



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

Seminario de Derecho Civil y de Derecho de Familia

“La Función Jurisdiccional del Pretor en el
Derecho romano clásico”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

Balleza Robles Ángel de Jesús.

ASESOR: Mtra. Luisa Hernández Cabrera.



Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, de 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México



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

“A mi amada Universidad Nacional Autónoma de México”.

Agradezco en especial, la gloriosa Facultad de Estudios Superiores Aragón, por haberme permitido el gran honor formarme en la máxima Casa de Estudios de México, ya que no solo me formo con sus conocimientos sino con todas las experiencias que he vivido en ella, sin olvidar todas las personas que me permitió conocer y que ahora son parte de mí. Siendo que me comprometo a representar dignamente en cada momento de mi vida a esta mi *Alma Mater* “*Por mi raza hablara él espíritu*”.

“A mi Familia”

“A mi Madre”

Por el gran amor que siempre nos ha dado a mí y a mi hermano, por el apoyo incondicional que siempre he recibido en cada meta que me he propuesto cumplir aun cuando el panorama lucía oscuro, cuando todos los demás me abandonaron tú me ayudaste a levantarme y animaste a seguir adelante, por la educación que me diste, por formarme como el hombre que soy, realmente no existen palabras para agradecer todo lo que me has dado y no me bastaría la vida para hacerlo.

“A mi hermano”

Crecimos juntos y hemos aprendido de la vida y asimismo el uno del otro, y enseñarme que siempre debes seguir tus metas sin importar lo que opinen las personas, sé que siempre poder contar contigo.

“A mi abuela María de la Luz”

In Memoriam, por tus enseñanzas han sido siempre parte de mí y tu recuerdo siempre me ha motivado a ser mejor persona.

“A mi tío Rodolfo”

Porque tu consejo y apoyo incondicional, que me ayudaron e inspiraron a seguir adelante y por confiar haber confiado siempre en mí.

“A la Maestra Luisa Hernández Cabrera”

Por todo lo que me ha enseñado, ya que en usted he encontrado una maestra, una amiga, mentora y guía. Me siento honrado de poder haberla conocido y que haya brindado su amistad, siendo que las palabras no pueden expresar el gran respeto, admiración y cariño que siento por usted y lo agradecido que estoy por todo el apoyo que me ha brindado a lo largo de estos años.

“A mis maestros”

Alonso Cortés Pérez, María del Carmen Hernández Vaca, Israel Plata Ramos, Rodolfo Martínez Arroyo, Octavio Téllez Salinas, Laura Vázquez Estrada, Angelina Hernández Cruz, Pablo Álvarez Fernández, Porfirio Gutiérrez Corsi, Hermelindo Silva Guevara, Pastor Jov Peña Ramírez, Isidro Casas Reséndiz, Martha Fabiola Contreras Contreras, Yuritzi Cortés Gaitán, Hermelindo Silva Guevara, y Julián Jiménez Salazar por haberme transmitido sus conocimientos y enseñanzas las cuales valorare toda mi vida y que han sido parte fundamental de mis formación abogado y estudioso del derecho.

“A mis amigos”

A Rodolfo, Aldo, Moisés, Nancy, Sonia, Brandon, Omar, Enrique, Rafael, Irving, Jonatán, Benito, Alfonso, Noe, y Amdrea con quienes he pasado gran parte de mi vida, y con quienes he compartido un sinfín fe vivencias, y a quienes agradezco por todo el tiempo y experiencias que obtuve a su lado y espero que sigamos compartiendo en los tiempos venideros.

“A mis amigos y compañeros Universitarios”

Alexia, Blanca, Luna, Armando, Daniel, Francisco, Fermín, Erick Cuevas, Erick Madrid, Lizbeth, Lonnie, Esperanza, Abril, Alan, Alejandro, por haberme brindado su amistad y haber compartido este periodo fundamental de nuestras vidas, esperando que nuestra amistad perdure y seamos amigos y colegas en esta hermosa profesión a la que hemos decidido dedicar nuestras vidas.

