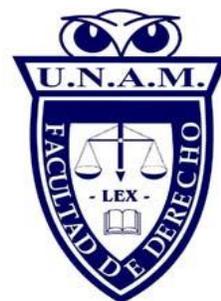




**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO**

**“Sobre la impartición de justicia
en el Derecho Romano”**

TESIS QUE, PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

REY DAVID VALLEJO ROSAS

BAJO LA DIRECCIÓN DEL
DR. JOSÉ DE JESÚS LEDESMA URIBE

REVISADA POR LA
DRA. SARA BIALOSTOSKY BARSHAVSKY

Ciudad Universitaria, México, D.F.

Septiembre, 2014.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

Agradecimientos

Con el más grande y profundo agradecimiento al Señor.

A mi familia:

☞A mi padre☞, *in memoriam*, pues tus enseñanzas, siguen formando parte de mi vida.

☞A mi madre☞, sin cuya compañía, no entendería mi existencia, ya que has sido mi mejor y más grande compañera, maestra y amiga en este camino, sin duda, la persona más importante de mi vida, con ese amor y paciencia infinitas que te caracterizan. ¡Gracias Mamá!

☞A mi hermana☞, Bertha Vallejo, pues con tu ejemplo, aprendí que la constancia es elemento ineludible del éxito.

☞A Rosario Victoria☞, mi hermana, quien nació de padres diferentes.

A mis maestros:

☞A la Dra. Sara Bialostosky☞ ¡Gracias por ser mi madre académica! Esperando que tan sencilla frase pueda encerrar el agradecimiento, amor y profundo respeto que, a lo largo de cinco años, he sentido hacia usted.

☞Al Dr. José de Jesús Ledesma Uribe☞, ilustre jurista y profesor, a quien agradezco gran parte de mi formación, su tutoría personal forma parte insustituible de estos primeros cinco años de vida académica, pero su ejemplo como ser humano es aún más valioso. ¡Gracias maestro!

☞A la Dra. Martha Patricia Irigoyen Troconis☞, bajo cuya dirección, he adquirido los primeros rudimentos de una de las herramientas más necesarias para el estudio del derecho romano: la lengua latina. *Gratias plurimas magistra dilectissima!*

☞A mis grandes maestros de la Facultad de Derecho☞: Rolando Tamayo, Alfonso Ochoa Hofmann, José Luis Chirinos, Graciela Staines, Consuelo Sirvent, Emma Mendoza, Margarita Arévalo, Jorge A. Domínguez Martínez, Sonia Venegas, Tessy Obregón, y especialmente a María Isabel Jiménez Moles, mi maestra y amiga, a quien aprecio profundamente.

☞A todas esas personas especiales, que se han
convertido en parte insospechadamente
importante y bella de mi vida☞

Especialmente a:

Antonio

Miguel

Xochitl

Melissa

Ricardo

Araceli

Lupita

Fernando

Paulina

Reneé

Rosy

Rafael

Lulú

Sobre la Impartición de Justicia en el Derecho Romano

Introducción	I
Capítulo primero. De la autocomposición a la heterocomposición.....	1
La evolución de la autotutela a la heterocomposición en la antigüedad.(2)	
Premisas de la noción de proceso.(11)	
Capítulo segundo. Sobre los órganos políticos y judiciales en Roma	16
1. Conceptos fundamentales: <i>imperium, maiestas,</i> <i>potestas, iudicium, iudicatio.</i> (16)	
2. La Monarquía.(21)	
3. La República y las magistraturas.(24)	
4. El principado.(44)	
Capítulo tercero. El proceso civil romano	52
1. Introducción.(53)	
2. El <i>Ordo Iudiciorum Privatorum.</i> (56)	
3. El procedimiento extraordinario. (73)	
Capítulo cuarto. El proceso criminal Romano	79
1. Sobre la distinción entre <i>crimina</i> y <i>delicta</i> (80)	
2. A propósito de los delitos públicos y las <i>quaestiones perpetuae.</i> (84)	
3. El proceso penal. (92)	
Capítulo quinto. Influencia del proceso civil romano en el mexicano	95
Conclusiones.	106
Bibliografía.	109

Introducción.

*ET QUIDEM INITIO CIVITATIS NOSTRAE POPVLVS SINE LEGE CERTA, SINE IVRE CERTO PRIMVM AGERE INSTITVIT, OMNIAQVE MANV A REGIBVS GOVERNABANTVR*¹, dice Pomponio en el *LIBER SINGVLARIS ENCHIRIDIVM*, pues efectivamente, cuando los romanos establecieron sus bases, cuando decidieron asentarse en el *septimontium*², cuando los hijos de Marte y Rhea Silvia fundaron Roma, habiendo sido rescatados de una cruel muerte por *Luperca*, su madre nutricia, es decir cuando el mito y la religión lo permeaban todo, no se tenía ni ley ni derecho ciertos y los reyes a su arbitrio gobernaban.

Sin embargo, la historia de Roma no encierra la historia de la humanidad misma, pues los primeros grupos humanos fueron, por mucho, anteriores a ésta gran civilización. Pero la historia del hombre nos lleva a pensar que, mientras los primeros grupos humanos pudieron convivir de una manera más o menos cordial, era inclusive innecesario pensar en un método de resolución de conflictos, pues la paz entre los hombres no lo exigía; sin embargo, pasado el tiempo, aumentados

¹ D. 1.1.2.2. Y de hecho, en el inicio de la ciudad nuestra, el pueblo, sin una ley cierta, sin derecho cierto, antes de haberlo instituido, todo por la mano de los reyes era gobernado. Traducción del autor.

² Nos referimos a la Roma de los siete montes: Palatino, Esquilino, Quirinal, Capitolino, Aventino, Celio y Viminal; donde, según la tradición, se fundó el corazón de lo que en siglos posteriores sería el imperio más grande de la antigüedad y la última y más imponente de las culturas clásicas.

en sus miembros y en su número los grupos sociales, era comprensible que las diferencias entre los individuos empezaran a surgir.

Considerando a los romanos a partir de la etapa en que son ya un pueblo políticamente organizado, nos disponemos a estudiar la forma en que, bajo sus reglas, castigaban las conductas lesivas del bienestar de la colectividad y de los individuos, así como la forma en la cual resolvían las diferencias entre los mismos particulares.

Por ello, consideramos de suma importancia explicar de forma somera la organización política romana en las tres etapas por las que atravesó: la monarquía, la república y el imperio, en lo referente a los órganos encargados de la impartición de justicia.

Así, debido también a su importancia pretendemos aclarar los diferentes poderes de los funcionarios judiciales, así como una explicación general de su organización; por lo cual se trazará un panorama general de los mismos.

La conformación del *regnum* (que tan bien detalla Ugo Coli) como primera organización política, la falta de distinción entre el *ius* y el *fas* como elementos que conformaron un primer orden jurídico, carente, sin embargo, de instituciones civiles y religiosas claramente diferenciadas, la importancia de la clase sacerdotal en la vida pública de la *urbs* romana, reflejada en la interpretación de la voluntad de los dioses (*i.e. auspicia*), la elaboración del calendario y la importancia que para el funcionamiento de las primeras asambleas populares tenía la labor de los primeros colegios religiosos, no puede ser negada.

Llegada una nueva forma de gobierno, la República, con dos cónsules al frente del gobierno, supondría luego de algunos años de haberse instaurado, el nacimiento de una ley de carácter completamente novedoso en su tipo: la Ley de las XII Tablas. Será precisamente este evento (453-451 a. C.) el que marque el inicio de una nueva etapa para el Derecho Romano: el de la jurisprudencia preclásica, desde luego, por la clara diferenciación entre las funciones públicas de gobierno, con un carácter eminentemente civil y la diferenciación con las

magistraturas religiosas (el *Rex Sacrorum*, por ejemplo), las cuales pasaron a un segundo papel, en comparación con todo el nuevo séquito de magistrados que acompañaron a los Cónsules.

Será hasta el fin de la República, como se ha establecido por casi todos los romanistas, que dure la llamada época preclásica del Derecho Romano y dé inicio una de las más importantes y atractivas, no solo por el periodo histórico que abarca, que será el del principado, sino también por el amplio florecimiento que tuvo Roma bajo dicho régimen, pues los juristas de memoria más consagrada vivieron en aquel entonces (Papiniano, Ulpiano, Paulo, etc.), y tuvieron lugar también varias de las más grandes obras de reconstrucción y embellecimiento de Roma (bajo el reinado de Augusto, sobre todo), además del amplio florecimiento de la filosofía (el estoicismo), la poesía (Ovidio) y la literatura (Livio), así mismo, existieron las primeras luces de una pretensión sistemática en la construcción del derecho (el edicto perpetuo de Adriano - 125-131 a.C. -, reconstruido por Otto Lennel en su *Palingenesia iuris civilis*).

No será sino hasta la muerte del último de los Severos (Alejandro), que un buen sector de la romanística contemporánea marque el fin de la época clásica, debido a que, luego de varios siglos de esplendor (de la paz octaviana a las guerras civiles ocurridas precisamente a la muerte de Severo) Roma cae nuevamente en el desorden; revueltas civiles y militares por un periodo de alrededor de cincuenta años, durante los cuales muchos emperadores se sucedieron en el trono, hasta el advenimiento de Diocleciano, quien instaurara la tetrarquía (dos Augustos y dos Césares) y, por tanto, marcará el inicio de la división del imperio romano en Oriente y Occidente, consolidada por Teodosio II.

Iniciado el periodo de Diocleciano, tiene lugar un interesante espacio, conocido como época posclásica, en el cual, el deterioro de la moral pública romana, junto con el prestigio de sus instituciones (siendo el Senado, por cierto, el último en caer en el descrédito popular) y el franco declive de su derecho (poca producción en ésta época), el traslado de la capital del Imperio de Occidente a Milán y el florecimiento de la vida social, política y económica en Constantinopla,

marcan ésta época, no es de asombrarse que un antecedente marcado haya sido la expedición de la famosa Constitución de Caracalla, que otorgaba la ciudadanía a todos los hombres que entraran al territorio del Imperio.

Ahora bien, un hecho que resulta hasta cierto punto contradictorio, es el que mencionemos precisamente a Justiniano como el personaje central de la última etapa destacada del Derecho Romano, pues si se trata del tema de la jurisprudencia, fue él quien se encargó de prohibir comentarios, interpretación, etc. y, con ello, de fundar uno de los principios rectores del sistema jurídico de ley escrita: su plenitud hermética.

Corresponderá a Justiniano realizar importantes reformas en el sistema jurídico de Roma: equiparó los derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio en materia de sucesiones, promovió los derechos de las clases marginadas, especialmente de las mujeres, luchó por erradicar la prostitución y promovió una importante reforma tributaria.

Es del todo necesario, a la par de trazar la historia misma de Roma, continuar con la historia de su Proceso Civil, lo cual se fundamenta no solamente en que nuestros planes y programas de estudio de licenciatura se ciñen, casi en su totalidad, al estudio del derecho privado romano y los procesos mediante los cuales los particulares podían ejercitar sus derechos subjetivos, sino por la importancia que reviste para poder entender al proceso civil que rige en México y observar cómo se van, poco a poco, definiendo ciertos rasgos de la teoría del proceso.

De igual forma, con una visión general de la historia y evolución del proceso civil, pretendemos explicar los conceptos mínimos fundamentales para la comprensión de sus instituciones, características y particularidades, pues resulta necesario exponer de inicio los elementos con base en los cuales se habrá de entender la temática tratada.

No menos importante que el estudio del proceso civil, será estudiar el proceso criminal; el cual será objeto de la última parte de la presente tesis, pues si

bien los estudios ius-romanísticos en México lo han dejado de lado, por priorizar el análisis de los procedimientos civiles, pretendemos salvar este espacio y enriquecer, en la medida de lo modestamente posible para un escrito de este nivel, lo que nuestra Universidad Nacional ofrece al desarrollo del conocimiento en materia jurídica e histórica.

Podría parecer excesiva vanidad dedicarse al estudio de un tema que, si bien se encuentra amplia y profundamente analizado, lo ha sido poco en el ambiente jurídico local, pero consideramos que para explicar un tema tan amplio como lo es la resolución de conflictos, no solamente podemos ceñirnos a cierto tipo de procedimientos, sino debemos presentar una visión general, si bien no con pretensiones enciclopédicas, de lo que para los romanos significó la violación de la moral pública y no solamente la violación del derecho de los particulares por sus iguales.

Pretendemos, si, proporcionar un panorama general sobre los procesos de impartición de justicia en el derecho romano, por lo cual el enfoque histórico y la aplicación del método de dicha disciplina, son imprescindibles, pero no suficientes, por lo cual también utilizaremos del método del derecho comparado para concluir con un breve pero significativo capítulo sobre las repercusiones del derecho procesal civil romano en el proceso mexicano.

De esta manera, pretendemos enfocar el presente estudio como un escrito monográfico sobre la impartición de justicia en Roma, abarcando no solamente a los procesos mismos, sino a su entorno político y administrativo, situando en su contexto histórico cada uno de ellos, atendiendo a sus peculiaridades, con el propósito de presentar un panorama lo más claro posible sobre la resolución de conflictos y la impartición de justicia en general en el Derecho Romano.

Capítulo Primero. De la Autocomposición a la Heterocomposición.

La necesidad de resolver los conflictos humanos, nace en el mismo momento que dichas controversias. Es innegable que, a la par del desarrollo de las sociedades humanas la convivencia misma entre las personas generó la contraposición de intereses y, con ello el deseo de cada uno de los “contendientes” de ver cumplidos sus deseos antes que los de su contrario. Resulta entonces necesario crear un medio suficientemente eficaz para tal propósito, para lo cual hizo falta el trabajo de numerosos hombres y siglos.

Como una forma de iniciar este capítulo inaugural, queremos tomar en cuenta que no todos los autores están de acuerdo con la terminología que se usa en éste apartado, pues hay quienes señalan que en algunos casos, ciertas palabras se refieren a figuras equivalentes a la jurisdicción, mientras que con algunos otros vocablos, se hace referencia a instituciones excluyentes de la misma, además de que, entre ellos mismos, difieren en las formas de llamar al fenómeno que aludiremos a continuación como auto-tutela, autodefensa, etc. Lo cierto es que, independientemente de la manera en que deseemos llamarlo, estamos haciendo referencia al primer modo que pudo conocer el ser humano de resolver sus conflictos.¹

¹ Al respecto, existen interesantes observaciones que realizó el profesor Eduardo García Maynez, donde plantea la polémica de la terminología que propuso Niceto Alcalá-Zamora, respecto de las formas que nos referimos al proceso de resolución de conflictos. Ver: García Maynez Eduardo.

En relación con lo señalado, encontramos que el maestro Cipriano Gómez Lara, enseña que la **auto-tutela** de configura en aquel conflicto al interior del cuál, el más fuerte impone, por su inteligencia, destreza o habilidad, la solución del conflicto a su contraparte; distinguiéndola de la **autocomposición** en cuanto que ésta última significa apartarse de la auto-tutela para encontrar juntas las partes del conflicto La solución al mismo, mediante pacto, renuncia o reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria.²

Sin embargo, nos estamos refiriendo a las primeras etapas de la civilización, en las cuales la naturaleza irreflexiva del comportamiento humano lo dominaba todo pues, como señala Correas, la mente humana es una especie de receptáculo en donde conviven ideas, percepción, pasiones, etc. y eran precisamente éstas últimas las que guiaban el actuar humano en aquellos tiempos, pues, en la búsqueda de los satisfactores a sus necesidades más esenciales, era de poca importancia para los hombres el tener que luchar –en el sentido físico y literalísimo del término- para conseguirlos.

Es en ésta etapa de la evolución de las sociedades humanas que la auto-tutela de los derechos lo inunda todo, pues será necesario avanzar hasta la época clásica de la antigüedad para que el hombre empiece a dilucidar sobre los motores del comportamiento humano, como lo hizo Aristóteles en el mito del carro alado (razonamiento, apetito irascible y concupiscible) y se empiece a gestar el pensamiento que impacta a los modernos, nos referimos a Hume, respecto de que la virtud de un hombre, consistirá en obedecer a los dictados de la razón,

1. Evolución de la auto-tutela a la hetero-composición

Reseña sobre “Proceso, autocomposición, hetero-composición y defensa” de Alcalá- Zamora y Castillo, Niceto. En Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Núm. 38, Abr-Jun 1948.

² GÓMEZ Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. 10ª Ed. 14ª Reimp. Oxford. México. 2014. Quien explica en los primeros capítulos las diferencias entre los medios de resolución de conflictos en perspectiva histórica.

cuando estos entren en conflicto con sus pasiones, es decir, el control de los apetitos y el predominio de la razón.³

Del mismo modo y aludiendo también a la naturaleza humana, Luís Dorantes Tamayo señala que uno de los elementos constitutivos de la autotutela es la acción directa de uno o todos los sujetos del conflicto, la ausencia de un juez distinto de las partes y la imposición de la solución por una de las partes hacia la otra, que encuentra su fundamento en el egoísmo humano.⁴

De esta forma, ante todas las características que hemos señalado de la auto-tutela, basada en la venganza privada carente de cualquier limitación, la colectividad una vez que observó los estragos que esto causaba, empezó a intervenir entre los contendientes; primero para reglamentar (limitación de la venganza, que encontrará su mejor expresión en el Código de Hammurabi) y posteriormente para excluir el uso de la fuerza en la composición de los conflictos, con lo que se llegó a la etapa de la autocomposición, en la que se limitó precisamente el derecho de vengarse y se prefirió optar por otras medidas para considerar satisfechos los intereses de las partes; para continuar su camino evolutivo hacia la heterocomposición y por consiguiente, al proceso.

La secuencia cronológica que las diferentes culturas de la antigüedad (Mesopotamia hacia 2112 a. C. así como la civilización sumeria, el mismo Código de Hammurabi y los diferentes testimonios con que se cuenta de las leyes de los asirios) muestran, en el avance de un medio de resolución de conflictos, eminentemente privado y sangriento hacia medios pacíficos; concuerda con el paso de los pueblos nómadas a los primeros asentamientos humanos mixtos dedicados a la pesca, la caza, la recolección y, sobre todo, la agricultura; elemento

³ CORREAS, Oscar. Razón, retórica y derecho. Ediciones Coyoacán. México. 2009. Dedicó, por cierto, un capítulo expreso sobre el pensamiento de Hume, quien retoma precisamente los fundamentos aristotélicos sobre las pasiones y apetitos de los hombres, para explicar cómo es que se llega al paradigma del predominio de la razón.

⁴ Expresa lo anterior en concordancia con varios autores sobre la teoría del proceso en DORANTES Tamayo, LUÍS. Teoría General del Proceso. Porrúa. México. 1983.

social que permitió sentar las bases para la paulatina desaparición del nomadismo entre las tribus.

Se distinguen en este proceso algunos periodos como el sumerio⁵ que demuestran inestabilidad en el poder que se empezaba formar y una constante lucha por la supervivencia ante las invasiones de otros pueblos, periodo que desembocó en el derecho babilónico, cuyo periodo de mayor esplendor quedó maravillosamente expresado en el código de Hammurabi.⁶

Cabe señalar que, dentro de las culturas de la antigüedad, la hebrea, presentaba ya, por lo menos, un esbozo de la impartición de justicia desde su concepción misma del mundo, pues desde la misma fundación de la tierra existían reglas, un juez que era su mismo creador y personas sujetas a éstas reglas, ante cuya desobediencia, el primer castigo fue la expulsión de su lugar sagrado y, posteriormente, el primer crimen cometido, el fratricidio, fue castigado con el destierro. Avanzando el tiempo, muestran que ya existía dentro de su ideología el concepto de Ley escrita, cuya primera expresión fue dada por su Dios al patriarca Moisés.⁷

Al respecto conviene también hacer mención de que, si bien los contenidos de los textos sagrados de los judíos no constituyen un antecedente de la normatividad romana, por el simple hecho de que éstas culturas no habían entrado aún en contacto, mismo que impactará definitivamente a Roma en sus últimas

⁵ Se refiere el periodo de esplendor de la cultura de los sumerios, tal vez la civilización más antigua del mundo y a la cual se deben importantes descubrimientos, como la rueda, y en cuyo territorio se han encontrado los testimonios más antiguos de escritura cuneiforme de los que se haya tenido noticia hasta la actualidad.

⁶ Al respecto, tiene un buen desarrollo del tema el profesor BRISEÑO Sierra, Humberto. Compendio de Derecho Procesal. S/E. México. 1989.

⁷ Pues en la cosmogonía de la cultura hebrea, las reglas encuentran su sustento en la voluntad divina, cuyos sujetos, el primer hombre y la primera mujer, es decir, Adán y Eva, formados por las manos del Creador, recibieron la punición por la voluntad de Él, ante la desobediencia a sus mandatos. Igualmente, los hijos de Adán y Eva, Caín y Abel, protagonizan la historia del primer crimen en el mundo (repetimos, en la tradición de los hebreos), cuyo castigo fue el destierro, aplicado también por la voluntad del Creador de sus padres. Se puede leer esta cita en la Sagrada Biblia, en cualquiera de sus versiones. THOMPSON, Frank Charles, Redactor. Biblia de Referencia Thompson. Ed. Vida. Florida. 1987. Génesis 1-3. y respecto de la historia de Moisés: Éxodo 20: 1-17.

etapas, es decir, en la conocida etapa del derecho romano cristiano⁸, sin embargo, como una de las culturas más importantes de la antigüedad por la herencia tan grande que ha dejado como elemento conformador de la tradición judeo-cristiana, una de las más esparcidas por el mundo en materia de ideología religiosa, pero también como uno de los sistemas jurídicos religiosos que sobreviven en la actualidad, ha impactado definitivamente a Occidente y su pensamiento en tal medida que, junto con la filosofía de los griegos, podemos decir que constituyen uno de los más valiosos elementos para definir y entender nuestras formas de ser y de actuar.

Otro de los estudios más importantes en la materia a que nos referimos es el que realiza el Dr. Rolando Tamayo respecto de la obra del profesor Hans Julius Wolff, quien expone dos teorías, inclinándose, desde luego, por una de ellas, que bien podrían explicar cómo el ser humano transitó de la auto-tutela de los “derechos” a la auto y posteriormente a la hetero-composición.

Señala así Wolff que una de las teorías, supone que la colectividad, ante los mayores conflictos causados por la auto-tutela y la imposición por medio de la fuerza de la solución del conflicto por una de las partes a la otra, regularmente efectuada por medios físicos, tuvo la necesidad de reaccionar por sí misma y paulatinamente empezar a aceptar la amigable composición, cuyo proceso supone el triunfo de la razón sobre el instinto humano y, con el paso de los siglos, la general aceptación de que dicho modo de resolución de conflictos era lo deseable y, con un poco más de esfuerzo intelectual, la culminación de la institución del proceso.

La segunda teoría que expone el Dr. Tamayo, implica un modo diferente de lograr la sumisión de los particulares a las decisiones de un tercero, que presupone la formación de organismos políticos con la fuerza suficiente para obligar a los individuos a acatar sus resoluciones y someterse a su arbitraje, pues considera impropio de la naturaleza humana renunciar al deseo de vengarse y

⁸ Que muy bien ha estudiado BIONDI Biondo. *Diritto Romano Cristiano*. 3 Vols. Giuffrè. Milán. 1953. Y que corresponde a las últimas etapas de la vida política y jurídica de Roma.

acatar voluntariamente la participación de un tercero ajeno al conflicto para dar solución al mismo, que es precisamente la que señala como cierta, pues gracias al desarrollo de organismos políticos es como, por medio del ejercicio del poder, las primeras manifestaciones del Estado pudieron imponer a las personas la aceptación del arbitraje.⁹

Posiblemente esta fue la forma en que, a partir de la época de la venganza desmedida, caracterizada por el castigo de los crímenes sin ningún tipo de limitación, cuando una de las partes quedaba a merced de la otra para que, corporalmente, ésta última pudiera cobrar el daño que consideraba había recibido, la humanidad transitó por diversas etapas hasta que, en un primer estadio de evolución se considerara que lo justo no sería esa ausencia de limitación alguna en la venganza, sino que lo propio sería causar al otro un daño proporcional a aquel que se había recibido¹⁰, que ya se reconocía en la famosa ley del Talión, del periodo babilónico, como lo señalamos algunas líneas arriba, que será reconocida por la primera ley escrita de Roma, es decir, en la Ley de las Doce Tablas¹¹ e inclusive se abordará el tema en las fuentes del derecho justiniano.

Específicamente, existe una cita en que se señala el criterio de Marco Aurelio, señalando que a quien ha resultado ofendido, compete la venganza pero que, sin embargo, es mejor que acuda ante el poder público para que sea resuelto su problema, porque tiene derecho a que “SE LE ADMINISTRE JUSTICIA”¹²

⁹ WOLFF, Hans Julius. The Origin of Judicial Litigation among the Greeks. En TAMAYO y Salmorán, Rolando Eduardo. El Origen del proceso a la luz de la obra de Hans Julius Wolff. UNAM-FD-IIJ. México. 2009.

¹⁰ Esta opinión es compartida también por ÁLVAREZ Suárez, Ursicino. Horizonte actual del Derecho Romano. Madrid. 1944.

¹¹ T. VIII. *Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto.* Si un miembro es roto (a otro) y no hay paz con él, aplíquese el Talión. (Traducción del autor). En RUÍZ Castellanos, Horacio, Las XII Tablas

¹² D. 4.2.13. *Callistratus. Liber V. De cognitionibus. Extat enim Decretum Divi Marci in haec verba: “optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris”. Quum Marcianus diceret: “vim nullam feci”, Caesar dixit: “tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc quoties quis id, quos debere, sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipso*

En cuanto a las primeras etapas de Roma, debemos señalar que aún encontramos restos de la venganza privada en algunos casos, como el que acabamos de señalar, sin embargo, se empezarán a sentar las bases para cambiar el derecho de vengarse por una compensación pecuniaria, cuyo ejemplo paradigmático bien podría consistir en el advenimiento de la *Lex Aquilia de Damno*¹³.

Debemos señalar la importancia de éste proceso, en virtud de que no solamente para los antiguos era relevante la proporcionalidad en la pena, sino que nuestro moderno derecho, a nivel nacional a internacional, sigue considerando (si bien con la limitación de las penas inusitadas y trascendentales, consideradas por la Constitución y por el Derecho internacional) como uno de los elementos necesarios que las penas que se impongan, sean proporcionales al daño causado y al bien jurídicamente tutelado que haya resultado afectado en virtud del delito, como lo señala nuestro Art. 22 constitucional párrafo primero *in fine* “Toda pena deberá ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado”, además de que, dentro de las garantías del afectado por la comisión de un delito, señala que uno de los derechos de la víctima, es obtener la reparación del daño (Art. 20 apartado C, Fr. VI.), es decir, guarda el criterio de simetría entre el delito realizado y la consecuencia jurídica del mismo, es decir, la aplicación de la pena.

sponte datam, sine ullo iudice temere possidere, is que sibi ius un eam rem dixisse, ius crediti non habebit”.

Traducción: Calístrato. De las Jurisdicciones. Libro Quinto. Porque hay un decreto del Divino Marco Concebido en estos términos: “es mejor, que, si juzgas que tienes algunas peticiones que hacer, ejercites tus acciones”. Como dijese Marciano: “no hice ninguna fuerza”, el Cesar Dijo: “¿Crees tú que solamente hay fuerza, si los hombres fueran heridos? También hay fuerza siempre que alguno pide no por medio del juez lo que juzga que se le debe. Así, pues, si se me hubiere probado que alguien posee o recibió, temerariamente sin intervención de ningún juez, alguna cosa de su deudor, o el dinero adeudado que voluntariamente no se le pagó por el mismo, y que a sí mismo se administró justicia sobre este asunto, no tendrá derecho a su crédito”. Tomado De GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. El Cuerpo del Derecho Civil Romano. Jaime Molinas Editor. Barcelona. 1889.

¹³ Que data del siglo tercero antes de Cristo, misma que según algunos estudiosos del derecho civil, bien puede constituir el primer antecedente de la moderna legislación del daño moral. Acerca del contenido de dicha *Lex* se puede consultar la voz en BERGER, Adolph. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. The Lawbook Exchange. LTD. New Jersey. 2004.

Ahora bien, la importancia que para la antigüedad reviste la cultura helénica, es innegable, por lo cual, el mencionado texto de Tamayo, continúa señalando una interesante cita de “La Ilíada” de Homero, en la cual destaca una particular seña del escudo de Aquiles, en el cual, dice, se hallaba un grabado que reflejaba un proceso ante autoridad.

Dicha cita, que se encuentra en los versos cuatrocientos noventa y siete a quinientos ocho, ha sido en varias ocasiones discutido¹⁴, pues no se cuenta con prueba alguna de su existencia misma y se puede llegar a pensar que se trata de un producto de la imaginación del autor, sin embargo, concluyó el profesor Wolff que la importancia que reviste este texto no se basa en el grado de realidad que en él se haya impreso, sino en que “en una escena ideada por un griego, para un público griego” ya se reflejaba la concepción de un proceso de resolución de conflictos, pues en dicha escena se retrata a un árbitro y un consejo. Lo que queda, así, en nuestra mente, es que los griegos se encontraban ya en un estadio de evolución avanzado, en relación con los medios de solución de conflictos, al rechazar la auto-tutela y la autocomposición.

