189: - "el Derecho Romano no es un sistema de derecho, sino un sistema de acciones."

lo que respecta a la cuestión procesal, la etapa que se estudia se caracteriza por un desarrollo espectacular de las instituciones y soluciones establecidas por los magistrados romanos para ordenar y regular el nuevo conjunto de relaciones internacionales.

De manera general se puede decir que la cuestión jurídica fundamental para el pueblo romano ya no fué la de lograr u obstaculizar la equiparación entre las clases patricias y plebeyas; ahora la cuestión principal giró en torno al establecimiento del equilibrio económico y político entre el pueblo romano y los países conquistados, equilibrio que en su aspecto jurídico se representa por medio del *ius civile romanorum* y el *ius gentium* (53) así como el de la íntima interrelación que surgió entre ambos órdenes.

El *ius civile* comprendía un conjunto de derechos de la Ciudad-Estado que todavía se identificaba con los límites materiales de las murallas de Roma, así mismo dicho derecho regulaba -

---

53.- Los romanos dividieron el estudio del derecho primeramente en dos: Público (el que respecta al Estado de la república) y Privado (el que respecta a la utilidad de los particulares D.1.1.1.1.; luego del derecho privado lo subdividieron en tres: "...El derecho privado es tripartito, pues esta compuesto por los preceptos naturales, de gentes y civiles." D.1.1.1.2. --

Por otra parte existe la oposición entre derecho civil y derecho pretorio: "Es derecho civil el que dimana de las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los decretos de los príncipes y la autoridad de los prudentes." "Es derecho pretorio el que por utilidad pública introdujeron los pretores con el propósito de corroborar, suplir o corregir el derecho civil"; - D.1.1.7 y 1.1.7.1. La definiciones se refieren al *ius civile* - *quiritium* y al *ius gentium* que el pretor convirtió en *ius civile*. (Not. Aut).

las necesidades singulares de sus ciudadanos dedicados preferentemente a la actividad agropecuaria, lo que sin duda explica la estructura formal y solemne de las instituciones de la propiedad, la obligación, los testamentos, las adopciones y todos aquellos derechos consignados en la ley de las XII Tablas así como el procedimiento sacramental de las "legis acciones" que estaban únicamente al alcance de los ciudadanos romanos.

Seguramente los pueblos conquistados por Roma, tenían parecidas costumbres jurídicas, pero de lo que no cabe duda es que el enfrentamiento entre ambas culturas y luego la dominación política por parte de los romanos (con la consiguiente necesidad de que se establecieran relaciones duraderas y ajustadas a un orden legal y en una situación pacífica), originó el problema de la forma de regulación de las nuevas relaciones surgidas con motivo de la conquista romana. Estas nuevas relaciones, comerciales sobre todo, sujetaban en muchas ocasiones a un ciudadano romano y a un extranjero o peregrino, como llaman las fuentes romanas a los sujetos que no siendo ciudadanos romanos pero si hombres libres de otros países, entraban en relación jurídica con ellos. También estas relaciones ponían en contacto a peregrinos de diferentes pueblos pero que tenían que someter su conducta al beneficio y autorización del magistrado romano que era el encargado de vigilar la constante pacificación romana.

El *ius civile* no prevenía ni podía prever, la forma de regular estas nuevas relaciones que surgieron con motivo de la conquista romana y que se desarrollaban continuamente haciéndose cada vez más grande la ingerencia de las instituciones romanas a

los pueblos conquistados.

En el aspecto mercantil, los contratos comerciales se desenvuelven hacia el establecimiento de contratos tales como el arrendamiento, el mutuo, el depósito, el fideicomiso y obligaciones verbales que no encontraban antecedentes en el ius civile y que en su aspecto más general se encontraban en contradicción con las ritualidades y solemnidades que el derecho romano establecía para crear vínculos jurídicos.

Precisamente las nuevas relaciones humanas que surgieron con motivo de la conquista romana, relaciones de tráfico mercantil sobre todo, permitieron a la naciente República mantener -- unidos a Roma a un conjunto de pueblos diversos y diferentes -- dentro de un orden jurídico más o menos establecido dentro del cual la cultura latina encontró un ambiente favorable para su subsecuente desarrollo.

Las nuevas relaciones de hecho que exigían una regulación conveniente requerían que el magistrado romano encontrara y --- aplicara un vehículo jurídico suficientemente elástico y duro a la vez para solucionar debidamente esos problemas.

En primer lugar, atendiendo al orden cronológico de los hechos, es lógico pensar que el magistrado rehusara aplicar a las controversias peregrinas el procedimiento de las legis acciones porque dicho procedimiento era exclusivo de la ciudadanía romana y representaba una garantía propia de su estatus que --- siempre estaban dispuestos a salvaguardar como última concesión.

Además dentro de la estructura limitada, rígida y solemne - de las legis acciones no encuadraban muchas de las nuevas controversias; es decir, el primitivo procedimiento romano quedaba cogto en cuanto a su conveniencia técnica para resolver determinados problemas.

Por otro lado, el magistrado romano, como representante del pueblo y de la conquista romana, no podía permitir que los peregrinos resolvieran sus conflictos privados de acuerdo a sus costumbres o instituciones, en virtud de que dicha autorización provocaría un caos inminente en cuanto al criterio que resolviera - qué legislación se debía aplicar en cada caso y así la seguridad jurídica no podría alcanzarse porque las costumbres y procedimientos de cada pueblo diferían entre sí y en todo caso quedaría subsistente el problema de las controversias que nacieran entre ciudadanos romanos y peregrinos ya que también en este supuesto quedaría la duda de saber cuál sistema jurídico debía aplicarse (54).

El magistrado romano decidió aplicar a esas nuevas relaciones el sistema y procedimiento romano que él y sus antecesores - conocían y aplicaban desde hacía siglos atrás, considerando que-

---

54.- Efectivamente, como HUMBERTO CUENCA, Ob. cit. pág. 55- cuenta al respecto: "El pretor peregrino juzgaba a los extranjeros conforme al derecho de gentes y puesto que el sistema de las acciones de la ley, era inaccesible a los peregrinos, la verdades que no podían valerse de este procedimiento, exclusivo a los ciudadanos romanos".



este procedimiento, que suponía una cierta superioridad técnica, traería más ventajas que desventajas en todo caso y en cuanto a las últimas, a través de una evolución que duró algunos siglos, paulatinamente fueron superadas a través de la adecuación del procedimiento romano a la nueva realidad que se estaba viviendo.

Así, para este tipo de controversias, el magistrado conservó y extendió la aplicación del procedimiento romano con sus características de oralidad, solemnidad y división de la instancia en dos partes; pero introdujo lentamente ciertos cambios como los de una orden escrita que terminaba la primera etapa del procedimiento y en la que se resumía el problema de hecho con las posibles soluciones que el juez debía aplicar para resolver la controversia, atemperando así la exagerada solemnidad de los actos del procedimiento para hacerlos más accesibles al planteamiento jurídico que se venía haciendo. Esta innovación, considerada como principal, recibe el nombre de fórmula (55).

## 2.- EL PRETOR PEREGRINO.

El inventor de la fórmula fué el pretor peregrino, de quien apunto una breve nota con la finalidad de entender su lugar y funciones dentro de este periodo.

---

55.- Tal y como lo comenta H. CUENCA, Ob. cit. pág. 55. "De acuerdo con la opinión más corriente, la fórmula se originó en la costumbre del Pretor peregrino de redactar, con ayuda de las partes y de los testigos presenciales del acto de la litis contestatio, un resumen escrito, con el nombre de las partes, el objeto de la controversia, las razones alegadas, etc. que debía servir de norma al Juez en la investigación de la verdad".

El pretor peregrino es una derivación de la magistratura -- del pretor que en un principio aplicó la jurisdicción civil al pueblo romano.

El pretor aparece en el año 367 a.c. como una de las primeras magistraturas independientes a la del consulado y con carácter exclusivo para el patriciado (que por entonces todavía se encontraba en franca lucha con la clase plebeya por la protección de sus privilegios económicos y políticos). El establecimiento de esta magistratura fue la solución patricia a las pretensiones plebeyas de equiparación jurídica; cuando la magistratura del -- consulado fué accesible a los últimos (56), los patricios siguieron monopolizando la administración de justicia (57).

El pretor, a semejanza del cónsul, estaba investido del imperium (58) y del ius edicendi (59) que es la facultad propia de cualquier magistrado para promulgar edictos; por lo cual tenía -- la facultad para otorgar o denegar acciones.

---

56.- "Después, como se estimase procedente que también se nombraran cónsules de entre la plebe, comenzaron a ser de una y otra clase" D.1.2.2.2.6.

57.- "Y como los cónsules fueran requeridos por las guerras con los vecinos y no había en la ciudad quien pudiera atender la jurisdicción vino a nombrarse también un pretor, que se llamó urbano porque ejercía su jurisdicción en la ciudad". D.1.2.2.2.7

58.- "A aquel a quien se concedía la jurisdicción se considera que le han sido concedidas también aquellas atribuciones sin las cuales aquella no puede desenvolverse" D.2.1.2.

59.- "En cuanto al 'ius edicendi' lo tienen los magistrados del "populus" Romano, pero su más amplio caso de aplicación se encuentra en los edictos de los dos pretores, el urbano y el peregrino..." GAYO I.6.

Cuando hubo necesidad de enviar la representación romana a las provincias para que se administrara justicia adecuadamente - (es decir, de acuerdo a los intereses de Roma), se crea la magistratura del pretor peregrino en 243 a.c., en un principio exclusivamente para los patricios y luego accesible a los plebeyos -- (60); y cuya función principal era la de resolver las controversias de los peregrinos entre sí o entre ciudadanos romanos y peregrinos cuando el *ius civile* se mostraba insuficiente o impropio para ello (61).

La implantación de dicha magistratura se explica por los hechos políticos que por entonces sucedían en Roma. Hasta el siglo II antes de nuestra era el problema político y jurídico fundamental de Roma se planteó en términos estrictamente internos ya que la equiparación de los plebeyos y los patricios acaparó el escenario de los esfuerzos y regateos políticos; pero cuando Roma de una primordial actitud defensiva pasó a la actividad militar organizada, en poco tiempo conquistó numerosos pueblos vecinos, algunos de ellos sumamente poderosos; provocando que se desvaneciera la importancia del problema de la equiparación entre patricios y

---

60.- A semejanza de las figura del pretor urbano. Efectivamente, en el año 387 del calendario romano nace la magistratura del pretor urbano, pero los plebeyos no pudieron aspirar a ella hasta el año 417 del mismo calendario. La pretura peregrina no se crea hasta el año 507 del calendario romano según lo expone E. PETTIT Ob. cit. págs. 40 y 45.

61.- "Transcurridos algunos años, no siendo suficiente aquel pretor porque acudía también a la ciudad gran multitud de extranjeros se creó otro pretor, que se denominó peregrino, en atención a que ordinariamente ejercía la jurisdicción entre los extranjeros". D.1.2.2.28.

plebeyos, quienes cabaron siendo iguales en su aspecto jurídico, no así en el económico.

Ahora el problema principal tenía una doble dimensión: internamente la reorganización de las clases sociales provocó que de un lado se agruparan los terratenientes y capitalistas (62) y del otro lado la clase proletariada compuesta por la gran mayoría de los plebeyos desposeídos; la antítesis de la nueva clase dominante romana no era tanto el grupo de los "proletariados" sino la diversidad de los pueblos sometidos a la conquista romana. Externamente, el problema de la conquista planteaba la interrogante de como conservar los frutos de la victoria (63).

Roma optó por un sistema que estableciendo grandes ventajas para sí, al mismo tiempo permitía cierta libertad de decisión e independencia a los pueblos sometidos, surgiendo así las figuras del protectorado, las colonias, las provincias y los pueblos federados.

En lo que se refiere al tema, Roma centralizó y monopolizó la Administración de Justicia, enviando a cada provincia a uno de sus magistrados investidos de tal función que recibió el nombre de pretor peregrino.

---

62.- Patricios y plebeyos que basaban su riqueza en grandes extensiones de su propiedad o en prometentes empresas mercantiles principalmente, personas que además ocupaban los puestos políticos de mayor rango en el senado y en las demás magistraturas, por ejemplo en la de el Tribuno que era exclusiva para los plebeyos (Not. Aut.)

63.- Porque la historia de los pueblos orientales era una clara lección de que la fuerza no podía ser impuesta constantemente ni en forma definitiva a los pueblos vencidos (Not. Aut.).

Por otra parte, cabe destacar que en un principio la actividad del pretor urbano era limitada (64). Recuerdese que el procedimiento y sus actos pertenecían por exclusivo a las partes, quedando a cargo del magistrado conceder la acción si el demandante practicaba los actos de la ley con estricto apego al rito. Además el pretor no hacía uso por entonces del ius edicendi en virtud de que no promulgaba acciones procesales porque éstas se encontraban todavía en secreto del Colegio Pontifical y entonces de lo que se trataba el procedimiento era de que la fórmula, conocida secretamente por los patricios, fuera pronunciada adecuadamente en el caso concreto.

Se cuenta (65) que años después, alrededor del año 450 del calendario romano, un liberto de nombre Cneo Flavio hizo público el conocimiento de las fórmulas de las acciones de la ley, evento de grandes consecuencias que entre otras tuvo la de que ya no fuera una ventaja de clase guardar celosamente y en secreto el conocimiento de dichas fórmulas, sino por el contrario -- sentó el precedente de que el pretor, imitando la actitud de -- Cneo Flavio, publicara al inicio de sus funciones anuales, un--

---

64.- Así lo refiere ALVAREZ SUAREZ U. Ob. Cit. pág.100: - "En un período inicial, cuando sólo existía el practor urbanus, con jurisdicción exclusiva sobre los ciudadanos romanos y en cuestiones regidas por el ius Quiritium y protegidas por el procedimiento de las legis actiones la labor del pretor hubo de ser necesariamente restringida; se limitaba a controlar el ejercicio por los particulares de las facultades reconocidas en el Derecho civil, que tenían su origen en los mores y en las leyes, especialmente en las de las XII Tablas, concediendo o denegando la acción ante él invocada..."

65.- Entre otros, por EUGENE PETTIT, Ob. Cit. pág. 43

programa de acción y el formulario de las acciones de la ley (66); y decimos formulario, porque el pretor únicamente publicaba las fórmulas de las acciones de la ley que eran inmutables como la ley misma, es decir las que provenían y se encontraban expresamente y limitadamente consignadas en la Ley de las XII Tablas.

Al transcurrir el tiempo, el pretor peregrino que había sido educado en aquel ambiente jurídico, debió tomar la iniciativa de publicar un edicto en el que, además de su programa de acción anual y del formulario de las acciones que debía ser parecido al de las acciones de la ley; incluyera otro tipo de decisiones cuya finalidad fuera la de proteger una situación de hecho no contemplada ni amparada por el *ius civile* pero sí reconocida por el *ius gentium* y sobre todo por la conciencia jurídica (67) de la nueva sociedad que se venía creando y cuya voz se hacía oír a través de la figura del pretor.

---

66.- ALVAREZ SUAREZ, Ob. Cit. pág. 99 comenta al respecto - que. "En el ejercicio de su *ius edicendi* (facultad de publicar-Edictos), los pretores publicaban al tiempo de comenzar a ejercer su magistratura (que duraba sólo un año) una especie de programa de su futura gestión, en el que expresan las normas a las que piensan sujetar su actuación procesal, y los casos y las circunstancias en las que otorgarán protección a las partes".

67.- Esta conciencia jurídica era conocida por los romanos con el nombre *Aequitas*. Efectivamente, los jurisperitos romanos distinguían el concepto de *iustus*, (que para ellos significaba la conformidad de un acto con su derecho positivo); del concepto de *aequitas* (que era el criterio conforme al cual se debía valorar el derecho positivo y su correspondencia o no con las necesidades y sentimientos de la vida social. ALVAREZ SUAREZ, Ob. Cit. pág. 76 dice que "en cierto modo...la equidad era el Derecho mismo, o mejor, una norma que todavía no se había convertido en Derecho Positivo, pero que la conciencia social exigía que se cristalizara en Derecho vigente; por ello, se estimaba que el Derecho debía ser en cada momento de su vida una expresión de la equidad."

Esta protección otorgada por el pretor peregrino tomó la forma de lo que hoy conocemos con los nombres de interdictos, estipulaciones, acciones y excepciones pretorias, figuras que en su conjunto llegaron a constituir el Edicto del pretor, que anualmente crecía y se enriquecía gracias a la fuerza de la tradición ya que el nuevo pretor lejos de desconocer las innovaciones hechos por su antecesor, mantenía las soluciones que habían dado resultado, corrigiendo y completando el Edicto cuando sus disposiciones habían sido insuficientes (68).

Correlativamente, el pretor urbano haciendo eco de los logros obtenidos por el peregrino, aplicó instituciones y soluciones propias del *ius gentium* a las controversias legítimas de las que conocía, ahí donde el *ius civile* era insuficiente por su propia naturaleza o caduco por las nuevas realidades que se vivían (69).

El pretor peregrino merece la distinción de haber inventado una nueva forma para aplicar el procedimiento romano a las controversias peregrinas, salvaguardando las ventajas de las instituciones romanas y superando los inconvenientes de sus proce-

---

68.- La parte que en el nuevo Edicto se recoge del precedente se llama *Edictum traslatitium*, y la parte nueva que incluye las modificaciones propuestas por el nuevo pretor se llama *Edictum novum*.

69.- ALVAREZ SUAREZ, Ob. Cit. pág. 101 explica esta relación así: "...El pretor peregrino debió considerarse facultado para poder utilizar el poder discrecional de su imperium, no ya sólo con los extranjeros que pleitearan entre sí invocando el Derecho de gentes, sino también en los litigios entre éstos con ciudadanos romanos, e incluso a las controversias que éstos mantuvieron unos con otros, ya se aplicara en ellas el Derecho de gentes o el propio Derecho civil romano."

dimientos, que radicaban sobre todo en el excesivo rigurismo de los actos que en principio hacían imposible la aplicación del sistema procesal romano a esas relaciones desconocidas hasta en tonces.

El magistrado peregrino, haciendo uso de su imperio, por una paulatina y casi imperceptible aplicación costumbrista que no tenía ni presente ni mucho menos fundamento legal en el civile, sustituye los ritos solemnes de los actos llevados a cabo en la etapa *in iure* por un documento escrito que los resume y que tenía además una orden condicionada dirigida al juez para que resolviera el litigio en determinado sentido.

Otra práctica inmemorable ayudó al establecimiento de la fórmula. El pretor peregrino aplicó análogamente una costumbre del pretor urbano que consistía en resumir la actividad que había sido llevada ante su presencia. Como se recordará, en el procedimiento de las *legis actiones* la forma oral prevalecía -- completamente a tal grado que para dejar constancias de los actos realizados por las partes se tomaban testigos que habían -- presenciado el ritual correspondiente y los términos en que se había trabado la *litis*, con la finalidad de que dichos testigos pudieran ser utilizados como prueba instrumental por el juez en la etapa *in iudicium* y declararan sobre los actos sucedidos ante el magistrado.

Parece ser que se convirtió en costumbre jurídica la práctica aceptada de que al iniciar la etapa ante el juez, el proce



dimiento empezaba con un resumen de lo que había pasado en la etapa in iure; este resumen se conoce con el nombre de "causae-conjectio" (70).

Resulta probable que el uso indiscriminado de los testigos de la litis tuvo un efecto contraproducente a la larga ya que parece que los testigos podían diferir sobre sus declaraciones al grado de que en muchas ocasiones el juez no podía establecer certidumbre sobre los términos en que había sido fijada la litis (71).

Tratando de suplir esa deficiencia que había originado la corrupción en las declaraciones de los testigos, el magistrado inició una nueva costumbre y sin perjuicio de que las partes siguieran tomando testigos de la litis, optó por introducir un resumen escrito sobre los actos relevantes llevados en la primera etapa y que enviaba al juez para que tuviera un dato más confiable de la forma y términos en que había sido determinada la litis.

---

70.- Ver infra págs. 36 not. 51.

71.- HUMBERTO CUENCA, Ob. cit. pág. 53 recuerda esa situación: "Ocurría que los testigos presenciales de la litis contestatio no siempre referían fielmente (de buena o mala fé), al Juez, lo ocurrido ante el Pretor, lo que hacía insegura la base de la discusión y surgió la necesidad de fijar por escrito, mediante la fórmula, el derecho invocado por el actor, el objeto litigioso, las defensas del demandado y demás elementos esenciales en la controversia".

Con el transcurso del tiempo, este resumen escrito prevaleció sobre la toma de testigos y el pretor peregrino se sirvió de esta nueva solución para introducir dentro del resumen un conjunto de órdenes y decisiones que tenían por finalidad establecer - soluciones aplicables al caso concreto, sobre todo cuando la controversia no se encontraba prevista porel ius civile.

Con todos estos datos que vengo recapitulando se comprende que la ley Aebutia, al autorizar el procedimiento formulario, no hizo sino reconocer un estado de hecho ya existente desde hacía mucho tiempo atrás. Así se puede explicar la duplicidad de sistemas procesales que existieron en el siglo I a.c. y más aún que - después de que las Leyes Julias sancionaron definitivamente la - vigencia del procedimiento formulario, las legis acciones subsis tieron para determinados casos que se siguieron ventilando ante el Tribunal de los Centumviro por ejemplo.

### 3.- ESTRUCTURA DE LA FORMULA (72)

Motivo de estudios así como de grandes controversias a re-- sultado el tema de las partes de la fórmula; en realidad desde - tiempos de Gayo o antes con toda seguridad, ya existen estudios - al respecto; dentro de los cuales resalta el de las Institutas -

---

72.- En esta parte de mi trabajo me refiero a la estructura lógica de la fórmula y no a la trascendencia que tuvo como ins-- trumento innovador del derecho procesal en la etapa del procedi-- miento formulario, aspecto que trataré en otro lugar. Considero conveniente la aclaración porque la fórmula origina numerosos te-- mas y diversas perspectivas para su estudio; así por ejemplo --- Cuenca Ob. cit. pág. 54 y sigs. Distingue dos aspectos a los que llama formal y funcional incluyendo en el primero la demonstra--

quizará por ser el que en forma más completa ha llegado hasta nosotros. Gayo expone que las partes de la fórmula son: la demonstratio, la intentio, la adjudicatio y la condemnatio (73).

Aunque algunos autores consideran a estas partes como principales u ordinarias (74) lo cierto es que la intentio es la --- esencial ya que nunca falta, a excepción de la fórmula in factum en la cual la demonstratio y la intentio aparecen confundidas e --- inclusive algunos autores consideran o que en esta fórmula la intentio tiene una naturaleza diferente o sencillamente carece de ella.

---

tio, la intentio, la adjudicatio y la condemnatio como partes --- principales y a la exceptio y la praescriptio como partes accesorias o secundarias de la fórmula; dejando para el aspecto funcional el estudio de la acción como el motor impulsivo del proceso. Como se verá cada autor propone su particular clasificación y estudio de la fórmula y en muchas ocasiones se incluyen dentro de las partes de la fórmula otros aspectos que se refieren más bien a la trascendencia que tuvo en el período que se estudia y así --- hemos preferido seguir la clasificación propuesta por Gayo sin perjuicio de intentar otra diferente donde hagamos resaltar los aspectos innovadores de la fórmula (Not. Aut).

73.- GAYO IV.40 "la demonstratio es la parte de la fórmula que esta inserta en el comienzo a fin de mostrar de qué asunto se trata..."; IV.41 "La intentio es la parte de la fórmula por la cual el actor expresa su reclamo, como por ejemplo ésta: "SI APARECE QUE NUMERIO NEGIDIO DEBA DAR 10.000 SESTERCIOS A AULO --- AGERIO"; IV.42 "La adjudicatio es la parte de la fórmula por la cual se permite al iudex que adjudique una cosa cualquiera de --- los litigantes...; y IV.43 "La condemnatio es la parte de la fórmula por la cual se permite al iudex la "potestas" de condenar --- o de absolver, como por ejemplo ésta: "IUDEX, CONDENA A NUMERIO-NEGIDIO EN FAVOR DE AULO AGERIO. SI NO APARECE ASI, ABSUELVALO".

74.- Por ejemplo ALVAREZ SUAREZ Ob. cit. pág. 317 dice que las partes ordinarias son: el nombramiento del Juez, árbitro o colegio de jueces; la intentio, demonstratio, adjudicatio y condemnatio; y las extraordinarias la exceptio y la praescriptio.

Efectivamente, estas partes que mencionamos no aparecen en realidad en todas y cada una de las fórmulas otorgadas por el pretor; por ejemplo la *adjudicatio* aparece tan solo en tres de ellas, a saber la *finium regundorum*, la *familiae erciscundae* y la *communi dividundo*, y en lo que respecta a la *condemnatio* existen algunos casos en los cuales no aparece como en las llamadas acciones prejudiciales.

La confusión se aclara porque el estudio doctrinario de las partes de la fórmula se realizó en un momento en el que la práctica del pretor para establecer fórmulas con contenido del *ius gentium* era ya ampliamente difundido y aceptado en el Imperio Romano; y así las cosas la sistematización del tema fué sencilla, pero resulta bastante probable que al inicio del periodo formulario los magistrados y jurisconsultos no hayan siquiera distinguido entre la *demonstratio* y la *intentio* y seguramente muchas fórmulas nacieron únicamente con la parte de Gayo identificaba como *intentio* (75).

Otros elementos ayudan a la clarificación de la cuestión; por ejemplo, el magistrado, sobre todo el pretor peregrino, para solucionar determinadas situaciones no previstas por el *ius civi*

---

75.- ORTOLAN, citado por H. CUENCA, Ob. cit. pág. 65, explica dicha situación de la siguiente manera: "...en la época de la creación de la fórmula in *factum* no se había llegado todavía a la distinción entre *intentio*, *demonstratio* y *condemnatio* y es por ello por lo que la *intentio* en las in *factum* sencillamente no existe y no es como se afirma generalmente, que en ellas la *intentio* y la *condemnatio* se confunden".

le, se valía de su Imperio para consignar dentro de la fórmula la protección suficiente que cada caso requería y así la fórmula debió ser un instrumento lo suficientemente elástico para dar cabida a todos los hechos diferentes y concretos que cada litigante planteaba; por lo que la clasificación de la demonstratio, intentio, adjudicatio y condemnatio resulta un tanto rígida para dar cabida a todas las disposiciones y soluciones diferentes que el pretor consignaba en las fórmulas.

Sin embargo la clasificación apuntada por Gayo es de gran valor cuando no servimos de ella para apreciar los cambios que ensanchan el campo de aplicación de la jurisdicción con que actuaba el pretor a efecto de otorgar garantía a una situación de hecho desconocida hasta entonces.

Cabe decir que en la medida que cada caso planteaba una -- controversia singular, la fórmula propuesta por el pretor para ese caso era distinta de las demás. En virtud de que cada litigio planteaba supuestos de hechos diferentes, las soluciones -- que consignaba el pretor en la fórmula adquirían el carácter de soluciones particulares.

#### 4.- INNOVACIONES PRETORIAS.

Teniendo en cuenta esta idea, los romanistas se han dado a la tarea de recoger las modificaciones introducidas a la fórmula por el pretor así como las apreciaciones y soluciones otorgadas por el magistrado a las controversias particulares.

Estas innovaciones pretorias, como son llamadas por algunos autores (76), llevaron a la creación de nuevas fórmulas que pueden agruparse de la siguiente manera:

I.- Cambios en la estructura formal de la fórmula, que indiscutiblemente también podían producir cambios materiales en el sistema procesal y aún en el substancial. Estas innovaciones consisten en: a).- La transposición del sujeto, conocida con el nombre de la fórmula de la representación; b).- La supresión de la *condemnatio*, por ejemplo en las acciones prejudiciales (edicto del pretor en sentencias declarativas); c).- La fusión de la *intentio* y la *demonstratio* y que se encuentran representadas por las acciones *in factum*.

II.- Aquellos cambios en la fórmula que implicaban un cambio substancial en el sistema jurídico romano porque representaban la aplicación extensiva de fórmulas conocidas a casos no contemplados por el *ius civile*, valiéndose para ello de la analogía y del imperio de que gozaba el magistrado. Estas innovaciones de fondo se encuentran en los casos siguientes: d).- Cuando la acción se dirige, no contra actos personales del demandado, sino contra actos ejecutados por personas sometidas a la potestad del demandado y que se conocen con el nombre de acciones *adiecticiae*; e).- Cuando una situación no prevista por el *ius civile* ajusta solución a otra ya conocida y que son las acciones útiles; f).- Cuando el magistrado procede sobre la base de supuestos no reali

---

76.- Entre ellos HUMBERTO CUANCA, Ob. cit. pág. 61; a quien sigo en su clasificación.

zados y que no pueden realizarse pero de los que depende la procedencia de la acción; estas acciones son conocidas con el nombre de ficticias; g).- Cuando se subordina la sentencia al cumplimiento de la obligación de restituir o exhibir una cosa, por ejemplo en el caso de las acciones arbitrarias.

a) FORMULAS CON TRANSPOSICION DE SUJETOS. Reciben este nombre porque la persona designada en la condemnatio es diferente a la que se encuentra en la intentio tratándose del demandado, o la sentencia es pronunciada a favor o contra de una persona diferente a la que aparece como la titular de la acción en la intentio tratándose del demandante.

Estas hipótesis no eran permitidas por el ius civile que -- exigían una identidad total entre las personas que aparecían en la intentio y en la condemnatio (77); y la fórmula con transposición de sujetos permitía realizar este cambio de sujetos (78) -- por lo que puede ser considerada como un lejano antecedente de lo que hoy conocemos con el nombre de representación y legitimación procesal ya que dichos cambios permitían que en un litigio-

---

77.- Efectivamente H. CUENCA, Ob. cit. pág. 62 refiere que "Según el derecho civil, la absolución o la condena no pueden recaer sino sobre la propia persona que interviene en el litigio y ocurría a menudo que si una persona se ausentaba, tenía necesidad de nombrar un procurator para que le representara; entonces, el nombre del representado figuraba en la intentio, pero en la condemnatio figuraba el del representante".

78.- GAYO. en Institutas IV.86. ejemplifica el caso: "Aquél que acciones en nombre de otro ajusta la "intentio" conforme al "dueño del asunto" (dominus), pero convierte la "condemnatio" para su propia persona. En efecto, si por ejemplo Lucio Ticio acciones por Publio Nevio, la fórmula se redacta así: "SI APARECE CUE NUMERIO NEGIDIO DEBA DAR A PUBLIC MEVIO MIL SESTERCIOS, EN TON ES IUDEX CONDENA A NUMERIO NEGIDIO POR DIEZ MIL SESTERCIOS - EN CASO DE NO APARECER ASI APSUELVE".

intervinieron personas que no tenían capacidad según el ius civi' le para que los efectos de la sentencia recayeran en su persona, otorgando así una mayor garantía a los derechos reconocidos por el pretor (79).

b) FORMULAS CON SUPRESION DE CONDEMNATIO. El pretor otorga una fórmula de esta especie cuando requiera resolver previamente al juicio una cuestión de hecho o derecho que está íntimamente re lacionada, de tal manera que constituye una condición de sustancia para iniciar y proseguir válidamente el juicio que se quiere intentar. Por ejemplo cuando se dudaba de que un sujeto fuera per sona en derecho; es decir, si existía incertidumbre respecto a - si era un sui iuris, liberto o esclavo; se requería que primero se resolviera sobre la calidad jurídica del demandante y entonces en una fórmula que únicamente contenía intento se designaba un juez para que resolviera exclusivamente si la persona era libre o esclavo (80). Aquí surge una cuestión que precisa explicación más detallada para dilucidar si éstas fórmulas carecían de

---

79.- JUSTINIANO en sus Instituciones (\*), L.IV; T.X. expone las necesidades que motivaron la creación de éstas fórmulas: --- "...La imposibilidad de tener procurador, o defenderse por medio de otros en los demás casos, ofrecía muchos inconvenientes; por eso se introdujo después el que pudiesen actuar los procuradores, porque una enfermedad, la edad, un viaje indispensable y otras - muchas razones ponían a las personas en la imposibilidad de seguir sus propios negocios".

\* Para las Instituciones de JUSTINIANO utilizó la edición bilingüe de M. ORTOLAN: Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina en 1976; obra que cito en la forma acostumbrada.

80.- Justiniano L. IV Título VI.13 refiere que: "Las acciones prejudiciales parecen ser acciones reales: tales son aquellas por las que se examina si uno es libre o liberto, las que tienen por objeto hacer reconocer la filiación..."



condemnatio o únicamente estaban constituidas por una intención que resulta más probable atendiendo sobre todo a lo consignado en las Institutas de Gayo (81). Algunos autores consideran que éstas fórmulas guardan una cierta similitud con lo que hoy conocemos como procesos o sentencias declarativas en virtud de que la especial estructura de esta fórmula indica que la misma no tenía una condemnatio, pero lo que resulta cierto es que se encontraba destinada a resolver una cuestión previa relacionada con un juicio que se quería intentar y así el objeto de la fórmula era exclusivamente resolver sobre esa cuestión sin condenar en ningún caso (82).

c) FORMULAS IN FACTUM. Son aquellas que se encontraban reconocidas en el edicto del pretor y su nota distintiva era que aparecían confundidas en una sola expresión gramatical la demonstratio y la intentatio. Su función principal consistía en aplicar por semejanza una solución del ius civile a situación de hecho no prevista hasta entonces y para ello se elude la cuestión

---

81.- Por ejemplo en GAYO. IV.44: "Sin embargo, todas estas partes de la fórmula no se reencuentran simultáneamente, sino que algunas están presentes y otras no. Y así ocurre a veces que sólo se encuentra la "intencio", como por ejemplo en las fórmulas prejudiciales, tales como aquellas por las cuales se trata de saber si alguien es liberto, o cuánto es el monto de la dote y muchas otras".

82.- H. CUENCA Ob. cit. págs. 63 y 64 pone un ejemplo de fórmula que en realidad no es prejudicial, ya que su ejemplo lo toma del supuesto en que se ha iniciado un juicio sin la autorización del pretor, hipótesis que implica un pago a favor del demandado y por lo tanto una condena. Los antecedentes del ejemplo del maestro Cuenca se encuentra en el Digesto 2.4.13; 2.4.23; 2.4.24 y 2.4.25 y asigando se ha citado al juicio sin la autorización del pretor, el demandado tiene acción para reclamar la cantidad sancionada en los textos citados, lo que configura una fórmula con condemnatio. En el mismo sentido Justiniano en sus Instituciones, L.IV; T. VI. 12

de saber si la parte tiene su personalidad reconocida por el *ius civile* para poner en primer plano la cuestión de saber si el hecho alegado como generador de la petición de una acción es cierto o no y en tal virtud si es digno o no de la protección pretoria (83). Gayo enfatiza que las acciones se pueden interponer - in *ius conceptae* cuando el derecho que se persigue está plenamente reconocido por el *ius civile* o in *factum conceptae* cuando lo que se persigue es la protección por parte del pretor a una situación de hecho que se considera digna de garantía (84).

d). LAS FORMULAS ADYECTICIAS. Se intentan no contra el demandado en sentido material sino contra la persona que ejerce la *manus* o *patria potestas* sobre el demandado, se había aprovechado de los actos realizados por el incapaz. Efectivamente, - los sujetos que no tenían reconocida su personalidad por el *ius civile* podían de hecho celebrar contratos y contraer obligaciones y al momento de que el acreedor de esa relación reclamaba - su cumplimiento sucedía que su acción era rechazada por la *inca*

---

83.- Como el ejemplo que expone H. CUENCA Ob. cit. pág. 64: "Así, por cuanto el hijo de familia según el derecho civil, no puede ser ni propietario ni acreedor y en la fórmula in *ius* este requisito es indispensable, mediante una hábil redacción se elude la cuestión de saber si el demandante es o no propietario o acreedor, y se ordena averiguar si en verdad es cierto o no - el hecho de la pignoración, hipoteca o deuda. Por ello, a la -- fórmula in *ius* de las acciones del derecho civil el pretor opone, conforme a la equidad, las acciones in *factum*, de hecho".

84.- GAYO en *Institutas* IV.45, 46 y 47. Así en la primera cita se consigna que: "A las fórmulas en las que se trata de -- una cuestión de derecho, las llamamos 'formulae in *ius conceptae*', las cuales son aquellas por las que reclamamos 'QUE ALGO SEA -- NUESTRO EX IURE QUIRITIUM'..." 46: "A las otras, en cambio, las llamamos 'formulae in *factum conceptae*' (fórmulas concebidas -- conforme a los hechos)".

pacidad del demandado (85). Dicha situación, considerada injusta por el pretor, provocó que se concedieran fórmulas contra el paterfamilias que se había aprovechado de los actos realizados por los sujetos que se encontraban bajo su domus; fórmulas que son conocidas indistintamente con los nombres de indirectas, -- adiecticias qualitativae o simplemente adiecticias y que pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

1).- Fórmulas contra el padre o patrono cuando el incapaz se ha obligado con su consentimiento y entre las que se cuentan las siguientes:

A').- Acción quod iussu, para los casos en que el paterfamilias o patrono aprueba los actos celebrados por los incapaces.

B').- Acción exercitoria para hacer efectivas las obligaciones contraídas por los incapaces que fungían como capitán de nave (86).

---

85.- Así lo refiere H. CUENCA Ob. cit. pág. 66: "Ocurría - que las obligaciones contraídas por el hijo de familia o por el esclavo no obligaban al padre ni al patrono, aun cuando éstos se hubieran aprovechado de dichos negocios. Esta situación resultaba todavía más injusta si se recuerda que las obligaciones contraídas por las personas alieni iuris, no obligaban al padre o al patrono sino cuando hicieron su condición mejor, pero no producían ningún efecto contra ellos cuando por consecuencia -- del negocio venían a ser deudores, más pobres o empeoraban su condición".

86.- "Por la misma razón concede el pretor dos acciones in solidum, llamada la una exercitoria, e institoria la otra... Se llama exercitoria de exercitor (armador), pues con este nombre es conocido el que percibe las diarias utilidades de un buque, o le fleta por su cuenta". JUSTINIANO, Instituciones. L. IV. T. VII.2

C').- Acción institoria para los actos realizados por el incapaz que estaba al frente de algún comercio. Este caso sirve para demostrar que estas acciones implicaban transposición de sujetos o de condena y por lo tanto cabían los cambios formales y -- substanciales a su estructura (87).

2).- Fórmulas contra el paterfamilias, patrono o dueño del esclavo cuando el incapaz se ha obligado sin su consentimiento, pero aquél ha obtenido provecho de los actos contraídos por éste. Aquí encontramos las siguientes acciones:

D').- Acción de peculio, que permite pagar al acreedor con el peculio que el paterfamilias ha concedido al incapaz y hasta la cantidad por la cual el padre se había aprovechado de los actos ejercitados por el hijo, liberto o esclavo (88).

E').- Acción de in rem verso. Conocida también con el nombre de actio de peculio et de in rem verso, parecida a la anterior pero establecida para los casos en que el enriquecimiento del alieni iuris o paterfamilias rebasada incluso el valor del -

---

87.- ARANGIO RUIZ, citado por H. CUENCA Ob. cit. pág. 68 ex pone la siguiente acción institoria: "Puesto que Aulo Agerio ha comprado al esclavo Stico, colocado por Numerio Negidio al frente de un comercio diez libras de aceite y que las ha comprado -- con ocasión de la susodicha actividad de Stico, de lo que se litiga, condena, oh juez, a Numerio Negidio frente a Aulo Agerio, a todo lo que a causa de ello debe dar o hacer según la buena fé; si no consta, absúélvelo".