“A mi perro Tommy”

In Memoriam. Porque tu amor incondicional y compañía me ayudaron en los momentos más difíciles de mi adolescencia, porque yo no te considere nunca mi mascota, para mí siempre serás el mejor amigo que tuve.

“A mis amigos y compañeros caninos”

Por su amistad y compañía, ya que, gracias a ustedes, cada día es mejor, y nada se llegará a equiparar con la lealtad que brinda, un perro.

La función jurisdiccional del pretor en del Derecho romano clásico

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	I
INTRODUCCIÓN.....	II
CAPÍTULO I DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO.....	1
1.1 <i>Ius</i>.....	1
1.1.1 Concepto de <i>ius</i>	1
1.1.2 <i>Ius</i> y <i>fas</i>	4
1.1.3 Clasificación del <i>ius</i>	6
1.1.3.1 <i>Ius publicum</i> y <i>ius privatum</i>	6
1.1.3.2 <i>Ius civile</i> y <i>ius honorarium</i>	8
1.1.3.3 <i>Ius gentium</i> y <i>ius naturale</i>	12
1.2. De la justicia.....	16
1.2.1 Concepto de justicia.....	16
1.2.2 Equidad.....	18
1.2.3 Preceptos del derecho.....	21
1.2.4 Jurisprudencia.....	23
1.3 Derecho romano.....	25
1.3.1 Concepto de Derecho romano.....	25
1.3.2 Periodización.....	27
CAPÍTULO II LAS MAGISTRATURAS EN ROMA Y SUS FUNCIONES	
JURISDICCIONALES.....	29
2.1 Concepto de magistratura y el <i>cursus honorum</i>.....	30
2.2 Principios rectores de la magistratura.....	32
2.3 Facultades de los magistraturas y las autoridades romanas.....	39
2.3.1 Potestas.....	40
2.3.2 Imperium.....	41
2.3.3 Iurisdictio.....	43

2.4 Las magistraturas	45
2.4.1 Consulado.....	45
2.4.2 Tribunado Militar.....	48
2.4.3 Dictadura.....	50
2.4.4 Pretura.....	52
2.4.5 Censura.....	54
2.4.6 Edilidad.....	57
2.4.7. Cuestura.....	61
2.4.8 Tribunado de la Plebe.....	62
CAPÍTULO III. EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN ROMA	66
3.1 De las acciones	67
3.1.1 Concepto de acción.....	67
3.1.2 Procedimiento.....	69
3.1.3 Competencia.....	72
3.1.4 Clasificación de las Acciones.....	74
3.2 Procedimientos Civiles en Roma	77
3.2.1 Procedimiento de las <i>legis actionis</i>	78
3.2.1.1 Generalidades y características.....	78
3.2.1.2 Clasificación de las <i>legis actionis</i>	79
3.2.2 Procedimiento <i>per formulam</i>	85
3.2.2.1 Generalidades y características.....	87
3.2.2.2 El <i>iudex</i> y el <i>arbiter</i> en el procedimiento <i>per formulam</i>	88
3.2.2.3 Desarrollo y etapas del procedimiento.....	98
3.2.3 Procedimiento de la <i>cognitio extraordinem</i>	103
3.2.3.1 Desarrollo del procedimiento.....	104
3.3 La representación judicial en Roma	106
3.3.1 Concepto de representación.....	106
3.3.2 Clasificación.....	108
3.3.3 <i>Procurator</i> y <i>cognitor</i>	108
3.3.4 <i>Advocatus</i>	110
3.4 La responsabilidad judicial en el Derecho romano	113
3.5 Autoridades jurisdiccionales de la Antigua Roma	116

3.5.1 Autoridades jurisdiccionales en la monarquía y la república.....	116
3.5.2 Autoridades jurisdiccionales durante el imperio.....	124
CAPÍTULO IV LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL PRETOR EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO	131
4.1 El pretor	131
4.1.1 Origen y funciones (pretor urbano y pretor peregrino).....	132
4.1.2 Pretores especiales en la época imperial.....	142
4.1.2.1 Pretor <i>fideicommissarii</i>	142
4.1.2.2 Pretor <i>tutelar</i>	145
4.1.2.3 Pretor <i>de liberalibus causis</i>	147
4.2 Innovaciones pretorias en materia jurisdiccional	147
4.3 Los interdictos	154
4.3.1 Clasificación de los interdictos.....	156
4.3.2 El procedimiento interdictal.....	158
CONCLUSIONES	162
BIBLIOGRAFÍA	166