Fue gracias, precisamente, a la llamada helenización que sufrió el pueblo romano en su época de expansionismo territorial, iniciado en la última etapa de la República, que una significativa parte de la cultura de los griegos fue absorbida por los romanos, a quienes debemos la creación de la primera disciplina en la antigüedad que se dedicó a estudiar la creación y función de las normas, así como su sistematización.

Así, heredera de todos esos siglos de ardua labor humana en la creación de un sistema lo suficientemente operativo en la solución de conflictos¹⁵, en la cual se

¹⁴ Resulta de tal suerte que, habiendo estudiado el texto por varias generaciones, los filólogos han llegado a la conclusión de que, si bien existen formas de interpretar dicho pasaje, no pueden saber a ciencia cierta si el mismo contiene un retrato de la realidad o una impresión de la fantasía del autor, lo que queda claro con él es que, en la mente de los griegos existía ya la concepción de un medio de resolución de conflictos.

¹⁵ Hacemos referencia a las normas de conducta que existieron en la antigüedad, por ejemplo las reglas de funcionamiento de los mercados que existieron en el derecho asirio; o bien a las primeras formas de control público de los delitos como la difamación la violación, el adulterio, etc. que surgieron en el periodo mesoasirio, del que dieron testimonio doce tablillas que se pudieron

fueron definiendo las características de un verdadero medio para resolver las inquietudes que surgen en el ser humano que ha visto violentados sus derechos; Roma será la que se encargue de establecer prescripciones claras y especializadas para resolver, por lo menos, un determinado elenco de conflictos, por medio de formas parecidas, lo que implica, a su vez, una cierta medida de generalización en cuanto a las medidas que se tomaban para dirimir las controversias.

Llegado a éste punto, es oportuno señalar la importancia que en este aspecto tenía la denominada *litis contestatio* en el proceso civil romano, al cual aludiremos posteriormente, pues si la caracterizamos como un acuerdo arbitral en el cual los contendientes renuncian a su derecho de vengarse, a cambio de obtener una sentencia, estaríamos hablando del primer antecedente de los medios alternativos de resolución de conflictos, si bien en necesaria la participación de la autoridad, en éste caso el magistrado, dado que en ésta etapa procesal los contendientes acuerdan voluntariamente nombrar a un juez que habrá de resolver en definitiva el conflicto, con lo cual la historia del hombre se aparta definitivamente de la auto-tutela y la autocomposición para, en lo subsecuente, renunciar de forma permanente a la venganza privada pues, cuando mucho, ésta debía llevarse a cabo con algunas prescripciones y de formas determinadas.

La importancia que reviste el acto de la *litis contestatio* es de un peso tal, que, de acuerdo con su naturaleza, la forma en que se presenta y el contenido de la misma, la romanística contemporánea ha dividido a las etapas por las cuales atravesó el proceso civil romano en dos partes: el *ordo iudiciorum privatorum* y la *cognitio* extraordinaria, siendo el primero de ellos el que comprende dos formas de enjuiciamiento, denominadas como procedimiento de las acciones de la ley y el segundo como procedimiento formulario.

rescatar y que constituyen un vestigio en el que podemos encontrar rastros de sus leyes; o bien la amplia documentación que existe sobre la función de órganos jurisdiccionales que existió en Egipto, apegada a la verdad, la justicia y fundamentada sobre todo en la rectitud de sus jueces, virtud que obtenían por gracia de sus divinidades. Para completar ésta temática, recomendamos consultar a BRISEÑO Sierra, Humberto. Op cit. Pp. 45 – 50.

Dicha división y de ahí es factible deducir la naturaleza e importancia de la *litis contestatio* para el proceso civil romano, consiste en la función que realiza este acto procesal en el juicio, pues en los dos primeros, tendrá el carácter de un acuerdo procesal vinculatorio y aceptado por las partes, refrendado ante la autoridad, en virtud de su *imperium*, en el momento de cuya celebración el proceso quedará dividido en dos etapas, *in iure* e *in iudicio*, que se analizarán *infra*; mientras que en el último de los procedimientos, es decir, en la *cognitio extra ordinem*, se trata de una simple etapa procesal en la cual las reclamaciones de las partes quedan expuestas, sin que esto genere una división en el proceso pues, desde su inicio hasta la ejecución de la sentencia, el asunto será conocido y resuelto por el mismo magistrado.

Es así que con las formas que adoptó el proceso civil romano, se romperá de forma definitiva con las intenciones de venganza de los hombres y se iniciará ya de forma institucional permanente con la impartición de justicia, al configurarse los elementos del proceso, al que aludiremos en páginas posteriores.

Resta ahora abordar algunos conceptos mínimos fundamentales para comprender la naturaleza del proceso, debido a que, en primer lugar, para que exista un problema con fondo jurídico a resolver, es menester que haya un conflicto y, para ello, será necesario también que al menos dos personas, tengan intereses opuestos, por ejemplo, una de ellas desea adquirir algo que es de alguien más y, por otro lado, puede haber disposición de quien tiene la cosa misma a renunciar a ella a cambio de alguna otra cosa que quisiera obtener, en cuyo caso no existiría problema alguno, o bien que se tratara del caso contrario en que se niega a verse desposeído de lo que le corresponde y, con violencia, verse despojado de lo mismo o bien sufrir un daño y, por consiguiente, concebir los deseos de venganza.

Será entonces que, como señalamos, la colectividad, gracias a su fuerza o bien en virtud del progresivo reconocimiento de sus miembros para señalar los límites de la venganza y eliminarla paulatinamente, encaminando los actos de los contendientes hacia la solución pacífica del conflicto.

Precisamente por ello es que necesitamos señalar algunas premisas de la noción de proceso pues, reglamentado por lo menos en forma generalísima y fundamental un medio para solucionar cierta problemática, nos será necesario fijar la terminología y establecer conceptos para continuar con el presente estudio.

2. Premisas de la noción de Proceso

Siguiendo a Carnelutti, en su Sistema de Derecho Procesal Civil, consideramos que los conceptos fundamentales para poder continuar con el estudio son los de interés, conflicto, norma, relación jurídica sujeto jurídico, objeto jurídico, litigio y proceso.

Iniciado el tema con el título de premisas de la noción de proceso, expone el maestro Carnelutti en primer lugar en concepto de **interés**, señalando que no se trata de un juicio, sino de una posición del hombre, tendiente a la satisfacción de una necesidad¹⁶, que regularmente consisten en la apropiación de bienes, es decir, de cosas materiales que satisfacen dichas necesidades, por lo cual los dos elementos para entender el concepto de interés son los de hombre y bien, pues el sujeto del interés es el hombre y el objeto de aquel es el bien.

Cabe hacer la distinción entre los intereses mediato e inmediato, que se basa en la diferencia de los bienes en cuanto a la satisfacción de las necesidades humanas, es decir, que las cubran directamente, en cuyo caso se tratará de un interés inmediato o bien que propicien ciertas situaciones para que las necesidades sean cubiertas, si se trata de intereses mediatos.¹⁷

De esta forma, explica Carnelutti, se entiende la multivocidad de los términos “interés”, “bien” y “necesidad”, utilizados algunas veces en sentido sinonímico, pero distintos en su fondo, pues la necesidad es propia de cada uno

¹⁶ Y esto es especialmente aplicable a las primeras etapas que referimos en las líneas anteriores, en las cuales las necesidades primarias del hombre como la satisfacción del hambre y de una protección de las inclemencias climáticas eran necesarias para su supervivencia misma.

¹⁷ Así, podríamos ejemplificar que el alimento es un interés inmediato, mientras que el hecho de adquirir el dinero para conseguirlo, sería un interés mediato.

de los individuos, por lo que cuando se alude al término de “intereses colectivos”, se designa a aquellas que sienten todos los individuos de un grupo determinado; mientras que los intereses pueden ser individuales o colectivos, siempre que los bienes, es decir el objeto del interés, satisfaga aisladamente las necesidades de un individuo determinado o bien resulte ser un satisfactor que, simultáneamente atiende a las necesidades de una colectividad; por lo que hace a los bienes, se refiere a los satisfactores, es decir, el contenido de la necesidad que, dadas sus características propias, puede satisfacer.

El siguiente concepto a analizar es el de **conflicto de intereses**, que en su sentido subjetivo¹⁸ no importa a la temática que planteamos, sino en su sentido intersubjetivo, es decir, cuando dos o más individuos tienen una misma necesidad, sin embargo, los satisfactores, escasos en su naturaleza como lo son, confrontan a los individuos en sus deseos y necesidades, por lo cual, gracias a la naturaleza humana misma, desean ver su deseo satisfecho antes que el del contrario y surge una lucha, a menos que, buscando una solución pacífica del asunto, uno de los individuos, ambos o varios de ellos limiten la satisfacción de su necesidad a fin de que la ajena pueda ser cubierta, o bien una persona distinta decida respecto de cuál de los contendientes verá satisfecha su necesidad y quién o quienes se verán privados de los satisfactores de la misma.

Respecto de la **norma**, podemos señalar que, existiendo diversas clases de ella, nos interesa la jurídica, es decir, aquella con fuerza vinculatoria, expresada por el Derecho, cuyo cumplimiento se puede exigir coactivamente por los órganos del poder. Específicamente, en la temática atenderemos a las normas por las cuales habrán de regirse los sujetos (actor y demandado) en el juicio, pero también a las pautas de conducta que deberá observar el órgano jurisdiccional, además, claro, de la decisión de éste último, es decir, la sentencia, una norma

¹⁸ Se refiere Carnelutti a un mismo individuo que, teniendo dos o más necesidades, no puede satisfacerlas todas ellas, y le será necesario elegir la satisfacción de una o algunas y excluir la satisfacción de otra u otras.

jurídica individualizada, en la que se constituyen y declaran los derechos y obligaciones de las partes¹⁹.

Relación jurídica, por otro lado, se refiere no solamente a aquella en que se fundamenta el juicio, la cual habrá de ser preexistente al litigio mismo, es decir, al planteamiento que de un problema de hecho hacen las partes a un órgano jurisdiccional para que éste resuelva la controversia, sino a la que nace del planteamiento mismo del conflicto al juzgador o, lo que es lo mismo, una relación jurídica procesal en las que estarán vinculados el actor, que es quien inicia el planteamiento, el demandado, quien resiste a las pretensiones del actor; así como el juzgador, quien tiene a su cargo el dirimir el conflicto.

Ahora bien, si hemos planteado que todo desacuerdo a que nos referiremos es un conflicto de intereses y los intereses son propios del ser humano, conviene que aclaremos a qué nos referimos con el término de **sujeto jurídico** y debido a que no todos los seres humanos en Roma eran considerados sujetos de derecho, pues el status de una persona podría determinar su imputabilidad, su responsabilidad y su capacidad; aún más, en el momento en que se analice el acto jurídico reclamado, podría resultar la incapacidad del sujeto para la realización del acto o bien para reclamarlo en vía de acción.

Sujeto jurídico, en el ámbito procesal, tiene que ver precisamente con la señalada relación que se deriva de la acción ejercitada, es decir, el sujeto de la obligación y el del interés protegido, pues es imposible que la defensa de un derecho se inicie sin que alguien tenga frente a sí a un adversario.²⁰

Expuesto el tema de los sujetos, conviene recordar que el interés mismo, es aquello que envuelve en el fondo a un **objeto**, que necesariamente debe ser un bien, que significa en sí un algo apto para satisfacer una necesidad, siempre que, a la vez, puedan ser objeto de relaciones jurídicas, pues precisamente el interés

¹⁹ Pues determina y crea una situación jurídica, en virtud de la cual los sujetos que estuvieron sometidos al juicio, deberán acatar la sentencia.

²⁰ Esta opinión es reforzada por CARNELUTTI. Op cit. Pp. 33 -36.

jurídico que tengan los sujetos en la adquisición del mismo se desprenderá la controversia y se llevará a cabo un proceso judicial.

Las consideraciones expuestas solo reflejan el inicio de la problemática que habrá de desarrollarse a lo largo de un procedimiento para resolver el conflicto, pues falta aún referirnos al concepto de **litigio**, que consiste en ese dinamismo del proceso, es decir, la confrontación de la voluntades del actor y del demandado; uno queriendo obtener algo mediante la subordinación de la voluntad del otro y éste último presentando resistencia a dichas pretensiones. Ante tal pugna de voluntades será que se desarrolle el proceso ante el órgano jurisdiccional con el fin de resolver el conflicto.

El último de los conceptos preliminares, es precisamente el de **proceso** y Carnelutti señala que:

“... el mecanismo de derecho, como se ha presentado hasta aquí, se ha revelado insuficiente para obtener su finalidad, se trata de integrarlo con un dispositivo ulterior, apto para ponerle remedio ... ese algo es lo que llamamos el proceso”

Es de esta manera, que empezamos a definir el proceso como aquello que nos sirve para, en una controversia, determinar a cuál de las partes contrarias asisten la razón y el derecho, así, al mecanismo puesto en marcha frente a un conflicto, se dará el nombre de proceso.

A esta nota se añade que, el proceso –de *procedere*– indica una serie o una cadena de actos coordinados para el logro de una finalidad. De esta manera, se sostiene que existe proceso siempre que no se baste la realización de un solo acto, sino sea necesaria la consecución de varios de ellos para el logro de dicho fin, que, en el caso que nos ocupa, se refiere a la composición del litigio.

Conclusiones del capítulo primero.

1. A raíz de la dinámica social, los conflictos entre los hombres fueron cada vez más complejos, por lo cual, ante la incapacidad de los seres humanos, en virtud de su naturaleza misma, para resolver por sí mismos sus problemáticas por una vía pacífica en todos los casos, tuvo lugar un largo e interesante proceso histórico, por el cual se establecieron medidas para su composición, que hoy conocemos como proceso, para la impartición de justicia.
2. La necesidad de un medio claro para la resolución de conflictos fue clara para los grupos sociales, en cuanto observaron los muchos males que traía consigo la auto-tutela de los derechos, con la venganza privada.
3. La evolución de los medios de solución de conflictos en la antigüedad, va de la auto-tutela de los derechos hasta la hetero-composición, cuyo mejor ejemplo será el que ocurre en la cultura romana, que presentará, a su vez, una evolución propia, a partir de la hetero-composición con rasgos aún de la venganza privada, hasta la solución de conflictos realizada ante tribunales del estado.
4. La cristalización de la hetero-composición como producto del trabajo intelectual de los antiguos, sucede en Roma, la cual tendrá su propio peso como la que desarrollará claramente conceptos sobre la obligatoriedad de acatar las sentencias, la sumisión a la autoridad del juez y la consecuente eliminación de la noción de venganza, por la obtención de una justa sentencia que dirima los conflictos en última instancia.

Capítulo Segundo. Sobre los Órganos Políticos y Judiciales en Roma

Siguiendo la señalada teoría de Hans Julius Wolff, una vez que encontramos a un Estado lo suficientemente robustecido en poder y fuerza, es decir, con los elementos suficientes como para poder hacer cumplir las resoluciones respecto de los conflictos de intereses entre los particulares, es cuando los conceptos de proceso, árbitro y sentencia cobran sentido. Nos disponemos ahora a abordar el problema que esto suscitaría pues nos es necesario encontrar el fundamento de la facultad del juez (árbitro, *iudex privatus*, *magistratus*), nos estamos refiriendo a la competencia del juez y a su jurisdicción.¹

Sin embargo, en Roma existieron diversos términos para referirse a las distintas potestades que tenían los órganos encargados de la impartición de justicia en Roma, por lo cual pretendemos iniciar el presente capítulo con el estudio de éstos

1. Conceptos Preliminares

¹ Se ha reconocido que, mientras que la jurisdicción es la facultad genérica de los órganos judiciales para resolver los conflictos, la competencia será la facultad específica para que dichos órganos intervengan en casos determinados, en Roma éste aspecto es especialmente determinado en función de la materia, pues los órganos jurisdiccionales tenían el derecho de intervenir, en muchas ocasiones, sólo en determinados casos, un buen ejemplo de ellos son los pretores urbanos y peregrinos –a tratar en las siguientes líneas-, quienes podían conocer de conflictos únicamente entre ciudadanos romanos, o bien entre ciudadanos y no ciudadanos romanos; otro ejemplo son las *quaestiones perpetuae*, especializadas en materia criminal, etc.

términos; que son los siguientes: *potestas*, *imperium*, *iudicatio*, *iudicium* y *maiestas*.

La llamada potestad ***potestas***, es un término que se utiliza genéricamente en el derecho público y en el privado, que sirve para denotar los derechos y facultades que conciernen a determinada situación de mando. Así, los magistrados tendrán la potestad cuando no cuentan con el imperio, es decir, la potestad representa el poder inherente a las funciones del Estado.²

Podemos distinguir de la llamada potestad propia de los magistrados republicanos la *potestas regia*, que era la que correspondía al Rey en la época de la monarquía, en cuyas características podemos encontrar el poder soberano del *rex*, que consistía en su máximo poder así militar como jurisdiccional, pues era quien, en última instancia, podía resolver sobre cualquier tipo de asunto que le fuera presentado.³

En el ámbito del derecho privado, encontramos una interesante aplicación del vocablo *potestas*, con la que se denomina al poder que el *pater familias* ejerce sobre los miembros de su familia sujetos a su *patria potestas*, cuyos derechos y obligaciones, desde entonces, no se pueden modificar, tal como lo plantea en la actualidad el profesor Julián Güitrón Fuentesvilla, quien señala al respecto que “La ley regula la relación familiar y no la voluntad particular, así se determina el contenido de las potestades en el Derecho Familiar, en relación a los hijos, a los cónyuges...”⁴, sin dejar de señalar que también ejercerá otros derechos sobre distintos miembros de la familia, como la *manus* respecto de su mujer o la *potestas dominicalis* sobre sus esclavos.

² BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. 8ª ed. Porrúa. México. 2007. Pp. 14 y Ss.

³ Sobre el particular, se pueden consultar las voces *Potestas*, *Potestas regia* y *Rex* en BERGER, Adolph. Op cit.

⁴ Demuestra lo anterior el hecho de que los derechos que en la antigua Roma y en el México del Siglo XXI, NO SON RENUNCIABLES NI COMERCIALES, por ejemplo el derecho de recibir los alimentos, con la correlativa obligación de proporcionarlos, etc. es así que, desde Roma, se empiezan a gestar algunas de las particularidades del derecho familiar. Para completar ésta temática, ver: GÜITRÓN Fuentesvilla, Julián. “Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar” en *Pater Familias*, Año 1, No. 1. México. Jul-Dic 2013.

Sin restar importancia a lo anterior, casi todos los conceptos en Roma que tienen que ver con el poder, sus titulares y su ejercicio, se encontraban impregnados por el significado del vocablo *imperium* que denota una cierta postura en virtud de la cual una persona está facultada para emitir órdenes con carácter vinculatorio.

Es indubitable, dadas las características que se desprenden del análisis de las fuentes, que el *imperium* consiste en una de las máximas expresiones de poder que existían, por lo menos a partir de la fundación de la República, con la denominación de *imperium populi romani*, como un nuevo concepto de la soberanía basada en el pueblo y tal vez como una de las primeras expresiones del pensamiento humano respecto de la noción de soberanía popular, como fue entendida luego de que pudo superarse la atomización de los estados de corte medieval con fundamento en la persona del Rey.⁵

Hecho el paréntesis anterior, debemos señalar que los romanos entendieron que no todas las órdenes (ver un párrafo arriba) iban dirigidas al mismo sector ni todos los órganos públicos podían emitir órdenes en relación con las mismas cuestiones de fondo, es por ello que dividieron el *imperium* de acuerdo no solo con el órgano de que se trate, sino también de la materia que regule.

En este orden de ideas, reconocieron el *imperium populi romani* como el máximo poder, detentado por los ciudadanos romanos, de la forma en que hoy concebiríamos la soberanía, si bien cabría hacer un gran paréntesis para señalar que, por lo menos durante la República y en virtud del enorme peso político que ejerció el Senado, el gran fundamento de la soberanía y de su ejercicio se hacía patente en la frase que las legiones portaban en sus estandartes: *senatus*

⁵ Podemos ver expresado el núcleo de esta cuestión en la voz *Imperium* en BERGER. Op cit. Quien señala las características más importantes al respecto, llevando al lector de las nociones de derecho público a las de derecho privado, tal como se hizo algunas líneas arriba en cuanto al concepto de *Potestas*.

populusque romani, pues portaban las voluntades e iban en nombre del pueblo y del senado romanos.

El *imperium merum* como el máximo poder de los magistrados, es decir, lo más allá que podía llegar su jurisdicción, especialmente en materia criminal, pues por éste vocablo se entendía la potestad puramente penal (*ius gladii, potestas gladii*), excluyente de las materias civiles, pues si se combinaban ambos tipos de poder, se caía en un nuevo tipo de *imperium*, conocido como *mixtum* o mixto, es decir, por virtud del cual un órgano público podía juzgar en materia tanto criminal como civil.⁶

Al respecto, encontramos reconocido el *imperium merum* en las fuentes, en una cita atribuida a Ulpiano en el digesto, D 2.1.3. *Ulpiani. Liber secundus. De officio quaestoris. "Imperium aut merum est aut mixtum est. Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinerosos homines, quod etiam potestas appellatur..."* Ulpiano, Libro segundo, del oficio del Cuestor. El imperio o mero o mixto es. Mero imperio es, tener la potestad del gladio <<para>> castigar a los hombres fascinerosos, lo cual también potestad es llamado... (Traducción del autor) si bien se considera interpolado el término "*animadvertendum*" por pertenecer éste a la etapa de la vulgarización de la lengua latina, de lo cual García del Corral nos da noticia.⁷

El *imperium domi* es entendido como el mero poder de los magistrados y también a los límites territoriales en los que pueden ejercer sus facultades en materia criminal, que se limitaba a la ciudad de Roma y el radio de una milla contado a partir de sus murallas.⁸

⁶ El vocablo *ius gladii*, traducido literalísimamente como "el derecho del gladio", hace referencia a la espada corta, característica de las legiones romanas, llamada gladio *gladius*, que en relación con el tema nos envía hacia la época imperial, en la cual encontramos la expresión *damnare ad gladium*, con la cual que hacemos referencia directa a la pena de muerte aplicada por medio de la decapitación con espada. Ver *Gladius, imperium merum* en BERGER. Op cit.

⁷ Ver GARCÍA del Corral, Ildefonso. Trad. Op cit.

⁸ Señala la multicitada obra de BERGER. Op cit. Voces *Imperium domi* y *Domi*.

Fue el *imperium militii* reconocido como el derecho de dirigir las legiones en la guerra, entre otros. Sin embargo, el sentido general y más utilizado respecto de la palabra *imperium* fue para referirse al poder de los magistrados, entre ellos, los que ejercían funciones jurisdiccionales.⁹

Tal vez el magistrado con mayor injerencia en el proceso de impartición de justicia fue el Pretor, considerado como parte de los magistrados *maiores*, es decir, de los revestidos con *imperium*.

Con el término *iudicatio*, por otra parte, hacemos referencia a los juicios, en cuanto a la actividad propia de los jueces, pues se concibe como el oficio de éstos, es decir, la actividad judicial en sí misma, que se formalizará en la expresión de una decisión final por parte de quien se encuentra en la situación para determinar con dicha sentencia, una situación jurídica que ponga fin al conflicto, pero debemos aclarar que el término tiene que entenderse sistemáticamente con algunos conceptos del orden penal, pues nos lleva a pensar en un juicio como tal, sin embargo, en materia criminal existían ciertos procedimientos para cuyo ejercicio no era necesario llevar a cabo un juicio previo, a los que hace referencia el término *coercere*.

Por su parte, la palabra *iudicium* se utiliza también en distintos sentidos, pues en algunas citas es entendido de la misma forma que el término *actio*, comprendiendo al proceso completo, sin hacer distinciones en la bipartición realizada por la *litis contestatio* o bien refiriéndose sólo a la etapa *apud iudicem* del *ordo iudiciorum privatorum*, sin embargo, con el paso del tiempo, al devenir en el único procedimiento vigente el de la *cognitio extra ordinem*, se referirá, como

⁹ Al respecto, podemos señalar algunos otros tipos de imperio, por ejemplo, el que tenía en su favor el *pater familias*, quien detentaba la potestad punitiva al interior de su *domus* (por lo menos hasta el derecho preclásico), en virtud de la cual tenía el derecho de dar muerte a los que se encontraban bajo su *potestas* o liberarse de una obligación entregándolos en noxa, uno de los derechos que confería la *patria potestas*, aspecto que señalamos algunas notas más arriba, temática que no corresponde a un estudio, de la naturaleza tan precaria del presente, abordar, por lo cual nos permitimos referir al lector a la obra “Panorama del Derecho Romano” de la profesora Sara Bialostosky, que citamos en la bibliografía, en cuyo segundo apartado del capítulo cuarto, realiza una breve y concisa explicación para aclarar el tema.

lo dijimos al inicio, al procedimiento completo, entendido también como todo acto llevado a cabo ante un funcionario público con potestad judicial. Otro uso frecuente era el que utilizaba el término en cuestión como sinónimo de sentencia.

La *maiestas*, por último, es entendida como el máximo poder, ya sea que resida en un órgano político o en el pueblo, por ejemplo, la *maiestas* recayó en la persona de los reyes durante la época de la monarquía, pero, avanzada la historia de Roma hasta la República, se acuñó el término de *maiestas populi romani*, que denotaba la titularidad de la misma como del *populus romanus*. Podemos comparar éste término con el de soberanía, propio de la definición del estado moderno, pues era entendido en un sentido tan parecido al mismo que, inclusive, el crimen en contra de la integridad del Estado romano o de sus supremos dirigentes, era denominado *crimen maiestatis*.

Abordados brevemente estos conceptos, consideramos que es factible exponer de forma sumarísima cuál era la estructura de la constitución política romana a lo largo de su evolución, para contextualizar los medios de resolución de conflictos en su periodo histórico-jurídico-político, con el fin de comprender mejor la temática que aquí exponemos, pues el proceso civil, inclusive más que el enjuiciamiento penal, mostró profundos cambios no solo en su tramitación, sino en sus fundamentos y estructura, por lo cual, consideramos, es importante ubicarlo en la historia para asimilar dichos conceptos.

2. La Monarquía.

Como bien dice Torrent¹⁰, el problema de los orígenes sigue sujeto a discusión pues los pocos datos de la tradición y de la dificultad de interpretarlos, rechazados por una corriente por demás crítica, hoy en día se acepta, a partir de

¹⁰ TORRENT, Armando. Op cit. p. 70 y ss.

nuevos descubrimientos y evidencias arqueológicas, que el constitucionalismo monárquico precedió al constitucionalismo republicano ¹¹

Según Livio, en el libro I de su Historia y Dionisio de Halicarnaso en sus libros I al V de las Antigüedades Romanas, la Monarquía se desarrolló en un lapso de más de dos siglos con la citada fecha de su fundación en 753 a.C.

Rómulo, el primer *rex* instituye la propiedad, le sigue Numa Pompilio, quien dio al pueblo romano su religión e instauró varios de los ritos más característicos como el de Vesta¹². Tulio Hostilio organiza el ejército y Anco Marcio organizó al ejército. El periodo conocido como monarquía etrusca se inicia con Tarquino Prisco, también llamado “el antiguo” en el año de 616 a.C. le sigue Servio Tulio y termina este periodo con la revuelta que hace caer a Tarquino el Soberbio en la discutida fecha de 510 a.C.

Para identificar la naturaleza de la monarquía romana y definir las facultades del *rex*, debemos tomar en consideración que, no debe atribuírsele a este periodo una estabilidad que probablemente no tuvo, especialmente durante su primera fase, pues es dudoso que de pronto apareciera una Roma completamente definida en cuanto al ejercicio del poder, fundamentado en la autoridad de un hombre, Rómulo, el Rey.

Parece evidente sin embargo, la existencia de una monarquía primitiva, así como la separación en las dos etapas o fases mencionadas, la latina y la etrusca. De una manera muy general es posible esquematizarlas y distinguir las, una como una monarquía federalista, siguiendo a De Martino¹³, y la segunda como militar.

Hay que hacer notar que, en concordancia con los conceptos fundamentales que señalamos líneas arriba, en éste periodo se encuentra el

¹¹ Además de los autores citados y que habremos de citar a lo largo del presente trabajo, sugerimos ver LUZZATO, Gino. Le organización pre-civiche e lo stato. Modena, 1948.

¹² Cicerón. De Republica. 2,17,31 y 2, 18, 33.

¹³ de MARTINO, Francesco. Storia della Costituzione Romana. Eugenio Jovene. Nápoles. 1967. T. I, p. 102 y ss.

concepto de *imperium*¹⁴, en conexión con el *auspicium*, como legitimadores del poder político detentado por el rey, cuyo poder se fundamenta principalmente en la interpretación que él mismo hace de la voluntad de los Dioses.

Sin embargo, no toda la autoridad se centra en la figura del rey pues, éste, al lado de los colegios sacerdotales, entre los que destacan el de los augures, el de los arúspices, los Flamines y las Vestales, tendrán cada uno las obligaciones de cuidar un determinado culto o hacer del conocimiento de los hombres la voluntad de los dioses, por medio de algunos ritos.

Resta, dentro de la descripción que brevísimamente hemos hecho de la etapa monárquica de Roma, falta por aclarar la importancia que tienen los grupos familiares y supra-familiares en cuanto a la organización política y es que se trata de las organizaciones precívicas: familia, *gens* y la formación de la *civitas*.