88.- "El pretor ha concedido la acción de peculio contra el padre o el señor, porque, aunque según el derecho civil no están obligados por los contratos de su hijo o de su esclavo, es, sin embargo, equitativo que sean condenados hasta donde alcance el peculio, especie de patrimonio de los hijos o hijas y de los esclavos". JUSTINIANO, Institutas L.IV T. VI.10

peculio-establecido a favor del incapaz (89).

F').- Acción tributaria. Que guarda semejanza con las anteriores con la diferencia de que este caso no se paga proporcionalmente a los acreedores del incapaz, si no preferentemente al --- acreedor más diligente, lo que supone una pluralidad de acreedores (90).

e).- FORMULAS UTILES. En las que existe una aplicación extensiva y aún interpretativa del alcance que originalmente tenía una fórmula del ius civile y que se utilizaba para resolver una situación que no cabía exactamente al caso planteado. En estos casos el pretor se apartaba de la letra de la ley que en las acciones de la ley su más leve error al pronunciarlas hacía perder el pleito, para buscar la intención de las palabras y lograr con ello una solución más justa a los litigios (91).

---

89.- "Además, el pretor ha introducido la acción de peculio et de in rem verso. Aunque el esclavo contrata sin consentimiento de su amo, si a éste le han resultado de ello beneficios, está obligado a tanto como recogió de provecho..." JUSTINIANO, Institutas L IV. T. VII.4

90.- "El pretor ha introducido otra acción, que se llama -- tributaria. Si un esclavo emplea su peculio y comercia, sabiendo lo su dueño, y contrae compromisos; por ende decidió el pretor -- que todos los fondos comerciales y las ganancias se distribuyen -- sen a prorrata entre el dueño, si algo se le debe, y los demás -- acreedores del esclavo". JUSTINIANO, Institutas L.IV. T.VII.3

91.- La equidad desempeñó un papel importante en la transformación que va de la rígida y solemne estructura de los actos procesales que parecían encerrados en las palabras de las acciones de la ley, a la interpretación del sentido de las palabras -- que dió posibilidad a que los jurisconsultos y magistrados romanos pudieran apreciar el espíritu de una disposición jurídica a efecto de resolver los conflictos que la realidad planteaba de -- diferente manera en cada caso. (Not. Aut.).

Ejemplo de estas fórmulas lo tenemos en la interpretación - que el pretor concedió a la ley Aquilia (92) la que establecía - originalmente que el resarcimiento del daño procedía cuando se - probaba que el demandado lo había producido directamente con alguna actividad física y material de su cuerpo; pero quedaba sin aplicación cuando se producía el daño por la actitud del demandado sin que este llegara a realizar un acto directo y material -- contra el objeto, por ejemplo cuando se perseguía a un esclavo y este tratando de escapar se arrojaba al río y moría ahogado (93).

f).- FORMULAS FICTICIAS. Cuya principal característica consiste en que el pretor considera como existentes y ciertos determinados presupuestos de hecho y derecho que eran necesarios para otorgar una fórmula que en principio no debía ser concedida al - peticionario. Así cuando se trataba de aplicar a los peregrinos - ciertas fórmulas del ius civile el pretor consideraba al peregrino ficticiamente como ciudadano romano para que los efectos de - la fórmula fueran procedentes (94).

---

92.- CFR. H. CUENCA Ob. cit. pág. 68.

93.- VINOGRADOFF, P. en su obra Introducción al Derecho; Ed. Fondo de Cultura Económica México D.F. 1985, pág. 150 y 151, --- ilustra la aplicación de la equidad por parte del pretor y de -- los jurisconsultos clásicos al apartarse de la letra de la ley y proteger una situación que no se ajustaba exactamente a los términos que establecía la fórmula. El autor en cita toma el discurso que pronunció Cicerón en el famoso caso habido entre A Caecina y L. Aebutius; para exponer la diferencia entre el sentido literal de las palabras en contraposición de la intención y finalidad de quienes escribieron las palabras de la ley.

94.- Buen ejemplo de estas acciones es el que cita H. CUENCA Ob. cit. pág. 69 que textualmente dice lo siguiente: "El bono rum possessor es la persona a quien el magistrado en virtud del imperium ha puesto en posesión de alguna cosa; pero por cuando - él no es ni heredero ni propietario de esa cosa, no puede ejercer las acciones reales o personales que sean necesarias para -- protección de la cosa. Entonces el pretor imagina que es propietario o heredero civil, en virtud de la ficción de este supuesto, y le concede la acción correspondiente".

g).- FORMULAS ARBITRARIAS. Nacen como una categoría intermedia entre las acciones de estricto derecho y las de buena fé, teniendo como nota distintiva que el demandado puede evitar la condena pronunciada en su contra exhibiendo o restituyendo a favor del demandante la cosa objeto del litigio (95).

#### 5.- PARTES ACCESORIAS O EXTRA-ORDINARIAS DE LA FORMULA

La fórmula en ocasiones contiene otros elementos distintos a los ya estudiados y que son llamados partes accesorias o extra ordinarias ya que no se encontraban en forma general, sino se incluían en la fórmula a petición del demandado o por iniciativa del pretor siempre y cuando se tratara de obtener una solución más justa al conflicto, sobre todo cuando el carácter formal del derecho romano quiritarario hacía aparecer justa una solución que en realidad provocaba una lesión al demandado.

Estas partes accesorias, conocidas con los nombres de praescriptio y exceptio, dieron lugar a cambios notables en la técnica

---

95.- "se llaman además ciertas acciones arbitrarias, es decir, dependientes del arbitrio del juez. En estas acciones, si el demandado no da al demandante la satisfacción prescrita por el arbitrio del juez, por ejemplo la restitución de la cosa o la exhibición, o el pago, o abandono noxal de un esclavo, debe ser condenado." JUSTINIANO Instituciones L.IV T.VI.31.

Por su parte H. CUENCA, OB. Cit. pág. 70 expone la siguiente fórmula arbitraria que transcribió: "Que Lucius Octavenus sea juez. Si aparece que el fundo Capena, de que se trata, es de Aulo Agerio, según el derecho quiritarario, y no le ha sido restituído a Aulo Agerio, condena, según su arbitraje, a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio, tanta cantidad cuanto la cosa valga; sino aparece, absuévelo."

ca procesal que se utilizaba para la fijación de la litis. En -- efecto, en el periodo de las acciones de la ley y en parte del -- formulario, el procedimiento se desarrollaba con miras a resol-- ver la pretensión del demandante, como si ésta fuera la única -- digna de protección. Así el demandado, cuando era citado con mo-- tivo de un procedimiento judicial, se veía en la necesidad de es coger entre la alternativa de aceptar y reconocer la procedencia de la acción ejercitada (96) o bien negar la acción ejercitada -- en su contra.

Esta última posición implicaba la carga de la prueba sobre-- la negativa y ponía al demandado en franca desventaja porque lo-- obligaba a probar la negación de los hechos del negocio que se -- le reclamaba, además de que no podía invocar otras circunstan--- cias, que aunque ajenas, tuvieran relación íntima con la discu-- sión a tal grado que pudieran cambiar el criterio establecido pa ra su solución.

A).- Praescriptio. Es una advertencia del magistrado para -- que el juez considere ciertas circunstancias que pueden modifi-- car o limitar los efectos de la litis contestatio (97) y que ---

---

96.- Reconocimiento que tomaba la forma de confessio in iu-- re tratándose de acciones personales, o de in iure cessio para -- los casos en que se reconocía la procedencia de acciones reales; según lo comenta el maestro HUMBERTO CUENCA en Ob. cit. págs. -- 236 y 237.

97.- La definición de ALVAREZ SUAREZ, Ob. cit. pág. 356, es la siguiente: "Como indica su nombre, la praescriptio es una pa rte de la fórmula que se inserta al principio de ella, antes de -- la intentio (o de la demonstratio, si es que existe), con objeto de limitar o descartar los efectos de la litis contestatio..."



eran insertadas en la fórmula a favor del demandante o del demandado, característica que como se verá, la distingue de la excepción que únicamente se concede al demandado (98). Con el tiempo - las praescriptio pro reo fueron transformándose en excepciones - en virtud del propio desenvolvimiento de su naturaleza.

En un principio, por ejemplo en el periodo de las acciones de la ley, cuando el pretor denegaba la acción (denegatio actionis), es probable que lo hiciera teniendo en cuenta las justificaciones y argumentos verbales que el demandado invocaba antes de que se iniciara el rito respectivo. Cuando esas alegaciones del demandado fueron adquiriendo un carácter más técnico y abstracto, el magistrado sintió la conveniencia de incluirlas en la fórmula a manera de hipótesis excluyentes para la procedencia de la acción, de tal suerte que el juez antes de entrar al exámen de la cuestión propuesta por el demandante, verificaba los términos de esa praescriptio que cuando resultaba verdadera excluía la acción intentada y por lo tanto ya no era necesario pasar a la etapa probatoria.

Ya que la hipótesis excluyente implicaba en ocasiones el exámen de hechos diferentes a los invocados por el actor, paulatinamente las praescriptio pro reo fueron revolucionando hasta -

---

98.- GAYO en Institutas IV. 130, 131, 131a, 132 y 133 describe el nacimiento y evolución de estas praescriptiones y su diferenciación; por ejemplo en IV. 133 refiere lo siguiente: "Pero en estos tiempos, tal como lo hicimos notar también anteriormente, todas las "praescriptiones" provienen del lado del actor. Antiguamente, algunas eran opuestas en beneficio del demandado --- (pro reo), como por ejemplo esta: 'QUE EL ASUNTO SE ACCIONE SI NO HAY EN EL QUE DEBA SER PREJUZGADO RESPECTO DE LA HERENCIA'..."

convertirse en excepciones, que no solo impedían el ejercicio de la acción en el juicio que se oponían, sino que por virtud del efecto extintivo de la litis contestatio, impedían que el actor pudiera ejercitarla en otro juicio (99).

B).- EXCEPTIO. Puede ser considerada como la pretensión que el demandado opone a la acción ejercitada en su contra; representa la posibilidad de que el demandado lleve al juicio un conjunto de hechos distintos a los que el actor alega como fundatorios de la acción que promueve; así la fórmula se constituye ya no solo por las pretensiones de una de las partes, sino por las que ambas ejercitan y que el magistrado resume y sintetiza a manera de hipótesis afirmativas o negativas según sea el caso. Con motivo de este fenómeno nacen las figuras de la dúplica y la réplica (100).

Ya en la época de las acciones de la ley, el demandado tenía la oportunidad de hacer valer sus defensas ante la acción ejercitada en su contra. Exponía los argumentos en que fundaba -

---

99.- ALVAREZ SUAREZ, Ob. cit. págs. 358 y 359 expone al respecto que: "la praescriptio pro reo es un medio de defensa semejante a la exceptio, en cuanto a su sustancia, puesto que hace valer hechos favorables al demandado. Por ello, paulatinamente, las praescriptiones pro reo fueron utilizándose en forma de excepciones, lo cual era aún más ventajoso para el demandado, ya que de este modo jugaban los efectos excluyentes de la litis contestatio y de la sententia, impidiendo que el actor entablara de nuevo su acción".

100.- GAYO en las Institutas explica estas figuras de la siguiente manera: en la intentio se recoge la pretensión del demandante, pero como puede suceder que sea injustificada, el pretor protege la posibilidad de que el demandado oponga una excepción (IV.116). Sin embargo como también puede suceder que sea injusta la excepción que en un principio parece ser justa, aparece la fi

sus defensas que eran escuchados de viva voz por el magistrado - quien las sopesaba para conceder o denegar la acción; en los casos que francamente se encontrara que era procedente la defensa que se oponía.

Después, en el periodo formulario, el magistrado insertaba en la redacción de la fórmula y a manera de praescriptio el argumento que el demandado hacía valer como defensa y de esta práctica a la forma ya acabada de la excepción existe un solo paso. -- Por eso se ha dicho que la excepción es una figura propia del periodo formulario porque a través de ella el pretor fué dando protección a situaciones de hecho no protegidas o no contempladas - por el ius civile.

La clasificación romanista de las excepciones es sola una - prueba de la gran utilidad que tuvo esta figura en el periodo -- formulario para solucionar o garantizar determinadas situaciones (101).

---

gura de la réplica para que el demandante oponga su defensa ante la excepción (IV.126.) y a su vez la réplica nace para que el demandado se defienda contra la réplica injusta (IV.127.) y así sucesivamente.

101.- Realizo un breve resumen de la clasificación de las excepciones: 1.- ALVAREZ SUAREZ URCISINO, Ob. cit. págs. 334 y - sigs. habla de: A).- Excepciones insertas en fórmulas civiles -- con intento in ius conceptae, en la cual la excepción 1).- Juega un papel "excluyente" en el sentido de que impide que se produzcan los efectos propios del ius civile en el caso concreto -- (por ejem. en D.44.1.2. "se dice excepción como para significar una exclusión, pues suele oponerse a cualquier acción para excluir lo que se pone en la intensión y condenación de la fórmula procesal"). 2).- O bien realiza una función que no es excluyente o negativa, sino positiva o protectiva de determinadas situaciones de hecho, por ejemplo la "exceptio rei vindicatae et traditae" que sirve no solo para excluir la reivindicación sino para mantener en posesión al adquirente de buena fé que todavía no --

## 6.- LA LITIS CONTESTATIO Y SUS EFECTOS.

Como ya expuso, en el periodo de las acciones de la ley, la litis contestatio servía como instrumento probatorio de los términos en que había sido fijada la litis; también acreditaba el acuerdo de voluntades de las partes en aceptar la fijación de dichos términos, y su compromiso para acudir ante el iudex y cumplir con la sentencia pronunciada. Este es el origen de la concepción privatista que considera la relación procesal como un contrato o cuasi-contrato.

En el periodo que se estudia, la fórmula determina indubitablemente y de forma definitiva los términos de la controversia,

cumple con el plazo para usucapir que por lo tanto tiene una finalidad protectoria o correctiva de la exagerada solemnidad del primitivo derecho civil. B).- Excepciones insertas en fórmulas pretorias con intento in factum conceptae, cuya función es la de complementar y determinar los hechos que neutralizan los hechos protegidos en la fórmula in factum u oponer otros hechos.

II.- También se clasifican las excepciones in ius conceptae cuando plantean una cuestión de derecho y in factum conceptae cuando se utiliza para oponer un hecho digno de protección pretoria (entre las que se distinguen aquellas que figuran en forma permanente en el edicto del pretor y aquellas que son otorgadas para un caso particular, por ejemplo D.44.4.4.8

III.- GAYO IV.118 habla de excepciones civiles (para sancionar preceptos del derecho civil), excepciones pretorias cuando son concedidas por el pretor para corregir normas del ius civile o para proteger situaciones de hecho.

IV.- También Gayo habla de excepciones perpetuae o perentorias cuyos efectos son definitivos (IV.121) y dilatorias con efectos meramente temporales (IV.122)

V.- Por último, para terminar esta corta clasificación a que expongo al pie de página, (ya que el tema es inmensamente mayor), paso a exponer la clasificación de JUSTINIANO en sus institutas donde divide las excepciones in rem y in personam, determinadas por las personas contra quienes se podían oponer; así como las excepciones rei coherentes y personas coherentes respecto de las personas que podían o no ejercitarlas. L.IV. T.XIII, 7,8 y sig.

porque expone los antecedentes de hecho del caso, la pretensión que intenta el demandante, en su caso las hipótesis excluyentes de su procedencia (prescripciones o excepciones) y la orden al juez para que condene o absuelva según las pruebas que se rindan en el juicio. En realidad los actos llevados ante el magistrado tienen como finalidad la de obtener la redacción definitiva de la fórmula que precisamente organiza la segunda etapa del procedimiento.

La función original de la litis contestatio pierde toda utilidad porque en este periodo la fórmula fija contundentemente la cuestión controvertida; sin embargo la institución subsiste en su segundo significado, es decir como un acto solemne a través del cual las partes se comprometen a resolver sus diferencias mediante la sentencia dictada por el juez que, ya sea de común acuerdo o por iniciativa del magistrado, se nombra en la fórmula.

Después de que las partes se ponen de acuerdo en la redacción definitiva de la fórmula (102), el demandante entrega una copia al demandado o la lee en su presencia, acto procesal que re

---

102.- Problema mayor es el de saber quien redactaba la fórmula, si el magistrado, las partes o ambos. KUBLER, citado por ALVAREZ SUAREZ, Ob. cit. pág. 303, Not. 266; opina que la fórmula no se llegaba a redactar por escrito siquiera. El autor en cita ante la disyuntiva sobre si la fórmula la redactaba el pretor o las partes se inclina a pensar por la primera alternativa, elección que lo coloca dentro de los autores que conciben el periodo formulario con carácter de derecho público principalmente.

cibe el nombre de editio actionis (103).

Por su parte, el demandado, en vista de que ha intervenido en la redacción definitiva de la fórmula que muy probablemente contiene prescripciones y excepciones a su favor, tiene la alternativa de rechazarla (104) o de aceptarla (105) en cuyo caso se formalizaba la litis contestatio (106) y se daba por terminada la etapa in iure.

Como acto formal por el que las partes celebran el convenio arbitral que resolverá su conflicto, la litis contestatio en el periodo formulario produce un conjunto de efectos jurídicos de naturaleza diferente y que pueden ser clasificados de la siguiente manera:

---

103.- Se desconoce el modo exacto en que se desarrollaba la editio actionis. ALVAREZ SUAREZ Ob. cit. pág. 304 opina que el acto se podía realizar de diferente manera; ya sea que el demandante le entregara una copia de la fórmula al demandado, le dictara verbalmente su contenido o le mostrara el documento que contenía la fórmula, mismo que el demandado firmaba. Estas posibilidades se encuentran previstas en las fuentes, así en D.2.13.1.1. que dice que "comunicar la acción es también dejar sacar una copia o redactar un libelo y remitirlo o dictarlo".

104.- Situación poco probable y que además tenía un límite porque el magistrado contaba con medios coactivos para obligarlo a aceptar la fórmula en determinadas circunstancias. (Not. Aut.).

105.- El acto por el cual el demandado acepta los términos de la fórmula se llama accipere iudicium; por lo tanto la litis-contestatio nace del acuerdo por parte del demandante (editio actionis) y del demandado (accipere iudicium) para aceptar los términos de la fórmula redactada por el magistrado y entregada al actor. CFR. ALVAREZ SUAREZ, Ob. cit. pág. 304.

106.- A. DI PIETRO, Ob. cit. pág. 569 explica: "se llama -- 'litis contestatio' un estadio especial del proceso que ocurre en el procedimiento formulario cuando luego de haberse redactado la 'fórmula' ante el pretor, ambas partes están ya conforme en que la 'litis' sea resuelta por un iudex; 'litis contestatio' -- 'atestiguamiento del litigio'. Se cierra entonces la etapa 'in iure' y comienza la etapa 'in iudicio'".

I.- Efectos respecto de la acción ejercitada:

La litis contestatio consume la acción intentada por el demandante y evita que pueda ejercitarse nuevamente en lo futuro.- Este efecto "negativo" de la litis contestatio se hace posible - de dos maneras (107):

a).- De pleno derecho en los casos en que se vuelve a ejercitar la acción en un juicio legítimo, que trate de una acción personal y que se ejercite para hacer valer una obligación que pertenece al ius civile (108). En este supuesto el magistrado - niega de plano (ipso iure agi non potest, ipso iure actio consumitur, tollitur) la acción que se quiere intentar, ya que en estos casos la litis contestatio absorbió totalmente el contenido del derecho substancial material que se reclama en juicio, por lo que la acción procesal se consume (109) y es imposible que su ejercicio se vuelva a intentar.

b).- Pero no en todos los casos la litis contestatio produce ipso iure la exclusión del ejercicio de la acción, y ésta se-

---

107.- GAYO IV.106 y siguientes. ALFREDO DI PIETRO, Ob. - Cit. pág. 723 Not. 115, expone que esas dos formas son una de ma nera automática (ipso iure) y la otra a través de la exceptio -- rei iudicatae vel in iudicium deductae.

108.- "Por ello, si yo reclamo una deuda por un 'iudicium legitimum', no podría con posterioridad accionar 'ipso iure', ya - que mi reclamo (intencio) de que 'DARI MIHI OPORTERE' (algo me - debe ser dado) sería inútil puesto que la 'litis contestatio' ha puesto fin a la obligación de 'dare'... "GAYO III.181.

109.- ALVAREZ SUAREZ, Ob. Cit. pág. 305 in fine y Not. 270- comenta que este efecto no debe llamarse "consuntivo" sino en to do caso efecto excluyente en virtud de que no en todos los casos la acción se consume en virtud de la litis contestatio. Es im - portante comentar también que el autor en cita menciona que la -

puede volver a intentar en otro juicio; por ejemplo, en los casos de los iudicium imperio continens (110) cuando se ejercita una acción real o cuando la intentio de la fórmula es in factum, se requiere la intervención del magistrado a efecto de que conceda una excepción que es conocida con el nombre de exceptio rei in iudicium deductae (111), de tal suerte que si al demandado no pide al magistrado dicha excepción, la acción que se vuelve a intentar producirá validamente sus efectos. (112).

II.- Efectos respecto de la relación litigiosa. La litis contestatio determina los elementos de la litis como son:

c).- Los sujetos del juicio y el carácter con el que intervienen, como lo son el demandante que a partir de este acto recibe el nombre técnico de actor, el demandado y el juez que ha de fallar el pleito.

moderna teoría del derecho procesal llama a este mismo efecto con el nombre de "preclusivo" por la similitud de los efectos que se producen.

110.- Por estas razones ALVAREZ SUAREZ, Opus, Cit. comenta que en los casos del supuesto a) el efecto excluyente de la litis contestatio opera de forma automática y directa; mientras que en el segundo opera de una manera potestativa e indirecta. En el primer supuesto la acción se consume por la celebración de la litis contestatio; mientras que el segundo caso la litis contestatio solo produce un efecto excluyente en caso de que la acción se vuelva a ejercitar, siempre y cuando el demandado solicite que el magistrado conceda la exceptio rei deductae.

111.- ALFREDO DI PIETRO, Ob. Cit. pág. 723 en su comentario a la exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae; explica que dicha excepción se manifiesta y desenvuelve de diferente manera: "Cuando se produce la litis contestatio, contra una nueva iniciación de la actio se protege a la parte con la exceptio in iudicium deductae; cuando se a producido ya la sentencia, entonces con la exceptio rei iudicatae".

112.- Otros efectos de la litis contestatio respecto de la acción intentada en juicio son los siguientes: a) transforma las acciones no transmisibles a los herederos en transmisibles; b) transforma las acciones temporales en perpetuas y; c) la litis contestatio interrumpe la prescripción.



d).- Determina las cuestiones controvertidas sobre las que ha de fallar el juez y así mismo determina las cosas o bienes sobre los que ha de recaer dicho fallo; es decir, define la naturaleza del objeto litigioso : su calidad, cantidad y demás elementos que lo particularizan (113).

III.- La litis contestatio perpetua y conserva la relación-procesal contra cambios que puedan sufrir los sujetos del juicio o del objeto de controversia, desde el momento en que se formaliza hasta que se dicta la sentencia. Dichos cambios pueden ser:

e).- Sobre los sujetos del juicio, ya sea el juez o cual---quiera de las partes; por causa de muerte, porque se pierda la -capacidad jurídica de alguna de ellas o porque se designe tutor. En todos estos casos se habla de mutación del proceso (114).

f).- Sobre el derecho reclamado; en los casos de que se dicte sentencia favorable, el magistrado concede el goce de ese derecho tal y como existía o debía existir en el momento de la li-

---

113.- Aquí surge la necesidad para el actor de no pedir demas (plus petitio) porque en caso de hacerlo el juez no podrá --sentenciar a su favor, ya que en fase in iure al acreditarse la existencia de un derecho diferente al que está consignado en la fórmula, el juez atendiendo a la orden precisa otorgada por el -magistrado de condenar o absolver en los términos exactamente egtablecidos en la fórmula, deberá absolver y así el demandante ya no podrá volver a ejercitar su acción en virtud del efecto excluyente de la litis contestatio. CFR. GAYO IV.53

114.- ALVAREZ SUAREZ Ob. cit. pág. 311 comenta que en estas hipótesis la "mutación del litigio" se realiza por el magistrado a través de una restitutio in integrum para modificar las personas consagradas en la fórmula y adecuarlas al cambio accecido o a través de una litis contestatio repetita que en realidad hacenacer una nueva relación procesal.

tis contestatio. Si el demandado pagaba después, el juez debía - condenar de todas maneras si se demostraba que al momento de la fijación de la litis, el deudor no había pagado. También opera - el principio en contra del demandante, ya que un derecho a su favor que nace después de la litis contestatio, carece de importancia en el juicio (115); por lo cual es necesario que el derecho - exista en ese momento de la litis (116).

Otros casos del efecto "conservativo" de la litis se observa por ejemplo cuando la cosa litigiosa se pierde (117), cuando un tercero adquiere por usucapión (118) y en términos generales - cuando la prestación reclamada es de imposible realización por - un hecho que sobreviene a la litis contestatio (119).

---

115.- Por ejemplo en D.5.1.35

116.- El problema, comenta ALVAREZ SUAREZ pág. 311 y 312 -- Not. 278, se presenta cuando se cuestiona si el derecho debe --- existir tanto en el momento de la litis contestatio como en el momento de dictar la sentencia. Los proculleyanos proponen que en los iudicia stricti es suficiente que exista en el momento de - la litis contestatio (Gayo IV.114 D.45.188) y para los demás casos el derecho debe existir en los dos momentos (Gayo IV.114). - Por su parte los sabinianos sustentaban que en todos los casos - el derecho y demás circunstancias necesarias para dictar sentencia debían existir en ambos momentos sin perjuicio que por dolo del demandado el objeto hubiera desaparecido. (D.6.1.27.1).

117.- Así en D.10.4.12.4 que dice: "Si muere el esclavo después de la litis contestación, aunque sea sin dolo malo y culpable del poseedor, sin embargo, éste ha de ser condenado a veces en - cuantía del interés que tenía el demandante en que no se hubiera dejado de exhibir al esclavo en el momento de la litiscontestación; tanto más si se probara que murió por un accidente que no habría ocurrido si hubiese sido exhibido en su momento...".

118.- Por ejemplo en D.6.1.18 "Si el poseedor usucapió el esclavo después de la litiscontestación, debe entregarlo y dar - por ello caución de dolo, pues existe el riesgo de que lo hubiese dado en prenda o manumitido".

119.- D.45.1.91.1 "...Si la cosa -prometida- sigue existiendo, pero no se puede dar, como, por ejemplo, un fundo dedicado a sepultura o que a sido consagrado, o un esclavo que ha sido manumitido o incluso apresado por el enemigo, se aprecia la culpa... -debe por ello- responder..."

Estos efectos de la litis contestatio constituyen al deudor en mora, perpetuando su obligación (120) e interrumpen la posesión ad usucapiendum. En el mismo sentido, el efecto que comento permite el establecimiento del principio jurídico de que la sentencia condenatoria debe conceder todo lo que al derecho reclamado hubiera correspondido si se hubiera satisfecho a tiempo; es decir que la litis contestatio determina los accesorios y frutos de la cosa, intereses y demás consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento (121).

g).- La litis contestatio perpetua también las posiciones del actor y del demandado, de tal manera que ningún acto efectuado por ellas puede modificar su carácter; así deben ser declaradas nulas:

i).- Aquellas enajenaciones de cosas litigiosas cuando se ha entablado el juicio o cuando hay posibilidades ciertas de que se haga; o cuando se enajena la cosa litigiosa a personas de relieve social para que se pueda defender de mejor forma (122).

---

120.- D.45.1.94.3. "Queda por ver cómo debe entenderse --- aquellos que establecieron los antiguos para el caso en que intervienga culpa del deudor: que se perpetúa la obligación..."

121.- ALVAREZ SUAREZ, Ob. cit. pág. 314 resume este efecto: "la litis contestatio actúa preservando y conservando el derecho del demandante, de tal manera que le hace inmune de los hechos posteriores a aquella que pudieran perjudicarlo".

122.- Un ejemplo del primer caso, o sea cuando se enajena la cosa litigiosa, esta en GAYO IV.117a.: "lo mismo si tú compras un fundo litigioso de alguien que tú sabes que no es poseedor y lo reclamas del poseedor, te es opuesta una excepción por la cual de todos modos serás vencido".

ii).- Aquellas consagraciones de cosas litigiosas que se hagan a los dioses (123).

iii).- Cuando con dolo el demandado hace que se pierda la posesión de la cosa litigiosa; por ejemplo la reivindicación simulada no logra que el demandado se evada del litigio ni que deje de ser demandado, sino que se le sigue considerando como poseedor de la cosa objeto del juicio (124).

IV.- Efectos de la litis contestatio sobre el derecho que se reclama en juicio.

Por último (125), la litis contestatio, tratándose de acciones personales, produce una transformación del derecho que se reclama. La relación procesal nacida de la litis contestatio, absorbe la primitiva relación jurídica habida entre las partes, de tal manera que la obligación original de realizar determinada conducta, desaparece y su lugar es ocupada por otra distinta

---

123.- D.44.5.3. "Se nos impide consagrar una cosa que está en controversia; si no, sufrimos la pena del doble, y no sin razón, pues de este modo haríamos más grave la situación del otro litigante".

124.- "Si hubiera huido por dolo del poseedor, éste debe ser condenado, lo mismo que si lo poseyera." D.6.1.22.; también "El que hubiera dejado dolosamente de poseer es condenado como poseedor, pues el dolo vale como posesión". D.50.17.131.

125.- Me refiero a este trabajo, ya que en realidad los autores siguen anotando una lista interminable de efectos de la litis contestatio; por ejemplo a) el litigante temerario paga el doble de lo que pide (CAYO IV.171); b) el efecto excluyente de la litis contestatio permite apreciar cuando hay congruencia o exclusión de acciones; c) la litis contestatio determina el momento de la capacidad económica del deudor; etc, etc. (Not. Aut.)

que consiste en que las partes se obligan a estar y pasar por la sentencia; produciéndose un cambio que los autores han catalogado como de novación necesaria del derecho reclamado.

## 7.- EL CARACTER PUBLICO DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

La litis contestatio origina consecuencias jurídicas relativas a la acción, a la relación procesal y al derecho material -- que se reclama en juicio. Este conjunto de efectos es considerado por la doctrina en diferentes aspectos, según sea la corriente de pensamiento a que pertenece o las tendencias políticas y -- aún psicológicas del autor; así encontramos que alguna o algunas de dichas características han sido sobresaltadas para elaborar -- sobre ellas toda una concepción jurídica determinada.

Por ejemplo, el efecto "excluyente de la acción" ha sido la piedra angular sobre la que se levanta la teoría privada que entiende el periodo formulario y la elaboración de la fórmula en -- particular, como un acto de carácter privado eminentemente que a su vez origina la relación procesal, cuya naturaleza es semejante a la de un contrato.

Efectivamente, la litis contestatio produce una "transformación" del derecho que se reclama (126), de ahí el adagio latino que establece que primero se debe, luego se está obligado a --

---

126.- GAYO mismo clasifica a la litis contestatio como una de las formas de extinción de las obligaciones (Not. Aut.)

estar y pagar por el proceso y la sentencia, y por último a cumplir con la condena,(127), puesto que la obligación primitiva -- se transforma en otra distinta que se determina y particulariza al momento de formularizarse la litis contestatio; nueva obligación que consiste en que las partes deben cumplir con lo ordenado en la sentencia.

Esta peculiaridad influyó en la investigación relativa a -- la naturaleza privada o pública del proceso e hizo que algunos -- autores lo consideraran como un acuerdo arbitral entre las partes (128) que produce una novación forzosa en la obligación primitiva que reclama el demandante (129).

Esta idea ha sido tan dominante que incluso muchos autores--

---

127.- GAYO III.180. "Y aún más, la obligación se extingue-- por la "litis contestatio", siempre y cuando que la misma hubiera ocurrido en un "iudicium legitimun". En efecto, en ese caso-- la obligación originaria se extingue y el demandado comienza a -- estar obligado por la "litis contestatio". Pero si es condenado, desaparecida la "litis contestatio", comienza a estar constringido por la condena. Y todo esto conforme lo que está escrito por los antiguos: "Antes de la "litis contestatio" el deudor debe -- pagar; luego de la "litis contestatio" es menester que sea condenado; y una vez condenado debe cumplir con la condena pronunciada".

128.- ALVAREZ SUAREZ URSICICO, Ob. Cit. págs.306 y 307 después de examinar brevemente la cuestión de que si la litis contestatio puede producir o no una novación forzosa de la obligación primitiva que se demanda, llega a la conclusión de que lo único que puede afirmarse con certeza es que la "litis contestatio implica un acuerdo contractual entre las partes de someterse a la decisión del juez, en los términos en que el litigio queda planteado en la fórmula." Por lo que deja de concluir sobre el punto de si la litis contestatio produce una novación forzosa o no; sin embargo los argumentos del autor en cita dejan ver su -- idea de que esta institución era un acto privado de las partes.

129.- Entre los autores que consideran que la litis contestatio si produce una novación forzosa de la obligación demandada, menciono a ALFREDO DI PIETRO, Ob. Cit. pág.569 Not. 187-b que se vale del comentario al Digesto 46.2.29.

siguen considerando a la supuesta novación de la obligación reclamada, como el principal efecto de la *litis contestatio* (130); y durante muchos siglos y por demás en algunas doctrinas del siglo pasado (131) tuvo éxito la concepción de que la relación procesal surgida en juicio tenía una naturaleza privada y más todavía, se llegó a afirmar que su naturaleza particular era la de un contrato (132).

Esta cuestión ya no es un verdadero problema para la teoría moderna del derecho procesal. Se afirma con certeza que la relación procesal nacida en juicio es de carácter público, porque a través de dicha relación se realiza una función del Estado que ha reconocido y monopolizado para sí; la función jurisdiccional.

Es conveniente, sin embargo, que se deje anotada la concepción privatista del proceso en el derecho romano, concepción que incluso se sostuvo por muchos siglos y que se encontraba fundada

---

130.- Por ejemplo, EUGENE PETITT, Ob. cit. pág. 636 núm. - 746.

131.- Así lo comenta COUTURE, EDUARDO J., en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Nacional, México D.F. 1984 p. 127, cuando, recordando la enorme influencia del carácter privado de la *litis contestatio*, explica que: "...la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX continuó considerando que el juicio suponía la existencia de una convención entre partes, en la cual ambos litigantes se hallaban de acuerdo en aceptar la decisión de su conflicto por el juez."

132.- Efectivamente, EDUARDO J. COUTURE, Ob. cit. pág. 127, dice al respecto que, según la doctrina francesa: "el efecto entre partes de la cosa juzgada, no era otra cosa que la consecuencia lógica del principio de que las convenciones solo afectan a los contratantes, y que la fuente de la cosa juzgada es la convención, esto es, el acuerdo de las partes llamado contrato judicial, por el cual ambos litigantes aceptan someter a la decisión del juez el litigio que los divide."

por los autores en pocos textos clásicos, casi exclusivamente en un solo comentario del Digesto que sino del todo vago, por lo me nos si inexacto para el tema de la litis contestatio (133).

Lo cierto es que en aquella época, teniendo en cuenta que el poder público todavía no contaba con una fuerza coactiva tal y como hoy lo es; el acuerdo de las partes para someter sus diferencias ante un juez (134) era un medio idóneo para evitar la au tojusticia y para instituir paso a paso en la vida civil una nueva conciencia jurídica en las relaciones de los particulares entre sí y entre las de los últimos y el poder público.

La cuestión técnica que surge con motivo de esta concepción privatista puede ser planteada así: ¿de qué manera se iba ha imponer el respeto y cumplimiento del convenio verbal que realizaban las partes y que además no se encontraba previsto en las XII Tablas? por ejemplo ¿de qué manera se podía proteger a los herederos ab intestato cuando no había testamento, o más aún, cómo -

---

133.- Dicho comentario esta en el Libro XLVI del Digesto -- que trata sobre el tema de los fidejores y mandantes: por eso se dice que la cita fué escogida y utilizada por los autores para apoyar sus tesis, forzando el sentido original del comentario, el que a la letra dice lo siguiente: "Muchos ejemplos muestran la diferencia que hay entre la novación voluntaria y la -necesaria- del juicio convenido. Si se estipula la dote después del divorcio o se nova la acción de la tutela después de llegar el pupilo a la pubertad, se pierde el privilegio de la dote o de la tutela, si es que se ha hecho igualmente con ese fin, lo que nadie ha dicho nunca de la litiscontestación, pues no empeoramos nuestra posición por el hecho de ejercitar una acción, sino que la mejoramos, como suele decirse en las acciones que se extinguen por el transcurso del tiempo o la muerte, -las cuales se perpetúan con la litiscontestación-". D.46.2.29

134.- Que en el periodo formulario siguen siendo personas particulares como lo expone ALVAREZ SUAREZ, Ob. cit. pág. 301.



iba ha reclamar la herencia testamentaria dejada por un peregrino que no tenía personalidad jurídica para el derecho romano?. - Desde luego las soluciones otorgadas por el pensamiento jurídico romano no fueron fáciles ni inmediatas, pero el uso de la fórmula por parte del pretor peregrino ayudó no únicamente a facilitar la resolución de esos problemas sino a incluir dentro del -- procedimiento un acuerdo arbitral que celebrado ante el magistrado, sujetaba a las partes a lo resuelto en la sentencia, práctica que constituyó un instrumento de fácil manejo, magnífica fuerza y reconocimiento por parte de los ciudadanos en general.

La fórmula constituyó una fuente precisa de jurisprudencia y derecho honorario del que se originó, tarde o temprano, la elaboración de resúmenes, obras, comentarios y grandes compilaciones como la de Justiniano. De aquí la importancia histórica de -- la fórmula que permitió que de la acción naciera numerosos derechos sustantivos materiales (135).

### 8.- EL DERECHO SURGE DE LA ACCION Y NO LA ACCION DEL DERECHO

En ese periodo es evidente la supremacía de la acción sobre el derecho, la definición clásica de la acción proporciona una -

---

135.- Dejo a un lado el interesante tema sobre la naturaleza privada o pública del procedimiento en el periodo formulario, no sin antes concluir que en este periodo el procedimiento tenía una naturaleza mixta, privada en algunos de sus actos como los de citación a juicio, la litis contestatio y la etapa llevada ante el juez; y otros aspectos de derecho público como son la redacción y envío de la fórmula por parte del magistrado, así como todos los actos realizados por éste último en relación a la publicación del edicto, de las acciones y de las innovaciones que realizaba a la estructura de la fórmula (Not. Aut.).

idea clara al respecto: "el derecho de perseguir en juicio lo que es debido", en el entendido de que el concepto "debido" comprende todos aquellos aspectos por los cuales el sistema jurídico romano garantiza u otorga un bien de la vida o protege un interés jurídico.

La acción no se encontraba concebida para proteger únicamente un derecho reconocido por el *ius civile romanorum*, o sea para proteger un "derecho subjetivo" como diríamos hoy, sino que la acción protegía todo lo que era debido a su titular sin importar la fuente del derecho, e incluyendo cualquier situación de hecho reconocida expresamente por el edicto del pretor (136). Sin perjuicio de que también lo hicieran las otras fuentes del derecho romano (137), es indudable que el edicto del pretor y el derecho honorario (138) que se originó tuvieron gran difusión y trascendencia para el desarrollo del derecho civil.