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<i>D.</i>	Digesto
<i>Cic.Leg.</i>	De Legibus. Cicerón.
<i>Cic. Rep.</i>	De re pública. Cicerón.
<i>Gai.</i>	Institutas de Gayo.
<i>I.</i>	Instituciones de Justiniano.
<i>XII Tab.</i>	Ley de las XII Tablas.
<i>Pl. Rep.</i>	La Republica. Platón.
<i>Suet. Aug.</i>	Los Doce Cesares, Augusto. Suetonio.
<i>Suet. Vesp.</i>	Los Doce Cesares, Vespaciano. Suetonio.
<i>Liv.</i>	Historia de Roma. Tito Livio.

INTRODUCCIÓN

Al abordar el estudio de las sociedades, antiguas o modernas, siempre puede encontrarse una constante entre ellas, y lo es la creación de órganos y autoridades encargados de la resolución de conflictos. Una consecuencia natural, de la agrupación del hombre en sociedad, es el surgimiento de conflictos, siendo parte de la naturaleza humana el abuso de las situaciones de poder, así como la ley del más fuerte, que se aplicó en los primeros tiempos.

Pero para que una sociedad pueda subsistir y proliferar no se puede permitir que los individuos que la componen busquen solucionar las situaciones por sí mismos, ya que si bien es cierto estos podrían ser solucionados de forma pacífica, la realidad aún en la actualidad es el ejercicio de la fuerza y la violencia como forma de solución de conflictos, cuestión que beneficia a los más fuertes y afecta a los componentes más débiles de la sociedad.

Es en razón de lo anterior que surge el Derecho como forma de regulación del actuar del hombre en sociedad, estableciendo los parámetros de convivencia que deberán seguirse, aunque como todos sabemos las leyes resultan inútiles si no existe quien la haga cumplir ya que no todas las personas están dispuestas a cumplir con la ley por un sinfín de motivos. Es entonces cuando nos percatamos que resulta necesario el establecimiento de autoridades de carácter público investidas de poder coercitivo para hacer cumplir lo establecido por los ordenamientos normativos y dirimir las controversias surgidas entre los componentes sociales.

La sociedad romana no es ajena a las problemáticas sociales y en ella encontramos una inmensa cantidad de autoridades que se dedican a la administración de justicia.

En los primeros tiempos encontramos al *rex* como la máxima autoridad del Estado, detentando facultades religiosas, militares, administrativas, y de administración de justicia.

En el periodo republicano y con la idea imperante de la democracia en las mentes de los romanos, vemos surgir como autoridades a los magistrados (cónsules, pretores, ediles, etcétera), en quienes entre otras funciones detentan facultades jurisdiccionales, siendo el pretor la autoridad más importante para el Derecho romano en la época clásica y cuyas aportaciones al derecho conllevaron importantes innovaciones y consecuentemente una mejora en la administración de justicia. En el presente trabajo abordamos el estudio de la magistratura romana y sus principios rectores en el desarrollo de este capítulo.

Encontrándonos en la época clásica y finales de la misma un amplio abanico de autoridades jurisdiccionales de las cuales proporcionaremos un breve panorama de su contexto social y funciones.

También abordaremos el estudio de los procedimientos civiles romanos y la función de los jueces dentro de los procedimientos y la responsabilidad por su actuar. Así como el estudio de los principios y conceptos que rigen la función jurisdiccional en Roma como lo son la justicia, la equidad, la acción, el procedimiento, etcétera.