Al respecto señala Francisci,¹⁵ que no se trata solamente de organismos infra estatales, que se diferencian por su extensión y grado, como se desprende algunas veces de las citas de los clásicos, así Ulpiano D. 50 16, 195¹⁶, quien considera que el concepto de familia puede entenderse en distintos sentidos, pues puede referirse a cosas y personas, y Paulo D.28,2.11 quien afirma que el hijo de familia no es siempre el que se engendra sino el que va a recibir la administración de los bienes, por lo que debe reconocerse que el mismo concepto de familia revistió algunas variantes en cuanto a su naturaleza y función.

¹⁴ Algunos autores, citados por TORRENT, Armando. Op cit. P. 83 y Ss; entre ellos, Arangio Ruiz y Coli, reconocen la paternidad del concepto de *imperium* solo a partir de los etruscos.

¹⁵ Francisci. Op. cit. p 24 y ss

¹⁶ D. 50. 16. 195. *Liber XLVI. Ad Edictum. Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. 1. "Familiae" appellatio qualiter accipiatur, videamus; et quidem varia accepta est, nam et in res, et in personae diducitur; in res, ut puta in lege duodecim Tabularum his verbis: ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO; ad personas autem refertur familiae signification ita, quum de patrono et liberto loquitur lex: EX EA FAMILIA, et hic de singularibus. Personis legem loqui constat.* La expresión de una frase en género masculino, se extiende de ordinario a ambos sexos. 1. Veamos de qué manera se entiende la palabra "familia" y ciertamente está admitida con variedad, porque se aplica a las cosas y a las personas; a las cosas como en la Ley de las Doce Tablas en éstas palabras: "el próximo agnado tenga la familia"; pero la palabra familia se refiere a las personas, cuando la ley habla del patrono y del liberto: "de ésta familia a aquella familia"; y es sabido que aquí habla la ley de personas singulares. Trad. de GARCÍA del Corral, Ildefonso. Op cit.

Sabemos que desde entonces existirán tribunales encargados de juzgar las cuestiones criminales, conocidos como *Quaestiones Perpetuae*, pero la punición doméstica es otro de los aspectos que llaman la atención, dado que será el *pater familias* quien imponga las penas y los castigos a quienes, estando sujetos a su patria potestad, cometan *delicta*, es decir, delitos privados.

Si bien la tradición¹⁷, señala que, al caer los Tarquinos sustituyeron al rey dos jefes electivos cuya temporalidad era anual, con poderes civiles y militares, y que a partir del 509 a.C, como efecto de un movimiento revolucionario, se erigió la *res publica*, existe una cierta oposición a esta postura. Quienes conforman ésta corriente piensan que, tal como todos los procesos históricos, no puede haber un cambio tan drástico y radical de la noche a la mañana, sino que la instauración de un gobierno republicano se debió a la evolución de un proceso gradual que logra madurez y perfección en el s. IV a.C. y, por tanto, no conciben el inicio de la República como un evento dado de una vez por todas, sino como un proceso.

3. La República, su organización y las magistraturas.

Será la promulgación de la *Lex Licinia Sextia*¹⁸, la que marque el inicio definitivo de la forma de gobierno republicana, cuyos tres elementos básicos: los comicios, el senado y las magistraturas; conformaron el rostro de la política de aquel momento, mismos que enunciaremos brevemente a continuación.

Las asambleas populares o Comicios.

La historia de los *comitia* es, sin duda, la historia de la participación de los ciudadanos (*populus*), en la vida pública de Roma, pues, parece indudable, que a través de las diferentes funciones que adquirieron éstas asambleas, el *populus romanus* adquirió no solo participación en el poder, sino que planteará para la

¹⁷Tito Livio (2.1. 2)

¹⁸La ley *Licinia Sextia* de 367 a.C. sobre cuyo contenido habla BERGER, Adolph. Op cit. Voz: *Lex Licinia Sextia*.

historia del mundo el paradigma de la representación, si bien podría discutirse ampliamente dada la mayor antigüedad del Senado de la época monárquica.

Referente al concepto de pueblo, éste debe entenderse como el fundamento del poder de los magistrados y senadores. Según Cicerón, el concepto de *populus*, es el ordenamiento que corresponde a todos los ciudadanos jurídicamente organizados conforme a su voluntad y utilidad común.

Así el fundamento del poder de los senadores y magistrados, radica en el *populus*, organizado en *comitia*.

Por lo tanto, *populus*, encarna a la “*res publica*” misma y por consecuencia es soberano frente a los magistrados y senadores. En otras palabras, es el sustento jurídico del quehacer político. El pueblo adquiere por primera vez en la Historia universal subjetividad jurídica unitaria, derivada sin lugar a duda de aquella fórmula jurídico – religiosa, *Populus Romanus*, que tendrá una de sus mejores expresiones en el testamento de Julio César, dividiendo precisamente a la comunidad en su calidad de individuos particulares y señalándolos a todos ellos en su conjunto como una entidad jurídica diferente: el *populus*.

Durante el proceso histórico de la *res publica* encontramos los *comitia curiata*, y los *comitia centuriata*, y posteriormente a los tribuna y a partir de 494 a.C. a los *concilia plebis*.

Respecto a la organización de los mencionados *comitia*, cabe señalar que podían ser convocados por cualquier *magistratus*, que gozara del *ius agendi cum populo*, que serán precisamente el Cónsul y el pretor, además del pontífice máximo, pues, entre las otras magistraturas no encontramos alguna que, por su importancia o funciones, tuviera la facultad o bien la necesidad de convocar a la asamblea, en situaciones normales; pues tendrán también el derecho de convocarla, en casos extraordinarios, el dictador o el *interrex*.¹⁹

¹⁹ Derecho similar tenían los tribunos de la plebe para convocar a los *concilia plebis*: *ius agendi cum plebis*, que también eran asambleas populares, pero no de la clase aristocrática de Roma, pues los señalados comicios eran exclusivos de los ciudadanos romanos, mientras que las

Cabe señalar que, luego de la creación de la edilidad curul, éstos magistrados tuvieron también el derecho de convocar a asamblea, siempre que el pueblo estuviera reunido por tribus y no por curias o centurias.

Respecto al día, lugar, hora, y preparativos, había disposiciones exactas, así como al cumplimiento de las formalidades religiosas (*auspicia*) El voto era originalmente público y sólo se atendían los asuntos que eran propuestos por el magistrado quien había convocado a reunión de la asamblea correspondiente.

En algunas ocasiones dichos *comitia* eran precedidas por reuniones informales denominadas *cognitiones*²⁰, que eran asambleas populares informales convocadas por un *magistratus* con el fin de comunicarle a los ciudadanos (*verba facere ad populum*) noticias de importancia militar u otra materia editada por él, para anunciarles de los temas de la próxima asamblea formal (*comitia*) que en algunas ocasiones podía tener lugar el mismo día. La materia judicial o electoral era discutida antes de una votación, debido a que durante la asamblea no se permitía la discusión. Como vemos, eran menos formales que los *comitia* y no estaban antecedidas por los mencionados *auspicia* ni sujetas a votación.

Debido a que si bien los *comitia centuriata* que en sus orígenes tenían netamente un papel militar, se convirtieron en la asamblea política republicana por excelencia tanto por su competencia exclusiva para la elección de los magistrados mayores, *cónsules*, *pretore tribuni militum*, como para la designación de los censores, *lex de potestate censoria*,²¹ la declaración de guerra, *Lex de bello indicendo*, y facultades legislativas y judiciales, y de competencia exclusiva también en los procesos capitales, fueron determinantes

asambleas a que convocaba el tribuno eran exclusivas solo para la plebe y, en un principio, obligaban solamente a la plebe, lógicamente, las decisiones que ahí se tomaban, por lo menos hasta antes de la *Lex Hortensia*, en virtud de la cual, los acuerdos de las asambleas plebeyas obligaron también a los *civii romani*.

²⁰ A. Gelio. N.A.XV, 27.

²¹ Lex que se refería a la declaración de guerra, cuyo contenido puede analizarse en la voz correspondiente del Novissimo Digesto Italiano, o bien en Berger, ambas obras citadas en la bibliografía de éste trabajo. La profesora Bialostosky nos da también la referencia de la voz *Lex Centuriata de potestate censoria* en la Real Enciclopedia Pauly-Wissowas.

en la *res publica*. Algunos autores consideran que dichos *comitia* favorecían a la oligarquía romana.

Conocido el recuento, el *magistratus* publicaba el resultado (*renuntiatio*),²² anunciando el nombre de los magistrados electos por la asamblea, los cuales a partir de ese momento se consideraban *designatus*. La ley entraba en vigor normalmente con el nombre que pregonaba en la *praescriptio* seguida de la *sanctio*.

Los concilia *plebis* eran asambleas deliberativas de la plebe (*plebs*). La convocatoria a las mismas era hecha por un *magistratus* plebeyo, *tribuni* o *aediles plebis*, sin necesidad de que previamente se tomara los mencionados *auspicia*. Sus funciones eran la *creatio* del *tribunus plebis* y la votación de los *plebiscita*.

Por lo que respecta a los *comitia tributa*, también eran asambleas deliberativas, de todo el *populus* dividido en tribus. Su origen es dudoso, algunos los remiten a la antigua *Lex Manlia de manumissionen*, (357 a. C), lo que parece imposible, en cambio lo que si es factible es que a partir del siglo III a.C. se les convocara directamente por tribus, si bien en algún momento se reunieron en el *forum*, posteriormente y significativamente su lugar de reunión fue el campo Marte.

Sus atribuciones eran, además de las mencionadas, la *creatio* de los magistrados menores, ordinarios y extraordinarios, la violación de las leyes que no requerían del voto de los *comitia centuriata*, es decir, las leyes tributa y el *iudicium* cuando se tratara de infracciones que admitieran multa, o cuando la violación de la misma fuese cometida por un *magistratus* plebeyo.

²²*Renuntiatio* y *designatus*. Anuncio de los nombres de los magistrados electos en los *comitia* para el periodo próximo.

El Senado.

Durante el inicio de la República, el *Senatus* estaba integrado solamente por patricios, posteriormente devino en una asamblea de políticos experimentados, integrada no sólo por patricios sino también por plebeyos elegidos en un principio por los cónsules y el tribunado militar, *consulari potestate* y posteriormente por los censores; los cuales eran seleccionados de entre los que habían sido magistrados. Éste cuerpo colegiado se erigió durante casi todo el periodo republicano como la autoridad preeminente en lo que a la dirección política de Roma se refiere, integrada como mencionamos por una nueva *nobilitas* patricio – plebeya, denominada *patres concepti*, garantizó la estabilidad y continuidad republicanas que controló la *praxis* constitucional que sirvió de contrapeso a la acción de la magistratura y la voluntad popular.²³

Sin dejar la función consultiva que algunos autores consideran característica del *Senatus* monárquico, la variedad de las materias y la intensidad de la actividad senatorial en los diferentes periodos republicanos, hacen difícil ponerle límites a su competencia; sin embargo, tres de ellas, el *interregnum*, la *auctoritas patrum*, y la conducción de la política exterior, merecen especial mención.

El *Senatus* controla también los ingresos y egresos estatales. Su participación en la venta y reparto del *ager publicus* era determinante puesto que él fijaba el monto del tributo correspondiente, si bien, la administración del mismo correspondía a los censores, pero indudablemente el Senado, influía sobre ellos.

El *interregnum* republicano, que por la naturaleza misma del régimen difiere del monárquico, se pone en práctica cada vez que hay una vacancia consular, para no interrumpir el *imperium*, ni los *auspicia*. Se trata de una

²³ En este sentido se expresan de Martino y de Francisci, en las obras que citamos en la bibliografía.

institución excepcional a la que se acude cuando faltan magistrados *maiorum*. Esta institución se mantiene hasta el final de la *Res publica*.

La *auctoritas patrum* consiste en el acto de la aprobación de las deliberaciones comiciales, electorales y legislativas, tenía, consecuentemente, funciones de control y ratificación. T. Livio, 8,12,13, hace referencia a la necesidad de la *auctoritas* patricia para los procesos comiciales.

Por lo que respecta a la facultad legislativa del *Senatusconsultum*, tal vez una de las más importantes para el derecho privado, cabe señalar que eran respuestas a las consultas hechas por algunos magistrados (cónsul, pretor, *tribunus plebis*) a los senadores para conocer su opinión. Los magistrados generalmente hacían eco de las respuestas, y para darles fuerza obligatoria, las incluían en los diferentes *edicta*²⁴.

Todas las actividades señaladas, más otras que pudieran quedarse en el tintero, nos muestran sin lugar a duda, la altísima posición que el *Senatus* desempeñó durante el periodo republicano.

Los Magistrados.

Según Pietro de Francisci²⁵, magistratura es aquel oficio político en virtud del cual el titular tiene el poder y un deber correlativo que le es propio y originario de ejercer en nombre de la República romana una serie de funciones y realizar actos eficaces respecto de todos los ciudadanos.

Tomando en cuenta lo anterior, consideramos que *magistratus*, es el ciudadano romano que ejerce el *imperium* y la *potestas* por delegación del

²⁴ Ver BIALOSTOSKY, Sara. Op cit. Quien considera que son fuente del derecho, a partir del Principado. En el ámbito del derecho privado hubo varios muy importantes, en especial en materia de contratos y sucesiones.

²⁵ de FRANSCISCI. Op cit.

populus, es por lo tanto un individuo elegido por las asambleas para ejercer el poder durante un periodo de tiempo fijo, por cual tiene el poder que le es propio y ejercer, en nombre de la República, una serie de actos.

Si bien en sus orígenes la función principal de los magistrados fue posiblemente la militar, posteriormente se le agregan la de convocar a los comicios y proponer sus propias leyes (*ius agendi cum populo*), convocar al *Senatus (ius agendi cum patribus)*²⁶, imponer sanciones (*coërtio*) y la *iurisdictio civil*.

Por lo que respecta a la *potestas* en el ámbito del derecho público, implica el poder que tiene el *magistratus*, (goce o no del *imperium*) en razón de su nombramiento, tal como se señaló al principio de este capítulo.

La *potestas* se atribuyó a los magistrados de nueva creación, a los *quaestores*, censores, ediles y se refería a la realización de funciones específicas dentro del gobierno de la ciudad.

Los magistrados (no todos ellos) gozan del *ius edicendi* que implica la facultad de crear normas jurídicas, mediante el señalado edicto que podían publicar al inicio de su mandato y tenía vigencia hasta que el hombre que ocupaba el cargo tuviera que abandonarlo, en cuyo caso, el siguiente magistrado podía confirmar, enmendar o sustituir en su totalidad el contenido del edicto de su antecesor.

Los magistrados *cum imperio*, y algunos menores como es el caso del edil, gozaban de la *iurisdictio*. Este atributo correspondía, por excelencia al pretor, quien lo transmitía al juez en ejercicio de su *imperium*.

Las características generales de las magistraturas republicanas eran: anualidad, colegialidad, electividad, responsabilidad y gratuidad.

Cabe señalar que algunas magistraturas sufrieron excepciones, tal es el caso del *dictator* y el *magister equitum*, pues se trata de cargos reservados a las

²⁶ El *ius agendi cum patribus* fue durante el principado prerrogativa del emperador. Ver, infra.

circunstancias de necesidad, ya fuera porque Roma se hallara en guerra o por perturbaciones graves de la paz pública.

Anualidad. Ésta es una característica esencial para comprender a las magistraturas romanas pues, salvo algunas excepciones, algunas de las cuales se han mencionado supra, todas las magistraturas republicanas son anuales.

No debemos, sin embargo, pensar que el rigor al respecto fuera tajante e indiscutible, pues es bien conocido que, terminando el año de su encargo, si había necesidad de que el magistrado no abandonara sus funciones, con tal de no dejar el cargo vacío y acarrear mayores consecuencias, éste podía continuar sus funciones normalmente, en calidad de pro- magistrado, es decir, de propretor, procónsul, etc.

Fuera de esos casos las magistraturas se extinguían automáticamente. Este principio tan republicano y valioso empezó a alterarse con frecuencia hasta convertirse a finales de *Res publica* en una prórroga reiterada como sucedió con Pompeyo y César.

En relación con el principio de la anualidad, se plasmó la prohibición de continuar con la magistratura, es decir, de aceptarla por una segunda ocasión. Entre uno y otro periodo debía haber un intervalo de 10 años entre ciertos cargos, a esta prohibición se denominó *iteratio*²⁷.

Cabe hacer notar también que hubo un orden de prelación respecto de las magistraturas, pues no se podía ser cónsul sin antes ser pretor, ni pretor si no se había sido cuestor, a esto nos referimos como *Cursus Honorum*.

Al respecto, es imprescindible mencionar a la *Lex Villia* llamada “de los años” *Annalis* (180 d.C.), la cual, además de señalar la edad mínima para ocupar un cargo: cuarenta y tres años para cónsul, cuarenta para pretor, treinta y siete

²⁷ El término *iteratio* (de *it, iter*: camino) fue utilizado para nombrar el periodo que debía transcurrir entre el término del cargo en una magistratura y el inicio del periodo en la magistratura inmediata superior.

para los *aediles curules*, redujo a dos años el término entre una y otra magistratura, que antes había sido de diez.

Colegialidad. Ésta característica trata de la pluralidad de magistrados, en virtud del cual, dos o más magistrados colegas²⁸ son cotitulares en el ejercicio de sus funciones. Es importante señalar que cada uno de ellos tiene la plenitud del *imperium*, mismo que puede ejercer sin limitaciones, salvo el derecho de veto (*intercessio*)²⁹ del otro.

En otras palabras, la *Intercessio* es el poder de veto que por su propia naturaleza, suspende un acto de autoridad de un *magistratus* del mismo rango o de un rango inferior. La *intercessio*, en una de sus mejores expresiones, es decir, aquella con la cual contaba en su favor el tribuno de la plebe, tenía como objeto la protección de los derechos de la plebe frente al abuso de autoridad; misma que puede realizarse con base en la *sacrosanctitas*³⁰ que la plebe atribuía a los tribunos.

El límite de la *intercessio* en materia consular se vio atenuado por estar normalmente uno de los colegas en campañas bélicas. Podía realizarse a través del anuncio desfavorable al acto de otro *magistratus* o rechazando ante la asamblea o el *Senatus* la propuesta del colega.

Es importante notar que dicha *intercessio* podía realizarse a través de *auspicia* desfavorable al acto de cada magistrado vetando ante los Comicios o el Senado la propuesta del *par potestas* o del *minor potestas*.

²⁸. D. 50, 16, 173. *Ulpianus. Liber XXXIX. Ad Sabinum. "Collegarum" appellatione hi continentur, quis unte iusdem potestatis.* Ulpiano, libro trigésimo noveno. A Sabino. En la denominación de "Colegas" están comprendidos los que son de la misma potestad.

⁵⁰. Se refiere al derecho de veto de un magistrado en contra de la orden dada por otro de su misma categoría. Como se señala en el texto, una de las mayores expresiones que existieron fue la *intercessio tribunicia*, que operaba en contra no solo de un magistrado menor, sino de cualquier otro magistrado, inclusive de los cónsules, exceptuado el Dictador.

³⁰*Sacrosanctitas* es un término que aplicaba a los *tribuni plebis*, era indicativo de la inviolabilidad de los mismos. La *Lex Valeria Horatia*, 449 a.C. confirma dicha inviolabilidad.

Electividad.- Esta característica varía según se trate de magistrados *cum imperium* quienes eran elegidos por los *comitia centuriata* y los *sine imperio* elegidos por los *comitia curiata*. Cabe señalar al respecto, que el poder electoral de los *comitia* fue tardío.

A partir de las tantas veces mencionada *Lex Licinia Sextia* (367 a.C.) que entre sus preceptos indicaba que uno de sus cónsules debía ser plebeyo, se reforzaron las fuerzas de los comicios, el magistrado presidente perdió parte de sus derechos de propuesta (*rogatio*) y el *populus* eligió libremente a sus candidatos.

Responsabilidad.- Si bien las fuentes mencionan la imposibilidad de entablar procesos civiles o penales contra magistrados durante el transcurso del ejercicio de sus funciones³¹, esto no implica que el ciudadano estuviera completamente indefenso frente a eventuales abusos del poder de éstos funcionarios.

Se cita por ejemplo, la condena de muerte o multas excesivas como casos en los se podía apelar al juicio del pueblo (*la provocatio ad populum*³²) que supone la garantía de la libertad de los ciudadanos y que de alguna manera implica el control político de los *comitia* frente a los magistrados. También en el área de responsabilidad destaca la de los magistrados provinciales que abusaban de su poder, para lo cual se creó el *crimen repetundarum*, que tenía como objeto penalizar y suprimir las rapacidades de los magistrados.

Gratuidad.- Las magistraturas son gratuitas³³, de hecho, solían normalmente ser gravosas para el *magistratus*, por lo que generalmente solo podían desempeñarlas sin grandes privaciones los ciudadanos más prósperos, quienes sufragaban de su propia fortuna una serie de actividades propias del cargo.

³¹ A. Gelio. N.A. XIII,26, el autor claramente dice que la *maiestas magistratii* la dignidad del cargo impedía que pudiera ser llevado un magistrado ante un tribunal; en ese mismo sentido Livio 33,55,9; Ulpiano 4,6,26. 2

³² La *provocatio ad populum* funcionaba dentro de la ciudad (*imperium domi*) lo que implica que no operaba estando el magistrado en campaña fuera de Roma ni contra el dictador.

³³ En cuanto a su remuneración, es decir, el cargo era completamente honorario, pues el ciudadano que lo ocupaba no recibía ningún emolumento (por lo menos hasta el derecho imperial) a cambio de su trabajo, probablemente de ahí que hayan sido conocidas como *Honores*.

A pesar de esas erogaciones, a cargo de los magistrados, dichos cargos eran deseables debido al prestigio que representaban, a los lugares especiales en los eventos oficiales; al derecho que tenían los aspirantes a usar la túnica blanca (*candida*)³⁴ como requisito de pureza, y al derecho de ser acompañados por *lictors*.

En casos extremos era tal el interés por obtener las magistraturas, que para conseguir el voto, los candidatos llegaban hasta el soborno, cohecho, dando lugar a que se configurara un delito electoral, el *ambitus*³⁵, que trataba de reprimir los actos ilícitos.

Magistraturas ordinarias

El Consulado

Si bien ésta magistratura es esencialmente conocida y practicada como patricia³⁶, aparece a partir de la conciliación patricio-plebeya como la magistratura ordinaria suprema dándole una nueva concepción a la constitución republicana, misma que se estabiliza a partir de 367 a.C. , fecha en la que el mencionado principio de colegialidad, está patente³⁷.

Esta magistratura asumió gradualmente todas las funciones que corresponden al *rex*, dejando fuera solamente las atribuciones religiosas.

Los autores latinos, T. Livio, (1,60.3) centran en el consulado la gloria más alta de la vida política romana, lo que la hace consustancial a la República.

³⁴ Probablemente de allí derive el nombre de *candidatus* que implicaba, supuestamente, la pulcritud de su conducta, pues se supone que para ocupar dichas dignidades, debía tratarse de personas irreprochables.

³⁵ Al respecto, si se desea abundar en la temática de éste delito, su persecución y penalidad, existe un interesante artículo de BIALOSTOSKY, Sara. “*Ambitus...*” en la Revista de la Facultad de Derecho. No. 16. UNAM. México.

³⁶ Propia de los patricios, la clase dominante durante las primeras etapas de Roma.

³⁷ Ver Características generales de las magistraturas, algunos párrafos arriba o consultar BIALOSTOSKY. Op cit.

Las características comunes a todas las magistraturas; le son inherentes, pero el rasgo sobresaliente y típico del consulado es la colegialidad que implica que el *imperium* era atribuido íntegramente a cada uno de los dos cónsules y viceversa, la oposición de su colega, la *intercessio*, era suficiente para paralizar la acción del otro.

Respecto a la fecha de creación de esta magistratura según Torrent,³⁸ es incierta; si bien con las características mencionadas la ubica en el periodo comprendido desde 509 a.C. hasta el 367 a.C. en que un cónsul, debe ser plebeyo, (*Lex Licinia Sextia* de 367 a.C.).

La mencionada *lex*, una de las tres *Leges Liciniae*, ha sido objeto de interpretaciones; coincidimos con Torrent en afirmar que a la *Lex Licinia de consule plebeio* hay que ubicarla en los conflictos patricio – plebeyos. Dicha ley se ve consolidada en 339 a.C. con la *Lex Publilia*, que reitera el principio de la *Lex Valeria Horatia*, (449 a.c.) que daba valor legal a los actos que votaban los plebeyos en los *concilia plebis*.³⁹ Esta victoria plebeya se consolida con el reconocimiento de que ambos cónsules pudieran ser plebeyos. El cónsul tenía una duración anual, era elegido en los comicios reunidos por centurias, gozaba del más alto *imperium*, tenía teóricamente un único límite señalado en las *leges de provocatione*, que como ya indicamos sólo se podía ejercer en la ciudad de Roma.

El reclutamiento de tropas, la organización de las legiones, las campañas bélicas etc; si bien dependen de los cónsules, se encuentran bajo el control del *Senatus*, (T. Livio, 26.8.2)

Cabe hacer notar que durante el transcurso de la *res publica*, las facultades originales de los cónsules fueron disminuyendo, debido a la creación de nuevas magistraturas ordinarias y extraordinarias, al papel decisivo del *Senatus*, a la proliferación de las actividades legislativas y jurisdiccionales, como a la *intercessio*

³⁸Torrent. Op. Cit. p.163 y ss.

³⁹ Ambas *leges* deben relacionarse con la *Lex Hortensia de plebiscitis* del 286 a.C.

de los tribunos de la plebe. No debemos olvidar que su función política tan importante durante la *Res publica*, cesa al finalizar ese régimen constitucional.

La Cuestura

Los *quaestores*, fueron desde época muy antigua⁴⁰, magistrados menores auxiliares, encargadas de la administración de los fondos públicos. T. Livio (4,43,4) se refiere a la necesidad de los magistrados cónsules de aumentar su número para que los auxiliaran en las labores militares. Quedando por lo tanto integrada la cuestura por dos urbanos y dos militares. Carecían de *imperium* y en la época histórica, fueron elegidos por los *comitia tributa* constituyendo el primer escalón del *cursus honorum*.⁴¹

A ellos les corresponde la administración, manejo y vigilancia del erario, atribuciones que eran determinadas anualmente por el *Senatus*,

De Francisci considera que la creación de la *quaestura* no tuvo como objetivo limitar el poder del cónsul y que si bien se desconoció a principios de la *Res publica*, ya consolidada esta, dicha magistratura fue el inicio de la formación de esferas de competencia del sistema constitucional romano.

La electividad de los *quaestores* se derivó de una *rogatio* del *magistratus* que proponía los nombres a la asamblea popular y el pueblo aceptaba o rechazaba tal proposición.⁴²

La Censura

Es una magistratura colegiada, *maior sine imperio*, que verificaba la composición y moralidad del *populus* a través del censo, su titular era elegido por los *comitia*

⁴⁰D. ,13; C1.30. Algunos autores, como es el caso de Burdesse. Op. cit. p. 86, afirma categóricamente que no tenían ninguna relación en los antiguos *quaestores parricidii*, mencionados en las XII Tablas.

⁴¹ Ver Torrent. Op. cit. p. 182 ss.

⁴² Ver Bialostosky, Sara. Op. cit.

curiata. Goza de la *potestas* y carece, sin embargo, del mando militar, del *ius agendi cum populo* y del *cum patribus* así como de la *coertio*.

Debido a su prestigio moral la censura es considerada como la cima del *cursus honorum*.⁴³

Entre sus funciones, además de la censoria, se encuentra la de administración y control del patrimonio estatal (*ager publicus*), edificios, obras públicas, arrendamientos, concesiones y distribución de las clases sociales. Si bien en su origen dicha magistratura fue exclusiva de los patricios, a partir de 339 a.C. fecha de la publicación de la *Lex Publilia Philonis de censore plebis*, por lo menos uno de los censores debería ser plebeyo.⁴⁴

La censura estaba generalmente reservada a los ex cónsules. El término de su cargo que tenía una duración de 18 meses, se celebraba con una ceremonia jurídico- religiosa que implicaba entre otras cosas la finalización de la organización del censo.

Las operaciones del censo se hacían en el campo Marte; siendo la más importante la del censo del *ager publicum* y del *ager vectigalium*.

Cada ciudadano bajo juramento, hacía su propia *declaración (professio)*, señalando edad, hijos, bienes, los fundos sobre los que tiene el *dominium ex iure Quiritum*.

Si bien Livio (4,8,2) al referirse a la censura, la considera como custodia de la moralidad de la sociedad romana, dicha magistratura ve su fin al término de la República. A partir del s. I a.C. la censura decae progresivamente.

A César se le confirió la *potestas censoria vitalicia sine collega*. Augusto realizó censos actuando *consulari cum imperio*; Claudio no logró revitalizar el censo. Vespasiano y Domiciano los asumen a perpetuidad pero sus

⁴³ Sobre este concepto ver. S. Bialosotosky. Op cit. p.15.

⁴⁴ Ver BERGER, Adolph. Op cit.

características y fines estaban lejos de aquella censura republicana. La última censura de la cual se tiene noticia se remonta al año 63 a.C.