---

136.- La cuestión es que en los países modernos casi es principio absoluto que la ley sea la única o principal fuente del derecho; pero conviene aclarar que la ley solo reconoce un conjunto de derechos que, en su aspecto genealógico, son anteriores a la propia ley. Por tal motivo la acción puede ser definida como el medio legal de perseguir el reconocimiento y protección de los derechos, situación que no sucedió en Roma porque precisamente esos derechos todavía no habían nacido sino que por el contrario muchos de ellos adquirieron el carácter de tales porque se concedía una acción procesal para perseguir en juicio lo que era debido y luego fue definido ese "debido" dentro de una norma que adquirió el carácter de derecho subjetivo por ser reconocido posteriormente por la ley. (Not. Aut.).

137.- Esas otras fuentes son: la ley, el plebiscito, el senado consulto, las constituciones imperiales y las respuestas de los prudentes según JUSTINIANO en *Institutas L.I. T.II.3*.

138.- "Los edictos de los pretores tienen también una gran autoridad legislativa. Se les llama derecho honorario, porque deben esta autoridad a los que van revestidos de honores, es decir, a los magistrados..." JUSTINIANO, *Institutas L.I T.II.7*.

El procedimiento formulario fue el instrumento que permitió dicho desarrollo porque estableció, reconoció y garantizó una serie de situaciones que fueron adquiriendo protección jurídica y por lo tanto el reconocimiento y la seguridad por parte de los ciudadanos de que podían celebrar actos similares, en virtud de la acción consignada en el edicto del pretor que reconocía y protegía su cumplimiento. El gran material que surgió del derecho honorario sirvió para que nacieran nuevos derechos subjetivos -- que se encontraban garantizados por determinada acción procesal- (139).

Así se explica la duplicidad de sistemas de derecho en la época que se estudia; por un lado el derecho civil quiritarario y por otro el derecho pretorio que corren paralelamente, se completan, corrigen y enriquecen mutuamente, a tal grado que en la época imperial ya no era necesario ni útil la división entre ambos sistemas y por lo tanto se creyó conveniente su fusión en uno solo que se materializó a través de la compilación de Justiniano.

---

139.- Esta preponderancia de la acción sobre el derecho, en la que lo sustantivo es originado por lo adjetivo, es explicado-diafanamente por ALVAREZ SUAREZ, Ob. cit. pág. 102 y 103: "Cuando se instaura el procedimiento formulario, el pretor incluye en el edicto las fórmulas de las acciones que ha ido creando, sin perjuicio de figurar también las antiguas fórmulas. Y a partir de este momento, la fijeza y seguridad que cobra la protección pretoria produce el resultado de que el edicto engendre, no ya sólo meros anuncios programáticos; sino, en un tránsito de lo adjetivo a los sustantivos, situaciones procesales de contenido jurídico. De este modo se hace posible que la situación de hecho originada por la protección de la acción pretoria se concrete en un verdadero derecho, y no éste el que exige una acción que lo proteja."

El elemento que permitió fundir en un solo sistema al derecho civil y al derecho honorario fue precisamente la actividad procesal del periodo formulario, originando un derecho sustantivo que fue completándose con una serie de figuras inventadas por el pretor que tenían un cierto paralelismo con las del derecho civil.

Por ejemplo frente a las formas de adquirir la propiedad -- del derecho romano existían otras del derecho honorario que habían sido reconocidas por el edicto del pretor; frente al procedimiento de las acciones de la ley existió durante bastante tiempo el sistema formulario y cuando se reconoció la aplicación del último, no se derogó ni prohibió la aplicación del sistema de las acciones de la ley; a lado de las formas de transmitir la herencia según el derecho romano quiritarario, el pretor paulatinamente introdujo las reglas de transmisión de las sucesiones de acuerdo a los principios del *ius gentium*; y así sucesivamente -- (140).

---

140.- Sobre este paralelismo, incluso en el otorgamiento y redacción de fórmulas se distinguen aquellas por las que se reclama algún derecho civil quiritarario y otras en las que se busca la protección del pretor a una situación de hecho; éstas son las fórmulas *in ius conceptae* y *formulae in factum conceptae* de que nos habla GAYO en *Institutas* IV.47 que dice: "Pero para ciertos casos, el pretor propone "*formulae in ius conceptae*" y *formulae in factum conceptae*", como por ejemplo para el depósito y comodato. En efecto, la siguiente es una fórmula concebida "*in ius*" -- "QUE HAYA UN 'IUDEX'. PUESTO QUE AULO AGERIO HUBIERA DEPOSITADO EN CASA DE NUMERIO NEGIDIO UNA MESA DE PLATA, QUE ES LA COSA POR LA CUAL SE ACCIONA, CONDENALO 'IUDEX' (SI NO LA RESTITUYE) A NUMERIO NEGIDIO A QUE DEBA DAR Y HACER TODO AQUELLO QUE SEA CONFORME A LA 'BUENA FE' POR ESA COSA EN FAVOR DE AULO AGERIO, SI NO APARECE ASI, ABSUELVELO. Y ésta es la fórmula concebida "*in factum*": "IUDEX, SI APARECE QUE AULO AGERIO HUBIERA DEPOSITADO UNA MESA DE PLATA EN CASA DE NUMERIO NEGIDIO Y QUE LA MISMA NO FUERA RESTITUIDA POR NUMERIO NEGIDIO A AULO AGERIO POR DOLO MALO, QUE NUMERIO NEGIDIO SEA CONDENADO, 'IUDEX' A PAGAR TANTO DINERO

El edicto del pretor desempeñó un papel importantísimo en la evolución que comento, ya que a través de su utilización derivó la materia prima de la que se nutrió el derecho civil actual.

Expongo un ejemplo de esta evolución a efecto de hacerla -- más palpable: el dolo es considerado por nuestro código civil como un vicio del consentimiento (141). Para llegar a esta enunciación, que debe ser reconocida ya en esta forma por el código Napoleón; fue necesaria una larga evolución jurídica que partió -- del derecho clásico romano a través de la Edad Media y del Renacimiento.

La primera sistematización del tema quedó plasmada en los comentarios de la parte conducente del Digesto que trata sobre la acción y excepción del dolo (142); comentarios que se confeccionaron sobre la jurisprudencia, tratados y decisiones de las acciones y excepciones de dolo que eran otorgadas por el pretor en el periodo formulario con el fin de evitar una sentencia injusta que recaía a un negocio propio del derecho romano quiritaro que adolecía de "algún vicio del consentimiento" para hablar en términos modernos. Hasta aquí la exposición retroactiva; ya --

---

CUANTO VALGA LA COSA A AULO AGERIO, SI NO APARECE ASI, ABSUELVELO." Y las fórmulas del comodato son similares."

141.- Artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal: "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. "

142.- Por ejemplo para la exposición de el Edicto sobre el dolo malo, que incluye generalidades y acción de dolo principalmente, JUSTINIANO se llevó todo el Título III del L. IV, Institutas cuarenta comentarios sobre casos diferentes y sobresalientes en que en la época clásica se hizo uso de dicha acción. Por su parte la excepción de dolo abarca todo el Título IV del Libro XLIV del Digesto en diecisiete diversos comentarios. (Not. Aut.).

que históricamente la evolución fué así:

Con motivo de negocios celebrados entre romanos y peregrinos, justos según el derecho romano quirritario, pero que producían alguna lesión a la parte que celebraba dicho negocio, el pretor fué otorgando paulatinamente acciones y luego excepciones de dolo; practica que a la larga produjo abundantísima jurisprudencia relativa a la acción y excepción de dolo; la que incluso, a veces, era contradictorio entre sí.

A mediados del siglo VI d.c. el emperador Justiniano trata de poner orden al respecto y ordena se revise todo ese material que se había heredado con la finalidad de conservar la mejor de él y destruir lo inútil y contradictorio. El material que se conservó fué compilado a manera de comentarios y no como reglas normativas resumidas y extractadas, y por esto aparece en las partes conducentes del Digesto comentarios, resúmenes y máximas de los casos relevantes que en la época clásica se habían pronunciado sobre el dolo por los más connotados jurisconsultos y pretores romanos (143).

Por esto se dice que entre cien citas del Digesto apenas se descubre una norma jurídica porque detrás de los comentarios de

---

143.- Por ejemplo, D.44.4.1. trata exclusivamente sobre la introducción de la excepción de dolo malo: "Para poder entender mejor esta excepción 'de dolo malo', hemos de ver primeramente para qué fué propuesta, y luego en qué consiste el dolo, después de lo cual entenderemos cuándo se opone esta excepción y contra qué personas tiene lugar; por último veremos dentro de qué plazo compete esta excepción. (1) El pretor propuso esta excepción a fin de que a nadie pudiera favorecer el propio dolo malo, por valerse del derecho civil contra la justicia natural..."

la obra, se encuentran los principios que fueron ordenados y sistematizados por la doctrina jurídica de la Edad Media, Renacimiento y Epoca Moderna para quedar plasmados en preceptos jurídicos - establecidos en una codificación breve, sencilla y concisa que ya no requiere de todo el comentario que históricamente hizo nacer - la figura jurídica, sino exclusivamente el principio que la animó y orientó que cristaliza a manera de precepto o artículo.

Se entiende que en las legislaciones civiles modernas no se requiera hablar de acciones de dolo, acciones reivindicatorias y demás acciones; es más conveniente que se expongan las conclusiones a las que se llegó durante esa evolución jurídica; y por esto, en los Códigos Civiles se menciona la propiedad, la posesión, el acto jurídico, los contratos, y en el caso que ejemplifico, de -- los vicios del consentimiento, entre los que cabe el dolo. Desde luego esta evolución se dió en muchos aspectos del derecho civil -- así como en la relación habida entre la acción y el derecho.

La propia generosidad de la fórmula fue la causa principal de su derogación. Hubo un momento en que toda la jurisprudencia y el derecho honorario ocasionó un verdadero caos en el universo jurídico a tal grado que se perdió toda seguridad jurídica porque en ese infinito caudal jurídico se podía encontrar innumerables tesis que tanto afirmaran o negaran la existencia o válidez de cualquier problema jurídico que se planteaba y la administración de justicia no podía alcanzar sus fines puesto que no existía un criterio que lo resolviera de manera uniforme y constante las controversias.

El sistema formulario se convirtió en una fuente inagotable de derechos y obligaciones y surgió la necesidad inexorable de poner fin y orden a esa situación, que de hecho se puso: prohibiendo que se volviera a utilizar la fórmula, y resumiendo, mutilando, extractando y adaptando lo mejor del derecho clásico en una compilación que históricamente recibió el nombre de Corpus Iuris Civile (144).

### III.- PERIODO EXTRAORDINARIO.

Su nombre deriva que ya existía como procedimiento de excepción en los dos periodos anteriores y así lo que en principio -- fué un caso extraordinario, en la época tardía del Imperio se -- convierte en la forma ordinaria de tramitar un juicio (145).

---

144.- De la compilación justiniana al Código Napoleón existe un sólo paso en cuanto a la técnica jurídica que se sigue para expresar como precepto o artículo todo un principio que anima a un conjunto de instituciones, ideas y razones históricas conservadas y enriquecidas a través de la evolución jurídica de la Edad Media y el Renacimiento. Efectivamente, en un código civil actual se resume en un sólo precepto legal todo un comentario del Digesto por ejemplo; sin embargo ese cambio de que hablo tardó en producirse trece siglos por lo menos.

Antes de tratar esta cuestión, que estudio en el siguiente capítulo; expongo como parte final del presente, lo correspondiente al periodo extraordinario que incluye un cambio procesal de importancia en el desarrollo y estudio del concepto de acción (Not. Aut).

145.- HUMBERTO CUENCA, Ob. Cit. pág. 4 respecto al nombre de este periodo comenta que: "en la jurisdicción ordinaria el magistrado se limita a orientar la sentencia... cuando en vez de enviar a los litigantes delante de un juez, el mismo decide la controversia, ... se dice que actúa en jurisdicción extraordinaria. Este fue el sistema más antiguo, pero solo se aplicaba a algunos asuntos y debió a la eficacia que obtuvo en la práctica, por la brevedad y celeridad, acabó por imperar."



## 1.- CAUSAS QUE MOTIVARON SU ESTABLECIMIENTO.

La fórmula estableció un límite a la creación de nuevas figuras jurídicas; al caudal de material jurídico que originó la actividad pretoria era ya en tiempo de Diocleciano un verdadero problema. Anteriormente se había establecido la obligación para el nuevo pretor de seguir reconociendo las acciones que había otorgado su antecesor (146), tratando así de obtener un sistema legal firme.

En el aspecto procesal esta consecuencia se reflejó en los cambios de la organización de la instancia, ya que a partir de esa época desaparece la división del procedimiento en dos etapas, y ahora es un solo magistrado el que recibe las pretensiones de las partes, desahoga sus pruebas y pronuncia la sentencia (147).

Desde un punto de vista doctrinal, se aprecia que el proceso adquiere el carácter preponderantemente público que conserva hasta nuestros días; prueba de ello es la organización judicial jerárquica que se establece y que incluye funcionarios de menor gra

---

146.- Según refiere PETIT, Ob. Cit. pág. 51 el Emperador Adriano encargó la codificación de los principios del derecho pretoriano, en la obra realizada por Salvio Juliano.

147.- ANDRE GILASTOGNOL, en su ensayo El estado romano y el emperador: Las Instituciones; Historia Universal Salvat Tomo IV, Barcelona 1984, pág. 402 dice que "el emperador podía decidir todas las cuestiones, ... Los jueces, incluso los de primera instancia siempre impartían la justicia en nombre del emperador y en presencia de su imagen. A partir del reinado de Diocleciano, sólo existió el enjuiciamiento extra ordinem o cognitio, que confiaba a los funcionarios el juicio de los procesos tanto civiles como criminales..."

do hasta la más alta dignidad del príncipe que puede revocar cualquier fallo emitido por los inferiores. Esta organización explica el nacimiento de instituciones diversas que atienden a la naturaleza pública del proceso, tal como lo es la apelación cuyo presupuesto es la existencia de un fallo judicial dictado por un funcionario público y no por un juez particular como antes se hacía (148).

## 2.- CARACTERISTICAS.

La acción en este periodo adquiere un carácter público y autónomo en el sentido de que cualquier ciudadano pueda intentar su ejercicio por riesgo propio y con independencia del derecho subjetivo que se reclama. Así mismo existe un procedimiento con actos-escritos, uniformes y ordenados y que en términos generales aparece con las características propias de cualquier procedimiento civil actual que pertenezca a la tradición romano-canónica, Señalamos algunas de esas características del procedimiento para hacer más palpable la exposición:

a).- El procedimiento principia por demanda escrita que debe hacerse del conocimiento del demandado a efecto de que pueda contestarla y defenderse (149).

---

148.- De aquí la diferencia entre la apelación como medio de impugnación y otros medios jurídicos que existían anteriormente para anular la sentencia dictada por el iudex, como la intercesio del tribuno de la plebe. (Not. Aut.).

149.- EUGENE PETIT, Ob. cit. pág. 648 dice que: "Para la comparecencia de las partes se emplea más que nada la litis denuntiatio. Después de Constantino dejó de tener un carácter privado, y un oficial público la redactaba haciéndola llegar al demandado. Este procedimiento, muy usado en el siglo V, fué suprimido por Justiniano y reemplazado por el libellus conventiois,-

Este principio conducirá posteriormente a los problemas -- prácticos y doctrinarios referentes a los requisitos de la deman da y su contestación, la oportunidad que tiene el demandado para defenderse y la manera en que deba ejercitar su defensa, los --- efectos de la presentación de la demanda, notificaciones de la - demanda y el emplazamiento, sobre todo el aspecto técnico de sa- ber si la contestación es una obligación o una facultad, los pro blemas relativos a los términos judiciales y al principio de la- preclusión y en un plano más técnico, los problemas que plantea- la naturaleza de la relación que existe entre la acción y la de manda, entre el derecho de acción y su ejercicio y entre el dere cho de acción y el derecho subjetivo material que se trata de ha cer efectivo a través del ejercicio de la acción.

b).- Una vez contestada la demanda y en su caso resueltas - las cuestiones relativas a las réplicas y dúplicas, el magistra- do cierra el debate y fija las cuestiones controvertidas a tra- vés de la litis contestatio, que a semejanza del período ante--- rior, sigue considerándose como un acuerdo de voluntad de las -- partes en virtud del cual se obligan a estar y pasar por lo deci dido en la sentencia (150).

---

que era una verdadera citación, escrito por el magistrado a re- querimiento del demandante". También D.2.13.1 "El que quiera -- ejercitar una acción debe comunicárselo al demandado, pues se -- considera muy justo que el demandante notifique la acción para - que así el demandado sepa si debe ceder o seguir el litigio, y - si estima que debe litigar venga preparado para ello, conocido - la acción con la que se le demanda".

150.- Así lo comenta PETIT, Ob. cit. pág. 649 "La litis con testatio tiene lugar en lo sucesivo, cuando las partes han ex--- puesto ya el asunto, delante del magistrado. Hace necer como en- tiguamente, la obligación de ser juzgado aunque en ningún caso - opera la extinción ipso jure del derecho anterior".

c).- Una vez fijada la litis, el mismo magistrado sigue la etapa de instrucción, en la que recibe directamente las pruebas y pronuncia la sentencia; misma que podía ser impugnada por las partes, ya que dicho fallo era emitido por un funcionario público.

A partir del periodo extraordinario existe ya un procedimiento civil unistancial y público que se asemeja a cualquier procedimiento civil actual. En él se aprecian las distintas etapas de fijación de la litis, instrucción y resolución ante el mismo magistrado que adquiere su potestad pública de una ley; así mismo la acción, a partir de este periodo, ya no significa más una fórmula que otorga el magistrado para proteger determinados derechos o situaciones de hecho, ahora los derechos son otorgados por la ley y la acción se constituye el medio para obtener la protección de un derecho (151).

---

151.- Efectivamente, a partir del periodo extraordinario la acción, toma un significado totalmente diferente. CARAVANTES, -- Ob. cit. pág. 41. núm. 115 explica que: "En este último sistema se realizó un gran progreso: En él no indicaba ya la palabra acción, ni una forma sacramental de proceder, ni la autorización del magistrado necesaria hasta entonces a todo litigante para reclamar en justicia: si no que expresaba el derecho absoluto (derivante, no de una concesión especial del magistrado, sino de la misma ley) de dirigirse directamente a los jueces para pedir justicia."

## CAPITULO SEGUNDO.

### EL DERECHO EN LA EDAD MEDIA Y EL RENACIMIENTO.

#### I.- LIMITES DE ESTUDIO.

El marco teórico del presente capítulo contempla tres aspectos que son el espacial, el material y el cronológico; necesarios de explicar previamente para determinar el objeto de estudio que resultaría demasiado basto, puesto que comprende un espacio histórico de catorce siglos aproximadamente.

El aspecto espacial del estudio comprende lo que hoy es la Europa Occidental y que al principio de la Edad Media fué el territorio que ocuparon los pueblos Visigodos, Ostrogodos, Francos-Longobardos, Suevos, Vándalos, etc. y que en forma générica eran llamados "pueblos germánicos bárbaros". Todos ellos ocuparon gran parte del territorio que pertenecía al imperio romano de occidente hacia los siglos IV a VI de la era cristiana.

Aclaro que será necesario exponer en forma por demás sintética, la evolución que tuvo el derecho en el imperio romano de oriente, ya que en esa parte nació la más grande, sistemática y completa compilación del derecho romano clásico que ha llegado a la actualidad de manera más conservada; estoy hablando del Corpus Iuris Civile, obra que trascendió notablemente en los estudios jurídicos que se realizaron durante la Edad Media y el Renacimiento en la Europa Occidental.

Así que, aún cuando el interés del estudio se dirige a la parte occidental de Europa, necesariamente tendré que empezar con el derecho romano que se conservó y compiló en la parte oriental del imperio.

En cuanto a la materia que se estudia, que principalmente es la procesal civil, cabe advertir que la época que se estudia es - una época de asimilación del derecho romano por parte de los nuevos pueblos que se asentaron en lo que antes era el imperio romano de occidente.

Los pueblos germánicos, de cultura inferior a la latina, heredaron el más avanzado derecho romano que hicieron suyo y adaptaron a sus especiales condiciones de vida. Por ésta razón no se encuentra un gran desarrollo del derecho en general y mucho menos del derecho procesal en la Edad Media; porque sus juristas se contentaban con encontrar e interpretar "correctamente" el derecho romano de la época antigua. Así los principales movimientos jurídicos de la Edad Media tienden a recapitular la herencia latina - que recibieron y sólo por rara excepción iniciaban una tímida investigación de vanguardia (152).

Por eso se observará que los textos legales Medievales y Re-

---

152.- La Iglesia cristiana pregonaba la conservación del conocimiento dejado por los antiguos (es decir, dentro del orden moral e intereses de la iglesia), pero prohibía su desenvolvimiento y evolución. De ahí la idea de las grandes bibliotecas cristianas y monasterios que encerraban en sus claustros los libros y conocimientos de la antigüedad clásica (sobre todo de Grecia y Roma), pero que impedían cualquier acceso a dicho conocimiento. (Not. - Aut).

nacentistas tratan casi por igual y de manera sistemática la misma exposición que contempla el Corpus Iuris Civile, el que a su vez se aleja demasiado de las cuestiones procesales para ahondar preferentemente en la materia sustancial material.

Por estas razones he considerado conveniente exponer únicamente la evolución jurídica general de esta etapa histórica; que como ya dije, incluye una problemática de derecho sustancial material; partiendo del Corpus Iuris Civile, principalmente en la parte del Digesto porque es la obra que permite apreciar un conjunto de principios y doctrinas relativas a la enunciación del derecho civil privado que rigió o sirvió de base para los ordenamientos legales de todos los pueblos Europeos durante la Edad Media por lo que no se exagera al decir que la compilación Justiniana fué la espina dorsal para la elaboración de casi todo el material jurídico medieval y renacentista.

Después reviso las principales corrientes jurídicas que por supuesto tomaron como base al Corpus Iuris Civile, para demostrar que precisamente el derecho Europeo Medieval incluye una gran parte de derecho romano y que por la misma razón las leyes Españolas, civiles y procesales, denotan influencia del derecho romano. Por último comento la influencia del derecho canónico dentro del fenómeno de asimilación jurídica de que hablo, concluyendo con el movimiento codificador del siglo XIX del que se originó, quizá indirectamente, la problemática moderna en torno a la autonomía del derecho de acción y la relativa al derecho procesal civil como una ciencia jurídica particular.

Respecto al problema, advierto que la etapa de estudio comprende: a) en occidente, de la caída del imperio romano acaecida en el año 476 d.C. y; b) en oriente, de la época del imperio de Justiniano a mediados del siglo VI d.C. ; y como límite superior de ambas fechas el comienzo del siglo XIX cuando se promulga en Francia el Code Napoleón. Estos tiempos los escojo con la finalidad de que resalten, en el desarrollo de la exposición de mi tema, los cambios sucedidos en las legislaciones y doctrinas jurídicas de la Edad Media y Renacimiento, así como en la forma de conceptualizar el fenómeno procesal y sustancial.

Efectivamente, en las fechas apuntadas tuvieron lugar los dos grandes síntesis jurídicas que han revolucionado la forma de plantear las cuestiones Legislativas y Jurisdiccionales dentro de la organización del Estado; el Corpus Iuris de Justiniano y el Código Civil de Napoleón, una como compilación y la segunda a manera de codificación.

## II.- LA COMPILACION JUSTINIANEA.

El Imperio Romano, -dividido ya desde la época de Diocleciano (153)- fué anteriormente, del nacimiento de Jesucristo al siglo IV de nuestra era, una unidad política y cultural que tras

---

153.- ANDRE CHASTAGNOL, Ob. Cit. págs. 391 y 392 refiere que en noviembre del 284 fué proclamado emperador Diocleciano. A finales de 285 Diocleciano asocio al poder a Maximiano para que gobernara en la parte occidental del imperio. Después, el primero de marzo de 293 Maximiano proclama "cesar" a Constancio y Diocleciano hace lo mismo con Galerio para la parte oriental del imperio, con lo que se consolida el régimen llamado "tetrárquico".



cencio su tiempo ;de tal forma que hoy, gran parte de las naciones Europeas y muchos países Latinoamericanos participan de la herencia dejada por el pueblo romano, tal como es el caso del derecho civil romano que ha logrado trasladarse a las legislaciones modernas.

La Conquista y la Paz Romana permitieron que la cultura latina penetrara en la de los pueblos llamados "bárbaros", a tal grado que muchos de ellos se "romanizaron" voluntaria o involuntariamente pero siempre conscientes de la superioridad intelectual y práctica de las instituciones romanas.

El universo jurídico no fue ajeno a este fenómeno de transculturización y así entre los siglos II y IV de nuestra era se vive un ambiente común en el que los pueblos sometidos al Imperio Romano reconocen un conjunto de principios jurídicos determinados.

La fuerza de la que vivía el Imperio fué la que a la postre lo llevó a su destrucción (154). A mediados del siglo IV d.c., bajo Constantino, el Imperio Romano se divide oficialmente en dos partes, y digo oficialmente porque de hecho ya se encontraba

---

154.- La conquista y la esclavitud fueron las fuentes de -- que se alimentó el Imperio Romano; sin embargo hubo un momento -- en que Roma pasó de la conquista a la franca defensa de sus fronteras cada vez en notable reducción. Su régimen, esclavista por excelencia, cedió ante la exigencia de que todos los pobladores del Imperio adquirieran el derecho de ciudadanía (que en un principio fué garantía del exclusivismo de la élite patricia dirigente) y así la esclavitud dejó de existir para dar paso a una nueva relación política; la de servidumbre que es una de las bases y explicación de un aspecto fundamental del régimen feudal de la Edad Media. Además de este factor fundamental existen otros de -- igual envergadura que contribuyeron a la caída del Imperio de -- Occidente como son: el relajamiento de las costumbres de los ciudadanos romanos. la llegada y fortalecimiento del cristianismo, --

dividido desde tiempos de Diocleciano o incluso antes. La parte Occidental se vió de pronto envuelta en una gran oleada de invasiones de tribus bárbaras que provocaron su caída en el año de 476 con la toma de Roma por el rey esciro Odoacro.

A la larga la caída del Imperio de Occidente y la subsecuente colonización de gran parte de sus territorios por diferentes pueblos germánicos, así como los conflictos entre ellos, dieron lugar a los actuales Estados Modernos de Europa.

Esos pueblos, cuando se establecieron en los territorios romanos conquistados, llevaron consigo sus propios derechos que generalmente por no decir exclusivamente, eran de naturaleza consuetudinaria pero que se vieron influenciados por el derecho romano que todavía era utilizado por los súbditos romanos que habitaban esos territorios.

Así se originaron diversos sistemas jurídicos que aunque -- distintos en sus detalles de fondo, mantenían entre sí notables rasgos comunes (155). A esta particularidad se añade que la compilación Justiniana fué elevada al grado de "razón escrita" por los juristas medievales; y por otro lado la fuerte influencia de

---

las invasiones de los pueblos germánicos bárbaros y otras más -- (Not. Aut.).

155.- Fenómeno similar al que ocurrió con la lengua latina de la que se desprenden distintos idiomas que actualmente subsisten en Europa y que son considerados como una vulgarización del latín. Guardando las diferencias, se puede afirmar que los derechos germánicos se romanizaron y el derecho romano se vulgarizó. (Not. Aut.)

la legislación católica romana que se ayudó del derecho romano - para ampliar su jurisdicción en la vida civil de los pueblos - - (156); por lo que cabe hablar de una tradición romana-canónica - de la que formamos parte indudablemente.

En la parte Oriental del Imperio, el destino del derecho Romano fué distinto; pero a final de cuentas ayudó en la elaboración jurídica medieval de la Europa Medieval. Constantinopla sobrevivió otros mil años a la caída de Roma y su Imperio no fué - destruído por los Turcos sino hasta la mitad del siglo XV. La importancia del derecho bizantino radica en que su principal obra influyó enormemente sobre el desarrollo del derecho en Occidente (157).

Precisamente una de las políticas que contribuyó a la subsistencia del imperio bizantino, fue la reorganización jurídica ordenada por el emperador Justiniano en la primera mitad del siglo VI. Es bastante peculiar que el texto jurídico fundamental de la Edad Media, que fue catecismo de todos los juristas de la Europa Occidental, haya sido obra tardía de la jurisprudencia bizantina y que tuvo como finalidad inmediata la de servir como -- fuente exclusiva del sistema jurídico positivo del Imperio Roma-

---

156.- La iglesia trascendió al ámbito laico y reguló, a través del derecho canónico, numerosas relaciones civiles a falta de otro mejor poder político con suficiente fuerza para ello.

157.- Esta obra es por supuesto el Corpus Iuris de Justiniano que se compone de cuatro partes que pueden considerarse como obras independientes a su vez: 1) El Codex Justiniano de 529 y - 534 d.c.; 2) Las Instituciones del año 533; 3) El Digesto del -- año 533 que se encuentra compuesto por 50 libros; y 4) Las Novellae que acabaron de compilarse en siglos posteriores (Not. Aut.).

no de Oriente.

Aún cuando parece que en la práctica no tuvo aplicación suficiente el Corpus Iuris de Justiniano, y tal vez hasta fue menos estudiado en Oriente que en Occidente; la peculiaridad de -- que hablo aumenta más si se observa que históricamente el Corpus Iuris fué en la Edad Media y Renacimiento el principal texto jurídico que permitió dar a conocer a los juristas las ideas e --- instituciones del derecho romano clásico y postclásico, que en-- contraron alteradas y adulteradas por los compiladores Justinia-- neos y prejustinianos, así como por los copistas y comentaristas de dicha compilación.

Por estas razones los juristas medievales no tuvieron accesos directos al derecho romano clásico ni se enteraron o interesaron por estudiar las causas que inspiraron al derecho clásico romano; sino que heredaron un texto legal que quería reflejar al derecho clásico pero que lo hacía indirectamente y en muchas ocasiones de muy mala manera; además los juristas medievales se conformaron con comentar el texto del Corpus Iuris principalmente en la parte del Digesto.

Por esto es necesario abordar con un poco de detalle las necesidades que motivaron la compilación justiniana así como enender la trascendencia de dicha compilación en la concepción medieval de las instituciones del derecho romano clásico y postclásico.

## 1.- NECESIDAD DE LA COMPILACION

Se ha dicho que el problema de la codificación se reduce a una cuestión de tiempo y circunstancias (158) y esta verdad parece más que nunca confirmada con motivo de la compilación justiniana. Justiniano vivió una época decadente, de crisis, en la que el sistema legal existente tenía por derecho vigente a una indiscriminada masa jurídica carente de orden, jerarquía y sistematización.

La creatividad del derecho romano clásico fué la causa paradigmática de que en tiempos de Justiniano hubiera aquel universo de reglas de derecho muchas veces contradictorias entre sí y que -- además provenían de fuentes distintas. Esto produjo un estado de cosas en el que ni los magistrados ni los ciudadanos podían saber con certeza el derecho que debía aplicarse en cada caso -- (159).

Justiniano intentó y obtuvo en gran medida, poner fin a esa situación, ordenando una gran compilación de derecho romano clásico y a la que dió el carácter de punto de partida para la nueva vida jurídica del Imperio Romano de Oriente. Esta compila --

---

158.- AUSTIN JORN en su obra Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia Ed. Nacional; México 1974 pags. 33,39; trata de allanar los obstáculos sobre la oposición entre derecho escrito y derecho no escrito; el autor en cita, menciona que esa comparación es inútil y lo que conduce a la codificación es una mera cuestión de "tiempo, lugar y circunstancias".

159.- JUSTINIANO en Institutas L.I. T.II habla de las fuentes formales del derecho en su época y menciona por ejemplo al derecho natural, al de gentes y al civil, dentro del último al escrito o no escrito y a su vez clasifica el escrito en ley, plebiscito, senadoconsulto, constituciones y edictos. Nótese el pluralismo del derecho vigente en esa época.

ción tomó la forma de una colección resumida de los mejores comentarios de los jurisperitos clásicos y de sus decisiones judiciales; según el criterio de Justiniano y de la comisión compiladora constituida por él para tal efecto. Simultáneamente, Justiniano dispuso que esta colección tuviera el carácter de única fuente de derecho (160), reforzando su decisión con la prohibición de que se aplicara cualquier disposición que no estuviera dentro de la colección, ordenando la destrucción de gran parte del material que sirvió de antecedente a la compilación y por último prohibió que se hiciera en adelante cualquier comentario al derecho romano clásico e a la colección justiniana.

Con todo esto, Justiniano intentó que su compilación tuviera el carácter de única fuente del derecho, intención que como se verá, no tuvo plena realización, ya que inclusive en vida del emperador autores anónimos redactaron comentarios al Corpus Iuris. Sin embargo esta colección tiene una trascendencia importante porque a través de ella conocemos casi todo lo que sabemos respecto al derecho romano clásico, además de que dicha colección sirvió de texto jurídico revestido de gran autoridad jurídica en la Edad Media.

## 2.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Originalmente la compilación justiniana se constituyó por tres partes que en realidad son tres obras independientes y que

---

160.- S. BIALOSTOSKY en *Op. cit.* pág 40 dice textualmente: " el Digesto contiene citas de 39 jurisperitos, a quienes se da la misma jerarquía. Los compiladores tuvieron plena libertad para suprimir y sustituir los textos originales ( Constitución para... que a su vez prohíbe hacer críticas al texto...)..."

tienen su propio campo de aplicación (161):

a).- El Codex, que es una colección de las constituciones - promulgadas por los emperadores antes de Diocleciano y trata materias de derecho público generalmente, por lo que ésta obra que da tanto fuera del objeto de la presente tesis.

b).- Las Institutas, que satisface la parte académica del derecho, por así decirlo. La finalidad de la obra es la de introducir a los estudiantes al mundo del derecho y deja ver que su autor se inspiró en aquella otra obra homónima de Gayo. Sin embargo entre ambas Instituciones hay diferencias notables, sobre todo por lo que se refiere al trato del derecho procesal ya que en la de Gayo, el autor comenta las acciones de la ley y extensamente el periodo formulario; mientras que Justiniano se dedica exclusivamente a referirse brevemente a estos periodos (que en su época ya formaban parte del lejano pasado) y se dedica casi por exclusivo a comentar las clases de acciones que en su época existían. Dicha clasificación identifica el derecho de acción con el derecho material que se trata de hacer efectivo en juicio, concepción que difiere notablemente de la del derecho de acción que se tuvo anteriormente en el periodo clásico, y que demuestra así mismo que para la época de Justiniano la acción ya se entendía como un derecho un tanto dependiente del derecho material al que servía y del que se justificaba su existencia misma.

---

161.- La cuarta parte de la colección la forma la obra titulada "Novellae", que viene a ser una prolongación del Codex por tratar temas de derecho público (Not. Aut.)

Esta particularidad permite apreciar que en la época de Justiniano, la materia procesal ya no tenía la importancia que tuvo anteriormente, porque ya no era necesario que el magistrado expusiera el derecho concediendo o no la acción y un juez particular resolviera la situación de hecho. Para la época de Justiniano - lo que importaba era una rápida administración de justicia que - contara con una sistematización de los derechos y las obligaciones de los ciudadanos. Lo que ahora se requería ya no era ni -- crear acciones ni derechos, sino ordenar los derechos ya nacidos, protegiéndolos a través de una acción que se concedía al particular y que éste podía ejercitar a cuenta y riesgo propio. La relación entre acción y derecho se invirtió en sus términos.

De esta manera las Institutas, que es un tratado de derecho privado, contempla ahora la naturaleza jurídica de las personas y de las cosas y cuando se refiere al campo procesal, la acción se clasifica atendiendo a los derechos subjetivos que se tratan de proteger con el ejercicio de aquella. De aquí en adelante la acción y toda la problemática procesal se considerarán paulatina mente como un mero aspecto del derecho subjetivo material; y por lo tanto cuando se trate la materia, los autores estudiarán pensando que cada acción protege un derecho subjetivo material y -- habrá tantas acciones como tantos derechos subjetivos existan.

El aspecto procesal pierde toda importancia práctica, las formas procesales del periodo formulario, ya no crean derechos, sino que éstos se encuentran ya ordenados y sistematizados en -- una gran compilación. La materia procesal queda en segundo tér-



mino, y la acción se considera como una garantía del derecho para exigir su protección cuando es violado o desconocido. La acción es concebida como una simple manifestación o aspecto del derecho material y en todo caso como el medio legal establecido para la protección de los derechos.

Esta concepción hechará raíces profundas y en el transcurso del tiempo en lugar de que los autores aprecien la acción como un derecho más y del que inclusive se desprende toda una rama independiente de la juricidad; estudiarán en todo caso las "acciones" teniendo en cuenta el prevailecimiento de la idea de que el derecho subjetivo material es el que engendra o del que se deriva una acción para hacer efectivo ese derecho.

c).- Digesto. Respecto a esta concepción en la que el derecho material prevalece sobre el derecho procesal, contribuyó --- enormemente la gran obra del Digesto. Efectivamente, las Pandectas es una colección de 50 libros sobre lo más selecto de la jurisprudencia romana clásica y cuya utilidad radica en el supuesto de que cualquier caso concreto planteado ante los Tribunales, pudiera ser resuelto por alguno de los comentarios incluidos en la obra.

Lo curioso del caso es que estos comentarios, edictos y jurisprudencia de la época clásica que sirvieron de antecedente no se encuentran ya en el Digesto en su redacción original y completa, sino que aparecen solo en la parte que más interesó al compilador, que en la mayoría de los casos comprende únicamente fragmentos de las obras originales.

Más aún, se cree (162) que en bastantes ocasiones ni siquiera llegó al compilador justiniano el texto original del derecho clásico, sino que se utilizó para la colección del Digesto obras intermedias que probablemente ya diferían en su forma y contenido de la original.

Hay que aceptar que el derecho romano clásico se diluyó dentro de la compilación de Justiniano si, a todo lo dicho, agregamos que el propio emperador y los integrantes de la comisión redactora, en bastantes ocasiones violentaron y forzaron a su conveniencia el sentido de los textos utilizados a efecto de que dicha obra respondiera a las necesidades reales de su época. Como consecuencia tenemos que:

a).- El derecho procesal se esfuma dentro de los bastísimos y diversos comentarios del Digesto. Además ya no existe la antigua división del proceso y ahora se encuentra organizado en una

---

162.- Por estas razones el Digesto constituye un derecho heterogéneo. Por ejemplo MARGADANT GUILLERMO F. La Segunda Vida del Derecho Romano Ed. Miguel Ángel Porrúa, S.A. México 1986. -- pág. 52 y sig.; dice que las citas del Digesto fueron tomadas de "unos dos mil libros con más de tres millones de renglones en conjunto procedentes de cuarenta autores clásicos. Sin embargo -- como la compilación compiladora tenía facultad para adecuar esos textos legales a las necesidades actuales, en muchas ocasiones -- dichas citas aparecen alteradas; fenómeno que se conoce con el nombre de "interpolaciones", "tribonianismos" o "emblemata tribonianiani". Además se han localizado en el texto del Digesto interpolaciones prejustinianas existentes en obras utilizadas por los compiladores y que han sido localizadas por su comparación con otro texto clásico más fiel al original. Así encontramos en el Digesto diferentes niveles de derecho que corresponden a distintas épocas de la república y el imperio romano y que se transmitieron hasta Justiniano por autores de varias escuelas jurídicas."

instancia. En esta obra se nota la ausencia de la forma en que se tramitaba el procedimiento extraordinario.

b).- El estudio del derecho romano a partir de la compilación justiniana toma como objeto principal la obra del Digesto. En la concepción jurídica medieval del derecho romano, la compilación justiniana no refleja al derecho romano clásico y la orientación de los estudios medievales no se encuentra dirigido hacia el estudio histórico de las instituciones del derecho; sino que reconociendo a priori la superioridad del derecho romano, únicamente los juristas comentan el texto de la obra justiniana, y más todavía, a comentar los comentarios hechos sobre esa obra.