Siendo así que el objetivo del presente trabajo es realizar un breve estudio monográfico de la administración de justicia en Roma en sus diversos períodos de desarrollo y su evolución, las autoridades y funcionarios que se encargaron de la administración de justicia civil, y su desarrollo, siendo el tema central la función del pretor y su influencia en el desarrollo del Derecho romano, proporcionando así un panorama de lo que fue la administración de justicia en la antigua Roma.

CAPÍTULO I

LA JUSTICIA Y EL DERECHO

Al momento de iniciar el estudio de un tema en cualquier rama del conocimiento, resulta necesario un acercamiento a aquellos conceptos considerados fundamentales. Debido a su relevancia en el tema que nos ocupa, estos nos permitirán un mayor acercamiento y comprensión del mismo. Una vez explicado lo anterior en este capítulo abordaremos conceptos como lo son el Derecho Romano, la clasificación del Derecho Romano y analizaremos la justicia, la equidad, así como la periodización de Roma desde el punto de vista histórico, así como desde el punto de vista jurídico, entre otros temas esenciales de la administración de justicia en Roma y sus autoridades jurisdiccionales. Siendo el objetivo de este capítulo el proporcionar un panorama de las principales ideas y conceptos del Derecho romano y que cualquier persona pueda adentrarse al estudio del contenido del presente trabajo.

1.1 *Ius*

Iniciando el estudio de los conceptos fundamentales del Derecho romano, en primer lugar debemos abordar el vocablo *ius*, siendo este de suma importancia, tanto para los juristas de la antigua Roma como lo es el vocablo Derecho en la actualidad para nosotros los estudiosos del derecho, en el presente.

1.1.1 Concepto de *ius*

Iniciando el estudio del vocablo *ius*, daremos comienzo a su estudio en primer lugar por el concepto del *ius* dado por el magno jurista romano Celso, “Conviene al que haya de estudiar el derecho, conozca primero de donde viene la palabra *ius* (derecho). Llámese de así de *iustitia* (justicia); por que como lo define elegantemente Celso es el arte de lo bueno y equitativo”¹.

¹ D.1.1.1 “*Ius est ars, boni et aequi*”

En relación a lo anteriormente mencionado, destacamos que Celso nos proporciona el concepto mas ampliamente conocido en cuanto al significado de la palabra *ius* (derecho), siendo no sólo el estudio del ordenamiento jurídico, sino como la práctica de lo establecido por este tanto en la vida común, como en los procedimientos de administración de justicia, es decir el conocimiento, respeto, uso y aplicación de las leyes, por parte de los ciudadanos romanos. Además de lo anterior, Celso deja en claro la estrecha relación del *ius* con los vocablos *iustitia* y *aequitas*.

Referente al *ius* Gumesindo Padilla Sahagún lo define en dos sentidos, en el sentido objetivo del vocablo "La palabra *Ius* equivale a Derecho (con mayúscula) en sentido objetivo, esto es, el orden jurídico² establecido, así se habla de *ius civile*, *ius naturale*, etcétera.

En sentido subjetivo, *ius* se aplica para significar prerrogativa, facultad, poder, derecho (con minúscula) del cual es titular un individuo en este sentido *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte), *ius prohibendi* (derecho de prohibir a alguien hacer algo".³

Podemos observar que al momento de definir al *ius* el maestro Gumesindo Padilla lo hace, con dos acepciones al igual que lo hacemos al definir al derecho en la actualidad, siendo así como el orden jurídico que rige a un Estado, así también como las facultades, potestades, prerrogativas, derechos, de las cuales puede ser titular un individuo.

En lo referente al *ius*, Roberto Héctor Gordillo Montesinos conceptualiza lo siguiente "La voz latina *ius* equivale a nuestra palabra Derecho. Es usada para designar tanto al Derecho objetivo como al Derecho subjetivo. En sentido objetivo, *ius* es el ordenamiento que regula coactivamente las relaciones entre los individuos (*norma agendi*), así se habla, p, ej., de *ius civile*, de *ius honorarium*

² Orden Jurídico "Entendido como las disposiciones jurídicas que rigen y regulan la organización de gobierno". HURTADO SALGADO Jorge, et al, Diccionario de Términos Jurídicos-Universitarios, Editorial UAEM, México, 2010, Pág.87.