La Edilidad.

Es una magistratura plebeya, muy antigua, elegida por los *concilia plebis*, su creación como magistratura patricia, *sine imperio* se remonta al año de 367 a.C. y jerárquicamente se encuentra entre los *praetores* y los *quaestores*.

Sus funciones eran muy amplias: vigilar el orden público y seguridad de Roma, el tráfico de la ciudad, suministrar los alimentos (*cura annonae*) y el agua, organización y vigilancia de los juegos públicos (*cura ludiorum*), supervisión en los mercados, en especial de la compraventa de esclavos y animales y del peso y medidas de los productos; en relación con esas transacciones, el edil, basado en el *ius edicendi*, que tenía, incluyó en su edicto relacionado con la compraventa, que después se amplió a otros objetos; las llamadas acciones edilicias por las cuales el vendedor respondía de los vicios ocultos de la cosa.

La Pretura

Respecto de este magistrado, es interesante lo que se ha investigado respecto de su historia pues, como en casi todas las instituciones, órganos y costumbres de las primeras etapas históricas de Roma, existe poca luz al respecto, sin embargo, podemos señalar que, durante el tránsito de la monarquía a la República, esta magistratura pudo tener un papel clave en el gobierno de la misma, ya que existe la posibilidad de que a lo largo de este periodo, el gobierno supremo fuera ocupado por una serie de dictadores, decenviratos o de ciertos magistrados, llamados *praetor maximus*.⁴⁵

⁴⁵ Al respecto, podemos señalar que, en el ejercicio del poder (*imperium domi militiaeque*) y, especialmente en sus funciones como principal encargado de la ciudad, se conoció al dictador como *praetor maximus*, lo cual nos podría dar algún indicio de que, antes de creada la dictadura,

Señala Gelio que el pretor, *collega minor* de los cónsules es, pues *imperium minus habet*, lo que podría indicar que por debajo del consulado, una vez configurado el régimen de las magistraturas romanas, se encontraba directamente el pretor⁴⁶, en virtud de sus facultades militares (que tuvo por lo menos en un inicio).

Livio, por su parte, nos dice que la creación del pretor urbano (en oposición a su colega llamado peregrino⁴⁷) se debe a un compromiso surgido de la lucha patricio plebeya⁴⁸ y Pomponio (en el *liber singularis Enchiridium*) cuenta que, al encontrarse los cónsules -que eran quienes detentaban la facultad jurisdiccional- fuera de la ciudad por causa de guerra, se hizo evidente la necesidad de crear una magistratura con facultades jurisdiccionales que tuviera una presencia permanente en la ciudad.⁴⁹

Descrita la magistratura, podemos ahora señalar que su actividad en el campo del proceso civil romano, por lo menos en la etapa del orden de los juicios privados (*ordo iudiciorum privatorum*), se concentra en el conocimiento del caso para conceder o negar el derecho de acción y, en la *litis contestatio*, realizar

efectivamente existió esa magistratura suprema como principal responsable de los asuntos de la ciudad. Posteriormente, instituida la dictadura, puede que se haya decidido delegar ciertas funciones en el *magister equitum* o en el *magister populi*.

⁴⁶Gell. N.A. 13.15.4. en TORRENT, Armando. Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes. Edisofer. Zaragoza. 2002. P. 175.

⁴⁷ Esta distinción se refiere a los tipos de controversias que cada uno podía juzgar pues, los pretores urbanos tenían competencia exclusiva respecto de las controversias suscitadas entre ciudadanos romanos, mientras que los pretores peregrinos tenían competencia para juzgar sobre controversias surgidas entre ciudadanos y no ciudadanos romanos, regularmente con origen en el comercio, pues se trata de la época en que Roma se ha convertido en el gran centro político y comercial del mundo. Al respecto: D. 1. 2. 2. 28. *Post aliquot deinde annos, non suficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitate veniret, creatus est, et alius Praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat.*

⁴⁸ Que se refiere especialmente a la *Lex Licinia Sextia de consule plebeio*, por virtud de la cual uno de los dos cónsules tenía que ser de origen plebeyo y se crea la pretura como magistratura únicamente accesible a los patricios. Liv. 6.42.11.

⁴⁹D.1.2.2.27. *Quumque Consules avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut Praetor quoque crearetur; qui Urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.*

el nombramiento del juez y el *modus iudicandi*, es decir, las reglas a las que el *iudex (privatus)* debía ceñirse al juzgar la controversia y dictar sentencia.

Su participación en la evolución del proceso civil romano (*iurisdictio*) fue fundamental, sin temor a exagerar, podemos afirmar que es en ese momento cuando la justicia oficial sustituye completamente a la venganza privada.

Al institucionalizarse la división del proceso en dos fases, el pretor pasa de la primera fase *in iure* a cedérsela a un juez que generalmente es un particular fase que se denomina *apud iudicem* o *in iudicio*.

En ausencia de los cónsules y con autorización del *Senatus*, puede llevar a cabo facultades de gobierno y administración.

La necesidad creciente del tráfico marítimo y comercial, provocó la creación, en el año de 242 a.C. de un pretor peregrino cuya facultad era ejercer la *iurisdictio* entre peregrinos o entre romanos y peregrinos. Sucesivamente las leyes relacionadas con los pretores aumentaron el número de los mismos.

Para administrar las dos primeras provincias Sicilia y Cerdeña en el año 227 a.C. se designaron otros dos pretores cuyo número en el año de 179 a.C. se eleva a 6. Y la *Lex Cornelia* de Sila (81 a.C.) y la *Lulia* de César 46 – 44 a.C. las aumentaron a 14 y 16 respectivamente.

El edicto del pretor fue, sin lugar a duda, una fuente importante en la evolución innovadora del derecho romano, (*ius honorarium*) que fue un derecho nuevo, variable, frente al *ius civile* que sólo dejó su rigidez con la creación de la jurisprudencia, coexistiendo así las dos corrientes paralelas: *ius civile* y *ius honorarium*.

Sin embargo, además de las magistraturas ordinarias, existieron ciertos cargos que, sin estar presentes en todo momento en la organización constitucional romana, se encontraban latentes (previstos) para algunos casos de excepción o necesidad y el más importante de ellos es el que presentamos a continuación.

La Dictadura

Es una magistratura suprema extraordinaria que debía hacer frente a emergencias nacionales (*belli gerendi causa*) o regionales (*seditionis causa*) que se sustrae a todos los principios constitucionales que caracterizan a las demás magistraturas; tal es el caso del *imperium militae* o del derecho a la *provocatio*⁵⁰,

Su nombre original es el de magíster *populi*. Si bien, el *dictator* en sus orígenes fue designado entre los cónsules patricios o plebeyos, posteriormente con deliberación del *senatus* devino cargo electivo a finales del siglo III a.C.

Cabe señalarse que algunos autores entre ellos De Martino⁵¹, consideran que el *magister populus - dictator* fue la primera magistratura extraordinaria después de la caída de la monarquía, y que es hasta la consolidación de la *Res publica*, cuando se crea el *consulatus*.

El *dictator* goza del *imperium maius*, no estaba sujeto a la *provocatio*. Hay dudas respecto a la posibilidad de que se sujete a la *intercessio* de los tribunos de la plebe, sin embargo, la *Lex Valeria de provocatione* del 300 a.C. admitió la *provocatio* en contra el *dictator*, que estuvo tajantemente excluida durante mucho tiempo.

La duración de su cargo no podía exceder de seis meses, pero el término podía ser menor si la causa de su nombramiento se agotaba o cumplía.

Tanto el nombre, como la función del *dictator*, tal como lo hemos señalado, fue en sus orígenes substancialmente clara, su ambigüedad deriva del uso que se dio de esta magistratura en tiempos de la crisis republicana y es muestra del uso deformado que se hizo de los órganos constitucionales republicanos .

⁵⁰ La *provocatio ad populum* supone la garantía de libertad de los ciudadanos romanos, o sea el control político de la asamblea frente al magistrado dentro de la ciudad (*imperium domi*).

Por lo que están desligados de ella los magistrados que actuaban en campañas bélicas (*ius militae*) fuera de Roma, incluso el dictador.

⁵¹ De Martino ,op. cit. I p. 448 y ss.

La dictadura, por lo tanto modificaba los poderes constitucionales solo excepcionalmente y por periodos de tiempo breves.

Después del 209 la dictadura desapareció de la escena política para reaparecer con Sila en el 88 a.C. y luego con César. Pero estas últimas dictaduras eran enteramente nuevas, tanto por lo que se refiere a la desviación de los principios tradicionales como por su finalidad.

La dictadura de Sila no cabía en la configuración originaria de las magistraturas. Estaba limitada en el tiempo, a pesar de que no fuera indicado un término de extinción, en el acto de su institución mediante una ley, lo cual, si bien no era nuevo, sí inusual.

La dictadura de César fue en cambio concedida primero por varios años, luego a perpetuidad, con esto se cumplía el ciclo. Era una magistratura de nueva creación, carácter vitalicio, con investidura popular, y, por lo tanto análoga a la tiranía griega, si bien con típicas especificidades romanas. Este nuevo órgano se impuso a aquellos órganos tradicionales., que no fueron suprimidos, sino profundamente transformados, comenzando por el senado, y sometidos a la voluntad del *dictator*.

Dados estos profundos cambios, se puede caer en ambigüedades, a pesar de que sería más correcto decir que hubo en Roma dos magistraturas con el mismo nombre, pero muy diferentes en sus atribuciones y características. Se puede entonces comprender por qué en la actualidad se hace referencia a la dictadura tanto para denominar a regímenes autoritarios ,como para identificar a movimientos de tipo revolucionario.

Las investigaciones sobre las varias dictaduras de la edad moderna son muy útiles para comprender conceptos y armas de lucha política del presente, pero nos dicen muy poco o nada sobre la dictadura de los antiguos⁵².

⁵² Al respecto existe un interesante escrito que nos aclara algunas de las ideas que existen, sobre todo en América Latina, sobre los términos “dictadura” y “dictador” y los contrasta con diversos

Por lo que respecta a la dictadura clásica, es decir, la que existió hasta la guerra de Aníbal, se sitúa en el cuadro constitucional de la república, mientras las dictaduras de Sila(82 a. C) y de César (49 a. C.) ya no se ubican allí, y son pasos decisivos hacia un nuevo tipo de formas de poder, que posteriormente irán definiéndose durante el Principado de Augusto, como su mejor expresión.

De Martino⁵³ piensa que muchas veces se recurrió al nombramiento del *dictator* para superar el veto tribunicio del reclutamiento de tropas, en cuanto que su *imperium*, permitía mayor autoridad que la que tenían los cónsules sobre los tribunos.

En conclusión , la dictadura, como señala T. Livio, 2,18,14,; 8, 32, 3; 2,29,11; 4,57,5; 8,23,13 y 27,5,15, fue una magistratura extraordinaria con *imperium maius*, desligada de la *provocatio* y que en una época posterior , posiblemente la *provocatio* contra el poder del *dictator*, se admitió con la la Ley Valeria de alrededor del año 300 a. C.

Sin embargo, las expuestas magistraturas no agotan al cuerpo encargado de la impartición de justicia en Roma, pues existieron otros funcionarios o cuerpos colegiados encargados también de impartir justicia, sobre todo los que contaban con una competencia especial, o bien algunos encargados de juzgar los crímenes en contra del Estado (*duoviri perduellionis*)⁵⁴, etc.

Uno de los casos más interesantes fue, sin duda, el del tribunal de los centurviros, encargados de resolver procesos especiales, sobre todo la declaración de los testamentos inoficiosos (la *querella inofficiosi testamenti*), por lo cual fue conocido también como el tribunal de las herencias.

elementos de derecho constitucional, de la autoría de RABASA, Emilio O. La Constitución y la Dictadura.1ª Ed. Porrúa. México. 2011.

⁵³ De Martino, op. cit. 1; pp. 448 y ss.

⁵⁴ En tiempos de la monarquía eran nombrados por el Rey para juzgar los casos de *perduellio* (alta traición) cuando estos crímenes ocurrían. Bajo la República los cónsules eran quienes los nombraban (Se hace mención de ellos por último en 63 a. C.), a pesar de que desde la segunda mitad del Siglo III a. C. los tribunos de la plebe tomaron casos de perduellión bajo su jurisdicción. Ver RE. 5.1799. En BERGER, Adolph, Op Cit. Voz: *Duoviri Perduellionis*.

Sobre su origen es poco lo que podemos saber, sin embargo se piensa que pudo haber sido un órgano creado por Servio Tulio; así mismo, se sabe que era un tribunal permanente, conformado por tres miembros de cada tribu (por lo cual, su número era de 105, aumentado posteriormente a 180), el símbolo de su poder era una lanza (*asta*) y se reunían en el foro en sus inicios, para posteriormente reunirse fuera de las iglesias.

Su actividad se llevaba a cabo en la etapa que conocemos como *in iudicio*, una vez que los querellantes habían acudido ante el magistrado a interponer su querrela en razón de que, en el momento de confeccionar el testamento, el *pater* sufría de un *color insanis*, que revelaba su mal estado de salud.

Este tribunal conocía también del proceso por apuesta (*legis actio per sacramentum*) y, según Cicerón, también tenían a su cargo algunos asuntos del Estado.

Su desaparición ocurrió cuando el sistema del procedimiento formulario cayó en desuso y dio paso definitivamente al procedimiento extraordinario.

A la muerte de Cesar y abierto el testamento donde se nombrara heredero a Octavio y dejaba 300 sestercios por cabeza a los plebeyos. Octavio complementa la adopción con una *lex curiata* en la que cambia la antigua institución de la *adrogatio* y toma el nombre de Cesar. En enero de 43 el Senado le otorga el título de *pro praetore* y el 19 de agosto del mismo año es electo cónsul. A partir de ese momento se inicia la adquisición de una serie de poderes extraordinarios y la creación de formas institucionales, aparentemente de conformidad formal a la constitución republicana, pero creando otras completamente nuevas en el curso de 20 años, en una fase constitucional agitada, incierta y fluida hasta el

4. El principado.

endurecimiento de una nueva constitución y a la posición del principado.

El triunvirato del cual Octavio formaba parte junto con Antonio y Lépido otorgaba a los triunviros el poder consular caracterizado por la violencia, confiscación, asesinatos, etc. Se consolida y se da inicio a un diseño constitucional que culmina con el traspaso definitivo del viejo al nuevo tipo de Estado. Se trata de un proyecto extenso donde Octavio se posesiona del poder máximo con la consecuencia constitucional y la implicación ideológica de fundar en el futuro la máxima figura suprema del *princeps* y del *imperium*, lo que implicaba una ofensa al tribuno de la plebe, con la anuencia del Senado que establece que nadie puede ofender al príncipe ni de palabra ni de hecho.

Octavio se estaba preparando para la batalla final por el poder, buscaba sostenes jurídicos y políticos para la acción que iba a enfrentar, mientras había tensión entre las clases y los grupos políticos. Usó la tradición legislativa popular y dispuso una garantía para su *lex agraria* del 59, firmada primero por la plebe y debía ser firmada después por todo el Senado.

La aportación que Octavio inscribió en la corriente ideológica y política de la época, es amplia y consistió en que, superando al Senado, la Asamblea popular y el a las magistraturas, la concesión irrestricta de todos los poderes del Estado, pues todos ellos tienden a crear una relación directa entre el ex triunviro.

No cabe la menor duda que el consenso en la aceptación de éste nuevo tipo de gobierno se amplió y fue el preámbulo de la superación de la República y construyendo la nueva Constitución basada en el poder personal (sustancialmente monárquico; contando con el consentimiento de Roma, de Italia y de las provincias, más que de las magistraturas republicanas)

Lo cual le quitaba al Senado toda la fuerza, puesto que parte de su poder residía en comandar la guerra; sin embargo, mantiene todos los títulos y honores que tenía con anterioridad.

Por otro lado, Augusto tenía una posición *quasi* divina que incluye el *imperium merum*, el poder del pueblo y el control sobre el Senado lo que convirtió a Augusto en el vencedor indiscutible del control político romano y desde aquel momento se constituyó una “perfecta” monarquía y reserva el consulado para él.⁵⁵

Avanzadas hasta tal punto las cosas, se atribuyó también la potestad tribunicia de por vida, el derecho de tratar con el Senado, es decir, *ius agendi cum senatu*, el *imperium proconsulare* perpetuo y, con dichos cambios se consolida definitivamente.

Pero no son suficientes los poderes de Augusto pues él no es magistrado, ni los del consulado porque él no es cónsul porque no era constitucionalmente titular y esto por varios motivos fundamentales. El último resquicio que queda es la sucesión, adquirir el carácter sacro, pasa así Augusto en el 12 d. C. a tener la investidura de pontífice máximo.

La Constitución política que crea a su alrededor Augusto fue el resultado de una gran y genial labor de ingeniería constitucional en la que se van cubriendo los espacios disponibles, misma en que resaltaron la forma jurídica de una constitución oligárquica y centralista.

Así los múltiples poderes que Augusto asume, mientras parecen como elementos típicos de instituciones republicanas, pero van adquiriendo un tinte claramente monárquico y presentan una desviación del sistema constitucional republicano.

Lo anteriormente señalado fueron los pilares jurídico-políticos fundamentales sobre los cuales se constituyó el poder de Augusto pero sólo se puede entender y darle su valor completo si no se inserta en la persistente estructura republicana que Augusto afirma haber instituido con la libre disponibilidad del Senado y del pueblo romano después de haber superado el convulsivo periodo triunviral.

⁵⁵ De MARTINO, Storia, 4. Op cit. pp. 154 a 190.

La estructura republicana desde el punto de vista formal, es decir, en cuanto a esquemas jurídicos puros, no fue para nada cambiada. Por lo tanto, existen todas las magistraturas republicanas, dos cónsules, los pretores, los cuestores, el Senado y la Asamblea Popular republicana, el triunvirato en su forma original de oposición legalizada o si se prefiere, órgano de defensa de la clase inferior. Pero los viejos contenidos no encuentran cabida en la estructura nueva; los funcionarios tienen un carácter distinto, casi siempre debilitados ante el príncipe y dieron inicio a una crisis que le llevará a su progresiva reducción.

Por lo que atañe al Senado, fue profundamente renovado con el alejamiento de muchos elementos contrarios al nuevo orden y el aumento de muchos elementos que por una u otra vía favorecían al príncipe; de quien, a la vez, su función política era completamente dependiente.

Sin embargo, fue precisamente el Senado, el único órgano que mantuvo cierto poder. El poder que más rápido declinó fue el de la Asamblea Comicial en su función legislativa.

En la materia legislativa la ya pérdida independencia de los cónsules y la práctica absorción de los poderes tribunicios por la *potestas tribunicia perpetua* del príncipe hicieron que la asamblea sólo participara en funciones en las materias y en el momento que el Príncipe quería.

El destino de las diferentes magistraturas varió; el consulado recobró en brevísimos períodos su título para ingreso al Senado y algunos de los postulados fueron elegidos por los miembros senatoriales, el resto casi siempre lo fueron del príncipe; por una vía o por otra el poder de las iniciativas las absorbía Augusto.

Aún el gobierno de las provincias, que parecían estar subordinadas al Senado y al pueblo, fueron provincias subordinadas al *imperium proconsulare maius* del príncipe.

Un destino diferente fue el de los pretores, que si bien habían perdido sus poderes políticos, mantenían sus poderes jurisdiccionales⁵⁶. Aumentaron su número y se crearon nuevas especialidades y esferas de competencia.

Tanto el pretor urbano como el peregrino se fortalecieron y absorbieron las del edil a falta de tal magistratura.

El edicto sigue creciendo y representa la fuente más importante y creativa del derecho y del proceso privado, a la luz de la *Lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 d.C. que transforma el sistema procesal.

Los edictos del pretor constituyeron la respuesta a las exigencias y denuncias de la economía mundial que se estaba gestando y que se fortaleció en el siglo III y con el sistema constitucional de Augusto encontraron un nuevo asiento político y un reconocimiento muy especial de parte del príncipe, quien empezó, a partir del 28, a designar a los pretores urbanos.⁵⁷

En definitiva, los órganos de la constitución republicana fueron todos de una u otra forma sujetos a la hegemonía del príncipe. Esto sucede por varias vías, directa o indirectamente, por aquellos hombres llamados a recuperar las varias magistraturas, pero que, en suma, verán disminuido su poder debido a las atribuciones centralizadas en la persona de Augusto, el *imperium*, la *auctoritas*, etc. Que lo colocan sobre todos ellos.

Con un proceso histórico de medio siglo, la constitución del principado fue lenta y pacientemente construida, como una enorme construcción, que tomó su asiento en el pasado republicano, por lo cual resulta difícil tanto para los historiadores como para los juristas el relacionar la naturaleza jurídico política de

⁵⁶ Es decir, la *iurisdictio* civil se mantuvo bajo su control, por lo cual, por lo menos durante algún tiempo, pudieron continuar con al famosa actividad legislativa, por medio del edicto y jurisdiccional por medio de las acciones pretorias, si bien la influencia decisiva del Edicto Perpetuo de Adriano trajo consigo, de alguna forma, un importante decremento de la misma, pues la actividad del Pretor empezó a ser la de un aplicador de la norma, más que de un creador de la misma, por lo cual empieza a cerrarse el sistema jurídico romano.

⁵⁷ Pues con el acelerado y aplastante crecimiento político, territorial y desde luego militar que tuvo Roma en ésta época, poco a poco se irá convirtiendo en el centro de atención del mundo conocido, que empezó a dominar en varios aspectos, incluido el comercial, a los demás pueblos.

la nueva realidad constitucional creada por Augusto; aún más difícil es señalar en qué momento terminará la estructura puramente republicana.

Otra posición es la que afirma que debido al declive de los órganos constitucionales republicanos (Senado, consulado, asambleas populares y tribunado) y a la expansión e importancia creciente del poder del príncipe, impide hablar de la continuación de la República romana.

Dicha tendencia a la centralización del poder, salvo altas y bajas, deriva de la personalidad individual de cada uno de quienes ocuparon el cargo, cuya fuerza real va cambiando a través de los siglos hasta tomar la forma de la monarquía absoluta, que desembocará en el imperio absoluto, cuya organización administrativa será un verdadero monstruo y su descripción ociosa para los fines del presente escrito.

Ahora bien, todo el discurso antes hecho, respecto del nuevo régimen de Augusto, debe situarse en el momento de la expansión territorial y el crecimiento del comercio en Roma, que fueron el primer impulso que aceleró el imperialismo, ejemplo; el camino de Italia en todo el mundo mediterráneo, marítimo y pluvial, la actividad industrial y financiera.

La grande expansión de la esclavitud que aumenta con las continuas guerras de conquista, que determina el régimen de la llamada producción esclavista⁵⁸. Además se dio una estratificación dentro de la propia clase, lo que explica también

⁵⁸ Uno de los pocos textos de Derecho Romano que analizan desde un punto de vista económico al derecho romano es el del profesor cubano Delio Carreras, quien hace interesantes menciones respecto del modo de producción, lo cual resulta lógico en virtud de su entorno, por lo cual puede presentar a nosotros una óptica diferente respecto de la utilidad de analizar el derecho romano desde un punto de vista económico, con fuertes críticas, desde luego, al esclavismo que practicaron los romanos, uno de los cuales, señala lo siguiente:” Federico Engels refiriéndose al Derecho Romano también expresó que este Derecho fue el representante clásico genuino de las condiciones materiales de vida de una sociedad, expuso sus conflictos de clase y al defender la propiedad privada clásica se hizo abanderado de estas ideas para la posteridad, exaltó el individualismo y a partir de él ningún otro cuerpo jurídico lo ha superado en estos rasgos” Karl Marx, F. Engels, Obras Completas, Tomo XVI, Capítulo I, pág. 446, citado por CARRERAS Cuevas, Delio. Derecho Romano. Editorial Pueblo y Educación. La Habana. 1980.

los diferentes formas de manumisión tan diferente de la de los otros pueblos esclavistas de la antigüedad.

El año 2 a.C. (durante su décimo tercer consulado) Augusto es reconocido por el Senado y por todo el pueblo romano que lo proclamen padre de la patria; lo que sin duda equivale no a un título social sino sobre todo político, es decir, constitucional.

La *nobilitas* senatorial subsiste en el nuevo *status quo* y mantiene concesiones y prestigio, del mismo modo sus integrantes controlaban las costumbres y actos para mantener el decoro y los privilegios de su clase.

Fueron el *ius edicendi* y el *ius respondendi* el marco jurídico que respondió a las novedades de los siglos II y III, lo que reconocemos como el clásico. Dichas fuentes fueron complementadas (o paralizadas, según se adopte otra postura) por Adriano a través de las constituciones imperiales, cuyo poder creativo del derecho se afianzaba cada vez más hasta entonces.⁵⁹

En el ámbito procesal la adopción al nuevo tráfico comercial y político encuentra respuesta con la *lex iulia iudiciorum privatorum*, que 17 a.C. declara abolida a la *Lex Aebutia*, ya para entonces olvidada y que extraordinariamente tomara el emperador en sus manos.⁶⁰

Así, la forma de llevar a cabo los procedimientos mediante los cuales se impartía justicia, cambiaron sustancialmente, puesto que la nueva organización privilegió la autoridad y actividad del Príncipe, por encima de todos los demás órganos constitucionales romanos, característica que siguió durante todo el Imperio.

⁵⁹Idem

⁶⁰ El presente apartado, se basa, sobre todo, en una exposición brevísimamente de lo expuesto por BERNAL Beatriz y LEDESMA Jesús, en Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanos. Porrúa. México. Donde aclaran casi en su totalidad los diferentes aspectos histórico-jurídicos, que conllevarán a la pérdida de la autonomía que a lo largo de la República se había logrado mantener, respecto del ejercicio del poder, para dar paso a una importante centralización del poder por parte de Augusto.

Conclusiones del capítulo segundo.

1. Los cambios en la organización política de Roma, tuvieron una decisiva influencia en el proceso de resolución de conflictos, pues al cambiar continuamente el rostro del aparato encargado de la administración de justicia, le permitió un proceso lento, pero con paso firme, hacia la transformación del procedimiento en público.
2. El señalado proceso de cambios en la estructura política, nos permiten apreciar cómo es que el fenómeno político ha influido desde siempre, en la actividad jurisdiccional de un estado, pues, es imprescindible que para la aplicación de un cuerpo legal, exista un aparato estatal que permita a los particulares tener acceso al sistema de impartición de justicia.
3. Siempre que se pretenda analizar la historia de un pueblo en relación con sus instituciones políticas y jurídicas, podremos observar al mismo tiempo los cambios de ideología e intereses de su pueblo y sus gobernantes, lo cual nos permitirá observar claramente el desenvolvimiento de los factores reales de cambio.

Capítulo Tercero. El Proceso Civil Romano.

Es común que en el derecho contemporáneo se considere de manera generalizada que la acción es la llave o la puerta de entrada al proceso jurisdiccional, sin embargo en Roma esto no fue así, respecto del significado de *Actio*¹, las fuentes del derecho romano nos revelan que los romanos, si bien comprendieron que se trataba de una parte importante para la tutela de los derechos, por lo cual prácticamente cada uno de ellos contaba con una acción específica para su tutela, no profundizaron en un estudio teórico del tema (como de casi todos los casos), pues su prioridad fue crear un sistema de acciones lo suficientemente amplio y coherente para que fuera efectivo y útil en la defensa de los derechos públicos.

No quiere decir lo anterior que dejemos de reconocer el valor de la concepción romana de *actio*, pues hemos también de señalar que existió una importante evolución de la misma. Si bien en el primer procedimiento (el *ordo iudiciorum privatorum*, sobre todo en su primera etapa, la de las acciones de la ley, seguida por el procedimiento formulario) la acción se confundía con el derecho mismo que tutelaba, sin diferenciarlo de la potestad para hacerlo valer en juicio, es

¹D. 45. 1. 51. *Nihil aliud est actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debeat.* Ninguna otra (cosa) es la acción que el derecho de perseguir en un juicio lo que a nosotros es debido. Esta cita, atribuida al jurista Celso, nos señala el carácter particular y específico de cada una de las acciones, del mismo modo, deja fuera muchos tipos de obligaciones en las cuales no precisamente se nos debe algo, sino que el objeto de la obligación puede consistir en un hacer, tolerar, etc.

decir, ambos aspectos del mismo derecho (el subjetivo y el adjetivo), se entendían como la misma cosa.

Sin embargo, con el paso del tiempo y el surgimiento del procedimiento extraordinario (*extraordinaria cognitio*), podemos ver superado este estadio de evolución no solo en la concepción de la acción, sino en el proceso mismo, pues las formas rituales, la escritura del proceso, el formalismo y la división en dos partes del proceso privado, dieron lugar a un procedimiento público y estatal, en el que tanto la preparación del proceso como el análisis del fondo de la cuestión y la sentencia, se realizaban en una sola etapa, delante del magistrado en calidad de funcionario público con autoridad suficiente para resolver las disputas. Por consiguiente, la acción ya no se limitaba al derecho de acudir ante el magistrado para solicitar que nombrara un juez y dictara el *modus iudicandi* para resolver un conflicto, sino que se trata del ejercicio de un derecho ante el estado para que éste aplique, en razón de su *imperium*, las normas jurídicas correspondientes.