### 3.- TRASCENDENCIA DE LA COMPILACION JUSTINIANA.

Completa varios aspectos:

1.- Como síntesis del derecho romano hasta entonces existente; síntesis que adquiere vigencia jurídica a través de una forma legal hasta entonces poco utilizada: la compilación que deroga expresamente todas las anteriores fuentes del derecho.

2.- Desde un punto de vista histórico, la compilación justiniana, aparece como punto de partida de lo que ha sido llamada la segunda vida del derecho romano. Es el comienzo o extracto nutritivo que sirve a las posteriores legislaciones de la Europa medieval, lo que constituye uno de los fenómenos más interesan-

tes de la historia del derecho (163).

3.- Formalmente y para su época, la compilación comprende -- una técnica jurídica que revoluciona los términos jurídicos empleados hasta entonces en lo que respecta a la concepción del fenómeno jurídico de la relación habida entre la acción y el derecho; así como el desplazamiento del campo del derecho procesal -- que fué ocupado a partir de entonces por el derecho sustancial -- material, dejando al primero en un lugar secundario de los trabajos académicos y forenses de los juristas medievales.

El derecho procesal quedó relegado a un segundo plano en la investigación del derecho, otorgándose un valor preferente al estudio de la legislación de lo que hoy conocemos como derecho sustancial material.

Lo que parece interesante es tratar de demostrar esta hipótesis que a la vez implica la explicación de las condiciones y -- circunstancias propias en que en la segunda mitad del siglo XIX -- nació la moderna ciencia del derecho procesal. En tal virtud es necesario exponer el desarrollo del derecho en general y del de-

---

163.- GUILLERMO F. MARGADANT, en la obra ya citada en la nota anterior, bautiza precisamente con dicho nombre a su Libro: -- "La Segunda Vida del Derecho Romano". Explica el autor en la pág. 49 que: "El punto de partida de la segunda vida del derecho romano ha sido el Corpus Iuris Civiles, la gran compilación de derecho ordenada por el emperador bizantino Justiniano, entre 527 y 533, a la cual se añaden cierta cantidad de leyes posteriores, -- expedidas por este emperador y algunos de sus inmediatos sucesores."

recho procesal en las principales escuelas jurídicas del medievo y renacimiento que van prácticamente sucediéndose de la muerte - de Justiniano a la Revolución Francesa del siglo XVIII.

El Corpus Iuris es el punto de referencia para cualquier desarrollo del derecho romano y su transformación en los respectivos derechos materiales y procesales de los distintos pueblos de Europa. Llama la atención el hecho de que en el Digesto no se encuentra un libro o parte sistemática que comprenda particularmente la materia procesal. Todas esas disposiciones o figuras que hoy se pueden estudiar como pertenecientes a la materia "procesal" se encuentran dispersas en la obra justiniana "como pasas sobre un pastel" (164); aún cuando los diversos comentarios de derecho civil que incluye, suponen la existencia de un aparato judicial del cual debieron su existencia y desenvolvimiento, que siempre aparece oculto en la obra.

Es más, ese sistema procesal que se encuentra sobreentendido en la compilación justiniana, es la causa última de la forma que tomaron los comentarios del Digesto, ya que se encuentran manifestados como breves resúmenes de los pleitos y cuestiones sobresalientes de la época clásica que fueron formando los precedentes sobre algún principio jurídico. Efectivamente, los comentarios plasmados en el Digesto explican a su vez las ideas y las

---

164.- Con este lenguaje figurado habla G.F. MARGADANT, Ob.-cit. pág. 108 cuando comenta el estado de dispersión de la materia procesal a través de todo el Corpus Iuris.

soluciones de los juristas clásicos a los problemas de su tiempo.

La compilación justiniana deja ver la existencia del sistema procesal que le sirvió de fundamento y causa, que es indudablemente el derecho clásico del periodo formulario que para la época de Justiniano ya había sido derogado expresamente por el procedimiento extraordinario más apegado a las nuevas condiciones imperantes (165).

Por estas razones encontramos en el Digesto fragmentos de las controversias y decisiones del periodo clásico que implicaban la aplicación de principios jurídicos que fueron formando el criterio jurídico que después determinaría el contenido ya más acabado del derecho material, y con ayuda del cual se resolverían en lo futuro casos análogos.

Para la época de Justiniano ya no era conveniente seguir utilizando las instituciones del derecho clásico, si no que lo importante era aprovecharse del resultado jurídico del periodo formulario y ese resultado bien podía resumirse a manera de un extracto o resumen que además fué muchas veces adecuado a las

---

165.- En la que existe una fuerte organización política descentralizada y un derecho público que exige que la jurisdicción, parte integrante de la administración pública, se mueva de la parte privada del derecho a la pública (Not. Aut.).

En el mismo sentido apunta E. PALLARES P. Ob. cit. pág. 25- de este periodo que "de un estado social más complejo, pero tanto menos reglamentado, resultó una intervención más meticulosa de la justicia pública en las relaciones que antes dependía de modo exclusivo a los particulares..."

exigencias del Imperio Justiniano. Así, aunque el Digesto se -- sirve del derecho clásico, solo en raras ocasiones los comenta-- rios de este cuerpo normativo permiten asomarse al verdadero cli-- ma del periodo clásico en el que surgieron esos principios y --- esas instituciones; y por lo tanto, en la misma medida, a través del Digesto resulta difícil acercarse a la verdadera estructura-- del periodo formulario y a los diversos actos procesales que se-- realizaban ante el magistrado o en juicio y que a final de cuen-- tas producían el pronunciamiento de una sentencia o de una deci-- sión. En síntesis, el derecho justiniano deja a un lado la mat<sup>er</sup>ia procesal de la época clásica y únicamente tomo el beneficio-- que produjo esa práctica procesal, que en resumidas cuentas se -- manifiesta como principios jurídicos de derecho material.

Solo por excepción el Digesto contiene algún comentario re-- lacionado directamente con la manera de demandar, los efectos de la demanda, el emplazamiento y sus efectos, las pruebas y otros-- temas parecidos (166) y cuando habla de la acción se refiere a -- ella en tanto que cada acción, o excepción en su caso; pone al -- descubierto la forma en que se desenvuelve un principio jurídico de derecho sustancial y material: cuando habla de acciones está-- refiriéndose a los derechos sustanciales.

---

166.- Por ejemplo el Libro II del Digesto trata en el Títu-- lo I sobre la Jurisdicción y los posteriores Títulos del mismo -- Libro tratan más o menos de la misma materia: Sobre la citación-- a juicio, sobre la comunicación de la demanda, etc. Pero luego -- el Libro V en su Título I habla genéricamente "Sobre los juicios" (Ante quien se debe demandar o ser demandado), pero los demás Tí-- tulos del mismo Libro comentan de temas diferentes como el testa-- mento inoficioso, la petición de herencia, la petición posesoria de la herencia y sobre la petición fideicomisoria de la heren-- cia; Títulos que tratan todos ellos de temas de derecho sustan-- cial material y que solo por verdadera excepción o accidente ha-- cen referencia a temas procesales (NOT. AUT.).

También en las Institutas de Justiniano se descubre la tendencia de imponer el predominio del derecho material sobre el procesal; aspecto éste último que otra vez queda como un sustrato que se encuentra sobreentendido por los juristas de aquellos tiempos.

Conviene que haga la aclaración importantísima de que estas observaciones no implican la afirmación de que en la época Justiniana o durante la Edad Media y Renacimiento, la materia procesal haya desaparecido de la vida jurídica; lo cierto es que bajo Justiniano como en cualquier otra época las controversias de derecho y las formas jurídicas para solucionar los litigios, fueron y seguirán siendo una realidad insoslayable para cualquier sociedad y por lo tanto la organización de los Tribunales y su actividad procesal han tenido vigencia en toda época.

Lo que trato de resaltar es que los juristas, a partir de la muerte de Justiniano y durante toda la Edad Media y parte del Renacimiento, discuten como regla general aspectos de derecho sustancial, relegando a segundo término y muchas veces ni a eso, el aspecto procesal, que fué poco estudiado quizá por acuerdo a las orientaciones jurídicas imperantes a partir de Justiniano, al fenómeno procesal se le consideró (167) como un apéndice o parte accesoria del derecho material, y de ningun-

---

167.- Es difícil encontrar en textos legales medievales la afirmación expresa de que lo sustancial incluyera lo procesal; sin embargo la orientación de todas las obras jurídicas de la época no dejan duda al respecto: efectivamente, para los juristas medievales el aspecto procesal se desprendía de las cuestiones sustanciales que tenían amplio predominio en sus investigaciones. (Not. Aut.).



na manera como una rama del derecho que fuera susceptible de -- sistematización autónoma y con objeto propio de estudio.

Esta orientación de que hablo en la que lo sustancial in-- cluye a lo procesal, se desarrolló después de Justiniano de -- la siguiente manera (168):

La preocupación predominante en oriente fue hacer más com-- prensible y accesible el Corpus Iuris, tendencia que se demue-- tra con la enunciación de las grandes obras realizadas por los-- jurisconsultos bizantinos a través de la Edad Media y el Renaci-- miento (169); por lo que debe concluirse que, en términos gene-- rales, la evolución del derecho bizantino partió y se desenvol-- vió casi exclusivamente de la compilación justiniana.

### III.- LOS DERECHOS GERMANICOS

En la parte occidental del imperio romano que se fragmentó en lo que más tarde sería los actuales países de Europa, el es-- tudio o aplicación del derecho romano justiniano se encontró -

168.- Me ocupó en esta parte de la suerte del derecho jus-- tiniano en el imperio romano de oriente porque ahí fue donde -- nació la gran compilación. (Not. Aut).

169.- G.F. MARGADANT, Ob. Cit. págs. 63 y sig. enumera las obras jurídicas trascendentes después del Corpus Iuris: 1) En -- la dinastía de los Isaurios se encuentra la EKLOGA del año 727 que es una reacción contra el derecho justiniano y trata de es-- tablecer un sistema legal más sencillo; 2) En la dinastía de -- los Macedonios se encuentran algunas obras de marcada línea jus-- tiniana, por ejemplo el PROCHEIRON o PROCHEIROS NOMOS, de Basí-- lio I del año 867-886; una versión ampliada de esta obra con-- normas relativas a la iglesia que se conoce como la EPANAGOGA;-- 3) Una obra cumbre promulgada por León VI en 866-911 y que reci-- be el nombre de LAS BASILICAS, compilación en 60 libros que pro-- bablemente se realizó con textos "anónimos" que contenían comen-- tarios al Digesto y fragmentos de derecho clásico romano que ha-- bían quedado en el olvido durante mucho tiempo; 4) Una condensa

suspendido por varios siglos, aproximadamente por 500 años. -

En efecto, para el tiempo de la promulgación de la compilación justiniana, el imperio romano de occidente había dejado de existir como tal hacía un siglo aproximadamente; sin embargo la parte meridional de Italia quedó algún tiempo bajo el dominio de Constantinopla y en la época de Justiniano el emperador ordenó que se remitieran a Roma algunas copias de su compilación con la finalidad de que en esos territorios rigiera el mismo derecho. Sin embargo esta medida a sido calificada simplemente de "oficial" porque de hecho el derecho justiniano nunca tuvo aplicación en Italia, tanto así que parece que la última vez que el Digesto fué citado como fuente de autoridad legal acaeció en el año 603 por una mención del papa Gregorio y no fué hasta aproximadamente el año 1070 cuando se vuelve a hacer mención de dicha obra, según la documentación que se tiene con seguridad (170).

---

ción de las Basílicas que debió ser muy usada en la práctica del siglo X llamada la SINOPSIS MAIOR; 5) En el siglo XI se encuentra una colección de sentencias y dictámenes jurídicos, conocida como la PEIRA de EUSTATHIOS ROMAIOS; cabe aclarar que estas obras mencionadas no derogaron al Corpus Iuris sino que coexistieron con él, lo que producía una superabundancia de fuentes jurídicas, así en el año 1345 se ordenó otra condenzación que de hecho sustituyó al Corpus Iuris, la HEXABIBLOS, -que logró tener vigencia incluso en la ocupación Turca tanto así que cuando Grecia recupera su independencia en 1835 la Hexábiblos fué declarada derecho vigente. 6) En el año de 1946 entra en vigor el código civil con marcada influencia de la pandectística alemana y hasta entonces el Hexábiblos pierda su vigencia formal.- como se vé, todas estas obras, ya sea reaccionando o retomando al Corpus Iuris, incluyen - buena parte del derecho justiniano. 170.- G. F. MARGADANT Ob. Cit. págs. 81,82 y 87.

Diversos factores contribuyeron al silencio del derecho romano justiniano durante esos 5 siglos; entre ellos destacan --- los movimientos etnográficos de los pueblos bárbaros del norte y de más allá del Cáucaso, que invadieron y paulatinamente se establecieron en los territorios que antes eran del imperio romano de occidente, causando gran desorden e inestabilidad social.

A los pueblos invasores de los territorios que pertenecieron al imperio de occidente, se les planteó la cuestión de saber elegir el derecho que en adelante debía regir para los habitantes - generalmente romanos o romanizados- de los territorios - que acababan de conquistar: si el derecho propio que era consuetudinario preferentemente y menos evolucionado que el romano, o este último que hasta antes de la conquista había sido aplicado a los súbditos romanos de aquellos territorios.

Aún cuando ese derecho romano fuera la expresión decadente y vulgarizada del derecho clásico, de todas maneras era superior en técnica y contenido al de los pueblos bárbaros conquistadores, y como en esos territorios vivían numerosos habitantes de cultura latina, en algunos casos los nuevos gobernantes optaron por -- aplicar una duplicidad de sistemas legales:

1.- para los ex-súbditos romanos, seguiría aplicándose el derecho romano;

2.- para los habitantes del pueblo bárbaro conquistador, se aplicarían sus reglas y leyes consuetudinarias que habían llevado consigo.

Este fenómeno que es conocido con el nombre de sistema de la "personalidad del derecho" propicia así mismo un ambiente para que se codifiquen los derechos germánicos de aquella época - entre los que contamos 1) el Código de Eurico del año 476 (171); 2) El Edictum Regis Rotharis del año 643 (172) que provoca aquella obra de derecho Longobardo llamada Liber Papiensis que a su vez recibe un famoso comentario aproximadamente en el año 1070 - conocido como la Expositio 3) Los francos, en la época de Carlomagno, realizan también codificación de las costumbres jurídicas además de una nueva serie de leyes que reciben el nombre de los Capitularia. Aún cuando estas obras pueden considerarse como "leyes germánicas" en todas se encuentran influencias y rastros de derecho romano por lo que se afirma que así como el derecho romano estuvo vulgarizándose en esta época, también los derechos bárbaros comenzaron a romanizarse..

Esta influencia y compenetración es lógica y aún necesaria - porque el derecho romano de una u otra manera influyó en las costumbres jurídicas de los pueblos bárbaros ya que éstos últimos - invadieron y se establecieron en territorios donde existía una cultura latina que en muchos aspectos, como en el del derecho, -

---

171.- El Codex Euricianus es el primer caso que se conoce de una codificación de derecho germánico, hacia el año 476 el rey Eurico ordena la codificación del derecho consuetudinario visigodo, según lo refiere F. MARGADANT, Ob. Cit. pág. 73.

172.- Esta obra jurídica fué realizada por el pueblo germánico que según F. Margadant era el más detado para el derecho: - los Longobardos de Italia. Idem.

El autor en cita comenta que desde la época de Liber Papiensis "y sobre todo durante el siglo XII el derecho longobárdico - es reinterpretado y comentado cada vez más con espíritu romanista", lo que demuestra que todos esos derechos germánicos se vieron influidos por el derecho romano.

era superior a la de ellos. Sus costumbres germánicas se mezclaron con el derecho romano decadente y en muchas ocasiones éste último derecho acabó por imponerse al derecho de los pueblos -- bárbaros.

Así como el derecho romano influyó a los derechos germánicos también en esta época existió un derecho romano vulgarizado que terminó por aplicarse a los súbditos germánicos establecidos en los territorios occidentales del imperio, entre ellos -- contamos: 1) El Breviarium Alaricianum (173); 2) La Lex Romana-Burgundionum o Codex Papianus (174); 3) El Edictum Theodorici (175); 4) los Fragmenta Gaudenziana (176); y la Lex Romana Curriensis (177).

---

173. "el Breviario de Alarico, derecho romano compilado por órdenes del rey visigodo Alarico, y promulgado en 506 para ser aplicado, en el reino visigodo, a los ex-romanos que allí vivieron". F. G. MARGADANT, Ob. cit. pág. 75.

174.- "tradicionalmente atribuido al rey Gundobado, de los borgoñeses (quien murió en 516; hasta hace poco, en muchos libros se colocaba la promulgación de esta obra alrededor de 510. Esta obra, en caso de ser realmente un código, probablemente debía aplicarse a los súbditos ex-romanos del rey borgoñés." --- Idem.

175.- Que probablemente fué expedido por el rey visigodo - Teodorico II o por su prefectus praetorius Gallianum, Magnus de Narbona entre los años 453-466 "contiene normas de indole romanista, pero se aplicó expressis verbis también a los barbari." Idem. pág. 73.

176.- "de las primeras décadas del siglo VI, probablemente fragmentos de una obra legislativa promulgada para la Marca Española, después del traspaso de esta región de los visigodos a los francos (507)." Idem. pág. 76.

177.- "del siglo VIII, elaborada para ser aplicada en la parte oriental de Suiza..." Idem.

De cualquier manera se observa que durante esta época el derecho justinianeo no tuvo aplicación en la Europa Occidental, si no que generalmente se encuentran como vigentes diversos derechos germánicos que se fueron "romanizando" y especies de derechos romanos "germanizados" o "barbarizados" (178), y así el Corpus Iuris cayó en desuso o simplemente no tuvo vigencia en la parte occidental de Europa por más de 5 siglos.

#### IV.- EL DERECHO CANONICO (179)

En la evolución del derecho durante la Edad Media cabe preguntar ¿cuál fué la aportación del derecho canónico?. Parece — que el derecho canónico actuó como una especie de catalizador — de los diferentes derechos que tuvieron vigencia en la alta --- Edad Media; hay que recordar que el derecho romano no fué el -- único que existió en aquella época, pues como ya se dijo, los — pueblos bárbaros invasores llevaron consigo sus costumbres y -- leyes consuetudinarias que reciben el nombre de "derechos germá nicos".

---

178.- La existencia y convivencia de estos dos derechos es comentada por JOHN HENRY MERRYMAN, en su obra La Tradición Jurídica Romano-Canónica, Ed. Fondo de Cultura Económico, México --- 1980, pág. 25 de esta forma: "Los invasores aplicaron a los habitantes de la península italiana versiones del derecho civil romano que eran más burdas y menos refinadas. Los invasores también llevaron consigo sus propias costumbres legales germánicas que eran aplicadas a ellos mismos pero no a sus conquistados..."

179.- Desde luego el derecho canónico es un tema demasiado amplio para que pueda ser expuesto con la debida atención en un trabajo de tesis como el presente; sin embargo anoto alguna definición del tema así como la clasificación que para su estudio histórico propone el Dr. LORENZO ANTONIO GARDELA en Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo VI págs. 974 y sig. al exponer el tema de "Derecho Canónico": "Definición. Podemos decir, con Eichmann, — que derecho canónico, en sentido objetivo, es el sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones internas y externas de

En sus orígenes, la iglesia desconfiaba de todas las formas de cultura en que se manifestaba el Imperio Romano (180), por lo tanto repudiaba el derecho romano. No hay que olvidar que el cristianismo nace y se desenvuelve en comunidades que estaban bajo la dominación del Imperio Romano y en algunas ocasiones la religión cristiana estuvo proscrita por la autoridad e inclusive bajo algunos emperadores se perseguía y castigaba duramente a los que practicaban el cristianismo.

Con el tiempo el cristianismo ganaba adeptos a la vez que el imperio romano perdía territorios y poder, al grado de que en el año 330 de nuestra era las cosas parecen emparejarse y el emperador Constantino proclama al cristianismo como religión oficial del Imperio. Conforme esta situación se tejía, la iglesia hacía uso cada vez más frecuente y conciente del derecho romano llegando a convertirse en seguro guardián de sus instituciones y en trans-

la iglesia; y que aseguran las condiciones de la comunidad de vida cristiana para cumplir con los fines de la Institución; y en sentido subjetivo se entiende por derecho canónico las facultades atribuidas por el derecho objetivo a los miembros de la iglesia, clérigos y legos".

El autor en cita clasifica de la siguiente manera los periodos históricos que desde su especial punto de vista, resultan propios para la exposición del derecho canónico: "1) El primitivo, que va de la fundación de la iglesia hasta el decreto de Graciano, y que cubre unos once siglos; 2) El medio, que corre desde el decreto de Graciano hasta el concilio de Trento, abarcando unos cuatrocientos años; 3) Moderno, desde el concilio de Trento hasta la codificación que se extiende desde mediados del siglo XVI hasta fines del siglo XIX; y 4) Contemporáneo, o de la codificación y la legislación canónica posterior, que nace con el siglo actual y se prolonga hasta nuestros días".

El derecho canónico actuó como un catalizador de los diversos derechos existentes en Europa sobre todo en la primera etapa de la clasificación anotada, es decir en los primeros once siglos de la iglesia, sobre todo en los que van del siglo V al X.

180.- Así lo refiere el Prof. ALFONSO PRIETO, en su ensayo - El Proceso de Formación del Derecho Canónico, que aparece en la obra Derecho Canónico, Ed. EUNSA, Pamplona España 1977, pág. 98.

misor de las ideas y principios del derecho romano a través de la Edad Media y del Renacimiento. Conforme se consolidaba el poder temporal de la iglesia, requería con más premura de una firme organización, así como de un cuerpo de reglas de conducta a la que sus miembros debían ajustar sus actividades; en este aspecto, la iglesia aprovechó como ninguna otra institución el caudal inagotable del derecho romano.

No obstante lo dicho, el derecho romano no fué la única fuente que integró el canónico, porque la iglesia, atendiendo sus fines espirituales, utilizó también otras obras extrajurídicas para formar su derecho, como es el caso de las doctrinas filosóficas cuyo eje de exposición giraban en torno a problemas éticos. De esta manera, el derecho romano -que ayudó a formar al canónico- entró en contacto y se mezcló con gran cantidad de material filosófico y ético que en estricto sentido no correspondía con su contenido técnico, pero que provocó las singulares características del derecho canónico puesto que sus normas, en muchas ocasiones salían del rigor jurídico para incursionar abiertamente a favor de una normatividad ética.

Ahora bien, el derecho canónico actuó como catalizador del derecho medieval, en virtud de la situación que prevalecía entonces en Europa respecto de los derechos vigentes en los diversos pueblos y territorios. Efectivamente, en el alta Edad Media, en diferentes épocas y grados, coexistieron tres derechos diferentes: el romano vulgarizado o germanizado, el germánico que se



fué romanizando y el canónico que tomó parte del romano, parte del germánico y otros elementos de filosofía y ética griega y judía y que participó y coadyuvó a que todos estos derechos se fuera asemejando unos a otros, porque todos se influían entre sí y provocaban una tendencia de homogeneizar principios e instituciones.

A todo lo dicho hay que añadir la pugna de la iglesia católica para elevarse al carácter de fuerza preponderante dentro de las relaciones políticas medievales y sus aspiraciones hacia la aceptación universal de sus normas y reglas que trascendían cada vez con mayor frecuencia y fuerza hacia las relaciones laicas de los pueblos de Europa. Es fácil observar que para satisfacer esa exigencia práctica, la iglesia tuviera que acudir al derecho romano para preparar y acomodar sus instituciones para que pudieran participar vivamente y con éxito en las relaciones comerciales, de tráfico, civiles y demás que requerían la aplicación de un derecho "civil" (181).

---

181.- El derecho canónico es considerado como tal porque sus normas de conducta no regulan únicamente relaciones de tipo espiritual y teológicas propias de una religión como el cristianismo. El derecho canónico, además de reglamentar las situaciones anteriores, también establece los preceptos que deben observarse en otras muchas relaciones terrenales, tales como contratos, actos, enajenaciones de inmuebles o muebles pertenecientes a la iglesia y todas las controversias que pueden surgir con motivo de la celebración y cumplimiento de dichos negocios. -- Entonces la práctica judicial eclesiástica adquiere proporciones enormes. G.F. MARGADANT ilustra este tema de la siguiente manera en su obra citada La Segunda Vida del Derecho Romano, pág.79: "...los tribunales de la Iglesia, durante toda la Edad Media, tuvieron una jurisdicción mucho más amplia de la que tienen en la actualidad: se arrogaron competencia en todas las controversias en las que se trataba de intereses de la Iglesia-titular de un creciente patrimonio que daba lugar a múltiples contratos--; en los casos que afectaron a clérigos (inclusive cuando éstos fue-

No cabe duda de la influencia del derecho romano para la formación del derecho canónico (182) y después la influencia de éste último en el desarrollo de la actividad prodesal medieval, transformando a su vez al derecho romano para adaptarlo a las particulares necesidades sociales y políticas que empezaron a surgir y consolidarse con motivo del régimen feudal propio de la Edad Media.

#### V.- PRINCIPALES ESCUELAS JURIDICAS EN LA EDAD MEDIA.

La Edad Media no propiciaba condiciones económicas y políticas lo suficiente favorables para que los juristas iniciaran una investigación científica libre sobre las diversas materias del derecho. En realidad tanto el estudio como la enseñanza del derecho fué tan dogmática como en cualquier otra área del conocimiento; quizá debido a la concepción que entonces se tenía de la antigüedad, en la que la cultura heredada por los griegos y romanos había representado el punto culminante de la sabiduría del hombre y lo único que se tenía entonces que hacer era aprender los conoci-

---

ron acusados); en asuntos matrimoniales (el matrimonio fue considerado como sacramento) y, por extensión, en asuntos de familia, inclusive sucesorios; en la defensa de personas miserables (viudas, huérfanos, cruzados); en contratos confirmados por juramento, y en ciertos delitos, además de todo lo que llegó a tales tribunales por vía de arbitraje."

182.- Sobre la influencia del derecho romano en el canónico; ALFONSO PRIETO, Ob. cit. pág. 101, refiere lo siguiente: "... la iglesia se beneficia de la depurada técnica del derecho romano; de su organización administrativa; de la arquitectura de sus basilicas o lugares de administración de justicia de su esquema centralizado de poder, de sus reuniones conciliares... sin embargo... 'el espíritu cristiano' penetra el derecho romano, quitando dureza y rigidez al derecho de familia (patria potestas, exposición de los hijos...); al derecho de las personas (exclavitud); al derecho de obligaciones (ejecución personal de las deudas) e introduciendo, poco a poco, algunos de los principios que rigen el matrimonio cristiano..."

mientos dejados por los antiguos. Así, una vez terminadas las-- invasiones bárbaras, cuando se logró nuevamente cierta estabilidad social y con la valiosa colaboración del derecho canónico; - aparece en el tapete jurídico de la Edad Media el interés por el conocimiento del Corpus Iuris de Justiniano; la escuela de los - glosadores aportó el primer paso para el traslado del derecho -- Justiniano hacia las doctrinas y legislaciones del alta edad--- media.

### 1.-LOS GLOSADORES

Entre los siglos XII y XIII aparece esta escuela en Italia; sus integrantes realizan una obra carente de sentido histórico y crítico, ya que sus estudios se reducen a puros comentarios al - derecho Justiniano, preferentemente a la parte del Digesto. En esta época renace la inquietud por la compilación Justiniana -- porque varios factores conducen a ello, entre los que destacan - la pugna política entre el Emperador y el Papa, el descubrimiento de una copia completa del Digesto en el sur de Italia y la funda- ción de una escuela de derecho en Bolonia (1123), eventos que se- encontraban íntimamente ligados (1144).

---

1123.-J. H. MERRYMAN, Ob. cit. pág. 26 refiere que: "la renova- ción del derecho romano" tuvo su comienzo en Bolonia, a finales- del siglo XII. Fué en Bolonia donde justamente apareció la prime- ra universidad moderna europea y el derecho era la asignatura que más se estudiaba. El derecho que se estudiaba allí no era el de- recho romano barbarizado que había estado en vigor durante la in- vasión germánica, ni el cuerpo de leyes establecidas...por los - mercaderes, por los condes o por los pequeños soberanos; era - el Corpus Juris Civilis de Justiniano."

1144.- La famosa Querrela de las investiduras del año 1073 al- 1122 en la que los seguidores del Emperador (gibelinos) y los del Papa (güelfos) trataban de apoyar sus posturas políticas a través de textos legales de notable autoridad, como en el Corpus Iuris- que era considerado como un derecho "imperial" y "universal"; por lo cual, indirectamente, se produjo el auge de los estudios jurí- dicos patrocinados por las partes querellantes. (Not. aut)

Irnerius, fundador de la escuela, inicia la práctica de comentar el texto del Corpus Iuris Civile desde el momento en que él mismo dota a la universidad de Bolonia de un ejemplar completa del Digesto (185).

La escuela de los glosadores, llamada así precisamente por su costumbre de confeccionar glosas al texto del Digesto principalmente, comprende unas seis generaciones de juristas. Sus trabajos, quedaron plasmados en comentarios escritos cuya variedad y modalidad abarcan desde simples resúmenes redactados al margen del propio texto comentado hasta obras independientes pero relacionadas con el mismo y que a veces llegaban a formar libros enteros. A su vez el trabajo realizado por los glosadores quedó resumido y sistematizado por el último de los glosadores, Acursio, que llevó a cabo una glosa de glosas, una obra fabulosa que recibe el nombre de "Gran glosa" (186).

---

185.- Según refiere GUILLERMO F. MARGADANT, Ob. cit. págs. 86, 97 y sigs., el Digesto se dividió originalmente en dos partes: Digestum Vetus y Digestum Novum (atendiendo a lo ordenado por la Constitución Justiniana Deo Auctore (par. 14). Es probable que esta estructura fuera un reflejo de la influencia cristiana en las obras jurídicas de la época justiniana y hace eco de la división del Viejo y Nuevo Testamento; la división original del Digesto se encontraba en 35.2.82. Sin embargo para la época de Irnerius ya se encontraba dividido el Digesto en las tres partes que hasta la fecha han subsistido: 1) Digestum Vetus que va de 1.1. a 24.2.; 2) el Infortiatum desde D.24.3 hasta D.38.17; y 3) el Digestum Novum desde 39.1 hasta 50.17.

Comenta el autor en cita que, según una leyenda posterior, Irnerius encontró por azar en una biblioteca de Pisa, los tomos 1 y 3 de una copia del Digesto, y luego recibió una copia del tomo intermedio que llegó desde Roma, por vía de Ravena.

186.- G.F. MARGADANT, Ob. cit. págs. 114 y 115 comenta que: "...Acursio, de Florencia (1182-1260 aproximadamente...) es la figura máxima de la fase final de esta corriente, y toma sobre sus hombros la tremenda tarea de revisar cuidadosamente la obra de toda esta escuela, o sea todas las glosas, elaboradas desde la época de Irnerius, que estuvieran a su alcance, eliminando -

## 2.- LOS POSTGLOSADORES

Después, entre los siglos XIII y XV aparece una nueva escuela jurídica iniciada por Bártolo (187) en el Sur de Francia-actual. Los integrantes de esta escuela se dedican ahora a estu-diar, analizar, comentar y ordenar ya no el derecho romano justi-niano que encontró Irnerius, si no las propias obras de los --glosadores, principalmente la Gran Glosa de Acursio, de ahí el nombre que recibieron de "postglosadores".

Se considera que el derecho elaborado por los postglosado--res es un derecho demasiado alejado de la pureza que debió tener el derecho romano clásico. La apreciación es correcta porque la compilación justiniana ya no refleja el auténtico derecho romano de la época clásica si no que llegó a Justiniano en su mani--festación decadente y que además en muchas partes fué interpolado para ajustarlo a la época de la compilación. Por su parte los glosadores encontraron un derecho romano deformado, mutilado, --fragmentado y que fué adulterado por consecuencia de los comenta-rios que los glosadores hicieron al Corpus Iuris Civile puesto -

---

lo que en juicio de él era superfluo (por ejemplo, en caso de --constituir duplicación con alguna otra glosa recogida por él en su magna compilación), o equivocado, y decidiendo cuál era la me-jor opinión, en caso de controversia entre dos o más Glosadores ... , colocando finalmente lo que, en su opinión, era lo mejor de la producción de esta escuela en una compilación de algo como --100,000 glosas, la Glossa Ordinaria, o la Gran Glosa, de aproximadamente 1230."

187.- GUILLERMO F. MARGADANT, Ob. cit. pág. 130 apunta que: "El máximo autor de esta escuela fue Bartolus de Sassoferrato, --probablemente el jurista occidental que durante su vida y posteriormente, acumuló más fama. Lo anterior puede ilustrarse con --múltiples datos, por ejemplo, apuntando hacia el deber estatutario de los profesores de derecho de Caen, formulado en 1521, de--añadir a su explicación de los textos del Corpus Iuris la opinión de Bártolo."

que también éstos utilizaron el derecho justiniano para resolver problemas particulares de la época medieval. En este orden de ideas, el derecho de los postglosadores es un derecho romano de "cuarta mano" (188).

Se comprende que la preocupación de los glosadores y postglosadores se dirigió principal o quizá exclusivamente, al estudio y comentario del Corpus Iuris Civile en la forma que Irnerius llevó a Bolonia. Este fenómeno se explica porque, indiscutiblemente, la compilación justiniana apareció ante estos juristas medievales como una obra cercana a la perfección (189), teniendo en cuenta que a la caída del Imperio Romano de Occidente a lo más que se había llegado en Europa era a realizar unas leyes romanas barbarorum muy distantes a la técnica jurídica y -- grandeza de contenido utilizadas por ejemplo en el Digesto. Si a esto añadimos que durante los cinco siglos anteriores al inicio de la escuela de los glosadores el estudio del derecho romano justiniano había quedado casi en el olvido, no extrañará -- pues que cuando los juristas medievales encontraron el Corpus Iuris Civile se avocaron detalladamente su contenido y se sentían más que satisfechos si por lo menos podían entender en lo posible la estructura de la obra, dejando a un lado obviamente el interés por preguntarse cómo había surgido la compilación -- justiniana.

---

188.- Así lo cataloga G. F. MARGADANT en Ob. cit. pág. 128.

189.- J. H. MERRYMAN, Ob. cit. págs. 26 y 27 comenta que la preferencia de los glosadores para estudiar el derecho justiniano se debía a que ellos mismos "... caían en la cuenta de que esta obra, que ellos llamaban "razón escrita", era superior a las compilaciones barbarizadas que se pusieron en uso durante la dominación germánica. El Corpus Iuris Civilis llevaba consi-

Ni los glosadores ni los postglosadores se preocuparon por saber si el derecho justinianeo que recibieron fué siempre el mismo o si de alguna manera había surgido y evolucionado, como en realidad sucedió. En esta misma medida, si los integrantes de estas escuelas medievales nunca se preocuparon por enterarse del hecho de que el Corpus Iuris Civile tan alabado por ellos, era una simple y aún criticable compilación del derecho romano-clásico, mucho menos les preocupó estudiar particularmente el derecho de acción y el fenómeno procesal que en determinado momento de la historia de Roma había dado lugar a dicha compilación, de la cual derivaba el estudio que ellos realizaban y que inclusive aplicaban en el medio forense, en tanto que el Corpus Iuris Civile implicaba su utilización para resolver casos concretos (190).

Efectivamente, considerando al Corpus Iuris Civile como una verdadera fuente de autoridad legal, el interés de los estudiosos de la época se dirigió a la lectura, comprensión e interpretación de esta obra a efecto de resolver los problemas sui generis que planteaba la realidad que vivían, pero que intentaban solucionar con el apoyo de una obra jurídica de tanto renombre.

---

go no sólo la autoridad del Papa y del Emperador, sino también - la autoridad de una civilización e inteligencia obviamente superiores."

190.- Parece que los glosadores se aprovecharon del beneficio de las contradicciones que se encuentran a todo lo largo del Corpus Iuris de Justiniano. Aprovechaban cualquier cita o principio que encontraban para usarlo en un sentido y tal vez en el sentido contrario cuando así fuera provechoso. G.F. MARGADANT, - Ob. cit. págs. 90 y 91 comenta sobre el tópico que: "Las contradicciones dentro del Corpus Iuris ayudaban al respecto, y aña---

## VI.- LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

### 1.- ESTADO GENERAL DEL DERECHO

Como se ha visto, en la Edad Media existió un mosaico de derechos: el canónico para la iglesia, los fieles y las controversias de su competencia; el germánico comprendido por el conjunto de los derechos de los diferentes pueblos bárbaros; además, los derechos que como consecuencia de la evolución de las actividades humanas iban surgiendo, como por ejemplo el mercantil y el marítimo de la Italia de comienzos del presente milenio (191), el gremial y aún los derechos establecidos para determinadas clases sociales (192), el derecho feudal que tuvo un amplísimo campo de aplicación (193) y por último el derecho romano "Justiniano" que se tenía como un derecho culto y que era aprendido por una élite de estudiosos en reducidos centros de enseñanza jurídica ubicados al norte de Italia y sur de Francia.

---

diendo a éstas todavía el instrumento de la interpretación jurídica medieval, el Corpus Iuris se convertía en un almacén donde la habilidad del intérprete podría encontrar los argumentos más sorprendentes, según la necesidad."

191.- J. H. MERRYMAN, Ob. cit. págs. 32 y 33 comenta que: "... el derecho mercantil de Europa Occidental tuvo su desarrollo más importante en Italia en tiempos de las Cruzadas, cuando el comercio europeo reconquistó la supremacía del área mediterránea. Los mercaderes italianos formaron asociaciones y establecieron reglamentos para el negociado de los asuntos mercantiles. Las ciudades italianas del medievo se convirtieron en centros comerciales y las leyes que se desarrollaron en esas ciudades -principalmente Amalfi, Génova, Pisa y Venecia- ejercieron gran influencia en el desarrollo del derecho mercantil."

192.- Por ejemplo G.F. MARGADANT, Ob. cit. pág. 187 habla de la existencia en la Alemania feudal de normas especiales para los judíos.

193.- Además existió lo que se conoce con el nombre de "derecho palatino" que era una categoría de legislación derivada de



Puede deducirse fácilmente que ese mosaico de derechos originó a la larga el nacimiento de los diferentes derechos nacionales de los países de Europa en los que se puede encontrar huecillas claras de la influencia que cada uno de ellos hizo en la forma y contenido de las actuales legislaciones. Pero no obstante la influencia que pudieron tener todos esos derechos, el que más contribuyó al desarrollo del derecho nacional fué el derecho romano justiniano desde la perspectiva de los glosadores y los comentarios de los postglosadores a las obras dejadas por los primeros. Estos juristas establecieron una forma común de estudiar el derecho y de todas partes de Europa acudían herederos de las familias aristócratas a estudiar derecho en la Universidad de Bolonia; luego, terminados sus estudios, regresaban a sus países de origen a ocupar puestos políticos laicos o eclesiásticos en los que desarrollaban la formación jurídica que habían aprendido en Bolonia. Todo esto ayudaba a crear en Europa una atmósfera jurídica común (194).

---

algún palacio a través de la cual el soberano corrige o completa el sistema jurídico existente en el territorio. Sin embargo al lado de este derecho palatino, G.F. MARGADANT, Ob. cit. pág. -- 296 encuentra todavía más una "gran cantidad de compilaciones de normas locales, fijación de costumbres ya existentes o innovaciones del derecho...", como son las Ordenanzas, Cuadernos, Fueros, Landrechte, Polizeiornungen, Landesordnungen, Stadtrechte, Notariatsordnungen, Placcaeten, Statuta etc.