³ PADILLA SAHAGÚN Gumesindo, Derecho Romano, Cuarta Edición McGraw-Hill Interamericana, México, 2008, Pág.1.

o de *ius publicum*". En sentido subjetivo en cambio *ius* se refiere a los poderes y facultades que el ordenamiento jurídico reconoce a cada individuo (*facultate agendi*), como, por ejemplo, *ius vendendi* (derecho de vender), *ius utendi* (derecho de usar)"⁴

Podemos notar, en el concepto anterior que sigue la misma tendencia de definir al *ius* en dos acepciones, la objetiva y la subjetiva, siendo lo más destacado lo referente a la coactividad, es decir que el Estado por medio de sus autoridades, tiene la capacidad de obligar a las personas al cumplimiento de lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente.

Guillermo Floris Margadant define al *ius* en dos sentidos,"En sentido objetivo, como conjunto de normas que regulan con carácter de obligatorio las relaciones sociales por ejemplo (*ius romanorum*). En sentido subjetivo, como facultad que un individuo extrae del derecho objetivo, por ejemplo *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo posee)." ⁵

Hemos de percatarnos que desde época romana, existe una doble significación del vocablo *ius* ya sea como el ordenamiento jurídico que regula a la sociedad, así como la facultad subjetiva del individuo que se deriva de la ley.

Por su parte, Jose de Jesús Ledesma y Beatriz Bernal establecen lo siguiente, "El termino *ius* designa para los romanos el derecho en sentido objetivo, es decir la norma (*lex-ius-regula*) y en sentido subjetivo la *facultas*, entendida como el poder jurídico que concretamente pertenece a un sujeto de derecho en cierto momento, solamente que la concepción clásica de la *facultas* va inseparablemente unida a la idea de *actio*, esto es, como poder de acudir a los tribunales en demanda de justicia, de tal manera que no hay verdaderas *facultas*

⁴ GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Derecho Privado Romano, Segunda Edición, Porrúa, México, 2008, Pág.35.

⁵ MARGADANT S. Guillermo Florís, El Derecho Privado Romano, Vigésima Sexta Edición, Esfinge, México, 2011, Pág.98.

sin su *actio* respectiva, de aquí que el derecho clásico se presente mas como un sistema de acciones que de derechos subjetivos”.⁶

En el concepto anterior es uniforme a los anteriormente mencionados, en cuanto a las dos acepciones que se dan al *ius* en sentido objetivo y subjetivo, siendo lo relevante del mismo la mención del Derecho romano clásico, como un Derecho de acciones, ya que al acudir los ciudadanos romanos a los magistrados debían, ejercitar una acción que previera el supuesto que le presentaban a la autoridad, o esta la concedía en los casos que no existiera acción específica, pero que a su consideración lo expuesto por el ciudadano era digno de su protección.

El *ius*, en atención a los precedentes expuestos, lo podemos definir en su sentido objetivo como las normas jurídicas de carácter obligatorio, que regulan las relaciones sociales, es decir la *lex* y en sentido subjetivo como las facultades de los ciudadanos romanos, previstas y sancionadas por el orden jurídico.

1.1.2 *Ius y fas*

El Derecho en Roma surge íntimamente relacionado con la religión, siendo así que por varios siglos hubo un monopolio de los procedimientos y fórmulas jurídicas por parte de los sacerdotes. Con el paso del tiempo y la secularización de la administración de justicia, se va haciendo mas marcada la distinción entre el *ius* y las normas que rigen al culto religioso (*fas*). A continuación procederemos a definir el vocablo *fas*.

Gumesindo Padilla establece lo siguiente sobre el *fas*, "En oposición a *ius* (creado por el hombre) está el *fas* como aquello que permiten los dioses y la religión principalmente, lo opuesto es nefasto (*nefas*), en un sentido más amplio, también se emplea *fas* para significar lo permitido por la costumbre y el Derecho.”⁷

⁶ BERNAL GOMEZ Beatriz, LEDESMA URIBE José de Jesús, Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas, Porrúa, Mexico, 2011, Págs. 35 y 36.