Si los romanos entendieron el funcionamiento de la acción, decidieron crear, como se señaló, un sistema lo suficientemente serio para que, en relación con la cuestión planteada, se diera por virtud del ejercicio de la acción competente, la solución más adecuada al problema, que enunciaremos a continuación sin agotar la clasificación de las acciones.²

Debemos a Ulpiano una interesante cita del Digesto, la cual señala que son dos los aspectos desde los cuales podemos analizar al Derecho y son el público y el privado³, precisamente a esta división atiende la primera clasificación de las

² Para completar esta temática, ver: CUENCA, Humberto. Proceso Civil Romano. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1957. 189-294. Quien agota este punto al señalar la mayor parte de las acciones que existieron en el derecho romano, clasificándolas según diversos criterios, por ejemplo, el orden de su ejercicio, o la subsidiariedad de unas acciones respecto de otras, estudio de constituye uno de los más completos que se han llevado a cabo, por lo menos en América, al respecto.

³ D. I. 1. 1.2. "*Huius studii duas sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romana exspectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem...*" De este estudio dos son las posiciones, el público y el privado. El derecho Público es lo que al estado de las cosas romanas atañe, el privado lo que es de utilidad privada. Sobre esta cita, mucho podríamos abundar, sin embargo, nos conformaremos para atender a los fines del presente texto, a señalar

acciones en el derecho romano, es decir, las públicas -cuyas fuentes son las relaciones entre los ciudadanos y los organismos públicos, o entre los organismos públicos entre sí o bien la comisión de algunos de los delitos públicos⁴- y las privadas, que eran aquellas nacidas en virtud de las relaciones surgidas entre los particulares.

Otro tema importante en relación con la clasificación de las acciones, es el que se trató al inicio de este libro: el dualismo en el derecho romano. Las dos corrientes paralelas que surgieron, una con base en el derecho antiguo (*ius civile*) y otra gracias a la labor creadora y reformadora del derecho que ejerció el pretor (el derecho honorario), dan origen a las acciones civiles, fundadas en el estricto derecho civil y por tanto exclusivas para los ciudadanos romanos, y las honorarias, fundadas en el edicto del pretor (publicado en el *album*) con características propias como la anualidad, además de que protegían también los actos jurídicos que no habían sido llevados a cabo entre ciudadanos romanos (lo cual tendrá su utilidad por lo menos hasta la época posclásica, cuando progresivamente se va otorgando la ciudadanía romana a más y más habitantes del imperio), sino entre comerciantes extranjeros, etc⁵.

que los romanos entendieron bien la naturaleza de un derecho que serviría para regular las relaciones entre los romanos como ciudadanos, con especial atención al contenido patrimonial en materia familiar y de obligaciones, cuyas instituciones o por lo menos una buena parte de ellas son palpables en el derecho mexicano contemporáneo, por ejemplo, algunos aspectos de la patria potestad (sobre todo de sus rasgos en el derecho justinianeo, una vez que se limitó el *ius vitae necisque* del *pater familias*), gran parte del derecho de las obligaciones, algunos aspectos del testamento, etc. Por otro lado, consideraron que existía un aspecto del derecho que se dirigía a regular la vida pública de la ciudad, la organización del gobierno, las relaciones de éste con los ciudadanos, etc. Y a éste llamaron derecho público.

⁴ Debemos recordar que en Roma no todo acto ilícito era considerado como uno de los delitos públicos (*crimina*), que eran considerados lesivos de la colectividad o bien de la relación con los dioses, por lo cual, su comisión era castigada mediante los juicios penales públicos; mientras que existían otro tipo de delitos que, consideraban, afectaban al patrimonio o a la familia de un particular y precisamente este tipo de delitos serán fuente de obligaciones, por cuanto el que los había cometido, tenía obligación de resarcir el daño causado.

⁵ Consideramos importante esta clasificación sobre todo por el hecho de que, al conceder el pretor el derecho de acción a personas que no contaban con el modo de hacer efectivos sus derechos, principalmente por el hecho de no contar con la plena ciudadanía romana, podríamos analizar si, en forma de un antecedente indirecto, se empieza gestar el derecho de acceso a la justicia.

Es importante señalar que el contenido patrimonial de las acciones puede, de la misma manera, determinar si se trata de una acción real o bien de una acción personal, en este orden de ideas, se dice que tenemos un derecho personal cuando, por vía de acción, podemos exigir el cumplimiento de una conducta por parte de una persona y entonces se tratará de una acción personal. Por otro lado, cuando encontramos una acción que nos proporciona la posibilidad de defender el derecho que tenemos sobre una cosa, recuperarla si se nos ha quitado o bien nos sea reconocido, estaremos hablando de una acción real.⁶

Podemos atender a una clasificación mas si nos referimos a las acciones principales (*directae actiones*) que nacen de la celebración de un acto jurídico, a favor de una de las partes, por ejemplo la acción de depósito (*actio depositi*) o la que nace del mandato (*actio mandati*) a favor del depositante y del mandante respectivamente, es decir, se trata de acciones en favor del sujeto activo de las obligaciones (*creditor*), pero precisamente gracias a la naturaleza de dichos contratos, podrán existir acciones a favor de quienes no las tenían, mismas que serán llamadas acciones contrarias, pues compete su ejercicio a quien es llamado el sujeto pasivo o deudor de la obligación.

En atención al objeto que se persigue mediante el ejercicio de una acción, las podemos también clasificar como acciones penales -cuyo objeto será el pago de una pena y, éste, a su vez, podrá consistir en el pago, por ejemplo, del valor de lo robado, su se trata de un hurto simple, pero podrá consistir en el doble de lo robado si se trata de un *furtum manifestum*, etc.-, acciones *rei persecutoriae* (si lo que se desea es recuperar una cosa) o acciones mixtas, que son aquellas por medio de las cuales se pretende recuperar una cosa y, además, obtener el pago de una pena.⁷

Ahora bien, el ejercicio del derecho de acción será la llave del proceso, pues mediante el acto inicial se abrirá la puerta del mismo, para dejar de ser una

⁶ La importancia de esta división se centra en la división misma del patrimonio, pues el mismo se conforma con los derechos reales y los derechos personales o de crédito.

⁷ Esta clasificación se fundamenta en el objeto de la acción, es decir, lo que se pretende mediante su ejercicio, sea conseguir el pago de algo o ser restituido en el goce de un derecho real.

simple posibilidad y ser el medio por el cual las diferencias entre los litigantes puedan ser resueltas. Sin embargo, así como el acreedor de una obligación, la víctima de un ilícito y un heredero tienen en su favor acciones para exigir de otra persona el cumplimiento de algo, ésta persona tiene a su favor herramientas procesales con las que salvaguardar sus derechos, algunas de las cuales son conocidas como *exceptiones*.

Estos medios de defensa procesal son útiles para que, una vez conocidas las pretensiones del demandante, plasmadas en la *intentio*, el demandado al oponer una excepción pueda resistirse a las mismas, haciendo inefectivo el reclamo que se le había realizado y evite ser condenado en los términos que exige su contraparte⁸, lo cual será válido, por lo menos hasta el procedimiento formulario pues, una vez que el proceso ha avanzado hasta convertirse en el extraordinario, la *exceptio* será tendrá el efecto de paralizar, por lo menos temporalmente, la acción del demandante, hasta que se aclare la cuestión que por vía de la excepción se planteó⁹.

Hasta el momento se han expuesto de manera sumarásima los conceptos mínimos fundamentales para, a partir de este ahora, trazar un panorama sobre dos (o tres) etapas por las cuales atravesó el proceso civil romano.

Se conoce a la primera (o bien, a las dos primeras), con el nombre genérico de orden de los juicios privados (*ordo iudiciorum privatorum*). Lo anterior tiene una sencilla explicación: los conflictos, en ese entonces, eran resueltos en

2. *El Ordo Iudiciorum Privatorum.*

⁸ Es decir, al exceptuarse, el que había sido demandado por otra persona, sostenía un argumento en contra, en el cual se fundamenta su petición para no ser condenado en los términos solicitados por el demandante; esta excepción se basa pues, en que existe un elemento externo a los relatados por el demandante, en virtud del cual, sus pretensiones no tienen razón de ser o son contrarias a derecho, de esta forma consigue que, por lo menos hasta que se hayan analizado dichos elementos, el juez no lo emita una sentencia condenatoria en su contra. BERGER, Adolph. Op Cit. Voz: *Exceptio*.

⁹ BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. 8ª Ed. Porrúa. México. 2009. Glosario. *Exceptio*.

definitiva mediante la participación de un tercero (*iudex*), que no era un funcionario público, ni se trataba de uno de los magistrados (con imperio, ni sin el), sino de un particular.

Es comprensible que al estudiante actual de derecho, le parezca incongruente (si se toma en cuenta el bagaje con que cuenta sobre el procesalismo actual), el hecho de que un particular sea quien resuelva la controversia surgida entre dos que pudieran ser considerados sus iguales. Para abordar esta temática en Roma, debemos recordar que la naturaleza de la función de los magistrados en el proceso es simplemente la de refrendar el acuerdo de los litigantes para que su controversia sea resuelta en definitiva por un tercero, es decir, se ponen de acuerdo en acatar la sentencia.

Ahora bien, en ésta etapa, que es comúnmente denominada como *IN IURE*, ocurren muchos de los actos más importantes del proceso, pues nos estamos refiriendo a la etapa inicial, es decir, el llamamiento del demandado a juicio, para que este sepa que existe una inconformidad por parte de otro y que conozca sobre qué se trata el conflicto.

Esta etapa del juicio es llevada a cabo ante el magistrado, quien tenía obligación de escuchar a las partes¹⁰ una vez que los contendientes habían solicitado acción *-postulare actionem-* y esta les fuera concedida *-dare aut denegare actionem-* para que, con base en ella, pudieran plantear al magistrado su inconformidad y él asignara un juez, que será quien decida en definitiva la controversia.

Es necesario recordar que, como se explicó *supra*¹¹, no todas las personas tenían el *ius actiones*, por lo cual debemos señalar que entre las actividades que el magistrado deberá desarrollar, es analizar la capacidad del sujeto para entablar acción en contra de otro también capaz y llamar a este a juicio (*in ius vocatio*).

¹⁰ Una vez que a éstos les hubiera sido concedida la acción por el colegio de los pontífices, si nos referimos al procedimiento de las acciones de la ley, o bien, haya obtenido la fórmula del pretor si nos referimos al proceso formulario. Ver: CUENCA. Op Cit. 13-14.

¹¹ Ver el capítulo de "Personas".

Del mismo modo, debe el magistrado establecer cuál es el fondo de la cuestión, para conceder la acción correcta en cada caso y, así mismo, establecer las reglas que deberán regir las actuaciones del juez privado. Así, Jolowicz llega a la conclusión de que el motivo primordial de la fase *in iure* no sea precisamente resolver un conflicto, sino establecer el *modus iudicandi*.¹²

El acto procesal con que termina esta etapa es conocido como la *LITIS CONTESTATIO*, cuya función primordial es encerrar precisamente estas cuestiones. Emitida por el magistrado la *litis contestatio*, el procedimiento pasará a una nueva etapa, la cual se desarrollará ante el juez, quien decidirá lo justo *ad casum*, juzgando conforme a las reglas establecidas por el magistrado.

Se trata de un contrato arbitral refrendado por la autoridad, a cambio del cual los individuos renuncian a su derecho de venganza y se someten a la decisión de un tercero respecto del conflicto, así mismo, en el momento de establecer la *litis contestatio*, era necesaria la presencia de testigos y de ahí su nombre, pues en el procedimiento de las *legis actiones*, este acto terminaba con la frase *Testes esto te*.¹³

Es importante señalar que, una vez que se llegaba en el proceso a la *litis contestatio*, no existía posibilidad de que el demandante reclamara nuevamente lo debido por lo mismo hechos (*non bis in idem*) pues la acción quedaba consumada y la anterior relación jurídica extinta, por lo cual, de existir una equivocación por parte del actor¹⁴, éste perdía el juicio.

¹² Nos adherimos a la opinión de BIALOSTOSKY, Sara. "Evolución del proceso civil romano a la luz de la *litis contestatio* y los *interdicta*" en Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete. Universidad Veracruzana. 2010.

¹³ Al respecto: BERGER, Adolph. Op cit. Voz: *Litis contestatio*. Si bien reconocemos que, por tradición más que por claridad, en el sistema del procedimiento formulario se siguió llamando del mismo modo, aunque en este caso la presencia de los testigos ya no era necesaria, en virtud de que, mientras que en el procedimiento de las acciones de la ley privaba la oralidad en el proceso, el procedimiento formulario se llevaba a cabo de forma escrita.

¹⁴ Inclusive respecto de las palabras sacramentales que debía pronunciar a lo largo del juicio pues, hemos de recordar una vez más que la oralidad en el procedimiento de las acciones de la ley será esencial, cuestión que cambió en el procedimiento formulario. Al respecto, tenemos noticia de que Gayo señalaba que, debido al exceso de ritualismo y formalismo en este procedimiento (el de las

La última etapa y más importante en el orden de los juicios privados, era la denominada *apud iudicem* (delante del juez) o *in iudicio* (en el juicio), misma que, como su nombre lo indica, se llevaba a cabo en presencia del juez (*iudex privatus*), que era quien examinaba detenidamente los hechos y delante de él se desahogaban las pruebas y los alegatos para que, una vez que hubiera escuchado y analizado las pruebas de los contendientes, pudiera llegar a una sentencia justa. En esta etapa, el actor deberá exponer sus pretensiones y demostrar al juez la relación con base en la cual ejerció la acción contra el demandado, por medio de las pruebas que le presente (en este caso, sobre todo, la testimonial, en virtud del carácter eminentemente oral del procedimiento de las *legis actiones*).

Expuestas las pretensiones del actor y presentadas las pruebas y los alegatos, el juez pasaba a dictar sentencia, la cual tenía el carácter de inapelable.

Los anteriores párrafos, dedicados a las generalidades del proceso, son una introducción a las características propias de los dos primeros sistemas procesales que existieron en el derecho romano, el primero de ellos, conocido como de las *LEGIS ACTIONES*, data de la época arcaica y pocos datos son con los que contamos en la actualidad, mismos que nos llegan gracias a Gayo, quien en el comentario cuarto de las *Instituta*, nos señala algunas características de este procedimiento, conformado por cinco acciones: la *Legis actio sacramentum* (*in rem e in personam*), la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, la *legis actio per conditionem*, la *legis actio per manus iniectioem* y la *legis actio per pignoris capionem*.

Si bien Gayo no hace una distinción teórica respecto de las expuestas cinco acciones de la ley, la romanística ha decidido dividir las en dos grupos: las declarativas (reconocen un derecho y son ambas acciones de la ley por

legis actiones) estas llegaron inclusive "a ser odiosas" y el procedimiento formulario alcanzó gran éxito en la época clásica del derecho romano, dada la flexibilidad que proporcionaba respecto de aquel.

sacramento, la *per iudicis arbitrive postulationem* y la *per conductionem*) y las ejecutivas (tienen por objeto ejecutar un derecho reconocido y se trata de la *pignoris capio* y de la *manus iniectio*)

La acción de la ley por sacramento, consiste en una apuesta sacramental que realizaban los contendientes, cada uno afirmando la veracidad de sus declaraciones, prometiendo entregar el producto de la misma (apuesta) al “Estado” por quien resulte vencido en el juicio y tiene una interesante característica dual pues es útil tanto para ver reconocidos los derechos reales (*legis actio sacramento in rem*) como para ver satisfechos los créditos (*legis actio sacramento in personam*).

Si se trata de un derecho real, el demandante debe declarar solemnemente que la cosa le pertenece por el derecho de los quirites,¹⁵ luego de lo cual interviene el pretor ordenando a cada uno dejar la cosa, a lo cual sigue la contradicción del demandado, quien debe retar a quien reivindica a realizar una apuesta por una determinada cantidad de ases (entre cincuenta y quinientos) y el demandante debe a su vez regresar el reto¹⁶.

Hechas las apuestas, proseguíase a entregar la cosa a quien hubiera ofrecido una mejor garantía, establecida por fiadores y, al final del juicio, si era vencido, tenía el compromiso de entregarla al vencedor. Luego de ello se procedía a nombrar al juez, una vez hecho esto, las partes debían ponerse de acuerdo para comparecer ante él y que se determinara cuál de los sacramentos era justo, el vencido, como se señaló, perdía el monto de la apuesta en favor del erario¹⁷. Una

¹⁵ Es importante anotar de una vez la diferencia entre la propiedad bonitaria y quiritaria, pues la una corresponde al derecho pretorio, es decir, el derecho honorario y puede atribuirse inclusive a un no ciudadano romano; mientras que la segunda se desprende del antiguo derecho civil (o quiritarario), exclusiva para los ciudadanos romanos y referida casi exclusivamente a las cosas *mancipi* (aquellas cuya propiedad debía transmitirse forzosamente mediante una *mancipatio* o una *in iure cessio*), tema que se abordará *infra*, en el capítulo que trata de la primera parte del patrimonio: los derechos reales.

¹⁶ Ver CUENCA, Humberto. Op cit. Pp. 40-43.

¹⁷ Según señala GORDILLO Montesinos, Roberto Héctor. Derecho Privado Romano. Op cit. Pp. 166-167. Quien apunta también que la devolución de la cosa debería hacerse con sus frutos y acciones,.

particularidad más, era que mediante este procedimiento, los *patres familiarum* podían también reclamar los derechos que tenían sobre las personas sujetas a su potestad¹⁸ y del mismo modo, podía utilizarse para liberar a un esclavo (*manumissio*), omitiendo la actuación del que debía contravindicar.

Respecto de la *actio sacramento in personam*, es realmente poco lo que se conoce, sin embargo, se ha llegado a la conclusión de que era útil para reclamar derechos personales (créditos), sin embargo, se desconoce su tramitación, debido a una laguna en el texto de las Instituciones de Gayo, pero es posible que haya sido parecida a la que describimos anteriormente.

La segunda (o bien, tercera) de las acciones de la ley con efectos declarativos, es la *per iudicis arbitrive postulationem*, la cual no contaba con la amplitud de la anterior, pues se podía utilizar únicamente para reclamar una deuda nacida de *Sponsio*, dividir la herencia (*familiae erciscundae*) o bien realizar la división de la cosa común (*communi dividundo*).¹⁹

En este caso, no se realizaban apuestas sacramentales, sino que se declaraba la deuda o se solicitaba ante el magistrado que se dividiera la cosa común o la herencia, luego de lo cual, de la misma forma que en el procedimiento anterior, el demandado se negaba y entonces solicitaba el demandante nombrar un árbitro, cuya decisión crearía efectos jurídicos, ya sea ordenando el pago de lo debido o bien dirigiendo el proceso de partición de la herencia o la cosa común.

Por otro lado, mediante la *legis actio per conditionem* (última de las acciones llamadas declarativas) se trata de obtener el pago de una cantidad cierta de dinero o bien de una cosa cierta, diferente del dinero.

¹⁸ Hijos (*patria potestas*), Esposa (*manus*), esclavos (*potestas dominicalis*), etc.

¹⁹ Ver en el Novissimo Digesto Italiano la voz *Lex Pinaria de Legis Actione* [T. IX. De Gianetto Longo], para completar la temática de la importancia de dicha ley en el establecimiento de esta acción.

En este caso, no era necesario que los adversarios realizaran la apuesta sacramental y una vez que el demandante planteaba su derecho y era contradicho por el demandado, se solicitaba al magistrado nombrar un juez a los treinta días, transcurridos los cuales las partes acudían nuevamente ante el funcionario para ponerse de acuerdo respecto del nombramiento del *iudex*, quien resolvía la controversia.²⁰

Tal vez la característica más importante de esta acción es que durante su tramitación no era necesario expresar la causa del crédito que se reclamaba o, lo que es lo mismo, se trata de una acción abstracta, pues para su ejercicio es suficiente afirmar la existencia de la deuda, preguntando al adversario si era verdad o no. En caso de que el deudor contestara afirmativamente, se producía una *confessio in iure*, de lo contrario, debería seguirse el procedimiento ante el juez.

No es clara la utilidad de introducir esta acción en el elenco de las demás, pues realmente los créditos que por ella podían ser reclamados, bien podían ya verse satisfechos mediante el ejercicio de la acción sacramental, pero puede que se haya tratado de juicios más cortos y menos costosos.²¹

Ahora, pasaremos a describir las dos acciones de la ley de corte ejecutivo. Aclarando, nos referimos a la diferencia entre los efectos de las anteriormente descritas acciones, las cuales tienen por propósito únicamente reconocer un derecho, nombrar un juez, etc. Las siguientes, llevarán a satisfacción misma del

²⁰ Señala GORDILLO. Op cit. Que los casos en que esta acción era aplicable eran aquellos en los que se reclamaba una obligación adquirida por mutuo, o por estipulación, el enriquecimiento ilegítimo, el cumplimiento de una obligación literal o bien el pago de la pena por hurto.

²¹ Así lo señala ÁLVAREZ Suárez, Ursicino. Curso de Derecho Romano T.I. Op cit. Pp. 249 Y Ss. En donde señala también que fue a partir de la Ley Silia (aproximadamente del 204 a.C.) que esta acción de la ley sirvió para reclamar deudas nacidas de mutuo, de contratos literales (la *nomina transcriptia*, tema del segundo Curso de Derecho Romano de esta misma Enciclopedia) y señala que es difícilmente sostenible la tesis de Collinet, quien señala que es también útil para reclamar los créditos nacidos de delitos, especialmente el *furtum* (materia también del Segundo Curso de Derecho Romano que señalamos y a cuya opinión se adhiere Gordillo Montesinos, en la nota precedente). Para completar la temática de la *Lex Silia*, se recomienda consultar la misma voz del Novísimo Digesto Italiano, T. IX. De Gianetto Longo.

derecho, por medio de la aprehensión de la cosa o de una persona, en sentido literalísimo.

La primera de ellas, por cierto, de la que más datos se tienen, es la *Legis actio per manus iniectio* (la acción de la ley por aprehensión corporal), misma que es útil para que, una vez que el acreedor de una obligación no ha visto satisfecho su crédito, acuda ante el magistrado, solicitándole le conceda el derecho de hacer efectivos sus derechos sobre la persona misma del deudor, una vez que el crédito fue reconocido mediante sentencia, por lo menos en un principio, pues posteriormente se reconoció el derecho de ejercer la *manus iniectio* también al fiador que había pagado en lugar del deudor principal, al titular de un legado damnatorio (*per damnationem*), al heredero contra el legatario que hubiera recibido más de mil ases en contra de las disposiciones de la Ley Furia Testamentaria y al propietario de una cosa, por los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado.²²

El procedimiento recuerda en cierta medida a la venganza privada, pues existirán ciertos casos en los cuales el acreedor puede ejercer la aprehensión corporal inclusive si su derecho no había sido previamente reconocido por una sentencia, tal es el caso de las obligaciones contraídas por *nexum* o bien es caso expuesto de los titulares de un legado *per damnationem*.

El procedimiento común de la *legis actio per manus iniectio*, consistía en recitar palabras sacramentales delante del magistrado, en las cuales se expresaba la deuda, la falta de pago y que, por causa de ello, sería hecho

²² Los actos jurídicos que darán lugar a estos casos especiales, son tema del tomo correspondiente al Segundo Curso de Derecho Romano de ésta enciclopedia y rogamos al lector su comprensión por las referencias que hacemos al mismo, sin embargo, dejaremos aquí apuntado únicamente que la fianza consiste en un contrato de garantía, en virtud del cual una persona (fiador) se obliga a cumplir con una determinada conducta, en caso de que otra (el deudor principal) no lo haga; el legado *per damnationem* es aquel que consiste en la entrega de una cosa determinada al legatario por parte del heredero, inclusive de cosas que no estuvieran dentro del patrimonio del *de cuius*, en tal caso, el heredero estaba obligado a conseguir la cosa y entregarla al legatario y, en caso de que fuera imposible conseguirla, dar el valor de la misma. Las disposiciones de la *Lex Furia Testamentaria* a que nos referimos, limitan el monto de los legados a mil ases, si los legatarios eran *extranei*, es decir, que no fueran parientes del testador.

prisionero, terminado lo cual, el juez debía pronunciar únicamente la palabra *adicco* (te lo atribuyo) para que el acreedor tuviera el derecho de llevar hasta su casa en calidad de *reus* a su deudor, con la obligación de darle una ración de pan y agua y con el beneficio de no imponerle cadenas de más de quince libras de peso.

Sin embargo, en el momento de la comparecencia ante el magistrado, podía participar aún otra persona, el *vindex*, que actuaba como fiador, entendiéndose desde entonces (si se concedía el beneficio) éste con el acreedor, sin ningún otro tipo de participación del deudor; surgirá, desde luego, una obligación del deudor inicial con su fiador, pero la relación por la cual se inició el procedimiento de la *manus iniectio*, queda extinta.²³

Una vez reconocido por el magistrado el derecho del acreedor de hacer prisionero al deudor, aquel puede libremente llevarlo a su casa y conservarlo en calidad de tal durante sesenta días, durante los cuales tenía obligación de llevarlo a tres mercados distintos, donde el deudor debía proclamar su condición y el monto de la deuda, con el objeto de que sus parientes y amigos se interesaran en el pago de la misma. Sin embargo, transcurrido dicho plazo, de no obtener el pago, el acreedor estaba autorizado a vender más allá del Tiber al deudor e inclusive matarlo y, de existir varios co-acreedores, dividir su cuerpo en partes²⁴ y una vez muerto (física o civilmente²⁵) el deudor, el acreedor tenía en derecho de rematar sus bienes.

La última de las acciones de la ley, la *per pignoris capionem*, consiste en la aprehensión material de una cosa. Curiosamente, para ejecutar esta acción de la

²³ Queda aún por señalar que, si alguno de los dos, el acreedor o el fiador, se equivocaban en el momento de recitar las palabras sacramentales ante el magistrado, el uno perdía el juicio, mientras que al segundo le era negada la capacidad de participar en el mismo en favor del obligado y es importante aclarar, como lo hace CUENCA, Humberto. Op cit. Pp. 44 y Ss. Que el *vindex* participa como un mero fiador y no como un representante.

²⁴ La tierra más allá del río Tiber era considerada por los romanos como extranjera y es por ello que solo ahí, donde sus dioses no vigilaban, podían vender a un romano. Ahora bien, la segunda opción, que está contenida en la Tabla VIII *Tertiis nundinis partis secanto, plus minusve, se fraude esto*, no se tienen datos de que se haya aplicado alguna vez.

²⁵ Pues la caída en esclavitud era equiparable con la muerte.

ley, no es necesario que el reclamante deba pronunciar las palabras solemnes delante del magistrado, sino solo delante de tres testigos, inclusive, puede realizar la aprehensión de la cosa sin que el deudor esté presente sin previa notificación ni aviso alguno. Interesante es también que, para llevar a cabo esta acción, el derecho romano no exigía que se tratara de un día fasto, por lo cual, se podía también ejercer en los *nefasti dies*. Sobre esta acción nada más se conoce sobre su tramitación o sobre su sustento legal pues existen pocas referencias en las instituciones de Gayo y aún menos en las de Justiniano.

Expuesto de forma sucinta el primer procedimiento de resolución de controversias del Derecho Romano, pasaremos a exponer panorámicamente el segundo, conocido como EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO O *PER FORMULAS*, el cual encontró su origen muy probablemente en la actividad del pretor peregrino²⁶ y se formalizó mediante la ley *Aebutia*²⁷, la cual ofreció a los particulares la opción de elegir entre resolver sus conflictos por la vía de las arcaicas *Legis Actiones*, o bien, mediante el nuevo procedimiento, escrito y flexible. No es necesario aclarar por cuál de los dos procedimientos se inclinó la colectividad si, como señala Gayo, las acciones de la ley, por su exceso de formalismo y ritualismo, empezaron a ser odiosas.²⁸

²⁶ Ver CUENCA, Op cit. Pp. 51 y Ss. En las que plantea esta hipótesis. A lo que añade ÁLVAREZ Suárez. Op cit. Pp. 274-276, que si bien, no podemos conocer con exactitud el procedimiento ante el pretor peregrino, es dable deducir que, al tratarse de un *iudicium quod imperium continens*, es posible que para el magistrado conceder o negar determinada tutela jurídica y, aún más, establecer los límites de la misma, en caso de concederla, resulta una diferencia notable que, en los procedimientos ante el pretor peregrino, no era uno solo el *iudex*, sino un colegio de *recuperatores* (tres: uno elegido por cada una de las partes y un presidente nombrado por el magistrado), así mismo, al basarse en el imperio del magistrado, empieza a gestarse la publicidad del proceso, con la condicionante temporal pues el juicio y la sentencia solo serían válidos antes de que expire el mandato legal del magistrado, así mismo, a diferencia del procedimiento de las acciones de la ley, creadas para ciertos negocios, la libertad del pretor peregrino le permitía otorgar protección jurídica a nuevos negocios. Una vez que la *Lex Aebutia* institucionalizó el sistema del procedimiento formulario, este dejó de ser un juicio basado en el imperio del magistrado, para convertirse en un juicio legítimo, que podía proteger derechos fundamentados no solamente en el derecho de gentes, sino también aquellos amparados por el *Ius Quiritium*.

²⁷ Se trata de una Ley de la época de los Gracos y, por lo tanto, promulgada entre el 130 y el 120 a.C. Ver el Novísimo Digesto Italiano. T. IX. Voz *Lex Aebutia*, por Gianetto Longo.