194.- J. H. MERRYMAN, Ob. cit. pág. 27 expone que: "Los que habían estudiado en Bolonia volvían a sus países de origen y establecían universidades donde igualmente enseñaban y estudiaban el derecho del Corpus Juris Civilis según el estilo de los Glosadores y de los Comentaristas. De este modo, el derecho civil romano y las obras de los Glosadores y de los Comentaristas llegaron a ser la base de un derecho común europeo que los historiadores del derecho llaman actualmente jus commune. Existía un cuerpo común de leyes, una manera común de escribir acerca del derecho, un lenguaje legal común y un método de enseñanza y de estudio también comunes."

Pero es importante resaltar que en esta recepción del derecho romano, no tuvo lugar la investigación crítica, histórica o científica del derecho en general ni tampoco en alguno de sus aspectos particulares que hoy conocemos con el nombre de ramas jurídicas. Como se comprenderá según lo expuesto, el esfuerzo de los juristas medievales se dirigió hacia la comprensión exacta del derecho romano que habían heredado en su modalidad del Corpus Iuris de Justiniano, a ordenar todos los derechos germánicos, feudales y gremiales que he mencionado y a tratar en lo posible de resumir todo ese material jurídico en ordenamientos legales, obras doctrinarias y manuales prácticos que fuera de más fácil manejo para los maestros y estudiantes del derecho y para los juristas dedicados a la práctica forense.

## 2.- APORTACIONES AL DERECHO PROCESAL

No obstante esta falta de investigación "científica"; el derecho medieval y los juristas que lo cultivaron, aportaron diversos estudios que contribuyeron a la creación de las condiciones específicas del siglo XIX donde la pandectística y la escuela histórica de Savigny formaron el ambiente propio en que se discute por primera vez la autonomía del derecho procesal y su categoría como una ciencia particular de la juricidad.

Entre estas aportaciones medievales al derecho procesal tenemos por ejemplo a un determinado grupo de obras de los glosadores dirigidas a comentar temas propios del derecho procesal, que reciben el nombre de "ordines iudiciorum" y que representan-

una modalidad de las glosas (195) que confeccionaban los juristas de esta escuela.

En estas obras se observa la tendencia de separar lo procesal de lo sustancial, haciendo de lo primero un objeto propio de estudio; con lo que, indudablemente, puede considerarse como un antecedente de lo que hoy es el objeto de la moderna teoría del proceso. Pero hay que observar que estas "ordines iudiciorum" -- (196), se construyeron tomando como punto de partida los diversos comentarios procesales que existen dispersos a todo lo largo del Corpus Iuris Civile, principalmente en la parte del Digesto. Así que en última instancia estas obras tenían gran contenido -- del derecho procesal romano, característica que es importante y

---

195.- G. F. MARGADANT, Ob. cit. págs. 106 y sigs. distingue entre unas quince especies distintas de "glosas" realizadas por los autores de esta escuela; entre las que enuncio: 1) MUCHAS -- GLOSAS, como breves indicaciones al margen del texto comentado; 2) SUMMAE o SUMMULAE, que son monografías físicamente independientes al texto comentado; 3) CASUS, introducciones cuando se inicia un tema nuevo; 4) QUAESTIONES LEGITIMAE, comentarios a -- las contradicciones encontradas en las diversas partes del Corpus Iuris; 5) SOLUTIONES, para advertir concordancia entre diversas citas que parecen contradecirse; 6) APPARATUS, obras monográficas que exponen algún tema a través de la interpretación exegética; 7) ARGUMENTA o NOTABILIA, principios resumidos que toman la forma de proverbios o adagios; 8) CONSILIA, RESPONSA y CONSULTATIONES, que son colecciones de fallos relacionados con problemas de la práctica forense; 9) VOCABULARIA, colecciones de definiciones técnicas; 10) ORDINES IUDICIORUM, a los que me referí en el texto del trabajo y con detalle en la siguiente nota; 11) MATERIAE y EXORDIAE, introducciones para algún tema del derecho pero expuestas desde el punto de vista filosófico; 12) REPORTATIONES, que son una especie de apuntes de clase; 13) QUAESTIONES DISPUTATAE, que exponen y resuelven juicios ficticios; 14) ABBREVIATIONES, como transcripciones parciales del texto comentado; y 15) TRANSFORMATIONES, para trasladar ficticiamente la substancia de una obra dentro del sistema de otra.

196.- Según G. F. MARGADANT, Ob. cit. pág. 108 los ordines iudiciorum "son manuales de derecho procesal, generalmente de -- buen nivel teórico. Como la práctica procesal de la Edad Media --

significativa porque estas obras fueron aprovechadas y utilizadas por los canonistas y gobernantes laicos para organizar sus propios aparatos judiciales; manejándose entre todas estas personas, elementos comunes que permitían a los juristas de diversas regiones comunicarse entre sí a través de un lenguaje parecido, al mismo tiempo que los diferentes procedimientos de cada región crecían y se nutrían con elementos semejantes que a la larga contribuían al establecimiento de una manera análoga de proceder en juicio en las diversas regiones de Europa medieval.

Desde luego cabe suponer que esta práctica de los glosadores al realizar sus "ordines iudiciorum" fué imitada por los postglosadores y canonistas desde el momento en que muchos de ellos --- eran juristas "en ambos derechos" (197). Es bien sabido que el derecho canónico se ayudó siempre del derecho romano para sus elaboraciones doctrinarias y legislaciones vigentes, al grado de que el derecho romano fué una de sus fuentes supletorias.

A su vez, el derecho canónico influyó y aportó diversas instituciones de vieja y nueva creación al derecho procesal que ayu

---

dejaba mucho que desear, los jueces y abogados esperaban a menudo con cierta impaciencia las orientaciones iusromanistas sobre esta materia, orientaciones que tuvieron un gran impacto sobre la vida forense medieval."

197.- J. H. MERRIMAN, Ob. cit. pág. 30 explica el significado del grado J.U.D.: "El derecho canónico llegó a estudiarse junto con el derecho civil romano en las universidades italianas y el grado conferido a un estudiante que había completado todo el curso de derecho era Juris Utriusque Doctor o sea Doctor en Ambos Derechos, refiriéndose al derecho civil y al canónico... Debido a que ambos derechos se estudiaban juntos en las universidades italianas, existía la tendencia a influirse mutuamente, de modo que tanto el derecho canónico como el derecho civil romano ayudaron a formar el jus commune que fue recibido posteriormente por los Estados europeos."

daron a formar la fisonomía del actual procedimiento civil; por ejemplo: el derecho canónico participó activamente en la forma-escrita de los procedimientos civiles y a la división de quehaceres judiciales entre el juez y su secretario, que es una de las características que distingue al procedimiento civil romano de otros procedimientos, v.gr. del anglosajón (198).

En suma, encontramos que la Edad Media aportó diversos estudios y obras de carácter procesal al mundo jurídico de Europa, situación que desde luego favoreció al fenómeno de la recepción del derecho romano(199).

---

198.- J. H. MERRIMAN, Ob. cit. pág. 195 explica que una de las características principales del procedimiento civil es que una persona distinta del juez es el que recibe las pruebas y formula el acta sumaria y que esta práctica deriva desde la época de los procedimientos canónicos medievales. El autor en cita dice textualmente que: "En los procedimientos del derecho canónico, las pruebas eran recibidas por un ayudante y las actas escritas por él eran las que el juez usaba al dictar su sentencia."

199.- Es imposible repasar siquiera de manera genérica, -- las diversas aportaciones al derecho procesal por parte de las escuelas jurídicas medievales. En todo caso podrían detectarse más fácilmente si pudieran clasificarse en atención a un aspecto particular del proceso, por ejemplo en materia de prueba, -- respecto a sus características formales, de escritura y así sucesivamente. No obstante todo esto, me parece útil resumir las aportaciones al derecho procesal que expone G. F. MARGADANT, -- Ob. cit. págs. 171 y sigs.: a) el autor en cita habla de la existencia en esta época de "una teoría y práctica general del proceso" elaborada por los glosadores y postglosadores con la colaboración de los canonistas y en la que paulatinamente se va separando lo procesal -adjetivo-, de lo sustantivo en el derecho, sobre todo a través de aquellas obras ya mencionadas que recibieron históricamente el nombre de "ordines iudicarii; b) el autor en cita habla de que en la Edad Media se observa un desplazamiento del "sistema romano de la particularidad de la acción" hacia el concepto moderno de "las acciones generales"; textualmente dice que "el derecho de sustantivo queda cada vez más clamantemente en el centro de la atención, y el sistema procesal debe adaptarse a la tarea de proteger todos aquellos derechos sustantivos."; c) así mismo el profesor G. F. MARGADANT expone otras aportaciones procesales referentes por ejemplo a la litis contestatio, las diferencias entre principio de condena y objeto de la misma, motivación de las sentencias y otros temas que por su extensión es imposible tratar en este trabajo.

### 3.- EL RENACIMIENTO

La práctica judicial de los diversos pueblos de Europa se -  
hacía cada vez más semejante y lentamente ya en el renacimiento  
y gracias a la recepción del derecho romano en Europa, se fueron  
dando las condiciones necesarias para que los juristas trataran-  
en forma independiente lo que hoy conocemos como "derecho proce-  
sal", que en aquel entonces recibía el nombre de procedimentalis  
mo o derecho judicial. De la misma manera, la enseñanza académi-  
ca del derecho procesal fue adquiriendo la posibilidad de que --  
fuera impartida con cierta independencia del derecho sustancial-  
o de fondo .

Entre otros, dos factores contribuyeron a esta nueva prespec-  
tiva jurídica: la recepción del derecho romano y la nueva filoso-  
fía del renacimiento.

En cuanto a la recepción del derecho romano en Europa cabe-  
aclarar que no fue uniforme ni con la misma intensidad en las -  
distintas regiones del continente Europeo (200), pero indiscuti-  
blemente las diversas legislaciones y derechos europeos fueron -  
influidos por el derecho romano que se estudiaba en el norte de-

---

200.- G.F.MARGADANT, Ob. Cit. págs. 181 y sig. explica que-  
la "Recepción tuvo perfiles e intensidad distintos en los diver-  
sos territorios de Europa occidental." El autor en cita distin-  
gue aquellas regiones poco afectadas por la recepción de otras -  
en las que el derecho romano se recibió con cierta profundidad.--  
Por la importancia del tema resumo brevemente el apunte del pro-  
fesor Margadant: I.- Regiones poco afectadas: 1) Países escandina-  
vos, en los que destacan un intento Danés de hacer un código ro-  
manista a mediados del s. XVII y la enseñanza del derecho romano  
en la universidad Sueca de Upsala; 2) Suiza que "quedó más bien  
al margen del iusromanismo de Europa occidental ..." ya que..."-  
la Lex Romana Curiensis, del siglo VIII, obviamente no había pre-  
parado el suelo para la recepción de un derecho medieval elabora-  
do por Glosadores y Postglosadores...": 3) Países bálticos y Pola-

Italia; de tal manera que entre los siglos XV y XVIII se puede hablar de la existencia de un jus commune en Europa en tanto que todos los sistemas de derecho tenían determinado contenido de derecho romano justinianeo.

---

nia y Hungría; lugares donde "el impacto del derecho romano durante la Edad Media fué mínimo." Sin embargo se sabe que el ius romanismo no fué totalmente desconocido en esos países, y el autor en cita habla de que en el prólogo al "Tripartitum" (la máxima obra de la legislación húngara medieval) se observa determinada influencia de derecho romano; 4) Rusia recibió cierta influencia del derecho romano justinianeo a través de sus relaciones con el imperio Bizantino, por ejemplo el autor citado dice que "la Iglesia rusa recibió el derecho bizantino eclesiástico junto con el Procheiron en 1272 e hizo traducir en el siglo XIV el Nomos Georgikos....", pero por lo demás en Rusia no se encontró un ambiente propicio por el derecho romano; 5) Inglaterra, que nunca fue muy afectada por la Recepción, y que por el contrario es la "cuna del segundo gran sistema del mundo occidental": el common law.

II.- Tenemos una recepción del derecho romano con cierta -- profundidad en: 1) el sur de Francia; el profesor Margadant expone que "En esta región el Ius Commune podía aplicarse sin restricciones a los casos no previstos por los ordenamientos locales o gremiales. En el norte, los derechos consuetudinarios locales, de perfil germánico, primero fueron interpretados con creciente frecuencia en sentido romanista...", pero contrariamente "... impulsada por su desconfianza del derecho romano 'imperial', la Corona francesa finalmente decidió frenar esta romanización de los derechos consuetudinarios, mediante una campaña de poner por escrito estas costumbres..."; 2) Italia en la que se encuentra "una situación semejante a la del sur de Francia, aunque todavía más favorable para el derecho romano a causa del florecimiento de los estudios jurídicos en las universidades del norte de Italia; es verdad que éstas habían atraído a muchos estudiantes extranjeros, pero, de todos modos, la mayoría de sus alumnos eran italianos, de manera que la práctica jurídica italiana se encontraba inundada con juristas que habían estudiado el derecho justinianeo..."; 3) Alemania donde no obstante los numerosos derechos feudales y gremiales que existían en diversas regiones, el emperador Maximiliano establece en 1495 el más alto tribunal del Reich con sede en Worms, que se llamó el Reichskammergericht, compuesto de 16 magistrados, de los cuales 8 siempre serían Doctores en derecho según la enseñanza iusromanista.

El estudio pormenorizado del grado de influencia de la Recepción llevaría obras enteras por realizar, como de hecho lo hacen los tratadistas que estudian el tema en particular; por esta razón termino la presente nota con la acertada observación del maestro Margadant que "desde luego, como en toda Europa occidental, hubo cierta influencia romanista en el derecho gracias a aquel canal de transmisión que fue la jurisdicción eclesiástica".

En cuanto a la filosofía del renacimiento, cabe decir que una de sus consecuencias inmediatas en el ámbito jurídico, fué la oposición que nació entre las corrientes del mos gallicus y el mos italicus (201). Los juristas pertenecientes a la primera escuela mencionada, criticaban duramente la obra de glosadores y postglosadores enunciando la falta de sentido histórico y crítico de sus obras, así como la tergiversación que hicieron de muchos comentarios del Corpus Iuris de Justiniano a efecto de contar con posibles soluciones jurídicas a problemas específicos de la Edad Media, Pero--- estos autores del mos gallicus, observaron que detrás de la obra de los glosadores y postglosadores e inclusive del mismo Corpus Iuris de Justiniano, se encontraba la verdadera fuerza, grandeza y creatividad del derecho romano hacia la época republicana y de los primeros tiempos del imperio (siglos I a.c.- II d.c.), épocas históricas a las que se tenían que remontar los estudios para entender el verdadero contenido del derecho romano (202).

---

201.- La corriente jurídica del mos gallicus nace al principio del siglo XVI y se encontraba integrada por juristas-humanistas que, según G. F. MARGADANT, Ob. cit. págs. 195 y sigs., "reprochaban a los juristas medievales, no sólo su latín poco elegante, si no también su ignorancia de la historia... y del ambiente cultural general de la antigüedad mediterránea, una ignorancia que explica su incapacidad de ver el derecho justinianeo en su contexto cultural general y como eslabón dentro de una larga cadena (histórica)...". El autor en cita menciona entre otros representantes de esta escuela a los siguientes: 1) el italiano Alciatus que es considerado el fundador de la corriente y que enseñó de 1529 a 1533 en la universidad de Bourges (precisamente el centro geográfico del mos gallicus; 2) Budaeus (1467-1540); 3) Hugo Donellus (1527-1591); 4) Francois Hotman (Hotomanus, 1524-1590); como críticos de la edición vulgata del Corpus Iuris: 5) G. Haloander (Gregor Meltzer 1504-1531); 6) Antonius Augustinus (muerto en 1586) y; 7) Dionisius Godofredus (1549-1622) que completó una edición exitosa del Corpus Iuris considerada como la nueva "vulgata"; existen otros como Francois Baudouin (Balduinus, 1520-1573) y como figura máxima de la escuela Jacques Cujas (Cuyacius 1522-1590).

202.- De esta época datan los primeros estudios históricos del derecho. Los juristas se dedican a estudiar históricamente to-



Sin embargo el esfuerzo del mos gallicus fué desfavorable a sus intenciones porque de cualquier manera la práctica tradicional de aplicar el derecho justiniano según los glosadores y comentaristas había producido el valioso efecto de que la práctica forense del derecho tuviera un camino trazado de antemano y que podía recorrerse con seguridad y que podía ser modificado en perjuicio de la seguridad jurídica que se había alcanzado -- con motivo de los estudios "históricos y filosóficos" de estos juristas (203).

#### 4.- USUS MODERNUS PANDECTARUM

¿Cuál fué la consecuencia del triunfo del mos italicus sobre el mos gallicus?, precisamente la aparición en Europa occidental del fenómeno jurídico que recibe el nombre de Usus Modernus Pandectarum que floreció principalmente en la Alemania de -- los siglos XVII y XVIII.

El UMP, por sus siglas (204), es un término jurídico que fué acuñado en la órbita jurídica alemana y que hace referencia al -

---

dos los documentos a su alcance: el Breviario de Alarico, el Código de Theodocio, La Ley de las XII Tablas, las Basílicas e inclusive el contenido jurídico de las obras de Cicerón.

203.- Con razón replicaban los juristas pertenecientes al mos italicus que de lo que se trataba era de alcanzar un derecho relativamente seguro y no "devolver a los antiguos romanos su viejo derecho". G. F. MARGADANT, Ob. cit. págs. 200 y 201 afirma además que la visión histórica del mos gallicus vino a "embrollar el derecho positivo con datos históricos, que podrían desquiciar la labor efectuada por los juristas medievales en pro de la seguridad jurídica, demostrando que alguna resolución que los Glosadores o Postglosadores habían aportado a una contradicción entre dos citas --resolución quizás generalmente aceptada-- hasta aquel momento-- fuese incompatible con la nueva visión..."

204.- G. F. MARGADANT, Ob. cit. pág. 277 expone que el --- Usus Modernus Pandectarum "significa literalmente: forma moder-

hecho de que en Europa se siguió aplicando el derecho justinianeo estudiado por glosadores y comentaristas, ampliado y a la misma vez delimitado por el derecho canónico y trasladado hasta los siglos XVII y XVIII a través del *mos italicus*, pero ahora con la finalidad de aplicarlo a los casos concretos planteados en los tribunales (205).

Como queda expuesto, de la caída del imperio romano de occidente, y de la compilación justiniana del imperio romano de oriente, (siglos V y VI de la era cristiana), al final del siglo XVIII (es decir, al prelude de los movimientos codificados y de los cambios políticos originados por la Revolución Francesa), siempre existió en Europa occidental un hilo conductor de la enseñanza del derecho romano, que transmitió las instituciones, las ideas y muchas veces el contenido de las figuras propias del derecho romano clásico hacia los textos legales y legislaciones de la Edad Media y el Renacimiento.

Con todo lo dicho queda lista la exposición para el último tema del presente capítulo, que a su vez sirve de introducción para entrar de lleno al estudio de la polémica Windsheid-Muther.

---

nizada de usar las Pandectas, en cuyo término nos servimos del nombre de la parte más importante del Corpus Iuris, Pandectas o Digesto, para designar el Corpus Iuris en su totalidad: *pars pro toto*."

205.- Atinadamente expone el maestro MARGADANT, Ob. cit. -- pág. 277 que: "El resultado de la Recepción del derecho romano ha sido una manera actualizada (por eso: *Usus modernus*) y selectiva de aprovechar el texto justiniano. Este *Usus Modernus Pandectarum* es la consecuencia del éxito práctico, forense, del *Mos Italicus* cultivado en las universidades, y una prolongación de éste; en él abundan, empero, elementos locales (a menudo de origen germánico) y elementos iuanaturalistas."

## VII.- EL MOVIMIENTO CODIFICADOR.

### 1.- CAUSAS QUE PROVOCARON LA NECESIDAD DE LA CODIFICACION.

La aplicación del Usus Modernus Pandectarum, aunque considerado como un movimiento jurídico propio de Alemania, se extendió rápidamente a diversas regiones de Europa occidental; y así se encuentra en Italia, Francia y España a juristas pertenecientes a dicha corriente (206). Esto obviamente, afianzaba todavía más la idea general sobre la existencia de el "jus commune", que venía a constituir un derecho civil de aplicación general, y que en última instancia era un derecho con gran contenido "romanista" (207).

---

206.- G.F. MARGADANT, Ob. Cit. págs. 278 y sig. menciona que no exclusivamente en Alemania se encuentra el movimiento del UMP, y hace referencia por ejemplo que en Italia se encuentra a Menochius (1532-1607); en Francia a Andreas Tiraquellus (1478-1558); en España a Diego Covarrubias y Leyva (1512-1577). Sin embargo en Alemania es el país donde florece con mayor variedad dicho movimiento jurídico y donde encontramos a los principales autores del UMP como son: Joachim Mysinger von Frundeck (Joaquín Minsingerus 1517-1588); a su contrincante Andreas Gail (1526-1587); Nicolás Vigelius (1529-1600); Hermann Vultjus (1555-1640); a Hermann Pistoris (1543-1601), Benedict Carpzow padre e hijo, Mathias Berlich en el ambiente de Sajonia; también son representantes de esta escuela Johann Schilter (1632-1705) con su obra Exercitationes ad 50 libros Pandectarum, que trata de encontrar el equilibrio entre el derecho romano y las costumbres germánicas; a Johann Brunnean (1608-1672) que realizó diversos estudios de derecho procesal penal; Samuel Stryk con su obra Usus Modernus Pandectarum; en el ambiente hanseático a David Mevius (1609-1670); en Tübinga a Wolfgang Adam Lauterbach (1619-1678); incluso a Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716); a Johann Gottlieb Heinecke (Heinecius 1681-1741) y como máxima figura de esta corriente a Christian Friedrich Glück autor de las Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, obra que ha sido comparada con la Gran Glosa de Acursio.

207.- En realidad el término "jus commune" equivalió a decir "derecho civil" y este último envolvía la idea de "derecho romano". Esta concepción la encontramos por ejemplo en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Ob. Cit. Tomo VII págs. 46 y sig. en la que el autor al título "Derecho Común" expone textualmente que: "Denominase 'Derecho común', o bien 'Derecho privado común'

Todo esto trajo consigo una especie de aversión hacia el de recho romano, la diversidad de legislaciones vigentes carentes - de todo orden y sistematización, y sobre todo a la manera arbi - traria en que se aplicaba en los tribunales.

El Iusnaturalismo se erigió entre los s. XVII y XVIII como la voz que clamaba una renovación en ese estado que guardaba el universo jurídico . Los Iusnaturalistas tenían la idea de que la razón podía encontrar la verdadera esencia de las institu<sup>o</sup> nes jurídicas, que de ninguna manera debían corresponder forzosa mente al contenido del derecho romano que se aplicaba en ese entonces, y observaban que por el contrario, el derecho romano y - más todavía el verdadero derecho romano clásico se originó por - diversas circunstancias históricas que habían influido exagerada mente en la forma en que se manifestó y que por todos esos moti vos debía desecharse de las legislaciones contemporaneas para -- evitar el vicio que acarreaban desde siglos atrás.

Con ayuda de la lógica y apreciando la naturaleza de las co sas, el jurista podía descubrir el derecho intrínsecamente válido que no estuviera sujeto al vaivén de los acontecimientos his toricamente determinados. Para ello resulta necesario echa ma no de la sistematización, situación que tarde o temprano conduci ría a la idea de la codificación.(208).

---

atributos, derechos y obligaciones, etc. ..." más adelante conti nua diciendo "luego, en la Edad Media, durante la llamada 'recep ción', se llamó ius civile a todo el Derecho Romano, fusionando su contenido con excepción del ius canonicus, pero la enseñanza se exponía el Derecho privado exclusivamente 'Ser civilista -- dice Salvat- equivalía en su época a ser romanista'..."

208.- Esta implicación de sistematizar a codificar la expo ne G.F. MARGADANT, Ob. Cit. págs. 301 y 302 de esta manera: "El iusnaturalismo busca para cada institución jurídica una clara de

Además, es bien cierto que la codificación de los derechos-  
entoces vigentes, era necesaria desde un punto de vista estricta  
mente jurídico, aún para la perspectiva del Usus Modernus Pan-  
dectarum; había sin duda argumentos de gran peso para ello, por-  
ejemplo la existencia de múltiples legislaciones vigentes dentro  
de cada país: el canónico, los derechos vernáculos, los feudales,  
los gremiales y como una especie de derecho supranacional el jus  
commune. Por otro lado, no existían todas esas legislaciones y-  
derechos dentro de un solo sistema jurídico, sino que se encon-  
traban dispersas en obras realizadas en épocas diferentes y por  
juristas que pertenecieron a corrientes o escuelas distintas; de  
esta manera, se requería enterrar de una vez por todas esa situa-  
ción caótica y establecer un nuevo orden legal.

## 2.- LA REVOLUCION

Sin embargo el verdadero tiro de gracia para el jus commune  
y de su instrumento técnico de aplicación -el Usus Modernus Pan-  
dectarum-, provino de las consecuencias del movimiento revolucio-  
nario de finales del s. XVIII, que derrumbó las estructuras econó-  
micas, políticas y jurídicas del viejo régimen feudal, y puso en  
su lugar a los nuevos sistemas capitalistas. Efectivamente, a -  
la par del jus commune, se gestaban poco a poco, las condiciones  
propias del surgimiento de los modernos Estados Europeos.

---

finición, y condensa las 'reglas' de juego de cada una en el mí-  
nimo de palabras posibles, además de las 'reglas de tráfico' en-  
tre las diversas instituciones, formando jerarquías y normas pa-  
ra casos de conflicto. Además busca un 'sistema' lógico, racio-  
nal, en el que cada norma tenga su lugar natural...Pues bien, --  
combinando la busca de definiciones y reglas concisas, con la de  
una sistemática razonable, uno se ve conducido automáticamente -  
hacia la idea de una codificación del derecho."

Desde luego la codificación se dió en diferentes tiempos - y formas (209), pero la codificación francesa, que coincide con la Revolución de ese mismo país (210), ha sido considerada como el arquetipo de dicho movimiento, por lo cual nos dedicaremos - particularmente a ello en la presente exposición.

El Estado francés moderno, como era considerado por los -- teóricos y los prácticos (211), se encontraba en contradicción- con el sistema supranacional del jus commune. Ahora, el derecho debía nacer del órgano supremo que era el único representante - de cada nación jurídicamente constituida en Estado, el poder legislativo. De ahí que de manera ficticia el poder legislativo - abrogara de una sola vez todos los anteriores derechos feudales, gremiales y el jus commune que tuviera aplicación en el territo- rio, estableciendo como único derecho vigente el que era legis- lado por el poder Estatal.

---

209.- La codificación es una evolución jurídico-histórica. Anteriormente al Código Napoleón, ya existían en Europa ordena- mientos que pueden considerarse como "codificaciones"; por ejem- plo en Francia la Ordonnance Civile de 1667 y la Ordonnance Cri- minelle de 1670; en Dinamarca existió una especie de código ge- neral llamado Danske Lov de 1683 y Noruega y posteriormente Sue- cia obtienen codificaciones similares en 1688 y 1734 respectiv- amente; en Prusia existen códigos civiles desde 1756 que evolu- cionó hasta convertirse en el Código Civil Alemán de 1896; sin- embargo el código típico, modelo de casi todos los demás que -- surgieron posteriormente en Europa es el Código Civil Francés - de 1804.

210.- Como se expone más adelante, la codificación y en es- pecial la francesa, se encontró íntimamente relacionada con los movimientos políticos, económicos y filosóficos que sustentaron la Revolución Francesa.

211.- Es decir por los llamados "contractualistas" que con- cibieron la división de los poderes del gobierno y demás pensa- dores que contribuyeron a la exposición de la idea de soberanía; tales como T. Hobbes, J. Locke, D. Hume, J.J. Rousseau y Monteg- queiu, y por los pensadores del derecho internacional como Gro- tius, Althusius, Christian Thomasius y Samuel Pufendorf.

Por estas razones el movimiento codificador no debe entenderse únicamente desde el particular punto de vista de las necesidades y tendencias jurídicas de la época, como por ejemplo -- por la influencia del Iusnaturalismo apuntado líneas atrás; sino que confluyeron elementos extrajurídicos que determinaron la conveniencia de la codificación, elementos que se encuentran representados principalmente por la caída del sistema feudal y el nacimiento del sistema capitalista. Es indudable que la Revolución Francesa de finales del s. XVIII implicó poner sobre el tapete político el problema de la codificación del derecho (212).

La idea central del movimiento codificador era que a partir de cierto momento, sería promulgado como derecho vigente un conjunto de códigos ordenados por materias jurídicas determinadas que comprendían a su vez un conjunto de normas sistematizadas para un área particular del derecho.

Así mismo se encontraban los intereses reales de la naciente -- clase burguesa, que no podía permitir la aplicación de un poder supranacional y en los territorios del nuevo Estado. Como se ve el jus commune quedaba desterrado irremediabilmente de las nuevas concepciones político--teóricas mencionadas, así como de los intereses de la clase dominante en la nueva sociedad que se planteaba establecer (Not. aut.).

212.- Es la idea central que se expone en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III pág. 108 y sig. que textualmente dice: "La codificación de los tiempos modernos y contemporáneos obedece a causas políticas e ideológicas, además de las que provienen de la necesidad de simplificar y unificar, en medio de la multiplicidad legislativa de los países continentales en la Europa -- del siglo XVIII, el derecho vigente ...El movimiento filosófico que inspiró directamente la codificación de esa época fue la escuela del Derecho natural...En el aspecto político significa la consagración de los nuevos principios jurídicos impuestos por la burguesía en defensa de sus intereses...En el aspecto puramente jurídico, la codificación francesa es el exponente de una nueva técnica legislativa respecto a la redacción de los códigos fundamentales...Evidentemente, la redacción del código civil -- franceses de 1804, significó un real progreso sobre la caótica -- legislación anterior y sirvió de ejemplo a toda la legislación europea posterior.

La promulgación de esos códigos estaría a cargo del órgano de gobierno de cada Estado cuya función estribaría precisamente en hacer leyes: el poder legislativo, que expediría leyes "razonadas" a priori y que corresponderían a los verdaderos derechos naturales del hombre y del ciudadano (213).

Sin embargo hay que observar que el derecho romano subsistió al movimiento revolucionario, ya que los nuevos legisladores abrogaron la vigencia del *jus commune*, pero no la autoridad del derecho romano, porque al codificar sus legislaciones dispusieron de una gran cantidad del derecho romano, de tal manera que sus códigos se encuentran francamente dentro de la misma corriente romanista (214).

---

213.- J.H. MERRYMAN, Ob. Cit. pág. 39 comenta el "optimismo racionalista que reinaba en aquella época de la revolución Francesa: "Se daba aceptando que la razón dominaba las acciones del hombre, que todos los obstáculos caerían ante el ejercicio adecuado del pensamiento cuidadoso de los hombres inteligentes.. Se suponía con optimismo que las leyes existentes y sus instituciones podían abrogarse y otras nuevas, derivadas racionalmente de los primeros immaculados principios, podían ser creadas en su lugar."

214.- El movimiento codificador proponía quitar toda autoridad al *jus commune*, pero paradójicamente el contenido de éste último continuó teniendo vigencia dentro de esos códigos. Al respecto expone G.F. MARGADANT, Ob. Cit. págs. 316 y 317 que :- "En estos códigos ...entraba mucho material que venía del *Ius Commune*; sobre todo lo referente a obligaciones y contratos, pero también a derechos reales y sucesiones, tiene habitualmente un marcado sabor romanista. Pero este derecho romano colocado en los códigos, ya no valía como tal o sea como derecho romano o *Ius Commune*, sino como derecho legislado...Por lo tanto, se puede afirmar que en cada país que codificara sus derechos civil y procesal civil, el derecho romano como tal terminase su existencia, y los diversos elementos romanistas que fueran absorbidos por los códigos, ahora continuasen su existencia como algo nuevo...Una especie de 'muerte y transfiguración' del derecho romano..."

Cfr. J. H. MERRYMAN, Ob. Cit. pág. 41 sintetiza esta idea diciendo que con motivo de la codificación y la revolución francesa "la autoridad (pero no el contenido) del *jus commune* fue rechazada."



### 3.- EL DERECHO PUBLICO

La codificación fué también impulsada por las ideas jurídicas de carácter público que animaban la ideología de la Revolución; antes de la Revolución Francesa de 1789 no existía en Europa lo que hoy se conoce como "derecho público", en realidad - este derecho es una consecuencia del movimiento revolucionario.

La revolución trae consigo un cambio notable en la manera de pensar del hombre europeo, que implica la destrucción del orden feudal y de las instituciones que lo alimentaban, entre ellas las ideas caóticas y contradictorias del jus commune. Ahora solo quedaban dos sujetos verdaderamente importantes, el individuo y la sociedad; que en su representación político-jurídica - asumían la forma del ciudadano y del Estado y la ligazón "contractual" entre ambos. El régimen feudal cayó y su lugar fué -- ocupado por el Estado nacionalista y su derecho (215).

Esta nueva relación pública era distinta de cualquiera que haya existido históricamente con anterioridad; con la Revolución

---

215.- J. H. MERRYMAN, Ob. cit. págs. 40 y 41 explica que - con motivo de la Revolución Francesa "Las obligaciones y relaciones feudales fueron suprimidas. Las obligaciones religiosas perdieron lo poco que les quedaba de importancia jurídica. Los tribunales eclesiásticos perdieron lo poco que les quedaba de su jurisdicción temporal. Las relaciones familiares ahora eran definidas y reglamentadas por la ley (es decir, por el estado). La autonomía de los gobiernos locales quedó abolida; las asociaciones y corporaciones fueron privadas de su facultad de reglamentación. Las tradiciones legales independientes fueron fusionadas dentro de un cuerpo de derecho nacional. El universo - jurídico, antes muy complicado, se vió simplificado de pronto: de ahora en adelante iba a ser habitado en teoría solo por el - individuo y el estado monolítico."

Francesa nace propiamente la relación jurídica pública y con ella el derecho público y sus grandes ramas constitucionales y administrativas. En adelante, la concepción jurídica procesal cambiaría-- sus puntos de vista.

La pregunta era esta ¿Dónde nace el derecho? o si se quiere-- ¿Cuáles son las fuentes del derecho? Si anteriormente existía diversidad de fuentes jurídicas, con la implantación del Estado nacionalista francés ya no habría una diversidad de fuentes sino el establecimiento de una exclusiva fuente legisladora Estatal. Esta concepción sitúa a todos los ciudadanos en una perspectiva de --- igualdad jurídica ante la ley (216) porque todo el derecho provenía del Estado y hacia el Estado se dirigía y así cuando un ciudadano sufría alguna lesión en sus derechos, se veía constreñido a acudir en justicia ante el Estado y no ante la persona que le había provocado el agravio.

En esta evolución se persive que el derecho de acción se -- propone ante el Estado y no ante el particular; el derecho de acción no es el mismo derecho subjetivo violado, sino otro que surge para instrumentar a favor del ciudadano la prohibición expresa de hacerse justicia por propia mano; porque precisamente todo el derecho deriva del Estado y éste tiene el monopolio de su --- creación y el de resolver las controversias que surjan con moti-

---

216.- Es decir, los derechos de las personas ya no derivan de las costumbres jurídicas, de los derechos feudales largamente establecidos, ni de la autoridad de los príncipes, jurisconsultos o jueces, de la conciencia jurídica de la sociedad o del jus commune; ahora todo el derecho proviene del Estado. (Not. Aut.)

vo de su aplicación.

Por tal virtud, los juristas se dedicaron a buscar el equilibrio entre el Estado y el ciudadano, finalidad que solamente podía alcanzarse a través de una revolución jurídica que implicara el establecimiento de un derecho público que determinara -- y precisara los campos de actuación de esos sujetos. La codificación del derecho vigente por el poder legislativo nacional -- era la consecuencia de esa revolución jurídica de que hablo. -- Sin embargo, no en toda Europa se recibió con agrado la idea de la codificación (217).

#### 4.- LA CODIFICACION EN ALEMANIA

En el primer cuarto del siglo XIX aparece una división entre los juristas alemanes que apoyaban o no la promulgación de un código general para su país.

Esta oposición se manifestó mediante la polémica que sostuvieron dos grandes juristas alemanes: Anton Friedrich Justus -- Thibaut que defendiendo la idea de la codificación, publicó su obra titulada "Sobre la necesidad de un Código Civil general para Alemania" donde haciendo eco de los logros alcanzados por la

---

217.- El Code Napoleón influyó en las codificaciones de Holanda, Portugal (1867), la confederación Suiza (1881), en varios Estados de Italia y luego en el código civil Italiano (1865) y en España en el código civil (1789); pero encontró gran resistencia en Alemania.

Francia Revolucionaria (218), expone las conveniencias de que Alemania adquiriera también su código civil. El otro jurista es Friedrich Carl von Savigny que replicó con profundos argumentos la obra de Thibaut en un ensayo que denominó "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho"(219)

La obra de Thibaut ha sido considerada como aquella que -- contiene los argumentos esenciales a favor de la codificación -- (220), en la que precisa el camino que debe seguirse para la -- creación de un código civil alemán, tomando como ejemplo el Co- de Napoleón que había sido el modelo para muchas legislaciones- europeas (221).

---

218.- G. F. MARGADANT, Ob. cit. pág. 325 dice que "con el gran ejemplo de la codificación napoleónica en el país vecino, muchos juristas alemanes del comienzo del siglo pasado consideraron que el momento ya había llegado para otorgar al mundo alemán una sola codificación moderna y uniforme. Entre los partidarios de esta idea encontramos a Anton Friedrich Justus Thibaut (1772 - 1840)".

219.- La compilación de esta polémica puede consultarse en el libro titulado THIBAUT-SAVIGNY, LA CODIFICACION, Ed. Aguilar Madrid España 1970, con introducción de JACQUES STERN. Este libro incluye los textos de ambas obras, así como adiciones y juicios de otros autores contemporáneos, y es el texto que consulto y al que me referiré cuando cite alguna parte de las obras de Thibaut o Savigny.

220.- JACQUES STERN, en la introducción en la obra citada en la nota anterior, pág. XX, explica que "la obra de Thibaut tiene el mérito de haber compendiado íntegramente los argumentos en favor de la unidad de la legislación ("después de la obra de Thibaut, no queda casi nada más que decir sobre su necesidad", decía un crítico en *Jenaische Allg. Ztg.*, 1814, número- 217)..."

221.- Casi desde el principio de su obra Thibaut, y a través de toda ella, insiste una y otra vez sobre la necesidad de la codificación alemana; por ejemplo en la página 11 dice textualmente que "Yo opino, ... que nuestro Derecho civil (por el que entenderé siempre aquí el Derecho privado y el penal, así como el procesal) necesita una rápida transformación y que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles más -- que cuando todos los gobiernos alemanes traten de poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares."

Pero Savigny, encabezando la "Escuela Histórica" (222), ob-  
servó que el código civil-francés en realidad contenían una ---  
gran porción de derecho romano; éste se había infiltrado a tra-  
vés de la formación jurídica de los integrantes de la comisión-  
legislativa del Code Napoléon (Portalis, Bigot de Preameneu, --  
Trevelet y Maleville) que eran todos ellos romanistas en tanto-  
que se habían educado en el viejo ambiente del jus commune del-  
que no podían escapar totalmente merced de la fuerza de la tra-  
dición romano-canonista en que Francia se encontraba sumergida-  
desde tantos siglos atrás. Si Alemania seguía el ejemplo fran-  
cés, realizando una codificación con gran contenido de derecho-  
romano inmerso en el ambiente del jus commune, todo ello sería-  
en grave y quizás irremediable perjuicio del derecho germánico-  
propio de su país (223).