⁷ PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. Op. Cit. Pág. 31.

De lo anterior se deduce que el vocablo *fas* refiere a las normas que regulan las cuestiones religiosas, las costumbres de la sociedad romana, así como, en un sentido mas amplio, es aquello permitido por el derecho (*ius*).

Faustino Gutierrez-Alviz lo define como, “Norma religiosa: precepto que ordena las relaciones humanas con los dioses, sancionado con penalidades de carácter religioso y que en los albores del derecho es difícil distinguir de las reglas o las normas jurídicas, *ius*, si bien pronto van diferenciándose.”⁸

De lo anterior se desprende que el *fas* son las normas que regulan la relación de los hombres y los dioses, siendo esto a través de los ritos religiosos, causando su incumplimiento una sanción de carácter religioso, debemos tener en cuenta que si bien en la actualidad las sanciones religiosas solo son relevantes para los miembros de un culto, para los romanos las cuestiones religiosas resultan de suma importancia y su incumplimiento, que por consecuencia, podía causar la furia de los dioses quienes podían afectar su vida así como la estabilidad de Roma. Se hace mención de la pronta diferenciación entre el *ius* y el *fas*, aunque cabe aclarar que esta fue paulatina y se llevó siglos en darse en su totalidad.

Por su parte Guillermo Floris Margadant define al *fas* como la “conducta no impedida por tabúes religiosos”.⁹

En este caso, el *fas* es entendido como, las normas que regulan lo relacionado al culto religioso.

Hector Gordillo Montesinos establece acerca del *ius*; “El *ius* surge íntimamente relacionado con la religión, Así es común que se hable de *ius divinum* para aludir las prescripciones que regulan el culto religioso y las relaciones entre el hombre y los dioses. Sin embargo, el *ius* no se confunde con la religión, por el contrario, se distingue de esta como un orden secular creado por los hombres para regular sus relaciones, es decir como un *ius humanum*. De esta suerte, mientras el *ius*

⁸ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Diccionario de Derecho Romano, REUS, Madrid 1955, Pág.160

⁹ MARGADANT S. Guillermo Floris, Op. cit. Pág.11.

se refiere a lo justo, el *fas* designa lo no prohibido, esto es a lo que las tradiciones y la religión consideran como permitido, como no *nefasto*".¹⁰

De todos los conceptos anteriormente mencionados se desprende lo siguiente; el *ius* y el *fas*, en los primeros tiempos de Roma se encontraban íntimamente ligados, posteriormente con la secularización del Derecho de la religión se da la distinción entre el *ius* y el *fas*. Nosotros definimos al *fas* como las normas de carácter religioso así como las tradiciones que rigen el culto público romano, siendo todo aquello permitido denominado *fasti* y lo prohibido *nefasti*.

1.1.3 Clasificación del *ius*

Previamente hemos definido el vocablo *ius*, por lo cual a continuación procederemos a estudiar las más importantes de las diversas clasificaciones del *ius*, las cuales son el *ius publicum* y el *ius privatum*, el *ius civile* y el *ius honorarium* y el *ius gentium* y el *ius naturale*.

1.1.3.1 *Ius publicum* y *ius privatum*

Comenzaremos por hacer mención de lo establecido por el jurista romano Ulpiano referente al *ius publicum* y al *ius privatum*. En cuanto al derecho (*ius*) establece Ulpiano "Esta ciencia abraza dos partes: una es el derecho Público otra el derecho Privado. El público es el que tiene por objeto el gobierno de la República Romana. Privado es el que pertenece al provecho de cada individuo en particular; porque hay algunas cosas útiles al común, y otras a los particulares. El derecho público comprende las cosas sagradas, y los encargos de sacerdotes y magistrados. El privado es de tres maneras, por estar compuesto de preceptos naturales, o de gentes, o civiles".¹¹

En la distinción que realiza Ulpiano entre el *ius publicum* y el *ius privatum*, se deja en claro que al primero le conciernen todas las cuestiones sobre el gobierno y

¹⁰ GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pag.71

¹¹ D.1.1.1.2

administración del estado romano y al segundo las cuestiones de los ciudadanos romanos, como particulares.