²⁸ Gayo IV. 30. *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odio venerunt...*

Será hasta la aparición de la *Lex Iulia Iudiciorum Publicorum et Privatorum*²⁹ que termine dicho dualismo, en virtud de la cual se fortalece el procedimiento formulario y queda como el único medio vigente de resolución de conflictos.

En este procedimiento, priva la escritura, pues su tramitación se da mediante la confección de un documento llamado fórmula (y de ahí su nombre)³⁰.

Sin embargo, a diferencia de las *Legis Actiones*, este procedimiento no inicia con las formalidades ante el magistrado, sino mediante una notificación extrajudicial, en la que el demandante elegía, dentro de las que ofrecía el edicto del pretor, la fórmula que más podía adaptarse a sus pretensiones, redactaba un documento y lo daba a conocer al demandado, sea que este se allanara a las mismas de manera extraprocesal y con ello no se alcanzara el juicio, o bien, ante la resistencia del futuro demandado, se iniciaba el procedimiento con el mismo acto de la *in iusvocatio*.

Realizado el requerimiento de presentarse a juicio, el demandado tenía la obligación de acudir al mismo, pero si se resistía, el demandante podía utilizar la violencia para que acudiera ante el magistrado, a menos que presentara un *vindex* que garantice la comparecencia, en contra de quien tiene acción (*in factum*) el demandante, si no procura la comparecencia del demandado. Posteriormente se aceptó que, mediante estipulación, el demandado prometiera acudir ante el magistrado y, si no lo hacía, era condenado a pagar una pena al demandante.

Una vez que los contendientes se encontraban con el magistrado y se planteaba la cuestión, se redactaba la fórmula, que es definida por Wlassak como un “documento concreto en el cual se instituye un tribunal individual, el programa del proceso, el documento del litigio”.

²⁹ Se trata de la ley que, finalmente da por derogado el sistema de las acciones de la ley y deje como único procedimiento de vigente para la resolución de conflictos el formulario, fechada en el 17 a.C. como un complemento a la reforma de la Ley *Aebutia*. Ver Novissimo Digesto Italiano. T. IX. Voz: *Lex Iulia Iudiciorum Publicorum et Privatorum*.

³⁰ Gayo IV. 30 ...*Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque et ut per concepta verba, id est per formula s litigemus.*

Humberto Cuenca nos transmite una cita de Gayo, en la cual se plantea cual debería ser la estructura de la fórmula:

“Sean Jueces. Si consta que Numerio Negidio debe dar a Aulo Agerio diez mil sestercios, sobre lo que se litiga, condena ¡oh Juez! A Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio diez mil sestercios; si no resulta, absuélvelo”

Ahora bien, la fórmula se compone de las siguientes partes:

1. *Demonstratio*;
2. *Intentio*;
3. *Adiudicatio* y
4. *Condemnatio*.

La *Demonstratio* se refiere a los hechos que motivan la demanda, es decir, el antecedente con base en el cual se está realizando la reclamación, es decir, el hecho en que se funda el derecho que se está defendiendo en la controversia. En el ejemplo la causa es una deuda.

La *Intentio* es aquella parte de la fórmula en que son expuestas las pretensiones del actor, es decir, lo que pretende conseguir mediante el ejercicio de la acción, en el caso del ejemplo que se escribió arriba, se pretende conseguir el pago de los diez mil sestercios. Esta o estas pretensiones deben constar en la fórmula de manera expresa y, con base en la forma en que se expresan, se deduce si se está defendiendo un derecho real o uno personal, pues, solo si se está reclamando un derecho personal, constan los nombres de demandante y demandado en la fórmula, pues de lo contrario no es necesario nombrar al segundo en ella, ya que no se reclama una prestación por parte del demandado sino que, con base en la existencia de un derecho real, el demandante pretende verlo reconocido y, por tanto, ejercerlo.

La *Adiudicatio*, por otro lado, es aquella parte de la fórmula en la cual el magistrado concede al juez el derecho de otorgar alguna cosa al litigante, por lo regular, a título de propietario, misma que, según criterios, solo aparece en las acciones divisorias (como la *actio familiae erciscundae*, la *finium regundorum* o la *communi dividundo*), en las cuales el juez atribuye la propiedad de determinadas porciones patrimoniales al litigante, terminando con la copropiedad que existía, según las causas que se adujeran para ello.

La *Condemnatio* es la parte final de la fórmula, en la cual encuentra fundamento la facultad del juez para emitir una sentencia obligatoria para las partes pues, como recordamos, no se trata de un funcionario público investido de autoridad para resolver los conflictos, sino que los resuelve con base en una orden y autorización del pretor, en ejercicio éste último si de sus funciones como magistrado. Dicha resolución debe basarse, desde luego, en el resultado de la investigación sobre el o los hechos controvertidos. En el ejemplo que anotamos arriba, la *condemnatio* consiste en las palabras: "...condena ¡oh Juez! A Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio diez mil sestercios; si no resulta, absuévelo".

Se conocen también otras partes de la fórmula, que introdujo el pretor y que llamamos partes accesorias, se trata de la *praescriptio* y de la *exceptio*.

La *Praescriptio* sirvió para acotar temporalmente en campo de investigación del *iudex*, pues se trata de poner un límite a los actos en cuyo estudio tendrá que poner atención éste para dirimir la controversia, es decir, los ocurridos durante un tiempo determinado en el pasado, con el fin de comprobar la veracidad de los dichos de *actor* (*Praescriptio pro actore*) y demandado (*praescriptio pro reo*); la cual se insertaba en el inicio mismo de la fórmula.

La *Exceptio* es el medio de defensa más importante con que cuenta el demandado y es considerada también como una de las partes accesorias de la fórmula pues, en caso de existir, en el mismo acto se estarán tomando en cuenta los hechos que modificarían la relación jurídica en la que se basa la actuación del

demandante, pero no necesariamente en un fórmula encontraremos las *exceptiones*, dado que nadie podría argumentar en su favor una *exceptio* a la que no hubiera derecho.³¹

La obligación de las partes de comparecer en este procedimiento, puede deducirse fácilmente, si se recuerda que la *Litis contestatio* es un acuerdo arbitral y debe estar, por tanto, aceptado por las partes, sin embargo, no por ello debemos pensar que la obligación carecía de medidas para asegurar que el demandado acudiera a juicio³², como se ha señalado en el inicio de éste tema.³³

Una vez que el actor solicitó al magistrado que le concediera la acción (si se trata de una ya concedida en su edicto) o que le proporcionara protección jurídica (cuando se trata de una situación que aún no la ha obtenido), es decir, realizó la *postulatio actionis*, se procedía hacer los juramentos oportunos, por ejemplo, el que hacía el demandante diciendo que no presentaba la acción por calumnia y, por parte del demandado, de que no se resistiría a la acción por calumnia (si estaba defendiendo su causa sin razón), o bien prestarse ambas partes a un juicio por juramento³⁴, con lo cual se evitaba el juicio.

Pero si no ocurría que el conflicto quedara resuelto ante dichas posibilidades y se proporcionaba al demandante la acción, el proceso seguía su curso y continuaba con la declaración del demandado, en la cual debía optar entre abandonar la cosa (si se trataba, como dijimos, de una acción real), admitir como

³¹ En este caso, podemos encontrar muchísimas *exceptiones* que, como se ha señalado supra, se basan en elementos no considerados en la *demonstratio* y que modificarían, de ser ciertos y tenidos en cuenta, el curso del juicio, por su incidencia en los hechos de fondo que lo motivan. Así, tenemos noticia de que si el juicio era llevado a cabo por juramento y en un segundo conflicto se quieren aducir los mismos hechos, el demandado contará con la excepción de pacto, o con la de dolo, o con la excepción de pago, etc. dependiendo del fondo del asunto y las excepciones oponibles.

³² Pues, en este supuesto, sería nombrado *indefensus*, al no participar en la *litis contestatio*.

³³ Esto es especialmente válido en el procedimiento por el cual se ejercen las acciones personales, sin embargo, si nos referimos a las acciones reales, el demandado puede optar por abandonar la cosa a su suerte, ante lo cual, el pretor puede otorgar su posesión al demandante, tomando la inhibición como una renuncia a la cosa; en caso de que se trate de un mueble, el actor deberá procurar que ésta sea producida en juicio, mediante el ejercicio de la *actio ad exhibendum* o bien, si se trata de un inmueble, del *interdictum quem fundum*.

³⁴ Sobre señalar que, quien jurara en falso, debía pagar una pena.

procedente la pretensión del actor (*confessio in iure*³⁵) o bien negarla y continuar con el litigio.

Opuesta resistencia por parte del demandado a las pretensiones del demandante (por lo menos, cuando se habían ejercido acciones reales), se procedía a presentar las cauciones, por ejemplo, de que la cosa sería devuelta si el demandado era vencido (*satisdatio pro praedes*), etc. Una vez que el pretor había concedido la acción y se habían prestado las cauciones oportunas, se redactaba definitivamente la fórmula, en la cual el demandado tenía ya el derecho de exponer algunas circunstancias que modificaban los hechos planteados por el demandante³⁶ quien, a su vez, señalaba algunos hechos para desvirtuar las excepciones del demandado, elemento que conocemos como *replicatio*.

Habiendo expuesto cada una de las partes los argumentos que consideraron convenientes en la redacción de la fórmula, continuaba el procedimiento con la *litis contestatio*, que ya no tenía la misma función que en el anticuado proceso de las acciones de la ley, pues los términos del litigio habían quedado suficientemente claros en la redacción definitiva de la fórmula. Ahora, su verdadera función consistía en formalizar el acuerdo de las partes para que su conflicto fuera resuelto ante un juez, quien tomaba una decisión definitiva en la sentencia. Este acto quedaba consignado en la fórmula, mediante la entrega que de ella hacía el pretor al demandante (una especie de nueva *editio actionis*), quien hacía del conocimiento del demandado su contenido y, una vez que éste último lo firmaba (*subscriptio*), mostraba de esta forma su conformidad con la fórmula (*accipere actionis*), con lo cual se configuraba la *litis contestatio* y la acción quedaba consumida.

³⁵ Cuyos efectos, consisten en que, el que había confesado una deuda, será tomado como el que lo ha sido por sentencia y el actor podía solicitar entonces el pago como si éste se derivara de tal (mediante el ejercicio de la *actio iudicati*).

³⁶ Que consistía en una afirmación parcial de los hechos planteados por el actor, a los cuales agregaba algunos otros que los modificaban, esperando obtener con esta exposición una sentencia absolutoria, es decir, postula ante el magistrado que le sean concedidas las *exceptiones* oportunas

Cerrada con este acto la etapa *in iure*, se procedía a la ventilación del asunto ante el magistrado mismo, es decir, seguía la etapa APUD IUDICEM, la cual era llevada a cabo ante el órgano judicial, cuya conformación analizamos *supra*, en el quinto inciso del presente capítulo. Ahora aludiremos a las funciones que conllevaba la actividad propia de dicho órgano (el *officium iudicis*).

Señala Álvarez Suárez en su Curso de Derecho Romano que dichas funciones son las siguientes:

1. Presenciar y dirigir los alegatos de las partes, con la libertad para conceder o negar la palabra a cada una de ellas, según sea el caso (por ésta parte, lo podemos observar como una facultad), pero con la obligación de escuchar a cada una de ellas en lo que tengan que decir.
2. Decidir respecto de las solicitudes que realice cada una de las partes respecto de los medios de prueba y dirigir el desahogo de cada una de ellas.
3. Pronunciar a lo largo del juicio ciertas órdenes de forma verbal para el mejor desarrollo del mismo (*interlocutiones*).
4. Valorar libremente las pruebas, para determinar si un hecho se encontraba lo suficientemente probado e inclusive consultar a los juristas dotados del *ius publicum respondendi* (a partir del principado).
5. Por último y más importante, el órgano judicial tiene la facultad de dictar una sentencia, si considera que el asunto ha sido suficientemente estudiado y esclarecido, o bien abstenerse de ello prestando juramento, para que el magistrado nombre a un nuevo juez.³⁷

La limitación temporal para que un juez dictara sentencia, era de dieciocho meses, computados a partir de la *litis contestatio*, o bien hasta que acabara el año de funciones del magistrado.³⁸

³⁷ Para completar esta temática ver: ÁLVAREZ Suárez, Ursicino. Curso de Derecho Romano. Op cit. 423 y S.

³⁸ Dependiendo si se trataba de los *iudicia imperio continentia* (en el segundo supuesto) o bien de un juicio legítimo (en el primero).

Una vez que el asunto se encontraba lo suficientemente estudiado, según el criterio del órgano judicial, es decir, una vez que se habían llevado a cabo los requisitos anteriores así como los debates entre las partes³⁹ para que el juez pudiera analizar las pruebas y escuchar los argumentos de los litigantes, se procedía a dictar sentencia.

La sentencia deberá ajustarse a la orden que el magistrado plasma en la fórmula, es decir, deberá ceñirse al *modus iudicandi* que estableció el magistrado en la *litis contestatio*, por ejemplo, si el juez recibía del magistrado la orden de condenar a alguien a pagar alguna cosa a una persona, estos debían ser los términos de la sentencia del juez, con base en el estudio que había hecho del asunto.

Cabe señalar que una vez dictada la sentencia, existían ciertos “recursos” mediante los cuales ésta podía ser modificada, estos son la *intercessio*, la *revocatio in duplum* y la *restitutio in integrum*, los cuales servían para que la sentencia no se llevara a cabo, para que la sentencia fuera revocada (so pena de que, si el recurrente perdía en este procedimiento, debía pagar el doble de la primera condena) y para revocar por completo la sentencia, devolviendo a su estado primitivo las cosas (recurso que solo se concede a menores, en caso de ausencia y de sentencia viciada por *plus petitio*), respectivamente.⁴⁰

Una vez que los recursos habían sido interpuestos y la sentencia confirmada, revocada o modificada y, por tanto, se trataba de sentencia firme,

³⁹ Los cuales debían ser llevados a cabo de forma pública, en el lugar y hora que el juez hubiere designado para tal efecto.

⁴⁰ *Intercessio*: Es un medio de defensa, cuyo ejercicio compete al tribuno de la plebe, mismo que, si bien no era propiamente un magistrado, estaba revestido de *imperium*, en virtud de lo cual, podía oponerse a la ejecución de las ordenes emitidas por los magistrados, siempre que no vinieran del Dictador. *Revocatio in duplum*: se trata de un recurso que se ejercía por el que había sido condenado en la demanda, con el objeto de hacer notar vicios en la misma, como la incompetencia del juez, indeterminación del valor, etc. si el recurso producía los efectos deseados, la sentencia era revocada, pero si perdía, estaba sujeto a pagar el doble de la pena que se le había impuesto. La *Restitutio in integrum*: es un recurso que solo se otorga a los ausentes, a los menores y a los condenados por sentencias viciadas por la *plus petitio*, luego de haber agotado los “recursos ordinarios”. Ver CUENCA, Humberto. Op cit. Nos. 115 – 117.

procedía el ejercicio de la *actio iudicati* (la acción de lo juzgado), para su ejecución (si el condenado no la cumplía *motu proprio* en los treinta días posteriores a que esta había sido emitida), además de impedir al demandante que vuelva a plantear el mismo asunto entre las mismas partes.

Nos acercamos ahora a la última etapa evolutiva del proceso civil romano, si se pudiera decir eso de la *cognitio* extraordinaria, pues se tienen datos de que, desde épocas antiguas y paralelamente al desarrollo del sistema de enjuiciamiento de las acciones de la ley y del formulario, ya existía cierta justicia que, por vía de las autoridades administrativas era aplicada a cierto *numerus clausus* de casos en que los particulares buscaban la intervención de la justicia para resolver sus controversias.⁴¹

3. El Procedimiento Extraordinario.

En este tenor, señala Sara Bialostosky:

“El procedimiento *extraordinem* o *cognitio extraordinaria* comienza a aplicarse, aún durante la vigencia del sistema formulario, tanto en las provincias como en Roma e Italia a principios de siglo, para algunos juicios en los que se ventilaban problemas referentes a tutela, alimentos entre cónyuges, estado de libertad de una persona, etcétera; en los cuales determinados magistrados, el *praetor tutelar*, el *fideicomissarius* y el *liberalibus causa*, resolvían la controversia en una sola

⁴¹ De esto nos da noticia ÁLVAREZ Suárez. Op cit.

instancia, *in iure*. Sin mandar el asunto a algún *iudex*.⁴²

Precisamente de las últimas líneas se desprende la especial atención e importancia que la romanística ha dado al estudio del procedimiento cognitorio⁴³, pues será un funcionario público quien asuma la obligación y la responsabilidad de conocer (y de ahí el nombre de *cognitio*) del caso, desde su planteamiento inicial, con el llamamiento a juicio del demandado, hasta la emisión de una sentencia final⁴⁴.

Parece que no hay duda de que, gracias al fortalecimiento del aparato del poder que tendía a la centralización del poder en la persona del Emperador⁴⁵, cada vez se van perfilando las situaciones ideales para que la impartición de justicia quede en manos de funcionarios imperiales.

Será sobre todo a partir de Diocleciano que este procedimiento comience a adquirir un carácter de generalidad en cuanto a su aplicación en el enjuiciamiento de los casos que a él se sometían y a mediados del siglo tercero sustituirá, casi por completo al formulario, hasta que éste quede abolido completamente.

El titular de la jurisdicción es el príncipe y, por lo tanto, tiene posibilidad de ejercerla de forma personal, como ocurría sobre todo al principio, pasando después a ocuparse solo de las apelaciones, por vía de las *supplicationes*, en las cuales escuchaba a ambas partes y, una vez que había conocido del asunto, lo consultaba con su cuerpo asesor integrado por juristas, para resolver en definitiva, mediante un *decretum*.

El primer paso para llevar a cabo este proceso es, como en los anteriores,

⁴²BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Op cit.

⁴³ Como lo denomina ADAME Goddard, Jorge. Curso de Derecho Romano Clásico. T.1.

⁴⁴ No por esto se debe descartar que existieron procedimientos para recurrir las sentencias de los magistrados en esta etapa del Derecho Romano pues, voluntariamente, por tratarse de un recurso un poco más típico de esta etapa, omitimos la mención al hablar del procedimiento formulario, de la *appellatio*, que tocaremos más adelante.

⁴⁵ Uno de los ejemplos más claros de éste proceso es la redacción del *Edictum Perpetuum* obra del jurista Salvio Juliano, por encargo del Emperador Adriano.

la comparecencia de quien consideraba que su derecho había sido violentado, para que aquel que según su criterio no había cumplido con sus obligaciones, fuera llamado al juicio, mediante *evocatio*⁴⁶ hecha por el magistrado, que es en sí una invitación para que el demandado acuda ante él, para que pueda ser oído y se inicie la primera etapa del juicio.

Desde la fecha de la citación al juicio y la comparecencia del futuro demandado, podía haber un lapso hasta de diez días y el procedimiento se podía repetir inclusive tres veces, pero una vez que se extendía la *evocatio*, también se proporcionaba un aviso conminatorio al que no acudía a juicio de que, de continuar dicha situación, se fallaría el caso sin su presencia. Las fuentes nos revelan que el plazo de diez días, pudo ser extendido inclusive hasta el doble (veinte) en tiempos de Justiniano⁴⁷.

Será entonces cuando, formalmente, se inicie el juicio con la comparecencia de actor y demandado con el fin de que, estando presentes ambos, el demandante exponga los hechos que motivan su presencia en el tribunal y los fundamentos de derecho con que cree que cuenta para solicitar la impartición de justicia, a este acto procesal se conoce como *narratio*.

Una vez que el funcionario escuchaba al primero de los sujetos, tenía el demandado la oportunidad de defenderse en ese momento, interponiendo las objeciones a que considerara que había lugar⁴⁸, con lo cual intenta desvirtuar las posiciones de su adversario, el demandante.

⁴⁶ Que puede ser hecha de modo verbal, escrito, por edictos, por *libellus convectionis* (escrito del actor con las copias correspondientes), según BIALOSTOSKY Op cit. P.

⁴⁷ Nov. 53.3.1. *Sancimus igitur, dum admonitio oblata fuerit alicui, modis omnibus offerri libellum, et non secundum antiquitatem decem solum modo dierum habere eum, qui admonetur, inducias, sed duplices, hoc est viginti, ut sive repudiare voluerit, sive etiam cum eo alium iudicem petere, licentiam habeat hoc facere, aut forte cognoscere...* Mandarnos, pues, que cuando a alguno se le hablare mandado citación se le entregue de todos modos el libelo, y que el que es citado no tenga como antiguamente solo el término de diez días, sino doble término, esto es, de veinte, para que, si quisiere recusar, ó también pedir juntamente con aquél otro juez, tenga facultad para hacer esto...

⁴⁸ Y a esta facultad para defenderse en el mismo momento se dará el nombre de *contradictio*.

Precisamente una vez que hubieron vertido sus opiniones ambas partes, tendrá lugar la *litis contestatio*, que en este caso ya no resulta como en las épocas anteriores un documento o un acto procesal con efecto de nombrar un juez o señalar las facultades del mismo en lo que al asunto que se le encomienda conocer se refiere, tampoco divide al proceso en dos etapas diferentes⁴⁹, ni novatoria de las obligaciones reclamadas, sino solamente tendrá el valor de fijar la *litis*, esto es, dejar en claro cuáles son las pretensiones del actor, los montos a que se está refiriendo, los hechos controvertidos por el demandado, etc. Esta nueva *litis contestatio*, creará el efecto de la *litis pendencia*.

Luego de lo cual, se procedía a declarar solemnemente que no se actuaba con dolo o por calumniar a la contraparte, sino porque de verdad se consideraba que existía el derecho que por vía de acción se estaba reclamando y que existía realmente la excepción o los medios de contradicción de la acción intentada por el demandante, por medio de las cuales el demandado se defendía, respectivamente. Del mismo modo, el juez estaba obligado a señalar que juzgaría y conocería del asunto conforme a la verdad y en la observancia de las leyes.⁵⁰

Lo anterior debe entenderse, desde luego, en el caso de que no hubiera existido una *confessio in iure*, la cual consistía en el allanamiento del demandado a las pretensiones del actor, con la cual no había realmente materia para conocer en juicio y, con base en la aceptación de una deuda, o el reconocimiento de la obligación cuyo cumplimiento se trataba de obtener por la vía judicial, se procedía a su ejecución.

Ahora bien, a la *litis contestatio*, procedían la *postulatio simplex* por parte del actor, en la cual su abogado señalaba la acción con la cual se intentaría obtener el cumplimiento de la prestación reclamada y la *contradictio* con las características que se han señalado, por parte del demandado.

⁴⁹ Hacemos referencia a las etapas *in iure e in iudicio* del *Ordo Iudiciorum Privatorum*, abordadas en los párrafos anteriores.

⁵⁰ Como señala VOLTERRA, Edoardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Op cit. P.273. *Sese cum veritate et legum observatione iudicium esse dispositurum.*

Fijada la *litis*, el juez estaba obligado a escuchar a ambas partes, para analizar las pruebas que cada una podía aportar como sustento de su dicho, en éste procedimiento empezamos a observar ya un orden de prelación para valorar las pruebas pues, por disposición legal, se tenía que atender a la documental antes que a la testimonial y el juez estará, así mismo, autorizado para solicitar los medios de prueba que considere necesarios para conocer del asunto lo suficiente antes de emitir una sentencia, periodo que podía durar un mes y aumentado hasta en otros dos tantos para quedar, como máximo, un periodo de tres meses para el estudio de la causa.

La sentencia en este caso, no vendrá de un particular, sino del magistrado que conoció del asunto, quien tenía que emitirla verbalmente ante las partes y sus representantes en audiencia, leída del *libellus* que contenía los antecedentes del caso.

Dato importante es que, al estatalizarse la justicia como una más de las atribuciones del poder público en Roma, los magistrados debían señalar a cuál de las partes correspondía el pago de las costas judiciales.

En la sentencia, el magistrado tenía la libertad para condenar, o absolver a las partes del cumplimiento de una conducta determinada, sea el pago de una suma de dinero o bien realizar una prestación cualquiera en favor del demandante.

El que había salido victorioso en juicio contaba con la acción de lo juzgado (*actio iudicati*), descrita anteriormente, para obtener la ejecución de la sentencia, repetimos, si él condenado no la cumplía voluntariamente, con el objeto de quedar en posesión de ciertos objetos (secuestro) para asegurar el cumplimiento, mismos que deberán equivaler a la condena si esta es cuantificada en dinero; la aprehensión física de la cosa reclamada; o bien, la *missio in possessionem* para asegurar el cumplimiento de la obligación.

Es válido lo que señalamos anteriormente, pues si señalamos que existe la facultad general para conocer de los casos por parte del Emperador y, éste, a su

vez, la delega en sus funcionarios, es comprensible que quien haya sido condenado o bien no haya visto satisfecho su derecho, pretenda inconformarse ante una sentencia que considera, según el derecho, no le ha sido favorable, por lo cual, tendrá el derecho de ejercer un recurso para modificar dicha sentencia, conocido como *appellatio*.

La *Appellatio* consiste en la inconformidad de quien considera ha sido violentado por una sentencia para en el término de tres días (diez a partir de Justiniano), llevar ante el juez por escrito (*libello appellatorii*) su inconformidad y, si éste no la admite, se podrá dirigir al magistrado de rango superior. Debe recordarse que el procedimiento de la apelación no se permite en materia criminal y en asuntos de carácter meramente administrativo.

Conclusiones del Capítulo Tercero.

1. El proceso civil romano cobra su importancia cuando, dentro de todo el sistema jurídico de la antigua Roma, nos permitimos observar su vitalidad propia basada no solamente en las mejoras que el poder político le permitió, sino que observamos en él una de las partes más cercanas a las personas, por lo que su evolución se verá determinada no solo por el marco jurídico, sino por las necesidades del *populus*, en lo cual podemos definirlo como uno de los referentes en cuanto a un sistema jurídico cercano a las necesidades populares.
2. El paradigma del acceso a la justicia, en oposición al de solemnidad en el proceso, logra un triunfo definitivo con el paso del procedimiento de las acciones de la ley al formulario, pues al flexibilizarse las formas, los requisitos, etc. la población en general adquirió una posición más cercana al proceso.
3. La evolución del proceso civil romano, nos lleva de la mano desde un primer procedimiento privado, solemne y ritualístico, con rasgos de la venganza privada, hasta un proceso público que nos permite observar varias características del procedimiento actual.

Capítulo Cuarto. El Proceso Criminal Romano.

Hasta ahora, hemos abordado los conceptos fundamentales del proceso, sus formas y su entorno político, pasamos después por una muy somera explicación respecto del proceso civil romano; de suerte, que ahora nos permitiremos abordar un tema algo más complicado que los anteriores, por varios motivos.

El primero de ellos es que, por lo menos en México, se ha hablado muy poco sobre el derecho y enjuiciamiento criminal en Roma; la segunda cuestión, es la falta de material que ha llegado hasta nuestras manos, es por ello, que debo agradecer en primer lugar, como lo hice al principio de mi tesis, a dos grandes romanistas, Sara Bialostosky y Jesús Ledesma, por tener la modestia, que solo podía ser propia de dos grandes maestros, de revisar y dirigir trabajo, pero también por el acceso a sus bibliotecas personales, donde pude seleccionar varias de las ideas que, a continuación me permitiré plasmar.

En éste orden de ideas, considero que el primer punto a tratar, es la problemática de la lengua, es decir, los términos que habremos de utilizar a lo largo del presente capítulo con el fin de que sea fácil al lector comprender sus contenidos.

1. *Sobre la distinción entre crimina y delicta*

Lo primero que consideramos importante señalar es la distinción técnica entre los delitos y los crímenes, pues será de gran importancia para determinar cuándo un asunto corresponderá a la jurisdicción civil y cuándo a la penal.

Si bien, en ambos casos se trata de hechos ilícitos que, por su naturaleza merecen ser reprimidos; la diferencia entre ambos será no solo la competencia por la cual podían ser juzgados y condenados, sino en los valores mismos que, mediante la comisión de unos u otros se verán afectados.

Al respecto, señala Francisci que existen delitos públicos y privados, pues en Roma se reconocieron hechos en contra de los cuales el Estado reacciona inmediata y directamente, sin esperar a que el perjudicado solicite su intervención, en los cuales el mismo magistrado será quien imponga, dadas sus facultades para ello, la pena; sin embargo, eso no lo es todo en materia de ilícitos en el Derecho Romano, pues, habrá otros casos en los cuales la pena se impondrá a petición del perjudicado, en cuyo caso el Estado, o mejor dicho el poder público, solo intervenía para regular el ejercicio de la venganza privada, en apoyo del ofendido en sus demandas.¹

Sin embargo, nos permitiríamos agregar que esto no agota la temática respecto de la afectación de los valores en la esfera del derecho penal pues, en la época arcaica, cuando todo se encontraba bajo el control del *Rex*, el primer valor que se protegía era la *pax deorum*, es decir, la paz con los dioses, pues en la concepción de los fundadores de la ciudad eterna, éstos eran los que protegían a Roma, en virtud de lo cual, provocar su ira, traería graves consecuencias no sólo para aquel que se hubiera atrevido a ofender a los dioses, sino a toda la colectividad, por lo cual, el castigo de estos crímenes se realizaba por la misma comunidad, debiendo restablecer la amistad con las deidades ofendidas, para que volvieran a ser propicias a Roma. La forma en que se juzgaban es poco clara e igualmente lo son las formas de represión, pero se ha llegado a las conclusiones de que para restablecer el orden, correspondía a la autoridad llamar a un acto público

¹ De FRANSCISCI, Pietro. Op cit. P. 177.

en el cual participará toda la comunidad en actitud de súplica a los dioses y llevando ofrendas, para calmar su ira, el cual era llamado *Supplicatio*.²

Resulta comprensible que, en una época en que la tradición, lo era casi todo para el sistema jurídico romano, en que el mito de su fundación les daba fuerza y cohesión³ y cuando las dignidades de rey y pontífice máximo se fundían en una sola persona, con el mayor derecho de interpretar mediante *auspicia* la voluntad de los dioses, los conceptos de delito y pecado, eran prácticamente lo mismo.