Savigny razonaba de la siguiente manera: la formación del-  
derecho era un fenómeno propio de cada pueblo, aquel quedaba --  
marcado por la idiosincracia de la sociedad que constituye al-  
pueblo; por lo tanto el derecho debía considerarse como un fenó-  
meno históricamente determinado (224).

---

222.- J.H. MERRYMAN, Ob. Cit. pág. 61 explica que: "El códi-  
go francés fue admirado y copiado ampliamente y hubo una época-  
en que se propuso que Alemania siguiera el ejemplo francés. Sa-  
vigny evitó esto mediante sus persuasivos argumentos en una te-  
sis que llegó a tener tremenda influencia en Alemania en un gru-  
po de eruditos legales que pasaron a la historia como los de -  
la 'escuela histórica' ".  
223.- Parece ser que la postura de Thibaut triunfó a final  
de cuentas puesto que Alemania recibió su codificación en 1896,  
o mejor dicho, hasta 1896; poroue la polémica Thibaut-Savigny -  
tuvo lugar en el año 1814. Savigny pospuso lo codificación del  
derecho civil Alemán 82 años aproximadamente. (Not. aut)

224.- J.H. MERRYMAN. Ob. Cit. pág. 61 dice al respecto que  
la tesis básica de Savigny "era que sería un error para Alemania  
tratar de proyectar un código civil argumentando con principios  
de derecho natural laico. Según su punto de vista, el derecho-  
de un pueblo era producto determinado históricamente por el de-  
sarrollo de ese pueblo."

Por tales motivos era inconveniente intentar una codificación al estilo francés, puesto que ello representaba en última instancia aceptar la teoría del positivismo legal, en el sentido de que la única fuente inspiradora de la codificación, por no decir de la legislación, resultaba ser la "razón natural" del iusnaturalismo -- que iluminaba el criterio de los legisladores para promulgar un -- cuerpo de códigos que satisficiera íntegramente al sistema jurídico de un Estado.

Esta concepción era totalmente distinta a la evolución histórica del derecho. Así lo acreditaba los hechos; el derecho es una expresión de su pueblo y debe estar estrechamente vinculado a él -- para que cumpla su misión. La codificación, por el contrario, --- frenaría el libre desenvolvimiento del derecho y encerraría su fuerza creativa en las rígidas estructuras del formalismo legalista que proponía que el único derecho existente era el legislado (225).

Si se ponía de ejemplo al derecho romano, Savigny demostraba fácilmente su tesis; su derecho era el claro reflejo de la creatividad y de las necesidades del pueblo romano, era un derecho que -- evolucionó, como lo acreditaban los diversos estudios que al res --

---

225.- G.H. MARGADANT, Ob. Cit, págs. 325 y sig. explica que -- en la polémica Thibaut-Savigny el último tuvo la última palabra -- "con su recomendación de no encerrar el libre desarrollo del derecho alemán en la coraza de unos códigos y de volver transparente -- el derecho alemán existente mediante dogmática e investigación histórica, incluyendo en el arsenal de elementos inspiradores que es el derecho romano, para poder crear así un derecho auténticamente alemán, que haría justicia a lo que espontáneamente surgiría del -- Volksgeist."

pecto se habían realizado, y ese derecho había respondido, en las diversas etapas de su evolución, a las distintas necesidades que cada una de ellas plantearon, tomando para cada caso soluciones y formas distintas (226). Pero esto no autorizaba de ninguna manera a considerar al derecho romano como el derecho universalmente válido, situación que de hecho había sucedido porque el derecho romano de una u otra manera se había infiltrado aún dentro de la codificación francesa y eso mismo podía pasar en el caso de que Alemania se aventurara a realizar, sin un previo estudio científico, la codificación de su derecho (227).

Por lo tanto lo que debía hacerse primero, antes de iniciar cualquier codificación imaginable, era iniciar una cuidadosa investigación sobre el derecho nacional, el germánico propiamente hablando, e ir separando las instituciones que fueran verdaderamente vernáculas de las otras que se habían introducido en las diversas legislaciones alemanas con motivo de la indiscutible influencia que el derecho romano tuvo en Alemania durante la

---

226.- Savigny proponía que el derecho se producía por la conciencia jurídica del pueblo (Volksgeist) y no por las creencias arbitrarias o filosóficas del legislador, de aquí la necesidad de volver la vista y el entendimiento hacia la formación-histórica del derecho. En su obra ya citada, pág. 58 expresa claramente este punto de vista: "todo Derecho nace como derecho consuetudinario, según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador".

227.- El mismo Savigny caía en la cuenta que la codificación no implicaba la creación de un derecho nuevo, sino el reconocimiento del derecho hasta entonces vigente, que para el caso de Alemania se encontraba representado por el jus commune y el UMP. Al respecto dice, en Ob. Cit. pág. 61 lo siguiente: "El Estado debe investigar todo su sistema jurídico y fijarlo por

Edad Media y el Renacimiento (228).

Tenía que iniciarse un estudio histórico y científico del derecho alemán existente para separar lo que indubitadamente fuese derecho germánico acorde a la cultura e idiosincracia germánica, para deducir de ahí mismo las instituciones jurídicas que históricamente debían derivarse. En síntesis, los jurisconsultos de la escuela histórica alemana y de la pandectística alemana se dieron a la tarea de analizar todos los aspectos del derecho alemán, para que una vez observados científicamente, construir con ellos y pieza por pieza, el sistema jurídico alemán derivado históricamente (229).

escrito, de manera que este libro valga en lo sucesivo como fuente única del Derecho y deje de regir todo lo que hasta entonces hubiera podido estar vigente. Ante todo, cabe preguntarse de dónde de se derivaría el contenido de este código. Según una opinión expuesta más atrás, muchos afirman que este contenido debe determinarlo el Derecho racional general, sin prestar atención al Derecho existente. Pero cuantos tenían a su cargo su ejecución y quienes, por cualquier otra causa, conocían prácticamente el Derecho, se han abstenido naturalmente de esta opinión jactanciosa y completamente vacía, y se han mostrado de acuerdo en que lo que debe ser recopilado de todos modos es el Derecho vigente ..." Precisamente este derecho vigente, como se ha visto, tenía un gran contenido romanista.

228.- J.H. MERRYMAN, Ob. Cit. págs. 61 y sig. expone que: "un estudio extensivo del derecho alemán vigente y de su desarrollo histórico era un prelujo necesario para una codificación correcta. Dado que el derecho civil romano como lo interpretaron los estudiosos medievales italianos había sido recibido en Alemania algunos siglos antes, un profundo estudio histórico del derecho alemán requeriría un estudio histórico del derecho romano..."

229.- J.H. MERRYMAN, Idem; comenta que: "La tesis de Von Savigny insistió en que mediante un estudio completo del sistema legal alemán en su contexto histórico, sería posible que los juristas llegaran a reconocer en él los principios derivados históricamente que eran una parte esencial del mismo. Estas características esenciales de la ley podrían después ser estudiadas individualmente, estudiadas en relación a otros principios conexos y finalmente reestructuradas sistemáticamente. El resultado sería una reconstrucción del sistema jurídico alemán de derivación histórica de acuerdo con sus principios básicos."



Esta tendencia, de grandes consecuencias en Alemania (230), produjo innumerables trabajos históricos y científicos sobre el derecho romano; éste se estudio desde todos sus ángulos y en los más finos detalles y todo ese esfuerzo tendía hacia la misma finalidad: allanar u obstaculizar el camino de la codificación del derecho civil alemán (231). Entre esos múltiples trabajos se en cuenta uno famoso relativo a la actio romana.

230.- G.F. MARGADANT, Ob. Cit. pág. 329 explica que "Por la enorme influencia de Savigny, Alemania efectivamente postuso su codificación civil por unas tres generaciones, dedicándose entre tanto a intensos estudios jurídicos de alto nivel, en los cuales el derecho romano, en sus aspectos histórico, filológico y dogmático... jugaron un importante papel."

231.- G.F. MARGADANT, Ob. Cit. pág. 228, es de la opinión de que inclusive el mismo Savigny (que en principio se oponía a la codificación del derecho alemán) contribuyó a que Alemania obtuviera su código civil. Al respecto menciona que es "el esfuerzo de este gran inspirador y educador de los juristas alemanes de su tiempo, que contribuye decisivamente a la eliminación de sus objeciones iniciales, ya que avuda a crear los nítidos conceptos fundamentales que necesitan una codificación. Así, a sabiendas o inconscientemente, Savigny allanó el camino hacia la gran codificación de 1896."

## CAPITULO TERCERO

### LA CONCEPCION MODERNA DEL DERECHO DE ACCION

#### I.- EL PUNTO DE PARTIDA

Hasta la primera mitad del siglo XIX, se consideraba como una verdad jurídica indiscutible, la íntima relación que existía entre la acción y el derecho subjetivo material que se reclamaba a través de aquella. El problema tradicional había sido el de saber si la acción era un derecho o un medio legal.

La concepción más antigua era la de considerar a la acción como un derecho. "derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido" según la definición del jurisconsulto romano Celso que consigna el Digesto (232).

Después, en la época del Renacimiento los comentaristas de derecho romano Vinnius (233) y Heineccius (234) objetan la definición de Celso que se había trasladado hacia la Europa medieval y a sus escuelas jurídicas a través de las Institutas de Justi--

---

232.- D. 44.7.51 "La acción no es más que el derecho de -- perseguir judicialmente lo que le deben a uno. (Cels. 3 dir.)"

233.- Arnoldus Vinnius (1588-1657) autor de la escuela jurídica holandesa del siglo XVI denominada Iurisprudencia Elegans. realizó estudios sobre derecho procesal y un comentario a las -- Institutas de Justiniano. Cfr. G.H. MARGARITA, Ob. cit. pág. 255.

234.- Johann Gottlieb Heinecke (1681-1744) jurista perteneciente al UMP del siglo XVII y autor de textos de derecho romano. Cfr. G.H. MARGARITA, Idem. pág. 221.

niano (235), y Heineccius expone la idea de que la acción no es un derecho "sino un medio legítimo para reclamar en juicio los derechos que nos pertenecen(236)", definición que es considerada como el origen de la concepción de la acción como un medio jurídico.

En la primera mitad del siglo XIX se traslada esta concepción hacia Francia, a través de la oposición de los juristas Coffiniers y Blondeau (237), en la que se sigue afirmando que la acción es un medio de hacer efectivos los derechos materiales de los particulares.

En el desenvolvimiento de esta discusión, hubo un momento en que tomó otro sentido y dejando a un lado la cuestión de saber si la acción era un derecho o un medio legal, se tomó como objeto principal de nuevas discusiones el de saber si la acción debía identificarse con el derecho material que el actor reclamaba o si, por el contrario, la acción debía ser considerada como un derecho diferente al subjetivo material.

---

235.- La definición de D. 44.7.51 se reprodujo en las Institutas de Justiniano L. IV T. VI en idéntica enunciación: "la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir ante un juez lo que se nos debe."

236.- Así lo refiere JOSE ALBERTO DOS REIS, Teoría de la acción, Ed. Compañía General Editora S.A.: México, D.F. 1944 - pág. 43.

237.- JOSE ALBERTO DOS REIS, Ob. cit. pág. 44 comenta que la discusión entre Coffiniers y Blondeau tuvo su repercusión en Portugal, de donde es originario el autor en cita, explicando que "El Vizconde de Seabra, apoyándose en la doctrina de Blondeau, dividía los derechos en generadores, a los que la ley reconoce en primer lugar, y sancionadores (acciones), cuyo fin es triba en hacer valer aquéllos: Moraes Carvalho, siguiendo la huella de Coffiniers, impugnaba la existencia de los derechos "sancionadores"..."

Fué en Alemania donde se discutió largamente esta nueva -  
cuestión por dos grandes jurisconsultos: Bernhard Windscheid ---  
(238) y Theodor Muther. Su polémica en torno a la acción, es con-  
siderada como el punto de partida y posterior desenvolvimiento -  
de la moderna ciencia del derecho procesal.

Como se dijo al final del capítulo anterior, con motivo del  
movimiento codificador en Alemania, los partidarios de la escue-  
la histórica (239), en especial los seguidores de la "pandectís-  
tica", se dedicaron a estudiar pormenorizadamente el derecho roma-  
no en su desenvolvimiento histórico a efecto de aportar elementos  
positivos a la práctica judicial alemana (240) y a las investiga-  
ciones científicas y doctrinarias, cuya finalidad era la codifica-  
ción del derecho alemán.

---

238.- Según G.F. MARGADANT, Ob. Cit. pág.337 la Pandectísti-  
ca alemana culmina con este autor; al respecto dice lo siguiente-  
"Bernard Windscheid (1817-1892), alumno de Savigny, amigo de Jhe-  
ring, y sucesor de Vangerow en Heidelberg; luego tuvo el centro -  
de su actividad universitaria en Leipzig, pero al mismo tiempo fue  
prominente en la comisión para elaborar el proyecto del Código -  
Civil Alemán. Su libro de texto, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3  
vol., 1862-1870, ha sido comperado con la Gran Glosa de Acursio,  
por la forma en que el autor, tan severo en lo académico como mo-  
desto en lo personal, decide entre las controversias que habían -  
surgido entre los demás autores de aquella escuela."

239.- A la muerte de su fundador, la escuela histórica se di-  
vidió en tres corrientes: a) La del estudio del derecho germánico.  
que fue ampliamente impulsada por Jacobo Grimm y G. Beseler; b) La  
corriente de orientación historicista en la que destaca Teodoro  
Mommsen y c) La desacreditada " pandectística " que estudia también  
al derecho romano pero no con sentido histórico y crítico, sino  
para obtener una práctica judicial favorable a las condiciones -  
alemanas de la época. (Not. aut.).

240.- Por estas razones HANS REICHEL, en su obra La Ley y -  
la Sentencia, Ed. Reus S.A.; Madrid España 1921 pág. 10, explica-  
que la escuela histórica degeneró, en su modalidad de la pandectís-  
tica, en la antítesis de lo que se proponía en un principio que -  
era el libre desenvolvimiento del derecho por la ciencia. Al res-  
pecto el autor en cita comenta : "pero esta escuela fue completa-  
mente infiel a sus ideales. En vez de trabajar en pro del desen-

Entre estos autores, se encuentra Bernard Windscheid cuya obra más famosa, "Tratado de las Pandectas", sirvió precisamente de antecedente para el primer proyecto de 1888 para el Código Civil Alemán (241). Indiscutiblemente la intención de este autor, a través de los estudios que realizaba sobre el derecho romano, era el de participar en la realización de aquella codificación general tan esperada en Alemania.

Otra de las obras de Windscheid titulada "La 'actio' del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual" - no tenía, en principio, otra intención que la de contribuir al esclarecimiento de las instituciones jurídicas alemanas en confrontación con la recepción del derecho romano en el país, a efecto de conceptualizar y sistematizar los elementos que debían pasar a la codificación alemana. En este estudio le toca el turno a la "actio" romana que es comparada con su equivalente moderno - que bien podía ser el de Klager, Klagerecht o Anspruch. Efectivamente, en Alemania se utilizaba la expresión Klagerecht también, que significa "derecho de acción"; sin embargo Windscheid en su trabajo expone que el equivalente de la "actio" no era tanto este Klagerecht sino más bien el concepto denominado "Anspruch" -- que puede ser traducido al castellano como "pretensión".

volvimiento según los tiempos del derecho obtenido -en el sentido de formación de un Usus modernus del nuevo tiempo-, se sumió en estudios propios de un anticuario detallista, desenterró textos amarillentos y tuvo la inaudita pretensión de que aquellos restos fragmentarios de una civilización extraña, hace mucho tiempo enterrada debían servir de normas reguladoras de la vida jurídica alemana del s.XIX."

241.- A su vez este proyecto de 1888, una vez revisado, se convirtió en un segundo proyecto que fue base del código civil alemán aprobado en 1896 y que entró en vigor el 1 de enero de 1900. Como se ve, la participación de Windscheid en la codificación fue considerable.

En este aspecto Windscheid quería contribuir a la codificación del derecho civil alemán, explicando que la "actio" romana no equivalía al moderno concepto de "acción" (el Klagerecht alemán) sino en todo caso al concepto que él proponía como "pretensión" (Anspruch), que implicaba la idea de que la acción era un derecho que se ejercitaba contra el adversario.

Por su parte Theodor Muther replica la tesis de Windscheid en una obra que tituló "Sobre la Doctrina de la Actio Romana, - del derecho de Accionar actual, de la 'Litiscontestatio' y de la sucesión singular en las obligaciones" (242), observando que la acción, para él en su concepto de Klagerecht, era un derecho dirigido contra el Estado y no contra el adversario.

Estas tesis que analizadas profundamente no se contradicen, sino que incluso se complementan (243), tenían que producir, un avance en los estudios jurídicos existentes, una renovación en la manera de concebir el derecho de acción y la problemática pro

---

242.- Consulto esta obra de Theodor Muther, la primera que se mencionó de B. Windscheid "la actio del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual", así como la contestación del Windscheid a la réplica de Muther, en el libro titulado Polémica sobre la "Actio", Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Argentina, 1974 que incluye los tres ensayos con la magnífica introducción de Giovanni Puelliese y una presentación de Santiago Sentís Melendo. A este libro me referiré cuando cite alguna de las obras mencionadas o los comentarios del introductor.

243.- Es la conclusión de EDUARDO F. CARLOS en su obra Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Argentina 1959 págs. 261 y 262- en donde después de exponer la tesis de Windscheid comenta que: "Muther, en su trabajo... al replicar a Windscheid sigue la orientación que considera a la acción como un derecho frente al Estado (Klagerecht), para que éste preste la tutela jurídica; quedando entonces configurada la acción, como un derecho subjetivo público del ciudadano, que tiene como presupuesto un derecho subjetivo privado, con lo que su teoría, en cierto modo, interra la de Windscheid."

cesal en general; la polémica Windscheid-Muther es el punto de partida de la moderna ciencia del derecho procesal (244).

Desgraciadamente este no es el momento ni el lugar para -- ahondar el estudio sobre la histórica polémica en torno a la acción; a ello contribuye enormemente el hecho de que los autores consideran que las consecuencias de esta discusión todavía no -- han terminado y por lo tanto no existe un criterio definitivo -- sobre la naturaleza jurídica de la acción con el cual juzgar -- las tesis de Windscheid y Muther (245).

No obstante lo anterior, la polémica entre esos juristas -- sirvió para que la doctrina del derecho procesal observara ciertas circunstancias particulares relativas a la problemática de -- la acción, que a su vez ayudaron a levantar las modernas concepciones sobre la naturaleza jurídica de la acción. Estas observaciones, producto de la polémica Windscheid-Muther, son entre -- otras, las siguientes:

---

244.- Así lo comenta J. ALBERTO DOS REIS, Ob. cit. pág. 45: "Puede decirse, en rigor, que esta controversia representa el punto de partida de las doctrinas modernas sobre el proceso, ya que dió oportunidad a que se ampliases los horizontes y se fijaran las bases de los nuevos estudios sobre derecho procesal."

245.- Sería un esfuerzo que sobrepasaría los límites del presente trabajo de tesis (que tiene por objeto exponer generalmente el desenvolvimiento histórico del concepto de acción), estudiar con más detalle las tesis y objeciones que Windscheid y Muther propusieron respectivamente. Su polémica implica diversos problemas y distintos puntos de vista; sus obras pueden ser estudiadas por el Derecho Romano, el Derecho Civil, el Derecho-Procesal Civil y aún por la Ciencia del Derecho en general.

Por otro lado, en virtud de que todavía no se concluye definitivamente el tema sobre la naturaleza jurídica de la acción, sería fútil tratar de lanzar algún juicio sobre el predominio de una tesis sobre otra. Lo único cierto que puede decirse hasta el momento es que ésta polémica revolucionó los puntos de vista sobre el derecho de acción. En este sentido afirma EUGLISS-

a).- La advertencia de que pudiera existir una divergencia entre lo que los romanos consideraban "actio" y lo que los juristas alemanes entendían por acción, es decir "Klagerecht" (246), ya que hasta entonces había dominado por siglos enteros y sin objeción alguna, la definición de Celso apuntada en Digesto 44.7.51: "jus persecuendi quod sibi debetur".

b).- En segundo lugar, la observación de que en las fuentes romanas se reconocía la "actio" incluso a quienes todavía no sufrían ninguna violación; en tanto que los autores modernos, entre los que se cuenta a Savigny, entendían que debía existir alguna violación al derecho material, como presupuesto esencial para el nacimiento de la acción (247).

---

Ob, cit, párr. XX que cabe hablar sobre el significado de las --- obras de Windscheid y Muther para la evolución del derecho procesal, pero no sobre su valor intrínseco, puesto que no falta quien diga incluso que el resultado de esa polémica fué el estado caótico en que degeneró la búsqueda de la naturaleza jurídica de la acción. El autor en cita expone textualmente lo siguiente: "Pero aquí no se quiere hacer una búsqueda -después de todo, muy arbitraria- de responsabilidades o, viceversa, de méritos, pareciendo suficiente, a este respecto, haber puesto en claro el cambio de dirección que los escritos de Windscheid y de Muther determinaron en los estudios de derecho romano y de derecho vigente. Y tampoco se pretende determinar el valor intrínseco de las tesis por ellos sostenidas, como si se contase hoy con una verdad definitiva capaz de servir de metro para semejante juicio. El examen crítico al que se piensa someter algunas de tales tesis, mira únicamente a hacer comprender mejor su significado, a establecer mejor su más exacta posición doctrinal mediante la confrontación con otros puntos de vista, no a pronunciar un absurdo veredicto de condena o de absolución."

246.- Explica EDUARDO E. PARTOS, Ob. cit. pág. 261 el origen de este concepto: "... entre los germanos, también se usaba la expresión Klagerecht (derecho a demandar, de querrela o petición al juez) cuyo origen se ha encontrado en la época medieval."

247.- Esta es precisamente el concepto que expone Savigny - en su Sistema de derecho romano actual, Ed. Congora y Cía. Editores Madrid España 1912, Tomo IV pág. 8: "cuando examinamos un derecho bajo la relación especial de su violación, nos aparece en un estado nuevo, el estado de defensa; y así la violación, de -- igual manera que las instituciones establecidas para combatirla.



c).- Otra diferencia consistía, en que no había existido duda respecto del sujeto pasivo de la "actio". Hasta entonces se había considerado como sujeto pasivo de la acción, a la persona del adversario, cuya relación frente del actor se entendía como la obligación que tenía de reparar la lesión que había cometido en perjuicio del actor (248).

d).- Además, entre los juristas de la época, no producía gran confusión o discrepancia el problema de la "actio" y su relación con el derecho subjetivo sustancial. La única diferencia consistía entre quienes concebían a la acción, como un derecho nuevo surgido de la violación al derecho material o de fondo, como en la tesis de Savigny; y quienes consideraban la acción como elemento anexo o accesorio al derecho sustancial, como en el caso de las doctrinas de Puchta o Böcking (249).

e).- Un cambio notable en la forma en que se entendía la relación derecho -acción. Según los estudios realizados por Windscheid, en el derecho romano la acción daba nacimiento al derecho material, fenómeno que los juristas contemporáneos consideraban -

---

reobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo. Ahora bien, al conjunto de modificaciones en el derecho operadas por -- aquella causa, lo designo con el nombre de derecho de acciones."

248.- G. PUGLIESE, Ob. Cit. pág. XII: "Tampoco se tenían dudas en torno al sujeto pasivo de la actio. Cuando no se descuidaba del todo este aspecto de la cuestión, se consideraba obvio, -- identificar el sujeto pasivo con la persona del adversario, cuyo vínculo frente al actor se concebía como la obligación de reparar la lesión. Solamente Hasse se separó de estas ideas traslaticias, sosteniendo la tesis --que por el momento nadie siguió-- de que el sujeto pasivo de la actio era el Estado".

249.- Cfr. G. PUGLIESE, Ob. Cit. págs. XII y sig.

sucedía a la inversa, es decir que el derecho producía la acción- (250).

El resultado fue que naciera una nueva brecha entre las concepciones sobre la naturaleza jurídica de la acción:

1.- La de la acción como el mismo derecho subjetivo que el actor afirma tener y que ha sido amenazado o violado por el demandado (251). Esta es la concepción más antigua que recibe los nombres de "tradicional", "civilista" y que presenta modalidades que la conciben como un elemento, atributo o aspecto del propio derecho subjetivo material, hasta las teorías que afirman que la acción es un derecho accesorio, de segundo grado o de segunda potencia que nace con la violación del derecho subjetivo.

---

250.- Como se verá más adelante, al estudiar las teorías modernas sobre la naturaleza jurídica de la acción, esta diferencia fue utilizada para sostener concepciones particulares por ejemplo el Rechtschuizanspruch de Wach. Parece que Windscheid no afirmó expresamente que la acción producía el derecho, sino que la acción ocupaba el lugar del derecho, de ahí la concepción del derecho romano como un "sistema de acciones". WINDSCHEID. Ob. Cit. pág. 8, dice lo siguiente: "Para la conciencia jurídica actual viene primero el derecho, la acción después; el derecho es lo generador, la acción lo generado. El derecho asigna a cada individuo la esfera de señorío en la cual su voluntad es ley para los demás; si dentro de esa esfera el individuo no es reconocido, puede presentarse su queja, su reclamación, al Estado, custodio del derecho, y éste le ayuda a obtener lo que es suyo. El ordenamiento jurídico es el ordenamiento de los derechos. Lejos estoy de sostener que esa concepción fuera desconocida a los romanos. Pero en Roma se abría paso también otra concepción, para colocarse al lado o aún delante de ella. En esta concepción, la acción pasaba a ocupar el lugar del derecho. El ordenamiento jurídico no dice al individuo: tienes tal y tal derecho, sino: tienes tal y tal acción".

251.- Esta concepción es defendida, entre otros, por los siguientes autores: KROLL en su Klase nach deutschen Recht, WAETHGER en su Pandekten, COVIELLO en su Manuale di diritto civile, P. -- CUCHE en el Manuel de procédure civile, JOSE TAVARES en Os principios fundamentais do direito civil. Cfr. J. L. DO REIS, Ob. cit. - pág. 45, Not. 1.

2.- La de la acción como un derecho diferente al derecho material que se reclama en juicio; así la acción es considerada como un derecho autónomo e independiente del derecho subjetivo material y por lo tanto el derecho de acción adquiere un sentido procesal o técnico.

Esta última concepción es la que interesa particularmente para el desarrollo de los restantes temas del presente capítulo. La principal consecuencia de la discusión Windscheid-Muther es que adelante los autores se ven influenciados de una u otra manera por la idea de que la acción puede estar desvinculada del derecho subjetivo material de fondo que se discute en juicio.

Indiscutiblemente, la concepción de que la acción es el mismo derecho subjetivo material que entra en función o en actividad con motivo de la lesión que sufre aquel, aún en nuestros días es adoptada y defendida por juristas contemporáneos; pero no cabe duda -- de que esta concepción paulatinamente es abandonada a tal grado -- que desde el punto de vista doctrinal de los más grandes tratadistas de derecho procesal, se parte siempre del supuesto de que la acción es un derecho distinto del material que se reclama en juicio.

Por estos motivos, dedico el siguiente espacio a las teorías de: 1) La acción como un derecho concreto a tutela jurídica; 2) La acción como un derecho potestativo; 3) La acción como un derecho abstracto; y 4) La teoría de la pretensión procesal.

En realidad, desde el nacimiento de la moderna teoría del derecho procesal civil, cada autor propone su particular punto de vista del problema y lanza su definición de acción (252); sin embargo las teorías esbozadas anteriormente son las que exponen de una manera general, y sin perjuicio de las diferencias entre posturas de los autores agrupados bajo cada una de ellas, el desenvolvimiento del problema relativo a la naturaleza jurídica de la acción y sus aportaciones a la moderna teoría del proceso jurisdiccional.

---

252.- EDUARDO PALLARES en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, S.A., México, 1984, págs. 28 y 29 enuncia más de quince definiciones distintas sobre la acción: "El jurisperito Celso la definió como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido... Manreza define la acción como el medio que concede la ley para ejercitar en juicio el derecho que nos compete... Chiovenda: "El poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley." Köhler: "La facultad que está comprendida en el derecho a la integridad de la propia personalidad, de dar vida a la demanda judicial." Hugo Rocco: "El derecho de acción es un derecho subjetivo del individuo contra el Estado, y sólo para con el Estado, que tiene como contenido sustancial el interés abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma jurídica aplicable en el caso concreto, puede oponer a la realización de los intereses privados." Carnelutti: "La acción es un derecho público subjetivo que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio." También la define como "un derecho público subjetivo del procedimiento judicial en general; pero no a la sentencia justa". Pescatore: "La acción es la garantía judicial o sea la facultad de pedir a los tribunales el reconocimiento o la ejecución de un derecho." Mattiolo: "El derecho de acudir al juicio para obtener el reconocimiento de un derecho violado o desconocido." Sostiene que la acción es un derecho en la segunda potencia. Ortolán: "El derecho mismo en ejercicio y la manera de hacerlo valer ante los tribunales." Glassón: "El derecho reconocido a toda persona de reclamar en justicia lo que le pertenece o lo que le es debido." Hasse: "La acción es el derecho de pedir que la voluntad del Estado mediante un órgano suyo, declare y actúe sobre un derecho que nos pertenece." Muther: Considera que la acción es un derecho subjetivo público que corresponde al particular contra el Estado para que le conceda la tutela jurídica a que cree tener derecho por medio de una sentencia favorable. Según Bulow: "El derecho a obtener una sentencia justa, en que consiste la acción, sólo

## II.- LA ACCION COMO UN DERECHO CONCRETO A TUTELA JURIDICA.

Esta teoría se opone a la concepción que entendía que la acción era un derecho abstracto que pertenecía a cualquier persona jurídica.

De la polémica Windscheid-Muther y de la definición del último de que la acción es un derecho subjetivo público contra el Estado para que le conceda la tutela jurídica a través de una sentencia favorable. Oscar Bülow expone su idea de que la acción no es un derecho a una sentencia favorable, sino simplemente que es un derecho a una sentencia justa. En la concepción de Bülow, que también reconoce como Muther que la acción se dirige contra el Estado, se encuentra ya terminada la construcción del pensamiento de la acción como un derecho subjetivo, público y abstracto. Porque la sentencia que es la finalidad del juicio, se encuentra considerada como una sentencia justa, en el sentido de que en muchas ocasiones no se resuelve favorablemente al actor; pero siempre, con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional, se resuelve la controversia a través del pronunciamiento de la sentencia.

---

lo nace con la demanda." Mortara: "Es el derecho de provocar el ejercicio de la autoridad jurisdiccional." Menéndez Pidal: "Es el derecho público potestativo en virtud del cual la persona puede dirigirse a los tribunales de justicia para obtener una decisión jurisdiccional, que implique, generalmente respecto de otra persona, constitución, declaración o condena sobre relaciones jurídicas." Gussó sostiene que el concepto de acción debe ser sustituido por el de pretensión, que define... "como una declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración."...

La consecuencia del pensamiento de Bülow es que la acción puede promoverse sin tener un derecho subjetivo material que reclamar, es decir que la acción se constituye en un derecho subjetivo al que no corresponde ningún contenido determinado y por lo tanto viene a desenvocar en una simple facultad o posibilidad de obrar (253).

Esta observación influyó para que se abandonara el camino trazado por Bülow hacia la concepción de la acción como un derecho abstracto y determinó la orientación de los estudios de los juristas alemanes para buscar alternativas a este problema, en las que el derecho material tuviera mejor cabida (254).

La fuerte tradición privatista que consideraba a la acción como un derecho frente al adversario, era demasiado palpable en los pensamientos de los tratadistas alemanes y así nace la teoría de la Rechtsschutzanspruch.

---

253.- Sobre este respecto ALFREDO ROCCO en La Sentencia Civil, Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1985 párr. 130 comenta: "Contra esta concepción del derecho de acción como un derecho correspondiente a todo sujeto de derechos como tal, y, por consiguiente, también anteriormente a la demanda judicial -- (el llamado derecho abstracto de obrar) se ha opuesto que antes de la demanda no existe un derecho de proceder, sino una mera posibilidad de acción. Esto es, se ha añadido, una facultad inherente a la personalidad, y no un verdadero y propio derecho subjetivo, puesto que al par que todas las facultades comprendidas en el derecho de personalidad carece de la determinación necesaria..."

254.- Así lo observa A. ROCCO en Ob. cit. párr. 130, not. 3: "Estas graves objeciones a la teoría del derecho abstracto de proceder (netamente formuladas desde 1879 por Derenkoltz y Flósz) desviaron la doctrina alemana de una construcción publicista a la cual la obra de Bülow la había preparado... y la llamaron a una concepción en que la acción era más estrictamente conexa con el derecho material."

Adolfo Wach, principal expositor de esta teoría (255), afirma que el juicio no tiene por objeto crear derechos, sino únicamente aplicar la ley. Recuérdese que uno de los principales puntos de discusión en la polémica Windscheid-Muther consistía en - que según el primero, la "actio" romana originaba el derecho; por ejemplo la fórmula otorgada por el pretor, que al mismo tiempo - se confundía con la acción, tenía por objeto organizar el juicio, es decir la instancia ante el iudex que recibía las pruebas y - pronunciaba la sentencia. En cierto sentido la "actio" era el - derecho que se tenía al juicio, "el derecho a perseguir en juicio"; de aquí que no fuera nada extraño que muchos derechos materiales hayan nacido por la vía judicial, por el derecho de los jueces - otorgados particularmente en los casos concretos.

Para la época de la revolución Francesa que implica el nacimiento del Estado nacionalista moderno, se tuvo como principio jurídico dogmático la separación de los poderes del gobierno propuesta por Montesquieu, que en última instancia proponía el monopolio de la creación de la ley por parte del Legislativo y como consecuencia natural de ello la imposibilidad de que el poder judicial creara leyes.

---

255.- E. B. CARLOS, Ob. cit. pág. 263 dice textualmente: "Entre los que se orientan y consideran la acción como un derecho - autónomo y concreto a la tutela jurídica ha de mencionarse a Wach, el que ha expresado su pensamiento en una obra de derecho -- procesal (Handbuch, 1885) y en un ensayo titulado: "La acción de declaración" (Feststellungsanspruch, 1888). Para éste la acción - se dirige a obtener la tutela jurídica que el Estado debe otorgar y que ha de soportar el demandado, derecho público, independiente del derecho subjetivo privado que constituye la pretensión -- frente al adversario. "

Wach, siguiendo esta orientación, sostiene que el juicio no puede tener por finalidad crear derechos (256), si se quiere decir, siguiendo la observación apuntada: que la acción no puede tener el efecto de crear derechos. En la concepción de Wach si la acción no produce un derecho como en la "actio" romana, sino que esta dirigida a la aplicación de la ley promulgada por el legislador, entonces la acción tiene que ser un derecho concreto a la tutela jurídica del Estado, a través de una sentencia favorable al actor que promovió la acción.

Así la teoría de la Rechtschutzanspruch propone que la acción no es un derecho que pertenezca a cualquier persona, porque requiere que la persona que la ejercite posea ciertos elementos de carácter sustancial y procesal (257). Por lo tanto la acción es un derecho concreto a la tutela jurídica por parte del órgano

---

256.- ADOLFO WACH, Manual de Derecho Procesal Civil Tomo I, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Argentina - 1977. Me permitió transcribir las partes del texto de la obra de Wach donde medularmente expone este pensamiento: En la pág.24 dice: "El Proceso es ordenamiento de la tutela jurídica. Su misión no es crear derecho objetivo, sino satisfacer las exigencias del derecho. La sentencia no es sino la aplicación de la ley ..." - más adelante en la pág. 27 refiere que "El proceso no tiene por finalidad crear derechos (derecho objetivo), sino tutelar el derecho. El derecho objetivo solo puede probar su eficacia cuando se lo aplican a una relación concreta de la vida ..." por eso - (digo Yo) concluye diciendo en la pág.48 "objeto de proceso: la relación jusprivadística como objeto de la pretensión de tutela jurídica que tiene por contenido la sentencia favorable a la parte..." es decir el derecho concreto a la tutela jurídica .

257.- Requisitos que la doctrina procesal a denominado con los nombres de "condiciones de la acción" y "presupuestos procesales", y que dan lugar a una sentencia favorable a la acción in terpuesta por el actor (Not. autor).



jurisdiccional del Estado (258).

Esta teoría de la Rechtschutzanspruch ampliamente defendida en Alemania por Wach, Stein, Holder, Gierke, Hellwig y en Italia - por Fadda, Simoncelli y Menestrina; a su vez provocó una dura - crítica de sus principios por parte de autores como Köhler, los - hermanos Rocco y Chiovenda.

La objeción principal a esta teoría es la siguiente: como - el derecho concreto a tutela jurídica (o lo que es lo mismo, el - derecho a una sentencia favorable) requiere de ciertos requisi - tos, resulta que solo tiene acción aquella persona que también - reúne las condiciones de la acción y los presupuestos procesales.

Sin embargo se dan infinidad de casos en que los juicios -- concluyen con sentencia absolutoria, lo que implica una sentencia desfavorable a quien promovió el juicio. De esto se desprende - que en esos casos la acción se promovió por quién no reunía las - condiciones de la acción o los presupuestos procesales y a final de cuentas no existió acción porque no se realizó la tutela jurídica del Estado y sin embargo existió indudablemente un proceso - en todas sus fases, desde la demanda hasta la sentencia, sin que el actor tuviera, según la concepción de Rechtschutzanspruch, -- "acción alguna" que intentar.

---

258.- Como diría JOSE ALBERTO DOC REIS, Ob. cit. págs. 75 y 76: "Un derecho subjetivo público, perteneciente al titular de - un derecho material, y que tiene como contenido la obligación de la tutela jurídica por parte del Estado mediante una sentencia - favorable."

Se observa que la tutela jurídica surge al final del juicio y por lo tanto cabe preguntar qué derecho sirvió para la tramitación de todo el proceso; y ante este interrogante únicamente quedan dos alternativas: que fué el mismo derecho material que se reclamaba en el juicio, lo que identificaría a la acción con el mismo defecho material; o bien que era el derecho abstracto de accionar que la teoría de la Rechtschutzanspruch tanto combatía (259).

Con todo esto se demuestra el hecho indiscutible de que el actor puede iniciar la tramitación de un juicio tenga o no los requisitos sustanciales y procesales que exige la teoría de la Rechtschutzanspruch; en el caso de que efectivamente el actor -- tenga a su favor dichos requisitos, entonces el Estado realizará la tutela jurídica del derecho concreto a través de una sentencia favorable a sus intereses; pero en el supuesto de que no cuente con esos requisitos quedará sin explicación el hecho de que muchas veces se ejercita la acción aún cuando no se obtiene una -- sentencia favorable

---

259.- ALFREDO ROCCO, Ob. cit. págs. 139 y sigs. esgrime esta observación en contra de la teoría de la Rechtschutzanspruch: "Sólo en este momento, esto es, cuando el procedimiento está acabado, surge el derecho, o para el actor, de ver admitida su demanda, o para el demandado de verla rechazada. El derecho a una determinada sentencia surgiría, pues, como observa bien Chioven-da, en un momento que el titular no puede conocer; y añadámoslo a nosotros: cuando es conocido ya ha sido satisfecho. Lo que significa que no existe nunca como derecho. Y entonces, ¿qué queda del derecho a la tutela jurídica? ¿Qué derecho se hace valer durante el procedimiento?... y a esta pregunta contesta ALBERTO DOS REIS, Ob. cit. pág. 77 que ese derecho es: "...O es el derecho abstracto de accionar, o el propio derecho material que se pretende definir; en el primer caso, la teoría se confunde con el concepto de la acción con un derecho abstracto, en el segundo, penetra en los dominios de quienes ven en la acción un elemento, un aspecto o una función del derecho subjetivo material."