Roberto Héctor Gordillo Montesinos referente al *ius publicum* y al *ius privatum* manifiesta lo siguiente “El Derecho Público se refiere a la constitución y administración de la República, a los magistrados y sus facultades al aspecto fiscal y al criminal, así como también al derecho Sacro. Por su parte el Derecho Privado trata de los derechos privados del hombre y de su familia (*privata hominis et familiae iura*), y se compone por preceptos del *ius naturale*, *ius gentium* y el *ius civile*”.¹²

Del concepto en mención distinguimos que el *ius publicum* se refiere a la estructura y organización del Estado romano y el *ius privatum* a potestades propias de los ciudadanos romano.

Faustino Gutiérrez-Alviz refiere acerca del *ius publicum* “Derecho que se refiere a la constitución y administración de (sic) Estado romano, su organización política, poderes de los magistrados, etc., así como el derecho sagrado y sacerdotal. Con otro sentido, se estimó derecho público las normas jurídicas que, formando parte del *ius privatum*, se caracterizan por su carácter imperativo y que las partes no pueden voluntariamente modificar, *ius cogens*¹³. La distinción de derecho público y derecho privado responde en derecho romano a una diferenciación de tipo escolástico.”¹⁴

Del concepto anterior referimos lo propuesto por Ulpiano respecto de su concepción del *ius publicum* en una primera acepción y en una segunda, menciona que se pueden considerar a parte de las normas jurídicas que se

¹² GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 74.

¹³ *Ius cogens*: Derecho absoluto. / Dícese del derecho objetivo cuya vigencia o cumplimiento no queda a voluntad de los particulares, sino que se impone necesariamente. GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 332

¹⁴ *Ibidem*. Pág. 339.

engloban dentro del *ius privatum* por la característica de estas de no poder contravenir lo establecido por el Estado romano parte del *ius publicum*.

Y en lo referente al *ius privatum* lo define así “Derecho que atañe o se refiere a la utilidad de los particulares, regulando las relaciones con su patrimonio, su familia, los demás hombres, a través de los negocios jurídicos o convenios en que tales intereses se concretan. Esta categoría formulada frente al *ius publicum* responde a una distinción escolástica.¹⁵”¹⁶

En nuestra opinión y con fines de estudio consideramos que el *ius publicum* es aquel que regula la estructura, organización y funcionamiento del Estado romano, así como de las funciones y facultades de los cargos públicos, en tanto el *ius privatum* lo definimos, como las normas que regulan las relaciones de los particulares en cuanto respecta a su patrimonio y familia, a través de la manifestación de la voluntad de los individuos, siempre que esta no contravenga lo establecido por el Estado, siendo esta distinción meramente académica, ya que debemos concluir que en la práctica no existe un separación entre las cuestiones públicas y privadas, ambas se desarrollan como parte de un todo.

1.1.3.2 *Ius civile* y *ius honorarium*

Una vez hecha la distinción entre el *ius publicum* y el *ius privatum*, se debe establecer, lo correspondiente al *ius civile* y al *ius honorarium*. Clasificación de suma importancia al momento de estudiar el Derecho Romano, ya que en Roma en la época republicana y parte del período imperial, se encuentran vigentes dos ordenamientos jurídicos de forma simultánea, el *ius civile*, también conocido como *ius quiritarium*, considerado el derecho antiguo en Roma siendo establecido desde la Ley de las XII tablas, y el *ius honorarium*, a veces también denominado *ius pretorio*, emanado de los magistrados para suplir en todas

¹⁵ Escolástica: Perteneciente o relativo a las escuelas medievales o a quienes estudiaban en ellas/Conjunto de principios y planteamientos que definen una actitud rígida de escuela. Diccionario de la Real Academia Española online <http://dle.rae.es/?id=GGyh5S> 10 de diciembre de 2016, 21:30 horas.