En este tenor, podemos decir que hablamos de crímenes (*crimina*) cuando el ilícito cometido por un ciudadano afecta ya sea a la paz con los dioses, a la colectividad o al poder público.

Dejando para algunas líneas más adelante las consideraciones respecto de los delitos en particular, los que, por cierto, eran llamados igual que los tribunales que los juzgaban, pretendemos presentar un aspecto general de los delitos privados para que, de ésta forma, quede bien claro por qué se les llama delitos privados o *delicta*.

Se reconoció, cuando abordamos *supra*, el proceso de evolución de la auto-tutela de los derechos, hacia la hetero-composición de los conflictos y se refuerza cuando estudiamos las fuentes de las obligaciones, que todo acto ilícito que afectara la persona o la familia de un particular, engendraba en favor de quien recibía el daño, el derecho de vengarse de su agresor, primero de forma ilimitada y posteriormente proporcional.

² Al respecto se pronuncia BIALOSTOSKY, Sara. "Evolución del proceso civil romano a la luz de la *litiscontestatio* y los *interdicta*". Op cit.

Encontramos sustento también en Berger, quien define como lo hicimos en las líneas de arriba al proceso de la *Supplicatio*, si bien alude de igual manera a otro proceso de carácter familiar y con el cual el mencionado acto público comparte algunas características. Así BERGER, Adolph. Op cit. *Voz Supplicatio*.

³ Si bien no podemos asegurar que dicho mito haya existido en la época arcaica, pues su origen es, temporalmente, bastante superior a la misma.

Es por esto, que el pequeño elenco de delitos privados que reconoció el derecho romano, se centran en lo dicho: la afectación patrimonial o corporal de una persona hacia otra.

Cabe señalar que el tema es abordado por Gayo en sus Instituciones, en la parte de fuentes de las obligaciones, precisamente por lo que acabamos de mencionar, pues el valor afectado por la comisión de éste tipo de delitos era precisamente el patrimonio y la integridad corporal de una persona y de su familia.

De ésta manera, nos encontramos con una tetrapartición de los delitos privados, en la cual se señalan los siguientes:

El primero de ellos es el *furtum*, es decir, el delito de hurto, que se configura con el apoderamiento de una cosa mueble ajena sin razón y sin derecho, con un ánimo de lucro, pues con tal de ver aumentado su patrimonio, el que lo comete inflige un menoscabo en un patrimonio ajeno: el del afectado. Sin embargo, no se conformaron con ello, pues consideraron que existía también el hurto de la posesión cuando el propietario de una cosa la sustraía de una persona, a quien la hubiera dado en prenda, por ejemplo; o bien si una persona que había recibido en comodato una cosa, la utilizaba para actividades no convenidas con el dueño del objeto en cuestión, por más tiempo del que habían pactado o bien para actos en contra de la naturaleza de la cosa, en cuyo caso, se consideraba que había un hurto del uso.

La forma de castigar éste delito, es con la devolución *in duplum* del valor de la cosa robada, o bien de la restitución de la misma y del pago de daños y perjuicios, siempre que hubiere lugar a ello y cuando se tratara de lo que hoy, llamaríamos un robo simple. En caso de que el ladrón fuera sorprendido en flagrancia, debía revolver *in quadruplum* el valor de la cosa robada. Por otra parte, si el objeto robado fuera descubierto en el domicilio del delincuente, mediante la

inspección del dueño de la cosa, se pagaba el triple del valor y lo mismo ocurría cuando se robaba algo que se había ofrecido a los dioses.⁴

El segundo de los cuatro delitos privados que castigó el derecho romano, es el daño injustamente causado o *damnum iniura datum*, que se configura cuando una persona causa daño al patrimonio de otra, sin que haya existido previamente entre ellas una relación jurídica. En éste caso, lo que diferencia al delito de daño del de hurto es la intencionalidad, pues el que lo comete no tiene ninguna intención de lucro.

El delito de lesiones *iniuriae*, se puede dividir en tres tipos, si se ha causado la amputación de un miembro, si se ha roto un hueso a otro o bien si se han causado lesiones menores. Uno de los cuales, el de la amputación de miembros, se menciona en las doce tablas y su penalidad, a falta de pacto, es la retribución de una lesión igual, en el primer caso⁵, pero si se trata de un hueso roto, la pena equivalía a trescientos o a ciento cincuenta ases, dependiendo, de si se había roto un hueso a un libre o a un esclavo, respectivamente, o bien de veinticinco ases si se trataba de lesiones menores.⁶

Cabe señalar que en el edicto perpetuo, éste delito llegó a comprender las lesiones morales que se causaban a las personas y, con el tiempo, se empezaron a comprender como delitos públicos aquellas lesiones clasificadas como graves y, posteriormente, el concepto se amplió a todas las lesiones, convirtiéndose en crímenes públicos.

El origen del último de los cuatro delitos llamados privados en el derecho romano es la Rapiña, debido a que puede tratarse de una “tipificación”⁷ que haya provenido de la *Lex Cornelia de Iniuriae* de tiempos de Sila, lo cierto es que, ya

⁴ Se puede completar la temática de éste delito en BIALOSTOSKY, Sara. Op cit. P. 192.

⁵ Volvemos a la cita de la Tabla octava. *Si membrum rupsit ni cum eo pacit, Talio esto*. En la que, como señalamos, encontramos ya presente el paradigma de la proporcionalidad del daño causado.

⁶ Así lo asegura FRANSCISCI. Op cit. P. 180.

⁷ Y utilizamos las comillas para señalar que, por la terminología del periodo, no podemos a referirnos a la descripción de un tipo penal como tipificación, pues no es propio del derecho romano.

en el Edicto Perpetuo, encontramos en favor de la víctima la *actio vi bonorum raptorum*, mediante la cual, puede obtener el pago *in quadruplum* de la cosa sustraída, siempre que la ejerciera dentro del año siguiente de la comisión del delito, pero si lo hace después, solo puede obtener un pago simple, así mismo, se podía perseguir la cosa mediante la acción reivindicatoria o bien mediante la *condictio furtiva*.⁸

Ahora bien, expuestos los llamados delitos privados, resta por señalar a qué nos referimos con delitos públicos, su clasificación y los tribunales que los juzgaban.

2. *A propósito de los delitos públicos y las Quaestiones Perpetuae.*

Como una breve introducción al tema, podemos retomar ideas expresadas con anterioridad, todas en torno a la diferencia que con el Derecho Privado, en especial el Derecho Civil, tiene el Derecho Penal romano, pues es una de las disciplinas menos estudiadas, a pesar del interés que, en su época, despertaron las monumentales obras de Theodor Mommsen (Derecho Público Romano y Derecho Penal romano), merecedoras de todo nuestro reconocimiento, si bien, como afirma Torrent, tienden a relacionar la disciplina en cuestión, con el derecho procesal, desde una posición demasiado dogmática y poco histórica.

Al referirse al Derecho Penal romano, Wlassak lo plantea desde un punto de vista privatista y Ferrini con influencia de la pandectística, lo hace de un modo ahistórico; la romanística contemporánea ha superado éstas posiciones. La aceptación común del método histórico – crítico, nos permite sostener, que en el periodo arcaico no existió una completa separación entre justicia civil y penal,

⁸ Volvemos a recomendar, para completar ésta temática, el libro de la Profesora Bialostosky, quien de una manera clara y sucinta nos presenta las generalidades de los delitos privados como una de las fuentes de obligaciones, pues, como se ha venido señalando desde un principio, la importancia que reviste la concepción del delito, nos lleva a distinguir entre aquellos que dañan la integridad física, el patrimonio o la familia de alguien, en cuyo caso hablaremos de delitos privados, reprimidos con la venganza; o bien puede tratarse de delitos lesivos de la vida pública romana, del estado o de su religión, en cuyo caso, nos hallaremos frente a un delito de tipo público.

apreciar su origen y desarrollo, y observar la distinción entre *crimina* y *delicta*, para poder estudiar en lo particular las características de cada uno de ellos, como en crimen *repetundarum*, con tanta presencia en la época republicana, sobre todo a partir de la expansión territorial y marítima, que tuvo lugar después de la segunda guerra púnica, así como su posterior desarrollo en el derecho clásico y posclásico, en las etapas del principado y el imperio, respectivamente.⁹

Debemos reconocer que durante la primitiva monarquía latina, aún superadas las fases de la venganza privada y del Talión, en los primeros siglos de la vida de Roma, el Derecho Penal no se encontraba bien definido, la represión de los actos ilícitos, se reflejaba en aspecto como la *coercitio*, que tenía el rey-sacerdote, el derecho de vida y de muerte (*ius vitae necisque*), o la entrega del culpable (agresor) al agredido, por parte del *paterfamilias* del primero, llamado abandono noxal (*noxae datio*)¹⁰.

Si los actos ilícitos afectaban a la comunidad, poniendo en peligro la buena relación del pueblo romano con los dioses (*pax deorum*), la tradición latina, Tito Livio 1.2.6.6 y 8, se refiere a ciertas penas con carácter religioso (*de ritu sacrorum*), expiatorias como es el caso de asesinato de un *pater familias* (*parricidium*) y la traición al Estado (*perduellio*), delitos que constituyeron el núcleo del Derecho Penal arcaico, recogidos por la Ley de las XII Tablas. En ésta etapa, el *parricidium* se refería exclusivamente al asesinato del *paterfamilias*, sin

⁹ Ponencia de BIALOSTOSKY, Sara. “La persona frente al Derecho Penal Romano”, en el marco de una serie de conferencias, que formaron el curso “La persona en el Derecho. Perspectiva histórica”, coordinado por el Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Facultad de Derecho, UNAM. 2010.

¹⁰D.9.4.1. *Gaius, Liber XVIII. Ad Edictum provinciale. Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex nova atque maleficio servorum adversus nos instituuntur. Quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis, quod delinquerit, evitrare litis aestimationem.* Gayo. Libro Décimo octavo. Comentario al Edicto provincial. Acciones noxales son llamadas, las que no de contrato, sino por el daño o por el delito de los esclavos contra nosotros son entabladas. De las cuales acciones la fuerza y la potestad esta es, que, si dañados fuéramos, licito es a nosotros entregar del mismo cuerpo, de quien hizo delito, para evitar el pago de la cosa que se litiga.

embargo, posteriormente, se aplicó a la muerte de cualquier hombre libre y fue considerado uno de los primeros *crimina* perseguidos por el Estado.

La tradición latina, refiere que las primeras normas penales fueron creación de las *Leges regiae*, también de carácter religioso (rechazadas, por cierto, durante mucho tiempo por los romanistas, quienes les daban un carácter apócrifo) y posteriormente recogidas por el *Ius Civile Papirianum*. Sobre las discutidas *Leges regiae*, la romanística contemporánea considera que, si bien no pudieron ser leyes propuestas en los *comitia (leges rogatae)*, fueron la expresión de normas consuetudinarias dictadas por el rey, la más antigua es una atribuida a Rómulo para el caso de adulterio y otra a Numa respecto de la violación de las piedras que separaban los fundos. La sanción que revelan las fuentes respecto de éstos actos lesivos a los intereses sagrados-colectivos, consisten en el rechazo de la comunidad al culpable (la *consecratio*¹¹ *capitis*, exilio – interdicto del agua y el fuego, entre otras), declarándolo *sacer* y privándolo de sus bienes (*consecratio bonorum*) u obligándolo a cumplir con una pena expiatoria..

Los fundamentos de la referida fuerza del rey-sacerdote, fueron tanto en la dinastía latina, tanto como en la etrusca, los conceptos de *imperium* y *auspicium*, legitimados a partir de la interpretación que él mismo hace de la voluntad de los dioses.

Dentro del proceso de evolución que vivió el Derecho Penal romano, la Ley de las XII Tablas marcó el primer cambio en la secularización del mismo, en virtud de que, si bien, se conservan en ella vestigios religiosos y formas de la venganza privada, avanza al delinear conductas delictivas y sobre todo la separación de dos categorías de actos ilícitos penales (en las Tablas VIII y IX) lesiones personales y robo (*furtum*), con compensaciones pecuniarias y del derecho sustantivo y el procesal, así como la separación de las conductas que lesionaban intereses

¹¹ BERGER, Op Cit. Voz: *Consecratio*. Quien refiere que se trata de una sanción por un crimen cometido contra el Estado o contra la comunidad, cuya pena era el ofrecimiento de la persona y los bienes del criminal a los dioses, lo cual lo convertía en un *sacer*, excluido de la comunidad. Señala también que, el término usado junto con “*Capitis*”, se refiere al mayor castigo a que puede ser sujeto un hombre en Roma.

puramente privados, perseguidas por medio del proceso civil (*legis actiones*) y aquellas que se consideraban lesivas a los intereses de la *civitas*.¹²

El principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, por el cual nadie puede ser castigado sino por hechos definidos como delitos por una ley anterior a la comisión de los mismos, principio esencial para el Derecho Penal moderno, encuentra ya su origen en el sistema de tribunales permanentes, *quaestiones perpetuae*, procedimiento surgido a propósito del crimen *repetundarum* con la *Lex Calpurnia de Repetundis*, que fue realmente un plebiscito propuesto por el tribuno de la plebe Calpurnio Pisone Fruti en 149 a.C. en el cual se instituye la mencionada *quaestio*.¹³ Sin embargo, esta ley no se encaminaba a reprimir un delito, sino a ordenar la devolución de las cosas o su equivalente en dinero.

El entonces nuevo sistema de las *quaestiones perpetuae* fue paulatinamente perfeccionado por numerosas leyes sucesivas, las cuales fijaron lineamientos generales sobre el procedimiento, señalando criterios para la designación de los jueces y magistrados que participaban; integrando el colegio de juzgadores (*consillium*). Resalta la *Lex Sempronia Iudiciaria* (122 a.C) que permite que quienes pertenecían al *Ordo aequestre*, formaran parte de éste cuerpo de los *iudices*¹⁴. Una *Lex Aurelia* dividió la función judicial entre los miembros de la clase senatorial, la de los ecuestres y los *tribuni aeriari*¹⁵.

¹² Volvemos a la multicitada Tabla VIII. *Si membrum rupsit...*

Y a la tabla IX. *Sodales... pactionem quam velint sibi ferredum ne quid publica lege corrumpant...*

¹³ Así LONGO, Giannetto, en el Novissimo Digesto Italiano. T.IX. quien confirma lo dicho y señala además que esta *quaestio* propuso un sistema procedimental determinado, tratando de las *quaestiones*, el pretor peregrino, establecía la creación de un listado de jueces de los cuales, cada vez, debía formarse el jurado competente. El magistrado que hubiera cometido el acto ilícito y fuera condenado, quedaba obligado a reparar el mal o pagar el valor equivalente.

¹⁴ El mismo LONGO, señala que Cayo Graco, con su hermano, Tiberio, se preocupó de organizar y dar asiento político y social a la clase media. Con la *Lex Iudiciaria*, la clase de los caballeros fue elevada en su importancia, frente a la clase senatorial, porque las funciones judiciales fueron, con tal decisión comicial, limitadas a los senadores y repartidas entre los caballeros equites, por lo que, derivado de esta ley, hubo un punto de discusión entre caballeros y senadores.

¹⁵ El mismo. En la voz: *Lex Aurelia Iudiciaria*.

La iniciativa del proceso podía ser hecha por cualquier ciudadano (*accussatio o postulatio*), constituido el tribunal, se iniciaba con el discurso del acusado o del defensor, los testigos si los había; acto seguido por la réplica si procedía y en algunas *quaestiones*, como es el caso de la *repetundarum*, era obligatorio el doble examen del proceso (*comperendatio, actio prima et secunda*). Después de la correspondiente votación, el juez – pretor que presidía el colegio, quien no tenía derecho de voto, según el resultado del escrutinio, declaraba la culpabilidad o la absolución. La pena infligida en la *quaestio* era definitiva; cuyo contenido oscilaba entre la pena capital o la ya mencionada exclusión del condenado de la vida civil y su expulsión de Roma, o bien para crímenes menores, la de una multa (*damnum*) o la limitación a los derechos cívicos (*ignominia*).

La admisibilidad de la *provocatio* motivó fuertes discusiones entre las diferentes clases sociales, los *optimates* la negaban y los *populares* la concedían. El único recurso posible, era volver las cosas al estado jurídico en que se encontraban antes (*restitutio in integrum*), al que se podía acudir si el juicio tenía vicios como es el de la falta de las formas destinadas a garantizar los medios idóneos necesarios para la defensa del acusado.

Los crímenes previstos por las *leges publicae* perseguibles por las *quaestiones perpetuae* sistematizadas por *Sila* son:

1. *Crimen Repetundarum*. Consiste en la malversación y rapacidad de los magistrados provinciales cometida en perjuicio de la comunidad. Se fija a partir de la *Lex Calpurnia de Repetundis* (149 a.C.) entre muchas otras posteriores, hasta la *Lex Iulia Repetundarum* (59 a.C.) propuesta por César siendo cónsul, vigente aún en el derecho justiniano ¹⁶.

¹⁶ D. 48. 11. 1. *Marcianus. Liber XIV. Institutionum. Lex Iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistrado, potestate, curationes, legatione, vel quo alio officio, munere, ministeriove publico cepit, vel quum ex cohorte cuius oerum est. 1. Excipit lex, a quibus licet accipere, a sobrinis, propiovere gradu cognatis suis, uxore.* Marciano. Libro XIV. Instituta. La Ley Julia sobre las concusiones se refiere a aquellas cantidades que, alguno tomó hallándose constituido en magistratura, potestad, administración, legación o en algún otro oficio, cargo o

2. *Crimen maiestatis*. Según las fuentes, es un crimen cometido contra el pueblo romano y su seguridad¹⁷ Consistía en el abuso cometido por parte del senado o cualquier magistrado. Se le consideró como el acto más grave contra la República. La *Lex Apuleia*(103 a.C.)¹⁸ y la *Lex Varia* (90 a.C.)¹⁹ configuraron este nuevo crimen (distinto del antiguo *perduellio*), la pena que previó para éste crimen la *Lex Cornelia de maiestate* (81 a.C.)²⁰ fue la muerte o el exilio voluntario.

3. *Crimen vis*. Consistía en el uso de la violencia física para impedir el libre desarrollo de la función estatal, la pena prevista para éste

ministerio público, o cuando forma parte de la comitiva de alguno de éstos. 1. La Ley exceptúa a aquellos de quien es lícito recibir, como de los sobrinos, o de sus cognados en grado más próximo, o de la mujer. Sobre la ley por la que se estableció, ver la nota 146.

¹⁷ D. 48.4.1.1. *Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum, vel adversus securitatem eius committitur; quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium initium erit, quo obsides iniusu Principis interciderent, quo armati homines cum telis lapidibusve un Urbe sint, convenienter adversus Rempublicam, locave occupentus, vel tempa, quove coetus convestusve fiat, hominesve ad seditionem convocentur, cuiusve opera consilio, solo malo consilium initium erit, quo quis magistratur populi Romani, quive imperioium potetatemve habet, occidatur, quove quis contra Rempublicam arma fertar, quive hostibus populi Romano nuntium literasve miserit, signumve dederit, feceritve dolo malo quo hostes populi Romano consilio iuventur adversus Rempublicam, quive milites sollicitaverit, concitaveritve, quo seditio, tumultusve adversus Rempublicam fiat.* Mas es delito de majestad el que se comete contra el pueblo romano, o contra su seguridad; del cual es responsable aquel por cuya obra y dolo malo de hubiere formado designio para que sin orden del Príncipe se vayan los rehenes, para que haya en Roma hombres armados con dardos o piedras, y se reúnan contra la república, o se ocupen lugares o templos, o se verifiquen juntas o reuniones, o se convoquen hombres para una sedición; o aquel por cuya obra, consejo o dolo malo se hubiere formado designio para que sea muerto un magistrado del pueblo romano, o el que tiene imperio o potestad, o para que alguno lleve armas contra la república; o el que hubiere enviado mensajero o carta, a los enemigos del pueblo romano, o hubiere dado una señal o hubiere obrado con solo malo para que los enemigos del pueblo romano sean favorecidos en su designio contra la república; o el que hubiere solicitado, o concitado, a los militares para que se haga sedición, o tumulto contra la república.

¹⁸ Se trata de la primera legislación respecto del *Crimen Maiestatis*. Según Berger. Voz: *Lex Apuleia de maiestate*.

¹⁹ En virtud de esta ley se castigó por alta traición a aquellos que, por medio de ayuda o aviso, incitaran a otros pueblos a levantarse en armas contra Roma.

²⁰ Se trata de una Ley emitida en tiempos de Sila, respecto del crimen de alta traición, la cual castigaba con el exilio a quien llamara a las fuerzas militares o iniciara hostilidades contra otra nación, sin la aprobación del Senado. Berger, Op cit. Voz: *Lex Cornelia de maiestate*.

caso por la *Lex Plautia de vi* (78 -63? a.C.) fue la muerte, conmutable por el exilio voluntario.²¹

4. *Crimen ambitus*. Se refería a la corrupción en materia electoral, especialmente a las malas prácticas de los magistrados durante las giras electorales para obtener el voto de los ciudadanos. La *Lex cornelia de ambitu* (181 a.C.)²² inhabilitación temporal para ocupar cargos públicos y la *Lex Calpurnia*(67 a.C.)²³ estableció la inhabilitación permanente.

5. *Crimen sodalicio*. Consistía en la pertenencia a un consorcio (*sodalicia*) con el objeto de bloquear o conducir en cierto sentido los votos. La *Lex Licinia de sodaliciis* (55 a.C.)²⁴ probablemente estableció el interdicto *aqua et igni*.²⁵

²¹ Se trata de la primera ley que existió para castigar el crimen vis o violencia, cometido contra el estado contra un individuo. Ahora bien también existió con posterioridad una *Lex Pompeia de Vi*, segunda regulación aplicable a la violencia, con motivo de una masacre en la Via Appia. Ver ambas voces en BERGER, Adolph. Op cit.

²² Fue la primera ley dedicada a castigar los actos fraudulentos en las elecciones, especialmente se refería a los actos llevados a cabo en los mercados públicos.

²³ La cual impuso severos castigos contra quienes hacían fraude en los procesos electorales, como multas pecuniarias, la pérdida del *ius honorum* y la expulsión del Senado.

²⁴ Estaba dirigido en contra de cierto tipo de asociaciones conformadas en periodo electoral, con objeto de realizar actos fraudulentos en las elecciones y apoyar a un candidato determinado a las magistraturas.

²⁵ Al respecto, ver *infra* MOMMSEN, Theodor. Op cit. P. 537. Y D. 48.1.2. *Paulus. Liber XV. Ad edictum praetoris. Publicorum iudiciorum quaedam capitalias sunt, quaedam non capitalia. Capitalia sunt, ex quibus poena mors, aut exilium est, hoc esto aquae et ignis interdictio, per has enim poenas daximitur caput de civitate; nam cetera, non exilia, sed relegationes proprie dicuntur, tunc enim civitas retinetur. Non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria, aun in corpus aliqua coercitio poena est.* Paulo. Libro XV. Al edicto del Pretor. Algunos de los juicios públicos son capitales y otros no. Son capitales aquellos de los que es pena de muerte, o el destierro, esto es, la interdicción del agua y del fuego, porque por estas penas se elimina de la ciudadanía una cabeza; pues las demás no se llaman destierros, sino propiamente relegaciones, porque entonces se retiene la ciudadanía. No sin capitales aquellos de los que hay pena pecuniaria, o algún castigo corporal.

6. *Crimen peculatus*. Consistía en la apropiación de dinero sacro (*sacrilegium*) o público (*peculatus, furtum publicum*), cometida por un funcionario público o por un particular. Se incluyen los robos de dinero (*residuae*) o cualquier bien material mueble perteneciente al Estado, castigado por la *Lex Iulia Peculatus*, que estuvo vigente hasta tiempos de Justiniano.²⁶

7. *Crimen homicidium*. La *Lex Cornelia de sicaris et veneficis* (81 a.C.) estableció la pena también para los casos de tentativa, por el interdicto *aqua et igni*, para los asesinos y envenenadores, la *Lex Pompeia de Parricidium* amplía esto para los parientes próximos y no solo al padre.

8. *Crimen falsi*. Comprende la ofensa a la fe pública a través de la falsificación material, la *Lex Cornelia de falsariis* (81 a.C) comprende el dar falsos testimonios y acusaciones con el fin de inculpar a una persona. En caso de alteración de los testamentos se penaba con el *interdictum aquae et igni*.

9. *Crimen flagii*. Consiste en la reducción de un ciudadano romano a la condición de un esclavo de hecho para hacerse pasar en fraude de acreedores como tal y haber perdido posteriormente su libertad. La *Lex Fabia de plaggium* (S. I a.C.?) y posteriormente

²⁶ Así lo señala MOMMSE, Theodor. Op cit. Pp. 471 y Ss.

Al respecto también D. 48.13.1. *Ulpianus. Liber XLIV. Ad Sabinum. Lege Iulia peculatus cavetur, ne quis ex pecunia sacra, religiosa, publicave auferat, neve intercipiat, neve in rem suam vertat; neve faciat, quo quis auferat, intercipiat, vel in rem suam vertat, nisi cui utique lege licebit; neve quis in aurum, argentum, aes publicum quid indat, nece immisceat, neve, quo quid indatur, immisceatur, faciat sciens dolo malo, quo id peius fiat.* Ulpiano, Libro XLIV. Comentarios a Sabino. Se dispone en la ley Julia relativa al peculado, que nadie quite ni intercepte, ni invierta en cosa suya parte de dinero sagrado, religioso o público; ni haga de modo que alguno lo quite, lo intercepte o lo aplique a cosa suya, a no ser que a él le fuere ciertamente lícito por la ley; y que nadie ponga ni mezcle en el oro o en la plata o en el dinero público alguna cosa, ni haga a sabiendas con dolo malo que se ponga o se mezcle, por la que se deteriore. GARCÍA del Corral, Ildefonso. Op cit.

Dioclesiano, impusieron severas penas a este crimen, incluso la pena de muerte.

10. *Crimen calumnia*. Consiste en la acusación dolosa de un crimen inexistente, una Lex Remnia (80 a.C.?) establecía que los calumniadores deberían ser enjuiciados por la misma *quaestio* de que se había juzgado al inocente y perdía la oportunidad de entablar algún juicio en el futuro.

El proceso criminal se dividía en dos fases, la primera de investigación (*inquisitio*), a cargo de un magistrado (*quaestor parricidi*) sobre la efectiva existencia del crimen que se atribuía al acusado, misma que concluía con un decreto de condena, enviada a los *comitia*, la segunda parte, consistía en una propuesta ante ésta asamblea (*rogatio*), la cual se realizaba por la votación afirmativa (*uti rogas*) o negativa (*antiquo*), acerca de la aplicación de la pena máxima (*interdictum aqua et igni*)²⁷, que consistía en la privación al condenado, en lo sucesivo, del techo, el agua y el fuego, es decir, del derecho de habitar en Roma y ser parte de su comunidad.

3. *El proceso penal.*

²⁷ Esta interdicción no era un acto penal, sino un acto administrativo, un acto que, según el sistema antiguo, no podía tener lugar más que contra los no ciudadanos, y que consistía en negar a un individuo el derecho de hallarse dentro del territorio romano, en rehusarle permanentemente la protección jurídica que se concedía en general a todos los extranjeros que pisasen suelo romano, y en amenazarle con que, de violar semejante prohibición, se le trataría como enemigo de la patria, igualmente que a quien le ocultase en su casa o le prestase ayuda. Difícilmente tuvo origen tal interdicción en el mismo procedimiento penal romano; lo más probable es que fuera ante todo un medio, no solo para expulsar a algunos extranjeros a quienes se quería tener lejos para siempre, sino también para impedirles de un modo poderoso el regreso a Roma. El derecho ciudadano por sí mismo no hubiera estorbado en tal caso el que aquellos que habían sido ciudadanos anteriormente volvieran a Roma y residieran dentro de ella al amparo del derecho de los extranjeros. Pero si se hacía uso del autodesierto para librarse de la aplicación de una pena capital, era también posible que al ciudadano que se había desterrado de tal suerte se le perdonase toda la pena y al mismo tiempo se le prohibiese por siempre volver a su país. Señala Mommsen en su Derecho Penal Romano, acerca de las personas. (P.537) Es también criterio para distinguir los *iudicia* capitales de los no capitales, según D. 48.1.2. (ver nota 25, página 90 del presente trabajo.