### III.- LA ACCION COMO UN DERECHO POTESTATIVO

Esta teoría parte del supuesto de la existencia y validez del concepto "derecho potestativo" que según los autores (260)- es aquel al que no le corresponde ninguna obligación y cuyo contenido se resuelve en una modificación al estado jurídico existente como efecto de la voluntad particular de su titular. Esto quiere decir, que el derecho potestativo implica una facultad o poder de modificar las relaciones jurídicas, sin que la persona que deba soportar ese cambio se encuentre obligado a realizar alguna conducta, pero al mismo tiempo sin que pueda hacer algo para evitar esos efectos producidos por el ejercicio del derecho potestativo.

Los principales exponentes de esta teoría son Weismann en Alemania y Chiovenda en Italia, juristas que consideran que la-

---

260.- CHIOVENDA en sus Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ed. Reus S.A. Madrid, España 1922, págs. 47 y sigs. expone la parte medular de esta teoría. En el tema "CATEGORIAS DE DERECHO" estudia lo relativo a la vieja división romana de derechos personales y reales y después en la página 54 dice: "En la mayor parte de los casos... la voluntad de la ley manifiéstase con la imposición de deberes positivos o negativos a los sujetos jurídicos; pero no todas las relaciones de derecho presentan aquí de una parte derechos y deberes de la otra. En muchos casos la ley concede a alguno el poder de influir con la manifestación de su voluntad en la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste: a) haciendo cesar un preexistente estado de derecho b) o produciendo un nuevo efecto jurídico.." Después de que el autor en cita expone una serie de ejemplos, entre los mil que se pueden encontrar, v.gr. la facultad de impugnar, rescindir o revocar un contrato o un mandato, la facultad de pedir la división de la cosa común, etc, continua su exposición diciendo: "Estas facultades son diferentes entre sí, ya sea por las condiciones a que se hayan subordinados, ya porque algunas se ejercen mediante una simple declaración de voluntad y otras con la necesaria intervención del juez... Pero todas tienen de común la tendencia a producir un efecto jurídico-

acción, por los particulares efectos que produce en juicio y en contra del adversario, es precisamente un derecho potestativo - porque consiste "en el poder jurídico de poner en movimiento -- las condiciones necesarias para la realización del derecho objetivo"(261) .

La explicación de esta afirmación es la siguiente:

a) Cuando se interpone la acción, el actor hace uso de un poder jurídico dirigido a producir un efecto sobre la persona - del demandado, efecto que se manifiesta en el estado de sujeción del adversario a la sentencia que declare el derecho objetivo - aplicable al caso concreto.

b) El actor no puede exigir del demandado ninguna actitud-particular, no existe vínculo obligacional entre las partes: ni el actor puede exigirle nada al demandado, ni éste último se encuentra obligado a realizar una conducta a favor de aquel.

---

en favor de un sujeto y a cargo de otro, el cual no debe hacer nada ni siquiera, para librarse de aquel efecto, permaneciendo-sujeto a su actuación." concluye afirmando en la página 56 que: "Para estos derechos que se extinguen en un poder jurídico, y - que por esto se oponen tanto a los derechos reales como los personales, hemos propuesto el nombre de derechos potestativos." - Chiovenda explica que esta categoría de derechos ya había sido estudiada en Alemania por autores como Hasse bajo el concepto de Rechte des reitlichen Könnens (derechos del poder jurídico).

261.- GIUSEPPE CHIOVENDA, Ob. cit. págs. 57 y sigs. explica esta afirmación: "Entre estos derechos potestativos encuéntrase la acción..." (pág. 60) que es "... el poder jurídico de dar vida a la condición necesaria para la actuación de la voluntad de la ley" (porque el fin principal de la obligación es la ejecución de la ley; ejecución que puede ser voluntaria si el - obligado se conforma su conducta con el contenido del precepto, sino la actuación del derecho se realiza por los órganos del Estado de oficio o a petición de parte, como en el caso de la acción cuyo ejercicio que depende de la voluntad de un particular: -según el pensamiento de este autor-); por lo cual afirma en la página 61 de la obra citada que "La acción es un poder que corresponde frente al adversario del que se produce el efecto ju-

c) Efectivamente, frente al poder ejercitado por el actor, - el demandado no tiene que satisfacer ninguna prestación sino que simplemente queda sujeto a sufrir el ejercicio de la acción.

Estas características apuntadas, persuaden el criterio de -- los autores Italianos para que consideren la acción como un derecho potestativo (262).

Ahora bien, el problema de los autores que sostienen esta -- concepción consiste en que deben demostrar la verdadera eficacia de la teoría del derecho potestativo, sobre todo, desde el punto de vista de la ciencia del derecho en general. Una vez hecha esta comprobación (263) se comprenderá que es insostenible esta -- teoría, cuyo fundamento es profundamente revatido en virtud de -- que la ciencia jurídica no puede permitir el supuesto de que existan derechos a los que no les corresponda ninguna obligación. -

Fiducio en la actuación de la ley. El adversario no está obligado a nada antes este poder; solamente está sujeto a él, la acción desaparece con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirlo, ni para satisfacerla." Esta concepción la reproduce Chiovenda en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil Tomo I Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1954 pág. 26- que dice: "La acción es, por lo tanto, el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. - La cual definición, bien vista, coincide con aquella de las fuentes:...(Inst., IV, 6, pr.); donde está clarísima la contraposición entre el derecho a lo que nos es debido, y el derecho de conseguir el bien que nos es debido mediante el juicio..." Chiovenda parte del supuesto de que el derecho de acción no se identifica con el derecho material o de fondo.

262.- J.A. DOS REIS, Ob. cit. pág. 62 comenta: "Concurren, - pues, en la acción todas las características del derecho potestativo. La acción es un poder destinado a producir un efecto jurídico sobre la persona del adversario, que tiene que sufrirlo, pe ro sin estar obligado a ninguna prestación o servicio."

263.- J.A. DOS REIS, Ob. cit. pág. 63 expone los argumentos que impiden conceder validez a la teoría del derecho potestativo: "Admítase hoy como un postulado que a todo derecho subjetivo debe corresponder una obligación. Y en verdad, ya se concebía el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, o co-

Además, muchas de las facultades que estos autores consideren como ejemplo de derechos potestativos, son meras manifestaciones de la capacidad jurídica o simples poderes legales, como por ejemplo la facultad de adquirir la propiedad por ocupación, la de aceptar o renunciar la herencia, adquirir la comunidad de un muro, constituir o hacer cesar una servidumbre; y otras veces esos derechos potestativos son en realidad verdaderos derechos subjetivos a los que sí corresponden determinadas obligaciones.

Parece ser que en la teoría del derecho potestativo se encuentran reminiscencias de las tradicionales teorías privatistas de la acción. Durante mucho tiempo la acción se entendía como un derecho que se ejercitaba ante el adversario, es decir, que se consideraba que entre el actor y el demandado existía una especie de vínculo contractual (264) que los unía a través de todo el juicio y que producía la obligación del demandado a estar y pasar por la sentencia que recaía en su persona y que era el resultado final del ejercicio de la acción.

Chiovenda no puede dejar a un lado, no obstante su magnífica capacidad jurídica y sus perdurables aportaciones al derecho procesal, la influencia de esta concepción. En su doctrina la acción

no un poder o señorío de la voluntad, siempre será cierto que supone de parte de otro individuo la obligación de observar una determinada conducta -aquella que resulte adecuada a determinada conducta- aquella que resulte adecuada a dar satisfacción al interés o a asegurar el predominio de la voluntad del derechohabiente".

264.- Este vínculo contractual en juicio, se trasladó del derecho romano clásico a las instituciones jurídicas medievales y renacentistas a través de la institución de la litis contestatoria ampliamente estudiada en el primer capítulo de este trabajo -- (Not. aut).

más que estar dirigida al órgano jurisdiccional, es un derecho-- que produce sus efectos ante el adversario (265); esto, porque-- el ejercicio del actor a través de su manifestación de voluntad-- en la forma legal establecida, sujeta aún sin quererlo, a que el demandado sufra los efectos de la sentencia. La acción como un-- derecho potestativo, implica afirmar que la relación procesal se constituye entre el actor y el demandado y que por otra parte es imposible que surjan relaciones públicas entre el particular y -- el Estado (266).

Pero todo indica que la acción si produce una relación de -- caracter pública. Efectivamente, como se dijo ya, en el siglo -- XVIII nace la rama jurídica bautizada con el nombre de "Derecho-- Público"; ahora es el Estado el que se encarga de expedir las ley-- es y administrar justicia, prohibiendo expresamente a los parti-- culares que la hagan por propia mano. Estos son los elementos de una fórmula que aparecen indisolublemente ligados entre sí: la -- prohibición de la autotutela y la prestación de la función pacifi-- cadora monopolizada por el poder público; y por lo tanto el surgi-- miento de una relación jurídica que por las mismas razones aparece como necesaria; de un lado el poder jurisdiccional del Estado y -- del otro extremo, el poder atribuido al particular para que pueda solicitar la prestación de esa función.

---

265.- Así lo reconoce el mismo Chiovenda en Principios...-- pág. 69 cuando menciona que la teoría de Wach influyó su pensa-- miento, pero "... aceptando la nuestra la parte sustancial, al -- fundamentar (Wach) la esencia de la acción en la pretendida rela-- ción jurídica contra el Estado, la teoría de Wach es mas conforme con la tradición germánica que con la latina...que tradicionalmen-- te considera a la acción como un derecho contra el demandado."

266.- J.A. DOS REIS Ob. Cit. pág. 84 comenta que Chiovenda:-- "...Deja que pese sobre él la influencia de la tradición latina,--

Por esto, el orden legal debe proporcionar el acceso del ciudadano a la maquinaria jurisdiccional; esta posibilidad de hacer funcionar dicho aparato, no puede ser considerada sino como el -- auténtico ejercicio de un derecho, que es precisamente el de ---- acción y por lo tanto a éste poder corresponde la obligación o de ber jurisdiccional (267).

Pero Chiovenda, al sostener su teoría, no se deja convencer tan fácilmente con estos argumentos, y expone, por su parte, que es un contrasentido considerar la acción como un derecho contra -- el Estado, porque ello supondría la existencia de un conflicto -- entre el ciudadano y el poder público (268), cosa muy diferente a lo que sucede, ya que la función jurisdiccional persigue como finalidad la de otorgar razón a la parte que la tiene, aplicando el derecho objetivo al caso concreto (269).

que ve en la acción no un poder dirigido contra el demandado; de ahí la afirmación de que la acción es un derecho contra el adversario, al que no corresponde una obligación y que se agota en una pura facultad. "

267.- J.A. DOS REIS Ob. Cit. págs 85 y 86 expone esta idea: -- "Parece, pues, que derecho de acción y deber de jurisdicción son términos correlativos y constituyen los dos aspectos, activo y pasivo, de la relación procesal. Al derecho de acción particular-- corresponde la obligación del Estado de ejercer su actividad juris diccional para la declaración o realización del derecho, lo que-- autoriza a concluir que la acción es un derecho contra el Estado-- representado por los órganos jurisdiccionales."

268.- CHIOVENDA, Principios... pág 70; cuando estudia si la -- acción se dirige contra el Estado o contra el demandado, manifiesta que "...la tradición latina vió en la acción especialmente la dirección contra el adversario e hizo de ella, como nosotros hacemos, un derecho privado cuanto privado es también el interés; la tradición germánica puso sin duda la atención preferentemente en la relación hacia el Estado, como resulta del nombre Klagerecht-- (derecho de queja). Pero puede ponerse en duda que exista un derecho a la tutela jurídica contra el Estado, lo cual supondría un conflicto de intereses entre el Estado y el ciudadano..."

269.- F. Carnelutti, citado por J.A. DOS REIS Ob. Cit. pág.- 87 comenta que la postura de Chiovenda es imprecisa porque los --



Pero Chiovenda afirma que no hay obligación del aparato jurisdiccional para con el actor, sino en todo caso, una relación de deber entre los funcionarios del órgano judicial y el Estado, mismo que consiste en desempeñar correctamente el cargo conferido; además de que la obligación entre el juez y el poder público solamente surge cuando se produce un acto condición, que es la voluntad de la parte que se manifiesta a través de la demanda que cumpla con los requisitos previstos en la ley; por lo tanto, el ejercicio de la acción es el factor que origina el deber del funcionario judicial y así la petición del actor no es un derecho a los actos del servidor judicial, sino sólo a sus efectos, y como éstos se producen sobre la persona del demandado -como es el caso de la sentencia condenatoria-, cabe concluir que la acción es un derecho contra el demandado y no contra el Estado.

El argumento de Chiovenda, a su vez, es rebatido de la siguiente manera:

1).- Cuando se dice que la acción es un derecho contra el Estado, no debe entenderse que existan conflictos entre éste y los ciudadanos; en realidad los intereses que persiguen los sujetos del proceso son diferentes por su contenido: lo que busca el Estado con la realización de la función jurisdiccional difiere de la finalidad que tratan de alcanzar las partes cuando acuden de--

---

intereses de las partes y del Estado no se contradicen sino que convergen. En el pensamiento de Carnelutti, el fin del proceso es la justa composición del litigio, y la actividad de las partes y del juez se dirige (converge) a ese fin.

mandando justicia. Se puede decir que la finalidad del Estado es remota porque el interés que persigue es de segundo grado, y que los particulares tratan de obtener a su favor intereses --- primeros o inmediatos. Así cabe decir correctamente que el -- proceso contempla dos fines: el de los litigantes que acuden a los tribunales solicitando la realización de sus respectivos de rechos subjetivos; y el del poder público, que consiste en mantener la paz social a través de la Administración de Justicia -- en la cual, al aplicar el derecho objetivo, realiza implícitamente las demandas de los ciudadanos (270).

Cuando se dice que la acción se ejercita contra el Estado, la expresión no significa la existencia de conflictos entre la parte y aquel, lo que quiere expresarse es que la facultad del actor se dirige al órgano jurisdiccional para que preste la fun ción que le ha sido encomendada por la Constitución y que el -- particular tiene prohibido hacer por propia autoridad.

---

270.- Esta discusión da cabida para que se exponga el tema relativo a los fines del proceso: Existe un fin remoto o mediano que consiste en mantener la paz social, es un fin mediano y es el contenido del interés que trata de satisfacer el Estado -- con la realización de la función jurisdiccional. Por otro lado existe el fin próximo, inmediato, y que consiste en la realización que de sus derechos subjetivos respectivos buscan las partes al acudir a los Juzgados y cuyo interés es el contenido de los derechos subjetivos materiales o de fondo que se discuten -- en el proceso. Así mismo, autores como Chiovenda niegan que el fin próximo del proceso sea el de realizar los derechos subjetivos de las partes, y propone que dicho fin es lisa y llana el de -- aplicar el derecho objetivo. Sin embargo se observa que ambos fines (el de realizar los derechos subjetivos o el de aplicar -- la ley) no se contradicen, sino que se complementan, porque el órgano jurisdiccional al aplicar la norma al caso especial, re gliza a la vez, los derechos subjetivos controvertidos. Así apun ta ALFREDO ROCCO, Ob. cit. pág. 42 y sig. que: "La diferencia de las dos concepciones, objetiva y subjetiva, del procedimiento -- depende precisamente del diverso punto de vista desde que se con

2).- La objeción de Chioventa también carece de impresión porque en el postulado de que "el derecho de acción únicamente-- produce una relación de obligación entre el funcionario y el Estado", alcanzan a distinguirse perfectamente dos vínculos jurídicos diferentes: el primero atañe a la organización judicial y la otra al proceso propiamente dicho. Desde luego, en ambas relaciones cabe la completa autonomía:

a) Existe una relación entre los servidores públicos y el Estado, en la cual el deber corresponde al funcionario para que ejerza sus poderes y cumpla las tareas propias de su oficio que están específicamente determinadas en la ley.

b) La otra surge entre el poder público y los litigantes, en virtud de la cual el Estado, si se quiere agregar "a través de -- sus órganos facultados a tal efecto", se encuentra obligado a realizar la actividad jurisdiccional cuando es legalmente solicitada por el ciudadano.

---

sideran los objetos procesales; la concepción objetiva no se refiere más que al fin del Estado, y por esto asigna como fin al -- proceso 'la actuación del derecho objetivo', o sea, de la ley, -- que es precisamente la voluntad del Estado; la concepción subjetiva se refiere, por el contrario, solamente al fin de una de las -- partes, y precisamente del actor, y considera, por lo tanto, como fin del procedimiento la 'tutela de los derechos subjetivos'...Y como sabemos que el Estado tiene un interés propio en la realización de los intereses privados tutelados por el derecho objetivo, es fácil deducir que esta realización es el fin que el Estado se propone conseguir mediante su actividad judicial." De aquí se -- desprende que ambos fines se correlacionan: el derecho subjetivo se encuentra consagrado en el derecho objetivo; cuando el Estado aplica el derecho objetivo, realiza el derecho subjetivo de las -- partes.

Como se ve, el Estado aparece en las dos relaciones, pero--- en la primera es titular de derechos y en la segunda es el sujeto de una obligación, que es la de cumplir con la función de administrar justicia y que monopoliza para si al prohibir a los particulares ejercerla por propia cuenta.

Si se afirma que la relación procesal se establece entre el Estado y sus órganos, es tanto como confundir las relaciones que han quedado expuestas, olvidando que el vínculo procesal se constituye como un complejo de derechos y obligaciones entre las partes y el poder público mediante las dependencias establecidas a tal efecto.

Así, resulta indiscutible que los litigantes juegan un papel importante en el proceso, ya que no solamente inician el movimiento requerido para que entre en actividad la maquinaria judicial, sino que también determinan el juicio con sus pretensiones y lo impulsan con sus peticiones hasta el término de la sentencia. En tal virtud, no es posible dejar a las partes al lado y al margen de la relación procesal.

---

271.- Sobre estas dos relaciones comenta J.A. DOS REIS Ob. -- Cit. pág 89 que: "Se trata de dos relaciones, distintas por los sujetos y por el contenido. La primera se establece entre el Estado y los funcionarios judiciales; es una relación de servicio regulada por las leyes de organización judicial, que son en el fondo leyes constitucionales, ya que se refieren a la constitución de uno de los poderes del Estado. La segunda establece entre las partes y el Estado, representado por los órganos jurisdiccionales y tiene por objeto la prestación de la actividad del propio Estado para la declaración y realización del derecho incierto o controvertido. Esta última es la relación procesal propiamente dicha."

272.- Como dice J.A. DOS REIS Ob. Cit. pág. 90 y 91: "Las partes no se limitan a provocar la aparición de la relación procesal: quedan dentro de ella, como sujetos activos, practicando --

Existe pues, una relación jurídica entre las partes y el juez que es provocada por el ejercicio de la acción. En tal virtud -- cabe concluir que al derecho de los particulares para solicitar la intervención de la administración de justicia, si corresponde una obligación, la del órgano jurisdiccional que debe prestar la actividad que le ha sido encomendada por la ley; y por lo tanto, la - acción no puede ser un derecho potestativo (273).

#### IV.- TEORIA DE LA ACCION COMO UN DERECHO ABSTRACTO

Esta teoría, defendida entre otros por Degenkolb, Plósz y -- los hermanos Hugo y Alfredo Rocco, establece que la acción es un derecho subjetivo público que cualquier ciudadano tiene para con el Estado

El objeto de la prestación que debe conceder, es la realización de la función jurisdiccional, para obtener la plena vigencia del derecho objetivo que en el caso concreto puede ser inobservado por los sujetos de una relación determinada.

---

una serie de facultades a las que corresponden otras tantas obligaciones de los órganos jurisdiccionales. El conjunto de facultades que pertenecen al actor forman el contenido del derecho de -- acción; el de las atribuidas al demandado representa el contenido del derecho de contradicción o defensa; el complejo de obligaciones impuestas a los órganos judiciales forma el contenido de la - obligación jurisdiccional que tiene en la sentencia su término natural."

273.- Las conclusiones de J.A. DOS REIS Ob. Cit. pág 92 son: 1- que la acción es un derecho como cualquier otro, al que corresponde una obligación, y no un derecho potestativo, como pretenden Chiovenda y Weismann; 2- que la relación procesal es establecida entre las partes y el Estado y no entre el actor y el demandado.

Es cierto que a la acción corresponde la obligación o deber del Estado a prestar la administración de justicia; y de ello se desprenden las características de ese derecho, que son dos:

1.- Que cualquier persona tiene su titularidad y por ello puede poner en movimiento la maquinaria jurisdiccional para que se pronuncie sobre el fundamento de la prestación que reclama el actor (274).

2.- Que es autónomo respecto de los diversos derechos sustanciales que se tratan de hacer efectivos a través de su ejercicio. La acción es general y abstracta porque su existencia no depende de los derechos materiales o de fondo ni de la convicción de que han sido violados o desconocidos; y únicamente requiere, para que produzca sus consecuencias, que se refiera a un interés tutelado por el derecho objetivo, ya que precisamente esa es la finalidad de la acción: solicitar la intervención de los Tribunales para que se hagan efectivos los derechos subjetivos protegidos por la ley (275).

---

274.- J.A. DOS REIS Cb. Cit. pág 98 aclara que el ciudadano puede pedir la intervención del Estado no tan solo para que el órgano jurisdiccional decida sobre el fundamento de la pretensión - que él llama "sentencia de fondo" - sino también para que se resuelva sobre la regularidad de la instancia; que el actor en cita denomina "sentencia de forma sobre cuestiones previas o prejudiciales", con lo cual quedan comprendidos ambos aspectos: la sentencia de fondo que resuelve el litigio, y las interlocutorias que deciden cualquier cuestión incidental.

275.- Quizá por esta razón ALFREDO ROCCO, Cb, Cit. pág 42-- al comentar los fines del proceso expone que: "El procedimiento, como conjunto de actividades subordinadas a determinadas condi--

De esta manera la acción se eleva al carácter de un derecho-subjetivo público y abstracto a la vez: público porque se dirige contra o para con el Estado, característica que supera las objeciones que se oponen a la teoría del derecho potestativo, ya que en este caso la acción no se consume con su propio ejercicio y -- sin que traiga aparejada ninguna obligación para el demandado o -- para el Tribunal; sino que por el contrario le corresponde el --- deber que tiene el poder público para realizar la función jurisdiccional a través de los órganos establecidos para tal efecto.

La acción es también un derecho abstracto, lo que la distingue de la teoría de la Rechtschutzanspruch, porque aquí se encuentra totalmente separada del derecho material que a través de ella se pretende realizar; así, si en principio se consideraba a la -- acción como un derecho a una sentencia favorable, como en la teoría de Wach, o como un derecho a una sentencia justa, según el -- pensamiento de Bülow; ahora, la teoría del derecho abstracto, propone que la acción es un derecho a obtener la prestación de la -- actividad jurisdiccional, o si se quiere decir, es un derecho a -- una sentencia pura y simple.

---

ciones y ligadas a determinadas formas, no tiene, por sí, un fin. Cuando se habla de un fin, nos referimos siempre a un sujeto volante que se lo propone; y como en el procedimiento son varios-- los sujetos (el Estado, representado por el organismo jurisdiccional, y las partes), es natural que cada uno de ellos se proponga un fin diferente; en realidad, por consiguiente, no hay -- un "fin" del procedimiento, sino fines de los sujetos procesales"

Por eso el fin del proceso no es único, en realidad el proceso como institución no puede perseguir ningún fin, porque los --- fines los buscan los sujetos que intervienen en él: el Estado la aplicación del derecho objetivo y las partes la realización de sus derechos subjetivos."

Los autores que defienden esta teoría aprecian dos aspectos en el derecho de acción que ellos proponen: un elemento sustancial y otro formal:

El sustancial se representa por el interés que tiene cualquier persona en derecho para provocar la actividad del órgano jurisdiccional a efecto de que declare o realice los derechos subjetivos de las partes. Ya que el Estado prohíbe la autodefensa, surge -- entonces la necesidad de que se instituya la función pacificadora para lograr la realización coactiva del derecho objetivo que haya quedado sin aplicación.

A su vez, este interés del particular tiene las siguientes características:

a).- Es distinto de los intereses que protege el derecho objetivo y cuya realización a su favor pretende conseguir el actor; -- por esto la acción contiene un interés secundario o de segundo grado en relación a los que forman el contenido de los derechos que se dicen amenazados o violados (276).

b).- Es autónomo e independiente de los intereses primarios -- a que se refiere el ejercicio de la acción; es decir, que no es --

---

276.- Completando esta idea, cito a J.A. DOS REIS Ob. Cit.- pág 100, que expone: "Ejercitando su actividad jurisdiccional, -- el Estado no satisface directa e inmediatamente los intereses principales protegidos por el derecho objetivo; solo aparta los obstáculos que se oponen a la satisfacción de esos intereses. De manera que el interés contenido en el derecho de acción es un medio -- para la realización de los intereses contenidos en los derechos -- sustanciales que la acción pretende hacer efectivos."



requisito esencial que el actor tenga realmente el derecho que dice ha sido violado o amenazado por la conducta del demandado y ni siquiera que esté convencido de tenerlo; el ejercicio de la acción no depende de la buena fé del promovente que afirma haber recibido alguna lesión en su esfera jurídica.

c).- Por lo tanto es abstracto y general. La acción así entendida se encuentra totalmente desligada de la existencia de los diversos intereses primarios protegidos en la ley; haciendo, por lo tanto, entera abstracción sobre la cuestión de saber si es fundada o no la petición que el ciudadano formula ante el órgano jurisdiccional para que proteja sus derechos subjetivos materiales.

d).- Es único e inmutable, porque los intereses primarios varían según sean los diversos litigios que se promuevan en cada caso; pero el contenido que aparece protegido en el derecho de acción es siempre el mismo: La prestación de la administración de justicia.

e).- Por último, este interés es ideal o inmaterial porque se otorga a cada persona con independencia de su situación particular; es decir, aunque necesite o no la intervención de los tribunales para satisfacer sus derechos subjetivos, y aún cuando, a final de cuentas resulte que el actor no había sufrido la violación que alegaba(277).

---

277.- En este aspecto J.A. DOS REIS Ob. Cit. págs 101 y 102 agrega que este interés tiende hacia una prestación de derecho público que no tiene carácter patrimonial, es un interés uti civis.

El elemento formal del derecho de acción, no es otra cosa-- que el reconocimiento jurídico a la voluntad de cada persona para que pueda solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, para que considere y realice coactivamente los intereses primarios protegidos por el derecho objetivo (278).

Existe, empero, una grave objeción a esta teoría, que consiste en que si la acción tiene una naturaleza abstracta, entonces resulta ser una mera facultad o poder jurídico de obrar en el campo de la libertad (279).

---

278.- J.A. DOS REIS Ob. Cit. pág 102 explica que: "Para que el interés de que hablamos, elemento substancial del derecho de acción, una vez creado, viniese a tener efectividad, resultaba indispensable reconocer a la voluntad de su titular un poder jurídico tendiente a satisfacerlo."

279.- Es la consecuencia de que la acción pueda promoverse sin tener un derecho subjetivo material que hacer valer, así la acción es un derecho al que no corresponde ningún contenido determinado, llegando a ser una simple facultad. Esta observación es la principal objeción a esta teoría y ya fué advertida por el propio Adolfo Wach; quien en su Ob. Cit. pág 46 dice que: "Hay una teoría nueva que habla de un derecho de accionar publicístico y abstracto cuando esta dada la posibilidad jurídica y en tal sentido, la legítima para accionar. Dado que se puede accionar eficazmente sin tener un derecho material ni una pretensión de tutela, esa teoría reconoce el derecho de acción incluso a quienes no tienen un derecho privado subjetivo, ni una necesidad de éste o su posición jurídica sean tutelados. El hecho de haber una afirmación demandante revestida de forma legal, sería señal de que existe un derecho de acción porque a esa afirmación esta vinculada la relación jurídica procesal, la consecuencia de un proceso y una sentencia. Pero esa posibilidad de accionar eficazmente (sea de buena o mala fé), ese llamado derecho publicístico de accionar, es una mera facultad, no el ejercicio de un derecho y mucho menos de un derecho a una sentencia de contenido determinado."

Como se ve, las tres teorías expuestas son contemporáneas entre sí: Wach al sostener la eficacia de la Rechtschutzanspruch crítica la opinión de Gegenkolb que concebía la acción como un derecho abstracto (Gegenkolb después modificará su pensamiento merced el obstáculo de que la acción acaba en una simple facultad). Por su parte Chiovenda ataca la teoría de la Rechtschutzanspruch y dice que la acción se dirige contra el mandado y no contra el Estado. Por último los hermanosocco, objetando tanto la teoría del derecho potestativo de Chiovenda, como la del derecho concreto de Wach, explican su teoría aquí expuesta.

Este obstáculo es salvado porque se demuestra con facilidad que el derecho de acción no puede ser considerado como una simple manifestación del derecho de libertad; a éste último sólo corresponden obligaciones negativas y por eso se traduce en una facultas agendi (280) que se resuelve en una serie ilimitada de posibilidades, a saber, en todas aquellas no expresamente prohibidas por el sistema legal.

Por el contrario, se comprueba que a la acción si corresponde una obligación positiva y específica, que es la de exigir de los Tribunales su actuación para que aprecien y decidan las relaciones jurídicas controvertidas. Por tal motivo el Estado se encuentra sujeto a realizar una serie de actos positivos y determinados que consisten en el ejercicio de la función jurisdiccional y de ello aparece claramente que la acción es el derecho que provoca esa actividad (281).

---

280.- Al derecho de libertad no solo le corresponde una obligación negativa, sino también otra genérica. Esta característica la explica J.A. DOS REIS Ob. Cit. pág 107: "...Al derecho-subjetivo de libertad corresponde una obligación jurídica de forma negativa -la obligación de no invadir el campo de acción de las normas jurídicas impónese a cada persona en relación a todas las demás, y a todas las personas en relación con una persona determinada. Al derecho de libertad corresponde pues, una obligación negativa y genérica: negativa porque se traduce en una abstención; genérica, porque afecta de la misma manera a todas las personas.

281.- Según J.A. DOS REIS Ob. Cit. págs. 107 y 108, el derecho de acción no es una expresión del derecho de libertad porque no le corresponden actos negativos y genéricos, sino positivos y determinados, que son los que realiza el Estado para la prestación de la función jurisdiccional. El autor en cita concluye que: "el derecho de libertad es una facultas agendi, a la que solamente corresponden obligaciones negativas y genéricas; el derecho de acción es una facultas exigendi, a la que corresponde una obligación positiva y específica. Es imposible, pues, incluir al derecho de acción en el derecho general de libertad."

V.- TEORIA DE LA PRETENSION PROCESAL.

De la elaboración de las teorías sobre la naturaleza jurídica de la acción expuestas, se originó un enorme repertorio de -- estudios doctrinarios que cimentaron las bases de la autonomía-- de una nueva rama de la juricidad: la relativa al derecho procesal.

El resultado común de los esfuerzos doctrinarios fué la afirmación de que la acción es un derecho distinto de los que se reclaman en juicio. Esta conclusión, que se erigió en algo así como una verdad indiscutible, hizo posible que desaparecieran las ataduras que ligaban al derecho procesal con el civil. La acción se emancipó del llamado derecho de fondo y la opinión general de los autores, una vez revisadas en conjunto las teorías de la --- Rechtschutzanspruch, la del derecho potestativo y la del abstracto; es que la acción se ejercita contra o ante los órganos jurisdiccionales para que se realice la actividad que solicita el actor.

De esta manera fueron sistemátizándose los principio sobre los que se apoya la autonomía del derecho procesal y por los cuales recibe, actualmente, el mismo trato de cualquier materia jurídica. Sin embargo, tan luego se alcanzó la verdad de que la acción es independiente del derecho sustancial-material; surgió un problema diferente que puso de nueva cuenta el dedo sobre la cuestión de buscar el lugar que debe ocupar el derecho de acción en el ámbito procesal.

Se resolvieron las contradicciones habidas entre las diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la acción; pero nació el problema de saber si el derecho de acción pertenece al estricto campo procesal.

Si la acción es el derecho público de acudir al órgano jurisdiccional, entonces este derecho no es procesal propiamente dicho; en todo caso deberá ser considerada como un concepto de la materia constitucional, administrativa o política; pero de ninguna manera deberá atribuírsele el carácter de un derecho procesal. Esta diferencia se vuelve mas estricta si de verdad se quiere respetar la autonomía de la rama procesal, consiguiendo con ello la correcta construcción dogmática de sus instituciones.

Cuando la Constitución prohíbe la autodefensa de los derechos privados, surge la necesidad de establecer instrumentos suficientemente eficaces para satisfacer la Administración de Justicia; el proceso jurisdiccional es el vehículo de que se hechamano para realizar esta importantísima función.

Así, el Estado regula la forma en que los ciudadanos deben solicitar el acceso a los Tribunales, específicamente y en principio, a través de la demanda judicial; pero de aquí se desprende que la acción es un presupuesto del proceso pero no una parte de él; es decir, que no es elemento de la problemática fundamental del derecho procesal y como consecuencia, dicho concepto tiene que ser desterrado de la doctrina respectiva.

Esta preocupante observación fué hecha por el jurista español Jaime Guasp Delgado quien expresa su malestar (282) por el estado de los estudios del derecho procesal, que según su opinión, habían venido a caer en gran confusión y abiertas contradicciones por el hecho de que los trataristas habían partido del supuesto "equivocado" de que la acción constituía el concepto central y fundamental de toda la problemática procesal; idea falsa porque la acción venía a ser un concepto extraprocesal.

Para probar su tesis, Guasp parte del análisis de las teorías que tratan de explicar la naturaleza y concepto del término "proceso"; teorías que pueden reunirse en dos grandes grupos: el sociológico y el jurídico (283), pero desgraciadamente ambas posturas son insuficientes para responder a la respuesta de lo que es el proceso y en algunos de sus aspectos se encuentran equivocadas.

Por ejemplo, las teorías sociológicas consideran que la esencia del proceso consiste en el encargo que tiene de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses que nacen con motivo de las relaciones humanas, y que por lo tanto, la acción cuenta-

---

282.- Guasp expone su postura en la obra titulada La pretensión procesal. Ed. Civitas. S.A. Madrid 1985 que es la edición que utilizó para este trabajo. La edición original de la obra se publicó en el fascículo I del tomo V del Anuario de Derecho Civil, enero-marzo de 1962 y su exposición sirvió como base a la obra general de Guasp denominada "Derecho Procesal Civil". Así -considera- conveniente referirse únicamente a la primera obra citada porque el presente tema tiene por objeto exponer los lineamientos generales de la teoría de la pretensión procesal, quizá-exclusivamente su concepto, pero no el estudio pormenorizado de sus detalles.

283.- Ver. JAIME GUASP, Ob. cit. pág. 20.

con una naturaleza jurídica semejante que no puede entenderse - sino en relación a dicha finalidad (284).

Pero esta postura es falsa porque se demuestra sin dificultad que en muchas ocasiones el proceso no tiene como contenido un conflicto de intereses, y lo que va más allá, que existen -- los llamados procesos sin juicios en los que la ley regula un trámite ante el órgano judicial sin que se promueva cuestión alguna entre partes; por lo que cabe concluir que el proceso existe con o sin conflicto de intereses (285).

También son equivocadas las teorías jurídicas que en última instancia consideran que la esencia del proceso se encuentra en la llamada "actuación del derecho", mismas que a su vez pueden ser divididas en dos grandes áreas que son las de las concepciones procesal subjetiva y procesal objetiva, que proponen co-

---

284.- GUASP, Ob. cit. págs. 20 y 21 explica que: "Las teorías sociológicas arrancan, por definición, del ámbito extrajudicial en que el proceso se origina y tratan de fijar en definitiva el concepto del proceso a base de la misión puramente social que a éste se asigna. Cabe decir, hoy por hoy, que todas estas doctrinas son susceptibles de reconducirse, en conjunto, a una fórmula general determinadora de un concepto común del -- proceso. Para todas ellas, en efecto, con una u otra terminología, el proceso no es sustancialmente, sino la resolución de un conflicto social (social lato sensu, es decir, intersubjetivo)".

285.- GUASP, Ob. cit. págs. 26 y 27 observa que "la real existencia de un conflicto resulta indiferente para que el proceso se dé como tal o no. La reclamación ante un juez provoca siempre un proceso con o sin colisión previa. La colisión puede preexistir al proceso, pero puede no preexistir bien porque de hecho el reclamante no la haya suscitado, bien porque de derecho no haya colisión material imaginable acerca del objeto a que el proceso se refiere."

mo finalidad última del proceso la realización de los derechos-subjetivos de las partes o la aplicación del derecho objetivo - al caso concreto (286).

Guasp objeta que aquí también se puede observar que no todo proceso supone la violación de algún derecho subjetivo. El proceso es independiente a la idea de la actuación del derecho porque además se observa gravemente que éstas posturas señaladas conceden excesivo valor al elemento jurídico que proponen como finalidad última del proceso, dejando en segundo plano su principal misión que **consiste y** es la de satisfacer una necesidad social y no cuestiones jurídicas puramente abstractas (287).

Las partes promueven el proceso para que el juez les conceda el goce de un bien de la vida o la protección de una situación real y no para que el órgano jurisdiccional resuelva abstractamente si las partes tienen derecho a esa protección o a -

---

286.- Esta división la explica JAIINE GUASP, Ob. cit. pág. 31 de esta manera: "En primer término hay que distinguir aquellas teorías que consideran que las infracciones jurídicas que el proceso trata de remediar son desconocimientos o vulneraciones de los derechos subjetivos: la llamada concepción procesal-subjetiva, y las doctrinas que entienden más bien que el remedio procesal se aplica no a los derechos subjetivos particulares, sino al derecho objetivo genéricamente considerado: la llamada concepción procesal objetiva o concepción objetiva del proceso."

287.- Por esta razón advierte GUASP, Ob. cit. pág. 35 que: "La crítica, por insuficiencia material de las teorías de la actuación del derecho, se descubre al observar que todas estas doctrinas parecen contentarse con una explicación puramente jurídica de los resultados que en el proceso se obtienen, pero no determinan la necesidad social a que concretamente respondería esa actuación procesal...."



ese bien de la vida (288).

Ahora bien, el proceso tiene como objeto principal la satisfacción de una necesidad social, que no es ni la resolución de un conflicto de intereses, ni la realización del derecho subjetivo, ni la aplicación del derecho objetivo; sino que la finalidad a la que aspira el proceso es la de otorgar satisfacción a las pretensiones fundadas que las partes hacen al órgano jurisdiccional (289).

Quiso explicar su idea de la siguiente manera: en virtud que la reclamación es una de las actitudes principales del hombre, que en tanto deriva de su insatisfacción como ser incompleto; -- la organización social debe establecer los mecanismos propios -- para que se dé cauce a ese problema social, que en el caso concreto se encuentra representado por el derecho procesal que viene a manifestarse como el derecho de las pretensiones, o mejor -- dicho como "el conjunto de normas que regulan el tratamiento ju-

---

288.- GUASP, Ob. cit. pág. 26 dice que: "La finalidad social perseguida por el proceso se halla, sin duda, en un quietamiento justo de la vida de la comunidad, y no puede decirse que esta -- finalidad se consiguiera con la simple declaración judicial recaída en torno a la tutela instrumental que se configura como objeto del proceso. Lo que actor y demandado quieren fundamentalmente saber no es si su derecho a obtener la tutela jurídica -- existe o no, sino, efectivamente, la obtención pura y simple de la misma."