Es a finales de la República cuando la materia penal empieza a despegar por sí misma, al menos en el aspecto procesal, delimitando conductas delictivas y las penas correspondientes.

Debido en parte a los privilegios de que eran objetos los acusados que pertenecían a una familia noble (*honestiores*), no aplicados a los que no lo eran (*humilliores*), se acentuó la decadencia del proceso comicial, sustituyéndolo por uno nuevo de carácter acusatorio (*quaestiones*), fundado en el orden político-social, económico y moral; en virtud sobre todo de que los gobernadores, exponentes de la *nobilitas* senatorial, se enriquecían sin escrúpulos tanto de los frutos de sus intereses privados como por el cobro de los impuestos (*publicanos*), así como por el mal manejo y la corrupción de la administración pública.

Lo anterior provocó que el Senado nombrara una comisión integrada por tres personas (*recuperatores*) que fungían como jueces e investigadores, con la función de juzgadores penales. Si se comprobaba en éste proceso el mal manejo del gobernador, se procedía a la restitución de la riqueza mal habida (*pecuniarum repetitio*).

Si bien conocemos poco del proceso criminal romano, si podemos decir que encontramos un cierto grado de especialización, pues se trata de tribunales competentes para conocer de forma excluyente, de los procesos criminales a que había lugar.

Desde luego que, gracias a la mencionada sistematización que hubo en la época de Sila, es que se logró en alguna medida la homogeneización del proceso, gracias también a las facultades propias de los *quaestores*, quienes contaban con la iniciativa de perseguir los delitos lesivos de la comunidad, regularmente conocida dicha facultad como *coercitio*, que inicia con la *animadversio*, que es el impulso que le otorga el magistrado, es decir, el acto inicial del proceso, por el cual puede iniciar las investigaciones e imponer las penas que considere oportunas, que en un principio eran inatacables pero que, posteriormente podían apelarse mediante la *provocatio ad populum*, la cual se ha explicado en el capítulo anterior.

Es así que, los procesos penales romanos, poco trascendentes en el derecho mexicano, pero que sientan algunas de sus bases, por ejemplo la exclusividad del inicio del proceso por un órgano especializado²⁸ o la publicidad del procedimiento.

Conclusiones del Capítulo Cuarto.

1. es necesario resaltar la diferencia que existe entre el amplio desarrollo con que contó el proceso civil y el poco que tuvo el proceso penal, con independencia de la fuerte influencia que el primero de ellos tiene en el procesalismo moderno, a diferencia del segundo, probablemente, porque la parte más ambiciosa del derecho romano fue la que correspondía al derecho privado de carácter patrimonial.
2. La interdependencia entre la legislación que definía los delitos y su regulación procesal, es completamente proporcional, pues no encontramos en el derecho penal romano la especialización, propia de la época moderna, entre los códigos sustantivo y adjetivo.

²⁸ Sin dejar de reconocer que en Roma, los *quaestores* se encontraban especializados en cada uno de los crímenes, si bien posteriormente se agruparon para permitir a un mismo tribunal conocer sobre diferentes delitos.

Capítulo Quinto. Influencia del Proceso Civil Romano en el Mexicano.

Éste último capítulo, basado en un artículo homónimo, de la autoría de la Dra. Sara Bialostosky, intenta rendir un muy humilde homenaje a tan ilustre profesora, a quien debo la mayor parte de mi formación *ius* romanista, quien, con la sencillez que la caracteriza, ha revisado minuciosamente esta sencilla tesis profesional, junto con el Dr. Jesús Ledesma, a quien agradezco tomarme bajo su tutoría en el arduo camino del perfeccionamiento de mis estudios en el área del Derecho Romano.

Los tres sistemas procesales romanos presentan una clara respuesta a las cambiantes necesidades de la sociedad de Roma, así como todo el Derecho responde a las nuevas necesidades que aparecen con el continuo cambio social.

El problema de la influencia del derecho romano y del derecho germánico en la formación del derecho moderno, fue y sigue siendo objeto de numerosos estudios en el siglo pasado como en el presente, tal vez con más fuerza en el anterior, entre los que destaca con luz propia, el “Horizonte actual del derecho romano”, de la autoría del profesor Ursicino Álvarez, en el cual nos proporciona bastantes datos para aclarar la decisiva participación de los criterios jurídicos romanos en el proceso histórico de formación del derecho contemporáneo.

Así, nos permitimos citar a Álvarez, cuando señala que son varias las causas por las cuales el derecho romano ha logrado sobrevivir a lo largo de tantos siglos, siendo la expansión territorial de Roma el primero que trata, pues, con justicia, gran parte de la influencia que ejercieron los romanos y su derecho, se debe a la incansable conquista territorial que llevaron a cabo¹, con el lógico “mestizaje” de su derecho y su lengua, con los naturales de cada pueblo y territorio conquistados, con lo que surge uno de los que consideramos elementos más importantes de occidente, las lenguas romances, pero también, por ser el tema central que ahora nos ocupa, el derecho romano vulgarizado, es decir, aquel que al entrar en contacto con las costumbres de los conquistados, se adapta a la vida y las necesidades de cada uno de ellos.

El cristianismo, otro de los elementos en que se sustenta occidente, es también uno de los que han motivado la pervivencia del derecho romano, pues, al reconocerse como religión oficial del Imperio romano, junto a la gran influencia que tuvo la iglesia católica en el periodo medieval, religión y derecho caminan de la mano² para conformar uno de los pilares de la vida y las costumbres de la época, al influir paulatinamente en más y más pueblos.

Sin dejar de lado, el valor de la amplia y ardua labor que por varios siglos desarrollaron los juristas de distintas épocas y lugares, Álvarez continúa señalando que, también gracias a la capacidad de abstracción con que contaban los romanos, es que su derecho tomó un carácter tan práctico, en virtud de que no acudían primero a la formación de las normas para aplicarlas luego en la realidad, sino que de la realidad, es decir, de la situación que llegaba a sus manos, los jurisconsultos obtenían la solución que parecía más justa y cuya aplicación se extendía a otros casos similares, es decir, de la misma casuística que impera en la formación del derecho romano, se desprende su posibilidad de aplicación a un número casi interminable de casos específicos.

¹ ALVAREZ. Horizonte. Op cit. P. 19

² No olvidamos anotar la importancia también de otra corriente, que pretende separar el poder político (con su obvia relación simbiótica con el derecho) y el poder eclesiástico o espiritual, que se dio más bien hacia el fin del medioevo.

Hubo oposición al avance del derecho romano en las costumbres de los pueblos, la hay y la habrá, seguramente, por lo menos en cuanto al cultivo actual de su estudio, pero, el valor universal de sus postulados y la idea de justicia que ellos encierran, hizo que, inclusive, estudiantes británicos, al ser cuestionados por un profesor medieval, respondieron a la pregunta ¿por qué estudian derecho romano? Diciendo: porque es el alma del derecho. Guardada toda proporción, debemos recordar que grandes universidades de Asia, entre las que destacan algunas universidades Chinas y Japonesas, decidieron, a finales del siglo pasado, incluir dentro de sus planes de estudio al derecho romano.

Así, queda demostrado que no solo gracias a la tradición que existe en los países que cuentan con sistemas jurídicos neorromanistas, por continuar con el estudio de la disciplina, es que nos nace la inquietud por tratar el tema, sino por la importancia que tiene el rescatar algunas de sus ideas fundamentales, para aplicar lo mejor de Roma a nuestra situación actual.

Estudiadas las formas de enjuiciamiento que existieron en Roma, es decir, sus sistemas procesales: el de las acciones de la ley, el formulario y el cognitorio; podemos señalar que, si bien encontramos similitudes muy finas entre su proceso y el nuestro, también queda la herencia en cuanto a aspectos que definen al proceso contemporáneo, uno de ellos es la publicidad.

Finalmente, en el último de sus sistemas procesales, superados los procesos ritualísticos y escritos que predominaron en una gran parte de su historia, con individuos particulares al frente de la impartición de justicia, es decir, encargados de resolver en definitiva los conflictos entre sus iguales, como ocurre en el procedimiento de las acciones de la ley y aún en el sistema *per formulam*, se llegará a aun proceso público, en el cual, el encargado de decidir la controversia, será un representante del poder público: un magistrado.

Ahora bien, en torno al Proceso Civil en México, mucho es lo que se ha teorizado y es comúnmente aceptada la postura de que, tomando elementos de

algunos derechos ajenos al nuestro, éste ha ido cobrando forma, tal es el caso de los derechos Romano, Italiano moderno, Germánico e inclusive Canónico.

No debe extrañarnos que, como en varias de las instituciones, figuras y ordenamientos jurídicos en general, pervivan las ideas romanas, por ejemplo, de la soberanía popular o de jerarquía de tribunales e inclusive la especialización de los mismos; los varios ejemplos que existen en materia de derecho público, o bien las nociones de patria potestad, obligaciones y contratos, si hablamos de derecho privado.

El derecho romano, en especial, presenta una clara trascendencia en el sistema jurídico mexicano, lo cual resulta del todo lógico, si recordamos que, en referencia con los párrafos anteriores, la provincia romana de Hispania, pasados los siglos, fue la que desarrolló un proceso conquistador en el hoy territorio mexicano, por lo cual, sus normas jurídicas, mismas que no podían menos que presentarse fuertemente impregnadas del derecho romano, rigieron y fueron base para crear el sistema jurídico mexicano.³

Debería parecernos normal también que el proceso civil en México, se encuentre plagado de reminiscencias romanas, pues resulta lógico que al conquistar un nuevo territorio, el país conquistador pretenda imponer a los conquistados su sistema legal.

Cuando nos referimos a la posibilidad de resolver conflictos de forma definitiva y con la obligación, por parte de los litigantes, de acatar la resolución emitida por un tercero, estamos hablando de la jurisdicción, a la cual ya podemos observar, por lo menos de forma definida, a partir del proceso extraordinario, debido a que

1. *Publicidad del proceso y autonomía de la acción*

³ Debemos recordar que los diferentes ordenamientos forales (el Fuero Real, de Madrid y el Fuero Juzgo, por señalar solamente dos), fuertemente impregnados del Derecho Romano, fueron derecho positivo en la colonización de la América Española.

a partir de su instauración, la impartición de justicia se convertirá en un

monopolio estatal, si bien algunos podrían discutirlo desde el punto de vista de que, en el proceso formulario, será un magistrado el que refuerce, con su poder, la decisión que emita el juez particular en la sentencia, misma que se fundamenta en la facultad que el señalado magistrado le había conferido.

De lo dicho anteriormente, se aprecia que la jurisdicción es entendida como el poder otorgado por el Estado en exclusiva, a sus órganos con el fin de resolver controversias, con una clara delimitación, que es, por así decirlo, una acotación al poder mismo que le confiere, es decir, con una competencia determinada.⁴

Así, podemos observar la clara diferencia entre una atribución del magistrado para emitir una fórmula, nombrando un *iudex*, con base en la cual un juez privado podía emitir una sentencia válida y obligatoria para las partes, que es conocida como *iurisdictio*, de la organización e impartición de justicia ya llevada a cabo de una sola vez y a cargo de un órgano público, con facultades específicas para hacerlo, lo cual aparece ya en la *extraordinaria cognitio*.

De la misma forma en que la noción de *iurisdictio* se transformó a lo largo de la historia de Roma, hasta llegar de un procedimiento ritual a un proceso estatal de impartición de justicia, también se transformó el carácter y concepto de *actio*. Debemos recordar la especialidad que priva en los dos primeros procedimientos, en los cuales la existencia de una acción no deriva específicamente de la validez de un derecho, sino que se trata de una facultad, si bien no independiente, si se trata de un derecho aparte, debido a que, para poder ejercer los derechos por la vía jurisdiccional, era menester que, aparte de contar con un derecho válido, se concediera por parte del pretor, el derecho a la fórmula, mediante la cual se haría valer el derecho de fondo, pero que al establecerse en la *litis contestatio* como el monto de las prestaciones reclamadas, se extinguía, novando la obligación

⁴ BOINDI, Biondo. Intono alla romanità del processo civile moderno. Milán, 1957. En Bialostosky, Sara. "Influencia del Proceso Civil Romano en el Mexicano". Serie Estudios Jurídicos, No. 46, UNAM, México. 2007.

preexistente y cambiándose por el derecho a obtener una sentencia justa, elemento con el cual, en opinión de algunos estudiosos, nace el estado de derecho.

Al respecto, no podemos menos que señalar que, en la división del ejercicio del poder que señala nuestra Constitución Política, en su artículo cuadragésimo noveno, se señala al poder judicial como el tercero de los que conforman el supremo poder de la federación y que, más adelante, en su artículo noventa y cuatro, señala que la titularidad del ejercicio del mismo, recae en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial, en los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito, todos ellos con facultades suficientes para dictar sentencias válidas en el ámbito de su competencia.

En cuanto a la misma, inicia el artículo ciento tres de la Constitución, señalando que “Los Tribunales de la Federación, resolverán toda controversia que se suscite...” y así, hasta el artículo ciento siete, señala los diversos criterios de la división de competencias, por ejemplo, la competencia exclusiva de la Suprema Corte, del Tribunal Electoral, etc. Siendo lo fundamental destacar que, al igual que en Roma, en México existen órganos especializados en la impartición de justicia, encargados de dirimir las controversias por medio de una sentencia, con carácter vinculatorio para las partes contrarias, que no fundamenta la validez y coactividad de sus decisiones en el poder de otro órgano, sino que, por sí mismos, cuentan con las atribuciones necesarias para recibir las peticiones de impartición de justicia, realizar las investigaciones necesarias y emitir el fallo correspondiente, aún más, cuentan con los medios necesarios para hacer cumplir sus decisiones de manera forzosa.

Hemos de reconocer, en virtud de los párrafos anteriores, que la utilidad de contar con órganos públicos con funciones específicas en la impartición de justicia, es evidente, ya que al especializar ésta función del poder público, una vez que en Roma se concibió la resolución de controversias como una atribución del aparato estatal, se consiguió, paulatinamente, homogeneizar el proceso, con lo que

probablemente, podríamos estar ante el primer germen de la garantía de seguridad jurídica.

Así, en la época del proceso extraordinario, el derecho de solicitar a los tribunales del estado la ejecución forzosa de la obligación, por parte de quien había incumplido, aparece como una parte del mismo derecho, es decir, que la acción siempre estaría ahí, latente, para ser ejercida en ciertas circunstancias, específicamente, en aquellas en las cuales el deudor no cumpliera con sus obligaciones y el acreedor no viera satisfechos sus derechos.

De esta nueva concepción de la acción, basada en la unificación de todo el elenco de acciones romanas, para sintetizarse en un medio general de acceso a la impartición de justicia, da testimonio el hecho de que, al llegar el procedimiento extra ordinario, el derecho reclamado y el de hacerlo valer en juicio, son prácticamente autónomos.

De ésta forma, bien podemos decir que el influjo profundo que ejerció el proceso de formación de la concepción autónoma del derecho subjetivo, tiene una clara recepción por parte de nuestro moderno sistema procesal debido a que, más allá de la validez de una obligación, existe siempre el derecho de hacerla valer en juicio, tal como sucedía en la *cognitio extra ordinem*, cuando todas las acciones del derecho romano se habían reducido a la posibilidad de acudir a juicio a reclamar lo que era debido, sin necesidad de esperar la autorización de un órgano público para tal efecto, pues, ya se concibe a la acción como un medio general de tutela jurídica.

En cuyo caso, nos estamos refiriendo a un sistema normativo con verdaderos tintes del proceso civil moderno, en el cual, la acción es concebida como la llave que nos permite entrar al proceso, más que como el derecho de acudir ante un órgano del Estado para solicitar la autorización de iniciar un proceso judicial.

2. *Naturaleza del vínculo y relaciones entre las partes*

La historia de Roma, nos enseña que a lo largo de los siglos, la naturaleza del vínculo con base en el cual se inicia el proceso, no es siempre la misma.

No nos referimos, con lo anterior, a las cuestiones que se plantean en el fondo de un litigio, ya que es bien sabido que éstas habrán de ser en su núcleo mismo, diferentes unas de otras. Más bien, hacemos alusión al vínculo con base en el cual, las partes se encuentran ligadas una a otra dentro del proceso.

Es por ello, que nos parece del todo necesario aludir en éste punto a la naturaleza contractual del procedimiento formulario, en virtud de que, si bien el proceso será autorizado por un órgano público, en éste caso el magistrado, argumento con base en el cual, seguramente se trataría de desvirtuar la aseveración primera; debemos recordar que, en el fondo de la *litis contestatio*, cuya función y naturaleza fueron descritas en el capítulo tercero de éste trabajo, es el acuerdo entre las partes el que las obliga no solo a desahogar ante el juez privado todos aquellos procedimientos, como el de las pruebas, las declaraciones, etc. que sean necesarios para investigar suficientemente el caso y obtener una sentencia, sino a acatar dicha sentencia al final del juicio y que la misma sea una fuente de derechos y obligaciones, completamente exigibles, una vez que esta se considere válida.

Por lo anterior, es que nos parece importante volver a la vitalidad del proceso civil romano, como un medio de convicción de que, el importante proceso evolutivo que tuvo lugar en él, nos permite apreciar con claridad el paso de la justicia privada, inclusive encuadrada en las formas ritualistas de las acciones de la ley, pasando por el acuerdo arbitral, propio del procedimiento formulario, hasta el proceso jurisdiccional público.

Es por ello que las relaciones entre las partes, serán distintas según nos estemos refiriendo a cada uno de los señalados procesos, ya que en el primero, el de las *legis actiones*, el vínculo primordial será el de acreedor-deudor, o bien, el de ofensor-ofendido, mientras que en el segundo, como señalamos, privará la

voluntad de las partes, con lo que se configura un acuerdo arbitral, refrendado por la autoridad pública, llamado *litis contestatio*, por medio del cual se comprometen a acatar las resoluciones del juez privado, renunciando a reclamar en lo futuro las cuestiones planteadas en el fondo de la cuestión, con tal de obtener una sentencia justa, mientras que en el proceso cognitorio sucede algo diferente.

Será precisamente el último de los procesos de impartición de justicia del derecho romano en el que se renueve la idea del vínculo entre las partes y es que en éste caso no se trata ya de particulares aceptando el juicio y comprometiéndose a acatar la sentencia final; sino de gobernados a quienes es obligatorio acudir ante los órganos competentes del estado, para solicitar que les sea administrada justicia, tal como sucede en el derecho mexicano, específicamente, en el artículo 17 constitucional, párrafo segundo, el cual señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

Indiscutiblemente, tenemos que aceptar que, el cambio en la naturaleza del proceso judicial iniciado por la vía de las acciones de la ley, o bien, del proceso formulario, hacia la *cognitio extra ordinem*, cambia no solo en cuanto a sus formas y procedimientos, sino también en cuanto a su contenido y a sus fundamentos pues, si bien en los dos primeros, la voluntad de los particulares junto con la autorización del magistrado eran los elementos mínimos necesarios para acudir ante los tribunales, en busca de la impartición de justicia, en el procedimiento extraordinario ocurre algo diferente.

Es por ello que nos atrevemos a aseverar que la verdadera trascendencia de la multicitada *cognitio*, no se fundamenta únicamente en el hecho de que se trata de un proceso público, sino que en su concepción yacen elementos, diferentes, dado que se trata de un proceso a cargo de órganos del Estado, que gozan de las facultades necesarias para resolver por sí mismos las controversias que les sean presentadas, sin que para ello las partes tengan que prestar su consentimiento, ya que el órgano jurisdiccional se encontraba dotado de las facultades y prerrogativas necesarias para forzar a alguien a que comparezca en juicio, no como un medio para que acuda a formalizar un acuerdo arbitral con su contraparte, sino para que acuda al llamado del propio órgano, a llevar a cabo lo que se le ordene, con lo cual se reafirma la autoridad del órgano y la relación que existe ya no solo entre las partes, sino entre éstas y el órgano jurisdiccional.

Al acercarnos a la sentencia del procedimiento formulario, encontramos un grave obstáculo para considerarla antecedente de la figura análoga del procedimiento actual: el de la condena pecuniaria, aún pensando en la posibilidad de las

3. La sentencia

cláusulas arbitrales. Por otra parte, la sentencia, en su etimología misma, entraña la idea de subjetividad congruente con una concepción privatista del proceso, misma que deriva de la naturaleza contractual del proceso, contenida en la *litis contestatio*.

Sin embargo, al devenir los profundos cambios del proceso, hacia la aplicación de la *cognitio extra ordinem*, como expresión de la nueva noción de proceso, entendida dentro del contexto de lo público, con la cual, toda esta serie de transformaciones impactan definitivamente en el proceso y en la sentencia misma y su importancia, que se ve afirmada, por encima de cualquier otro acto del proceso, como alguna vez, en la época clásica, lo tuvo la *litis contestatio*, éste nuevo carácter vendrá a mostrar un rostro definitivamente nuevo del proceso.

En éste orden de ideas, sucede que, al afirmarse la importancia de la sentencia, cuya validez no dependerá ya de la voluntad de las partes, como se

afirmó en los párrafos antecedentes, sino de la autoridad pública, revestida de las facultades suficientes para imponer a los litigantes la ejecución de la conducta que se encuentra contenida en la condena, se reconoce por primera vez en la historia de Roma, la completa facultad jurisdiccional de una autoridad, que por sí misma, sin intervención de particulares, tiene a su cargo la impartición de justicia.

Es así como se reconoce en nuestro sistema jurídico mexicano, ya que a partir de la división de poderes que señalamos hace algunos párrafos, la autoridad que se encarga de impartir justicia en México, completamente facultada para ello y con la facultad exclusiva y excluyente para realizar sus funciones, es el Poder Judicial de la Federación (además de los poderes judiciales locales), mismo que cuenta con la autoridad suficiente para resolver en definitiva todas las controversias para las cuales sea competente, en razón de los diversos criterios que determinan el ámbito de su competencia.

Conclusiones del Capítulo Quinto.

El proceso de evolución que sufrió el derecho romano, le permitió transitar paulatinamente, desde un procedimiento arcaico, ensombrecido por el mito y la religión, hasta un verdadero proceso judicial, estatal y público, aspectos más importantes del mismo, que delinean en la actualidad el carácter de los procedimientos más extendidos en cuanto a resolución de controversias.

La importancia que reviste el análisis del proceso civil romano en el estudio de la institución contemporánea, debe atender a fines científicos, más que históricos, debido a que es mucho lo que podemos aprender de las diferentes categorías creadas por los romanos, como la excepción, la caución e inclusive algunos de los recursos que se plantean como apelación a los procesos, que sin duda se encuentran presentes en el sistema procesal mexicano, pero que serían perfectibles de revalorarse si lo hacemos desde la habilidad con que los romanos construyeron un sistema más práctico que teórico en materia de resolución de conflictos.

Conclusiones

PRIMERA. Ninguna norma jurídica puede considerarse como algo dado de una vez y para siempre, pues, tal como lo demuestra la vitalidad del Derecho Romano, especialmente en su parte procesal, **los procesos de evolución que presentan las sociedades, tienen que verse, necesariamente, reflejados en su vida jurídica, en virtud de que su orden jurídico es, indubitablemente, un producto social.**

SEGUNDA. La presente tesis tuvo como motivo principal, exponer de forma breve y, desde luego, incompleta, como todo estudio histórico que se pretenda realizar, la forma en que se impartía justicia en Roma, a través de sus fuentes y de la vasta bibliografía que existe alrededor del tema. El objetivo de alcanzó, pues consideramos que **quedan expuestas las grandes líneas que nos permitirán estudiar de forma breve y concisa las principales instituciones que existieron al respecto, en el Derecho Romano.**

TERCERA. Pretendimos también ubicar a cada uno de los tres sistemas procesales romanos en su época y espacio específicos, lo cual motivó la elaboración del capítulo segundo, en el cual se realizan algunas aportaciones, no en materia de descubrimiento, pero sí de síntesis en cuanto a los diferentes órganos constitucionales que existieron en cada una de las etapas de Roma, pues

resulta importante que cada uno de los sistemas procesales, quede estudiado dentro de su entorno político e histórico, para poder comprender los cambios en su sistema jurídico.

CUARTA. Debemos reconocer en el Derecho Romano, algo más que una fuente de cultura jurídica de donde los juristas del Siglo XXI pueden obtener las respuestas a sus problemas actuales, pues **en la Roma clásica como en el México contemporáneo, la impartición de justicia es una necesidad real**, pues como se señaló en un principio, se trata de un simple efecto de la convivencia entre los seres humanos, por y para la cual, las sociedades han creado órganos especializados, demostrando al mismo tiempo, que todo intento por institucionalizar dicho proceso judicial, es perfectible.

QUINTA. La gran duda al empezar éste trabajo de investigación, fue si deberíamos incluir en el mismo, un apartado especial sobre las cuestiones criminales en Roma, queda zanjada dicha pregunta, cuando observamos que, si bien con características diferentes, el proceso penal y el civil, que toman caminos distantes uno del otro, se aplican en una misma sociedad y en un mismo espacio al mismo tiempo, por lo cual, decidimos estudiar brevemente las cuestiones criminales, pues deseamos con ello contribuir a despertar la inquietud por retomar ese campo de estudio, que ha sido relativamente olvidado en nuestro entorno.

SEXTA. Por último, no nos queda sino rescatar un aspecto importante: el **re-estudio y la re-valoración de la experiencia romana, que nos demuestra el ciclo vital completo de un sistema jurídico**, desde su origen hasta su supuesto olvido, pero también su renacimiento, con un nuevo auge, la denominada segunda vida del derecho romano, sistema que tan bien ha sabido adaptarse, a lo largo de los siglos, a las necesidades de distintos grupos sociales, de realidades y entornos diferentes, para quedar inserto, con letras de oro, en la historia jurídica del mundo, como la roma fundadora de una de las disciplinas que más útiles son al ser humano, gracias a la brillante claridad y eminente utilidad que sus creadores pusieron en la construcción de un sistema jurídico cuya existencia rebasa los dos

mil años y que sigue siendo materia de estudio y fuente de conocimiento en el mundo actual.

Fuentes.

Bibliografía.

1. Adame Goddard, Curso de Derecho Romano Clásico. México, 2 Tomos. http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/
2. Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Estudios de teoría General e Historia del Proceso*, 1ª Reimp, 2 tomos, IJ-UNAM, México, 1992.
3. Álvarez Suárez Urscino, *Horizonte actual del derecho romano*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944.
4. Álvarez Suárez, Urscino, Curso de derecho romano 2 Tomos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
5. Bernal Beatriz y José de Jesús Ledesma, *Historia del derecho romano y de los derechos neo-romanistas*, Porrúa, México, 2013.
6. Bialostosky Sara, *Panorama del derecho romano*, Porrúa, México, 2007.
7. Briseño Sierra Humberto, *Compendio de Derecho Procesal*, S/E, México, 1989.
8. Burdesse, *Manual de Derecho Público Romano*.
9. Castañeda Rivas María Leoba, *El Derecho civil en México*, Porrúa, 2013.
10. Dorantes Tamayo Luís, *Elementos de Teoría General del Proceso*, Porrúa, México, 1983.
11. Cuenca Humberto, *El proceso civil romano*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
12. Gómez Lara Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10ª Ed. 14ª Reimp. Oxford, México, 2014.
13. Gordillo Montesinos Roberto Héctor, *Derecho privado romano*, Porrúa, 2004.
14. Iglesias Santos Juan, *Derecho romano*, Ariel Barcelona, 2007.
15. Ihering Rudolph von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Enrique Príncipe y Satorres, 4 Vols., De Bailly-Bailliere e hijos, Madrid, 1904.
16. Ledesma Uribe José de Jesús, *El cristianismo en el derecho romano*, Porrúa, 2007.

17. Magallón Ibarra Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, UNAM, 2000.
18. Margadant Guillermo F, *Derecho privado romano*, Editorial Esfinge, 2009.
19. de Martino Francesco, *Storia della Costituzione Romana*. 6 tomos.
20. Merryman John Henry, *La tradición jurídica romano-germana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
21. Mommsen Teodoro, *El derecho penal romano*, trad. Pedro Dorado, La España Moderna, Madrid, 1898.
22. Mommsen Teodoro, *El derecho público romano*, trad. Pedro Dorado, La España Moderna, Madrid, 1894.
23. Sáinz y Gómez Salcedo José María, *Derecho romano público y privado*, 2 Tomos , FES. Acatlán UNAM, 2012.
24. Scialoja Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*.
25. Schulz Fritz, *Principios del derecho romano*, trad. de Manuel Abellán Velasco, Civitas, Madrid, 2000.
26. Tamayo y Salmorán Rolando, *El origen del proceso a la luz de la obra de Hans Julius Wolff*, FD-UNAM-IIJ, México, 2009.
27. Vargas Valencia Aurelia, *Las Instituciones de Justiniano en Nueva España*, UNAM, 2011.
28. Ventura Sabino, *Derecho romano*, Porrúa, 2010.
29. Volterra Edoardo, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. Jesús Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986.

Fuentes Hemerográficas.

1. Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanist. ZSS.
2. Revista de la Facultad de Derecho.

Clásicos.

1. Tito Livio, *Historia Romana*,
2. Cicerón, *De Legibus*.
3. Justiniano, *Corpus Iuris Civilis*.
4. Aulo Gelio, *Noches Áticas*.

Diccionarios y enciclopedias.

1. Berger Adolph, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*.
2. Varios. *Novissimo Digesto Italiano*.