289.- GUASP, Ob. cit. pág. 29 comenta que: "No sé si podría decirse en términos indiferenciados que el hombre es un animal -- insatisfecho, insatisfecho precisamente en relación con los que conviven con él. Lo que sí cabe afirmar es que de esta insatisfacción el hombre arranca una de sus básicas actitudes sociales, la queja; la reclamación o protesta, que está siempre dispuesto a formular en cualquier momento, por cualquier motivo, en mayor o menor medida, según su temperamento y ambiente, pero --

rífico de una pretensión" (200).

Así, el concepto de pretensión procesal es el que debe ocupar el lugar que tradicionalmente se había asignado al derecho de acción (201), ya que la atención de los procesalistas se había dirigido equivocadamente a tratar de encontrar la esencia - de un poder y no a buscar el acto que efectivamente hace nacer el proceso; por todas estas razones el esfuerzo doctrinal debe centrarse en el acto que origina el proceso, el que sin duda es la reclamación que una parte dirige a otra y ante el juez

Desde luego, Guasp advierte la estructura y función de la pretensión procesal. Su estructura se encuentra integrada por tres elementos que son el subjetivo, el objetivo y el elemento modificativo.

---

siempre en un núcleo irreductible de su íntimo ser como parte - indispensable de su entraña." Este comentario lo considero como el fundamento filosófico de la teoría de la pretensión procesal: es conveniente aclarar que este argumento ha sido tachado de -- "existencialista" por juristas contemporáneos de Guasp.

200.- La definición es de JAIME GUASP. Ob. cit. pág. 43 -- Not. 38. El autor en cita arriba que con motivo de esta definición "El proceso aparece así como un instrumento de satisfacción de pretensiones, una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra."

201.- Es esta una idea principal del autor. Repetidas veces comenta que la falta de acuerdo común respecto de la cuestión de lo que debe ser el proceso, tiene como raíz el hecho de que la acción había ocupado el lugar que se tenía reservado para la pretensión procesal. Por ejemplo GUASP. Ob. cit. pág. 49 expresa que: "La doctrina se ha esforzado, en efecto, más que por conocer la acción como génesis del proceso, por averiguar la esencia del poder jurídico a que dicha acción se halla relacionada, viniéndose así a tratar de averiguar, no una cuestión de concreto significado procesal, sino un problema previo que rebasa los límites de tal especialidad."

1.- El elemento subjetivo se forma por la parte que pretende, el órgano ante el que se pretende y la persona de la que se pretende; sujetos que toman los nombres de activo, pasivo y destinatario.

2.- El elemento objetivo se constituye por el quid material al que se refiere la actividad de los sujetos y respecto de la propuesta emitida (292).

3.- El elemento modificativo está representado por una declaración de voluntad, que conjugada con los otros dos elementos se manifiesta dirigida respecto de un bien de la vida (293) que ha de tener significado jurídico y que debe ser fundada; es decir que debe ser una pretensión jurídica.

De estos tres elementos se desprende la definición de que la pretensión procesal es "una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordenado a ambas, un bien de la vida formulando en torno al mismo una petición fundada" (294).

---

292.- GUASP, Ob. cit. pág. 71 explica este elemento: "En lo que toca al objeto, ha de existir forzosamente en toda pretensión procesal como antes se indicó, un quid material al que se refieren los sujetos y las actividades que la pretensión encierra. Se desprende también de la significación de la pretensión como materia sociológica elaborada jurídicamente el que es te objeto venga constituido por un bien de la vida..."

293.- GUASP, Ob. cit. pág. 75: "La pretensión procesal en cuanto declaración de voluntad es, pues, esencialmente una petición, y en este aspecto, conjurando los elementos subjetivos -- y objetivos ya conocidos, cabe sostener sin reparo que es una petición de un sujeto activo ante un Juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida."

294.- Según la definición que apunta GUASP, Ob. cit. pág. 84

Por-último, la función de la pretensión procesal es la de engendrar el proceso. Con todo esto trata de demostrar Guasp - que el concepto de pretensión procesal es insustituible para - la elaboración de la doctrina procesal, porque según sus propias palabras, ésta cumple con los tres postulados del proceso: "todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión." (295).

#### VI.- NUESTRO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO.

El esquema apuntado en el desarrollo del trabajo es aplicable a la legislación procesal civil del Distrito Federal y - a la doctrina que sobre esa rama del derecho se desenvuelve en el país.

De un lado, como fuerza predominante se encuentra la legislación española; y del otro al nuevo mexicano que surge como mezcla entre lo español y lo autóctono.

En cuanto a nuestra ascendencia española, cabe advertir - que ya desde tiempos del Imperio Romano el territorio que hoy es España y que se conocía con el nombre de Ibérica, se encon-

traba bajo el dominio de la fuerza militar y de las instituciones latinas, e inclusive anteriormente, en la época republicana, la "Hispania" fué uno de los escenarios más importantes de las guerras púnicas alrededor del siglo II a. C. La importancia de este territorio para el Imperio Romano fué enorme como centro agrícola, minero y artesanal tanto así que entre la lista de emperadores romanos se cuentan tres de ascendencia española, entre ellos el famoso Trajano. Desde luego esta provincia o región del Imperio era encargada a funcionarios romanos que tenían bajo su potestad el poder de aplicar el derecho romano en el territorio.

A la caída del Imperio Romano de occidente, Hispania fué el lugar donde terminó la invasión visigoda, donde se dió el fenómeno del sistema de la personalidad del derecho, ya que -- los reyes visigodos promulcaban frecuentes cuerpos de leyes -- inspirados en el derecho romano, pero aplicables únicamente para el pueblo visigodo; dejando subsistir el derecho romano para los habitantes latinos del territorio. El ejemplo más conocido de este fenómeno es la compilación que recibe el nombre de Fuero Juzgo del año 654 (296) que es considerado como un monumento legislativo que combina elementos de derecho germánico y romano.

---

206. -- GUARDO B. CARIOS, Ob. cit. pág. 55 comenta que: -- "Producida la invasión visigoda en España, provincia romana, -- se da la curiosa situación de que los españoles continuaron rigiéndose en sus pleitos por la ley romana, y el invasor, por sus costumbres, dándose después de algún tiempo, la existencia de dos códigos que se aplicaban a todos y españoles, respectivamente. En cuanto al primero, lo fue el Código de Tolosa, dictado por Gundio entre los años 466 - 484; y se afirma que recibió las costumbres por las que se regían los germanos, durante

Así en Hispania queda implantada y subsiste durante toda la Edad Media y el Renacimiento la práctica del derecho romano. Independientemente de la gran influencia árabe que sufrió España entre los siglos VIII y XIII, el derecho romano como tal, -- subsistió durante largo tiempo en varios reinos de lo que hoy es España y así de una manera muy sintética se puede resumir -- el hilo conductor de esta tradición romanista que influyó enormemente las obras legislativas españolas (297): al Fuero Juzgo del año 654, sigue el Fuero Viejo de Castilla del año 992; aquí sucede la dispersión legislativa provocada por la invasión árabe y no es hasta el año 1255 que encuentra cabida el Fuero Real y Leyes Nuevas; después el Espéculo de 1280 y las Leyes de los Adelantados Mayores de 1282; y así como una condensación de toda esta dispersión legislativa nace la gran compilación del siglo XIII ordenada por Don Alfonso X: Las Siete Partidas (298). Después se encuentran otros ordenamientos como las Leyes de Estilo de 1310; el Ordenamiento de Alcalá de 1348; las Ordenanzas

---

la ocupación del Imperio Romano. Luego su sucesor, Marico, dio otro código llamado Breviario de Aniano, que se aplicó a los españoles y cuyo contenido respondía al derecho romano anterior..."

297.- El índice de estas obras legislativas fué tomado de la obra del maestro EDUARDO PALLARES PORTILLO, Historia del Derecho Procesal... pág.

298.- Comenta EDUARDO B. CASLOS, Ob. cit. págs. 56 y 57 -- que: "Esta monumental obra, por su extensión, que abarca más de 400 leyes, y por su casuística, se anticipó al momento histórico y por ello no tuvo vigencia inmediata, sino con mucha posterioridad." Las Siete Partidas produjeron a la larga la necesidad de nuevas reformas que se vieron concretadas en las compilaciones legislativas como son el ordenamiento de Alcalá hasta la novísima recompilación. Todas estas obras tienen por supuesto gran contenido del derecho romano. Temo entendido que la Partida Tercera, que se dedica por entero a la materia procesal, sirvió de borrador para la parte conducente de la Novísima Recopilación, con lo que queda manifestada la importancia de esta obra.

Reales de Castilla, de 1485; el Ordenamiento Real de 1490; Las Leyes de Toro de 1505; La Nueva Recopilación de 1567; Las Leyes de India de 1680; Los Autos Acordados de 1745. Por último encontramos la famosa obra de la Novísima Recopilación del año 1805 que fué el antecedente inmediato de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

Pero esta vía legislativa no es la única por la que se infiltró el derecho romano en el mundo jurídico español. Existió, por otro lado, la constante y profunda influencia del derecho canónico y del derecho que se practicaba en sus tribunales eclesiásticos.- Hay que recordar que a España le corresponde el honor dudoso de haber sido la sede del máximo representante del Tribunal de la Santa Inquisición después del movimiento de la Reforma Luterana.-

Grandes concilios, promulgación de decretales y otros acontecimientos eclesiásticos tuvieron lugar en la España medieval y algunas de las más importantes recopilaciones de derecho canónico (299) fueron elaboradas por juristas españoles. Por lo tanto no puede soslayarse la importancia que tuvo el derecho romano para la formación del derecho español y esta importancia se redobra para nuestros juristas en virtud de que nuestra legislación civil -

---

299.- Como dato al margen anoto el resumen de las principales recopilaciones y cuerpos de derecho canónico que menciona el maestro PALLARES en su Historia del Derecho Procesal..., págs. 127 y sig.: 1) los Cánones Apostolorum del año 325; 2) Codex Dionisianus del año 525; 3) Codex Canonum del año 663; 4) el Pseudo Isidoro del s. IX; 5) el Decreto Graciano del año 1151 que fue realizado por un jurista de la facultad de Derecho de Bolonia en los albores de la escuela de los glosadores, obra que ha sido considerada como el Corpus Juris Canonici medieval; 6) las Decretales de Gregorio IX del año 1234; 7) el Liber Sextus del Papa Bonifacio VIII en el año de 1218; 8) las Constituciones Clementinas del año 1314; 9) las Extravagantes de Juan XII, las Extravagantes Comunes y las Sesenta y dos Reglas de Cancillería que en conjunto son los antecedentes del; 10) Código de Derecho Canónico de 1917, vigente.

fué importada, o mejor dicho, implantada desde España.

En efecto, no cabe hablar de que en la Nueva España existió una recepción del derecho romano a la manera en que sucedió en la Europa Occidental a finales de la Edad Media y principios del Renacimiento. Mi opinión es que antes de la Conquista Española no existía en las culturas precolombinas la idea del derecho. Es cierto de que se intenta demostrar la existencia de antecedentes de un derecho autóctono, algo así como una especie de derecho -- Nahuatl, incluso en esta Facultad de Derecho se imparte una Cátedra con el nombre de "Historia del Derecho Mexicano" que inicia su exposición con antecedentes precolombinos de derecho; sin embargo y sin perjuicio de los deseos de encontrar derechos auténticamente mexicanos, creo que tal situación no existe y que por el contrario, todo nuestro derecho civil y procesal civil es derecho español que a su vez pasó por el del derecho romano.

Nuestro derecho civil fue implantado por la Corona Española, no hay tales derecho autóctonos y en caso de haber existido no pasaron a formar parte de la legislación colonial y por tales motivos cuando revisamos nuestros antecedentes, -necesidad apremiante cuando se trata de estudiar la naturaleza de las instituciones y su lugar en su sistema legal- tenemos que volver la vista al derecho español y por lo tanto al derecho romano.

Ahora bien. los antecedentes legislativos nacionales son los siguientes: en primer lugar la magna obra que recibe el nom-



bre de Recopilación de Indias(300), misma que tardó en realizarse cerca de 80 años, de 1608 fecha en que se designó la comisión para formar la recopilación oficial de cédulas y disposiciones dictadas para gobernar a las Indias, hasta el año de 1680 en que por Cédula Real del 18 de marzo de ese año el Rey Carlos II de España otorgó fuerza de ley a dicha recopilación.

Esta reconilación en nueve libros, dedica el contenido del libro IIsegundo a la organización administrativa y judicial; lo que no obstante de la finalidad que perseguía dicha obra, el material jurídico abundantísimo que reunió, en cierto sentido, provocó la ineficacia práctica de esta obra (301).

Después, con el movimiento independista del a.1810 y con la promulgación de las primeras constituciones liberales, el pensamiento político mexicano hace suyos los fundamentos de la revolución francesa y a partir de entonces se considera que la forma de gobierno atenderá a la máxima de la división de poderes, en la cual el legislativo tiene la tarea de ser el único órgano con fa-

---

300.- El juriscnulto Manuel Ortíz de Monteyano, citado por E. PALLARES PORTILLO en Historia del Derecho Procesal... pág. 133, comenta de esta obra que: "Recopilación de Indias es la colección más abundante de todas las formadas por autoridad real. En nueve libros ciento dieciocho títulos contiene 6647 leyes, número mayor que la Novísima (4036) y con mucho más que el de los otros códigos españoles."

301.- Así lo refiere Manuel Ortíz de Monteyano en Op. Cit.,- págs.133 y 134 cuando dice que La Recopilación de Indias "esta cuerpo de leyes es un caos en que se hacinaron disposiciones de todo género, mezcladas, confundidas, sin razón de ser, las derogatorias con las derogadas; las de importancia trascendental, con las de interés transitorio; y todas ellas referentes, a intituciones, a cosas, a personas que se presupone creadas por la misma ley, y por ello que esa compilación comprende una legislación nueva, y que abraza un periodo de poco más de un siglo."

cultad para expedir leyes; y en tal virtud era lógico esperar que ese poder legislativo comenzara a expedir los códigos civiles y de procedimientos civiles, sin embargo esto no sucedió y de hecho siguieron teniendo vigencia La Recopilación de Indias e inclusive obras auténticamente españolas como Las Siete Partidas (302).

No fue sino hasta el año de 1857 que se expide la primera Ley de Procedimientos que en realidad no constituyó un código completo y que por supuesto tomó del derecho procesal español la mayor parte de su contenido.

Después, en el año de 1872 se promulga el primer Código de Procedimientos Civiles que se encuentra inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Española de 1855 (303).

Así aparece el Código de Procedimientos Civiles de 1884 - que consigna en su artículo primero la siguiente definición: - " Se llama acción el medio de hacer valer antes los tribunales los derechos establecidos por la ley ". Como se aprecia, el

---

302.- Los doctores J. Castillo L. y Rafael de Pina citados por E. PALLARES en su Historia del Derecho Procesal... págs. -- 143 explican que "La proclamación de la independencia no surtió el efecto fulminante de acabar con la vigencia de las leyes españolas en México. Siguieron rigiendo, después de este trascendental acontecimiento político, la Recopilación de Castilla, el Ordenamiento Real, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y el Código de las Partidas. La ley de 23 de mayo de 1837 dispuso que los pleitos se siguieran conforme a dichas leyes en cuanto no pusieran con las instituciones del país".

303.- Comenta E. PALLARES, Op. Cit. que no se conoce la exposición de motivos de éste código de 1872 "pero su entendimiento es fácil recurriendo a la Ley en que se inspiró, a las antiguas leyes españolas y a sus glossadores y comentaristas, hechos por hombres de la preparación de Narrea, Reus, Vicente y Caravantes, Conde de la Cañada..."

concepto de acción era considerado por los legisladores mexicanos, siguiendo a los españoles, no como el "derecho de perseguir en juicio" de la famosa definición de Celso, sino como el "medio legítimo" a que se referían los comentaristas del derecho romano Vinnius y Heineccius.

Cuando el Código de 1884 consignaba esta definición, en Europa ya había tenido lugar la famosa discusión Windscheid-Muther y Wach había formulado su teoría de la acción como un derecho concreto a tutela jurídica; es decir, que las doctrinas europeas ya habían superado la antigua discusión respecto a si la acción era un derecho o un medio y ahora como principal preocupación se estudiaba la posibilidad de emancipar el derecho de acción de los derechos subjetivos materiales que se reclaman en juicio.

A partir de 1928 se inician los proyectos para el actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932, que ahora omite la definición de acción y en su lugar el artículo primero consigna originalmente que "El ejercicio de las acciones-civiles requiere: I.- La existencia de un derecho; II.- La violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho; III.- La capacidad para ejercitar la acción por sí, o por legítimo representante; IV.- El interés en el actor para deducirla. Falta el requisito del interés siempre que no puede alcanzarse el objeto de una acción, aún suponiendo favorable la sentencia." ; pero de cualquier manera se demuestra que los juristas y el legislador del '29 se encontraban inmersos en las concepciones positivistas de la

acción, puesto que a final de cuentas requerían para su ejercicio la existencia de un derecho -subjetivo material-, la violación del derecho y el interés en deducirla; todo lo cual acerca esta concepción a la idea de la *Rechtsschutzanspruch* puesto que se esperaba obtener, con el cumplimiento de dichos requisitos, una sentencia de determinado contenido, es decir una sentencia favorable.

Ya sabemos que dicha teoría topa con una objeción grave pues to que la tutela jurídica se obtiene hasta sentencia y por lo tanto la acción que originó y promovió el juicio es un derecho abstracto o el mismo derecho subjetivo material que se reclama, esta opción última, la aplicable a la definición original del artículo primero del Código de Procedimientos Civiles de 1932 por la minusiosidad de elementos materiales que requiere el ejercicio de la acción.

Para este año de 1932, en Italia ya había sido formulada por Chiovenda la teoría de la acción como un derecho potestativo y su fundamento había sido atacado de raíz por los argumentos de los hermanos Rocco; Carnelutti había construido su particular teoría del proceso que tiene como ideas cardinales el interés, el litigio y su justa composición; y en general todas estas doctrinas como otras más influyeron las elaboraciones de juristas latinoamericanos que recogieron y a su vez aportaron sus especiales puntos de vista a la problemática del derecho procesal y por tanto a la accidentada elaboración de la autonomía que hoy indiscutiblemente ostenta dicha materia.

Toda esta elaboración procesal ha sido adoptada por la doctrina mexicana donde no se discute la autonomía del derecho procesal y por otro lado se ha implantado la idea de una teoría general del proceso sostenida por los tres conceptos fundamentales: el de acción, el de proceso y el de jurisdicción.

La explicación conceptual de la materia se realiza a través de cátedras especializadas en las diversas Facultades de Derecho de la Ciudad de México, en las que se expone la idea de la autonomía del derecho procesal y su consecuente elaboración científica a través de una teoría general. Sin embargo, la legislación procesal vigente sigue consignando el concepto de acción como el mismo derecho material de fondo, al mismo tiempo encontramos algunos preceptos que no hablan de la acción, sino de las acciones y peor todavía porque otros artículos más contienen el concepto "pretensión" (304).

La doctrina mexicana recoge el pensamiento europeo sobre la autonomía de la acción, pero la legislación, heredando la profunda tradición española, sigue defendiendo el concepto de acción civilista; parece como si la legislación vigente se encontrara retrazada respecto de la elaboración doctrinal: en el foro mexicano se sigue hablando de la acción como el derecho subjetivo material que se reclama en juicio.

---

304.- Por ejemplo el artículo 20. habla de "acción" pero el Título Primero al que pertenece este artículo habla de "acciones" y allí enumera las acciones reales, la negatoria, la hipotecaria, las acciones personales y las del Estado Civil entre otras. También hablan de "acciones" los artículos 28, 30, 31 y 32; y en el mismo sentido no se habla de excepción sino de "excepciones" como en los artículos 35 y siguientes. Por último en el artículo 281 que originalmente consignaba el término "acción", actualmente contiene la relación de "pretensiones".

## C O N C L U S I O N E S

1.- Queda acreditada la importancia del estudio del derecho romano para poder entender los actuales problemas doctrinarios -- sobre la naturaleza jurídica de la acción; así mismo, resulta-- clara la evolución y distinto significado que tuvo la acción a -- través de los periodos en que se divide el procedimiento civil -- romano.

2.- En las legis acciones, mas que un derecho, la acción -- constituía un procedimiento, porque regulaba el conjunto de ac-- tos sacramentales, principalmente de palabra, por los cuales el -- ciudadano romano pedía del magistrado, la protección de un dere-- cho quiritarario.

3.- En las legis acciones, la acción existía con independen -- cia de los derechos quiritarios consignados en la Ley de las XII -- Tablas, en razón de que no a cada derecho correspondía tal ac--- ción, porque solamente contemplaba la Ley cinco maneras genera-- les de proceder y que eran el molde en el cual tenían que caber-- y acomodarse los distintos casos concretos. Sin embargo, debe -- reconocerse que no podía concebirse la "acción" sino referida a -- determinado derecho quiritarario.

4.- En el segundo periodo, la acción se identifica con la-- fórmula que entrega el pretor a las partes en el acto de la li-- tis contestatio; y por la cual el magistrado promete al actor el -- juicio donde se resolverá sobre el goce de un derecho civil o --

una situación de hecho digna de protección. Por lo tanto, a esta época corresponde la definición clásica de que la acción es - el derecho a perseguir en juicio lo que nos es debido.

5.- A diferencia del primer periodo, en la época clásica ha bía tantas acciones como derechos, y más aún, porque muchas veces surgían sin que existiera derecho alguno que proteger, y --- peor todavía, en ocasiones el pretor otorgaba la acción contra-- el derecho quirritario que se apartaba de la equidad. En el pe-- riodo formulario la acción no sólo nacía con independencia del - derecho sustancial, sino que inclusive ella engendraba el dere-- cho en virtud de que el derecho civil se encontraba incompletô-- y ese vacío fué llenado paulatinamente por la práctica del magis-- trado que concedía la fórmula en favor de una situación de he--- cho que así adquiriría seguridad jurídica.

6.- Por estas razones, el derecho romano clásico no surgió de la legislación quirritaria; era, auténticamente, un derecho-- judicial, reconocido y sancionado por los magistrados y concre-- tizado a través del fallo del juez; de aquí que la acción vinie-- ra primero y después el derecho. El universo jurídico se nutrió con el derecho honorario que, como correctamente expresan las -- fuentes, introdujo el pretor para corroborar, suplir o corregir-- el derecho civil.

7.- En el periodo extraordinario, la acción no significa - ya el derecho a juicio que anteriormente concedía el magistrado; aquí la acción la otorga directamente la ley para que el ciuda-

dano, por cuenta y riesgo propio, acuda al tribunal a reclamar-- la reparación de sus agravios.

8.- Así mismo, en el tercer periodo, el pretor ya no concede acciones o derechos, todos ellos provienen de la autoridad -- del emperador , apareciendo el sistema legislado que evita discutir las cuestiones relativas a las fuentes del derecho y las diferencias entre el derecho civil y el honorario. En tal virtud, la acción aparece como cualquier otro derecho que concede la ley; con lo cual inicia el retroceso de la importancia que otrora tenía la acción, hasta convertirse en simple apéndice del derecho-sustancial.

9.- En la Edad Media y Renacimiento no cabe hablar del binomio acción-derecho, porque la existencia de múltiples "derechos" que se oponían entre sí pero que al mismo tiempo se enriquecían-mutuosamente, acaparaba por completo el esfuerzo de los juristas;- los que además, anhelaban encontrar, entender y trasladar a las legislaciones Europeas, el viejo derecho romano perdido desde -- tiempos de la caída del imperio de occidente. Para este fin, -- los tratadistas medievales se valieron del Corpus Iuris de Justiniano que fué el objeto de estudio propio de los glosadores y -- comentaristas.

10.- Por lo tanto, en la Edad Media y Renacimiento el trato doctrinario relativo al derecho de acción desapareció casi por-completo de los trabajos jurídicos; sin que esta afirmación implique la falta total de estudios relacionados con el campo procesal, puesto que existe el caso de los ordines iudiciorum; pero



la tónica general era preferir las investigaciones sobre derecho civil, considerando la acción, o mejor dicho "las acciones" como un simple apartado del derecho sustancial; es decir, era considerada toda la materia procesal como un derecho adjetivo.

11.- De cualquier manera, durante la Recepción del derecho romano en Europa, se trasladó a las nuevas legislaciones gran cantidad de aquel derecho; entre el que se cuentan Instituciones, figuras y vocabulario propio del procedimiento civil romano, como es el caso de la "actio" o acción, que seguía concibiéndose de acuerdo a la definición del Digesto, esto es, según la exposición de Celso.

12.- Con motivo de las revoluciones políticas del s. XVIII, el nuevo Estado omnipotente trató de poner fin al caótico universo jurídico que tenía como vigente a una gama de derechos como el canónico, el mercantil, los gremiales y feudales provenientes de diversas épocas, regiones y fuentes, y que convivían todos juntos en amalgama amorfa al lado del jus commune que era algo así como un derecho supranacional.

13.- Para tal efecto, se hizo uso de la teoría de la división de poderes para que el legislativo promulgara un solo derecho que debiera regir en adelante; y por lo tanto se abrogó la vigencia, pero no la autoridad del jus commune, en virtud de que los juristas que codificaron el "nuevo derecho" eran todos ellos romanistas y legislaron conforme a la tradición romano-canónica.

14.- El fenómeno jurídico de la codificación tuvo gran acogida en los diversos países de la Europa del s. XIX, que siguieron al ejemplo del Code Napoléon; sin embargo, los juristas de la "escuela histórica" alemana criticaron el modo de proceder francés y lograron convencer a su pueblo que antes de iniciar la codificación alemana era conveniente analizar científicamente -- que parte de su derecho era auténticamente alemán y cual era, a final de cuentas, derecho romano.

15.- Así, los juristas alemanes inician el estudio de las diversas instituciones del derecho romano para confrontarlas con las germánicas; y Windscheid realiza la famosa monografía de la "actio" romana para establecer que la acción del derecho alemán no correspondía con aquella, ya que en el derecho romano la acción engendraba el derecho, mientras que en su tiempo ocurría lo contrario. Dicho estudio provocó la réplica de Muther quien observó que la acción alemana se dirigía contra el Estado y que no tenía como finalidad la de crear derechos a través de la organización del juicio como en el caso de la fórmula del pretor; sino que la acción alemana tenía por objeto único hacer efectivos los derechos otorgados por la ley.

16.- Lo importante de la polémica Windscheid-Muther no estriba en la exactitud intrínseca de sus respectivas tesis, sino en advertir que sus estudios provocaron el nacimiento de la moderna teoría del derecho procesal, que parte del hecho comprobado por estos autores, de que la acción no es el mismo derecho material de fondo que se discute en juicio.

17.- Cosa distinta es precisar si la acción pertenece estrictamente al campo procesal, porque el hecho es que gracias al estudio doctrinario de aquel concepto se obtuvo el desarrollo del derecho procesal como una rama autónoma de la juricidad; y por lo tanto, hay que aclarar que una cuestión es la de saber la naturaleza jurídica de la acción, y otra determinar el concepto sobre el cual debe levantarse la teoría del proceso, que bien puede ser el de acción u otro.

18.- Son incorrectas las teorías de la Rechtschutzanspruch y la del Derecho Potestativo; la primera porque sólo aparece congruente con su postulado cuando el juicio termina con sentencia favorable a las exigencias del actor; pero queda sin explicación los casos en que se ejercita la acción y el Tribunal dicta sentencia absolutoria, es decir, declara que el actor no tenía el derecho que decía habersele desconocido o violado.

19.- La teoría de la acción como un derecho potestativo no es aplicable al fenómeno jurisdiccional, ya que es falso que el ejercicio de la acción no traiga aparejada ninguna obligación y únicamente produzca sus efectos en la persona del demandado; lo cierto es que la acción es un derecho como cualquier otro al que si corresponde una obligación, la del Estado a prestar la función pacificadora.

20.- Mi opinión es que la acción es un derecho público que pertenece a toda persona y cuyo poder estriba en hacer funcionar la maquinaria jurisdiccional para que se pronuncie sobre la pre-

tensión que formula el actor en la demanda, y con toda independencia del sentido de la sentencia que se dicte.

21.- La acción es un derecho subjetivo y público, es la -- consecuencia de la prohibición del Estado a que el particular se haga justicia por propia mano; y por lo tanto se instituye en el sistema legal como la garantía constitucional de que cualquier-- ciudadano pueda solicitar la intervención de los Tribunales. Pero de esto se desprende claramente que la acción no pertenece al estricto campo del derecho procesal, sino al del derecho constitucional.

22.- Por lo tanto, respecto a la segunda cuestión de la conclusión 17, contesto que el concepto sobre el cual debe girar la teoría del proceso no es el de acción, sino el de pretensión procesal como la manifestación de voluntad por la que se pide al órgano jurisdiccional que actue frente a persona determinada y distinta de la autora de la manifestación.

23.- Así quedan determinados ambos conceptos: el de acción-- como el derecho subjetivo público de carácter constitucional que otorga al ciudadano el acceso a los Tribunales y que por lo tanto constituye el presupuesto del proceso; y la pretensión como el-- acto que hace surgir el proceso y sobre el cual debe girar toda-- la problemática procesal.

24.- Con estos antecedentes y explicaciones puede iniciarse alguna reforma al Código de Procedimientos Civiles para el Dis--trito Federal: a) debe eliminarse el término "acciones" porque

es una remota reminiscencia de los tiempos en que la acción sólo se consideraba como un apéndice del derecho civil y por tanto se encontraba indisolublemente ligada al derecho material; b) el -- concepto acción debe concebirse en su aspecto público y como el derecho correlativo a la obligación de establecer Tribunales para administrar justicia prevista en el artículo 17 Constitucional; c) la pretensión debe tratarse como la figura técnica sobre la cual debe versar la estricta problemática procesal.

B I B L I O G R A F I A

- Alvarez Suárez, Ursicino ; "Curso de Derecho Romano " Tomo I; 5ta. Edición ; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid --- 1955.
- Austin, John; "Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia"; 1a. Edición; Editorial Nacional; México 1974.
- Bialostosky, Sara; "Panoráma del Derecho Romano"; 3a. Edición; - -- Editorial U.N.A.M; México 1985 .
- Bloch, León ; "Luchas Sociales en la Antigua Roma"; 1a. Edición; - Editorial Claridad; Buenos Aires, Argentina 1934.
- Burian, J. y Janda J. "Historia de Roma" ; 2a. Edición; Editorial --- Cartago; México 1983 .
- Caravantes, José de Vicente Y.; "Tratado Histórico , Crítico, Filo sófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil --- según la Nueva Ley de Enjuiciamiento" Tomo I; 2a Edición; -- Editorial Imprenta de Gaspas y Rolg; Madrid 1982.
- Carlos, Eduardo B. ; "Introducción al Estudio del Derecho Proce --- sal"; 3a. Edición ; Editorial Ediciones Jurídicas Europa -- América; Buenos Aires , Argentina 1959.
- Coulanges, Fustel de ; "La Ciudad Antigua"; 5a Edición ; Editorial- Porrúa; México 1986 .
- Couture, Eduardo J. ; "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". ; - 3a. Edición ; Editorial Nacional , México , D.F. 1984 .
- Cuenca, Humberto; "Proceso Civil Romano"; 4a. Edición ; Editorial- Jurídicas Europa-América ; Buenos Aires , Argentina 1957 .
- Chiovenda, Giuseppe ; " Instituciones de Derecho Procesal Civil" - Tomo I ; 4a. Edición ; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid España 1954 .
- Chiovenda , Giuseppe ; " Principios de Derecho Procesal Civil"; -- Tomo I; 3a Edición ; Editorial Reus S.A. ; Madrid , España- 1922 .
- "Derecho Canónico "; 3a. Edición ; Editorial EUNSA; Pamplona , Es- paña 1977.
- "Diccionario de Derecho Romano" ; por Faustino Gutiérrez -Alviz y- Armario; 2a. edición , Editorial Reus S.A. Madrid 1982.
- "Diccionario Enciclopédico Salvat"; 12. Tomos ; 1a. Edición , Edi- torial Salvat ; Barcelona 1970 .

- "Digesto" Versión Castellana de A. Dórs, F. Hernández Tejero P. o. Fuentesecca, M. García Barrido y J. Burrillo. 3a. Edición, Editorial Aranzandi; Pamplona España 1968.
- Dos Reis, José Alberto; "Teoría de la Acción"; 1a. Edición; Editorial Compañía General Editora S.A.; México, D.F. 1944.
- "Enciclopedia Jurídica Omeba"; XVI Tomos; 2a. Edición; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires 1954.
- Gayo; "Institutas"; 1a. Edición; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1987; Edición comentada por Alfredo Di-Pietro.
- Guasp, Jaime; "La Pretensión Procesal"; 2a. Edición; Editorial Civitas, S.A.; Madrid, España 1985.
- "Historia Universal Salvat"; XII Tomos; 2a. Edición; Editorial Salvat; Barcelona, España 1984.
- Justiniano; "Institutas"; 3a. Edición; Editorial Heliasta S.R.L.-Buenos Aires, Argentina 1976; Edición Bilingüe latín-español comentada por M. Ortolan.
- Margadant, Guillermo Floris; "La segunda vida del Derecho Romano" 1a. Edición; Editorial Miguel Angel, Porrúa S.A.; México 1986.
- Merryman, John Henry; "La Tradición Jurídica Romano-Canónica"; 3a. Edición; Editorial Fondo de Cultura Económica; México 1980.
- Muther, Theodor; "Sobre la Doctrina de la Actio Romana, del derecho de accionar, de la 'litiscontestatio' y de la sucesión singular en las obligaciones"; incluida en la obra "Polémica sobre la 'Actio'"; 1a. Edición; Editorial Ediciones Jurídicas; Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1974, con introducción de Giovanni Pugliese.
- Pallares Portillo, Eduardo; "Historia del Derecho Procesal Civil" 3a. Edición; Editorial Porrúa; México 1969.
- Pallares Portillo, Eduardo; "Diccionario de Derecho Procesal - Civil"; 5a. Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1984.
- Petit, Eugéne; "Tratado Elemental de Derecho Romano"; 3a. Edición; Editorial Nacional; México 1961.
- Reichel, Hans; "La Ley y la Sentencia"; 2a. Edición; Editorial-Reus S.A.; Madrid, España 1921.
- Rocco, Alfredo; "La Sentencia Civil"; 2a. Edición; Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor; México 1985.

- Savigny, Friedrich Carl Von; "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho"; incluida en la obra titulada "Thibaut-Savigny, la Codificación"; 2a - Edición; Editorial Aguilar; Madrid, España 1970.
- Savigny, Friedrich Carl Von; " Sistema de Derecho Romano Actual"; 2a. Edición; Editorial Cóngora y Cía. Editores; Madrid-España 1912 .
- Scialoja, Vittorio; " Procedimiento Civil Romano"; 2a. Edición; Editorial Jurídica-Europa - América; Buenos Aires, Argentina 1954 .
- Thibaut, Anton Friedrich Justus; " Sobre la necesidad de un Código Civil General para Alemania"; incluida en la obra titulada "Thibaut-Savigny, la Codificación"; 2a.Edición; Editorial Aguilar; Madrid España 1970 .
- Vinogradoff, P.; " Introducción al Derecho "; 2a. Edición; Editorial Fondo de Cultura Económica; México, Distrito Federal 1985 .
- Wach, Adolfo; "Manual de Derecho Procesal Civil " Tomo I; 2a. Edición; Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1977 .
- Windscheid, Bernard; "La 'actio' del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual "; incluida en la obra titulada "Polémica sobre la 'Actio'"; 1a. Edición; Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1974 .

#### LEGISLACION

- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; 8a. Edición; Editorial-Miguel Angel Porrúa S.A.; México D.F. 1989 .
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; 38a. - Edición; Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1990 .



I N D I C E

LA EVOLUCION Y TRASCENDENCIA DE LA ACTIO ROMANA  
PARA LA ELABORACION DE LAS MODERNAS TEORIAS  
SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION.

INTRODUCCION . . . . . III

CAPITULO PRIMERO

LA ACCION EN EL DERECHO ROMANO

I.- CONSIDERACIONES GENERALES . . . . .	1
II.- LAS ACCIONES DE LA LEY . . . . .	3
1.- Orígenes . . . . .	3
2.- La Necesidad del Procedimiento . . . . .	7
3.- Las Formas Sacramentales de la Religión y el Procedimiento de las Acciones de la Ley . . . . .	13
4.- Causas Extrajurídicas del Establecimiento de las Acciones de la Ley . . . . .	17
5.- Características de las Acciones de la Ley . . . . .	23
6.- La Litis Contestatio en el Procedimiento de las Acciones de la Ley . . . . .	28
7.- El Carácter Privado del Procedimiento de las Acciones de la Ley . . . . .	32
III.- PERIODO FORMULARIO . . . . .	38
1.- La Conquista Romana y el Problema de la Administración de Justicia a los Peregrinos . . . . .	38

2.- El Pretor Peregrino . . . . .	43
3.- Estructura de la Fórmula . . . . .	52
4.- Innovaciones Pretorias . . . . .	55
5.- Partes Accesorias o Extraordinarias de la Fórmula . . . . .	65
6.- La Litis Contestatio y sus Efectos . . . . .	70
7.- El Carácter Público del Procedimiento Formulario . . . . .	79
8.- El Derecho Surge de la Acción y no la Acción del Derecho . . . . .	83
IV.- PERIODO EXTRAORDINARIO . . . . .	90
1.- Causas que Motivaron su Establecimiento . . . . .	91
2.- Características . . . . .	92

## CAPITULO SEGUNDO

### EL DERECHO EN LA EDAD MEDIA Y EL RENACIMIENTO

I.- LIMITES DE ESTUDIO . . . . .	95
II.- LA COMPILACION JUSTINIANEA . . . . .	98
1.- Necesidad de la Compilación . . . . .	103
2.- Estructura y Contenido . . . . .	104
3.- Trascendencia de la Compilación Justiniana . . . . .	109
III.- LOS DERECHOS GERMANICOS . . . . .	115
IV.- EL DERECHO CANONICO . . . . .	120
V.- PRINCIPALES ESCUELAS JURIDICAS EN LA EDAD MEDIA . . . . .	124
1.- Los Glosadores . . . . .	125
2.- Los Postglosadores	

VI.- LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO . . . . .	130
1.- Estado General del Derecho . . . . .	130
2.- Aportaciones al Derecho Procesal . . . . .	132
3.- El Renacimiento . . . . .	136
4.- Usus Modernus Pandectarum . . . . .	139
VII.- EL MOVIMIENTO CODIFICADOR . . . . .	141
1.- Causas que Provocaron la Codificación . . . . .	141
2.- La Revolución . . . . .	143
3.- El Derecho Público . . . . .	147
4.- La Codificación en Alemania . . . . .	149

### CAPITULO TERCERO

#### LA CONCEPCION MODERNA DEL DERECHO DE ACCION

I.- EL PUNTO DE PARTIDA . . . . .	156
II.- LA ACCION COMO UN DERECHO CONCRETO A TUTELA JURIDICA . . . . .	167
III.- LA ACCION COMO UN DERECHO POTESTATIVO . . . . .	173
IV.- TEORIA DE LA ACCION COMO UN DERECHO ABSTRACTO . . . . .	183
V.- TEORIA DE LA PRETENSION PROCESAL . . . . .	190
VI.- NUESTRO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO . . . . .	198
CONCLUSIONES . . . . .	208
BIBLIOGRAFIA . . . . .	216
INDICE . . . . .	219