¹⁶ GUTIÉRREZ-ALVIZ y Armario Faustino, Op. cit. Pág.339.

aquellas cuestiones en que el *ius civile* es omiso o muy estricto, a continuación estudiaremos algunos conceptos sobre estos vocablos, para poder posteriormente definirlos.

Respecto a qué es el *ius civile*, el jurista romano Papiniano dice “Derecho Civil es la ley que emana de los estatutos (*leges*), plebiscitos, decretos del senado¹⁷ (*senatus-consulta*), de las constituciones imperiales y la actividad de los juristas”.¹⁸

Papiniano en su definición de *ius civile* establece las fuentes de donde proviene, pero no llega a proporcionar un concepto de este en contraste a lo que refiere *ius pretorio* que a continuación estudiaremos.

"Derecho pretorio es el que los pretores introdujeron para ayudar, suplir o corregir el derecho civil, por razón de utilidad pública, el cual se llama también honorario, denominándose así en atención al honor (dignidad o cargo) de los pretores”.¹⁹

Debemos denotar que Papiniano hace alusión a la función que realiza el pretor con la finalidad de que el Derecho se adapte a los cambios que se dieron en Roma, ya que por costumbre y tradiciones romanas el derecho no se abroga o deroga, este cae en desuso.

¹⁷ *Senatus*: Senado, asamblea o cuerpo consultivo, uno de los pilares fundamentales de la constitución política romana que subsiste desde la monarquía hasta el imperio, si bien a lo largo de su evolución varió en su composición atribuciones y competencia. Bajo la monarquía estaba integrado por los jefes de las *gens* y ex magistrados, en números de cien, elevado posteriormente hasta trescientos, designados por el rey, con competencia reducida, limitada al asesoramiento del monarca y al ejercicio de la *auctoritas, patrum y del interregnum*. Bajo la república adquiere mayor importancia, sus miembros son elegidos entre ex magistrados por los cónsules y posteriormente por los censores, y su competencia aumenta interviniendo en la administración interior, financiera, militar y llevando la dirección de la política exterior, comenzándose una tendencia a usurpar los poderes que hasta entonces correspondían a los comicios. Durante el principado continúa siendo un órgano consultivo a la vez que interviene en la administración y gobierno del imperio, sus componentes son elegidos por el príncipe entre los miembros de las clases elevadas, aumenta su competencia en materia electoral y legislativa, por los *senatus-consulta*, pero paulatinamente va cediendo facultades en manos del príncipe proceso que finaliza hacia el siglo III d. de C. En la época del imperio absoluto ha perdido el senado todo su antiguo carácter y queda reducido a una asamblea municipal, que como consecuencia de la división del imperio tiene una doble sede, pues existe al lado del senado de Roma otro establecido en Constantinopla. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 618.

¹⁸ D.1.1.7.

¹⁹ D.1.1.7.1.

A este respecto en palabras de Roberto Héctor Gordillo Montesinos “El *ius civile* dimana básicamente de la autoridad de los prudentes, y también de las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos y las constituciones imperiales. El *ius honorarium*, en cambio, tiene como fuente única el Edicto de los magistrados jurisdicentes, sobre todo el pretor urbano. A través de su actividad, el Pretor confirma, suple o corrige al *ius civile*. Desde esta perspectiva el *ius honorarium*, se configura como un ordenamiento paralelo al *ius civile*, al que suple y eventualmente rectifica, sin alterarlo puesto a que el pretor no puede crear *ius* y su actividad se limita al ámbito procesal”.²⁰

El maestro Gordillo Montesinos retoma lo establecido por el jurista romano Papiniano en cuanto a las fuentes del *ius civile* y el *ius honorarium* y la función del pretor como, el magistrado encargado de subsanar las deficiencias presentes en el *ius civile* a través de su facultad para emitir edictos.

El *ius civile*, es de acuerdo a Guillermo Floris Margadant, “el antiguo derecho romano, que se manifiesta a través de las costumbres, leyes, senadoconsultos y plebiscitos, desarrollado por la jurisprudencia sacerdotal y seglar”²¹.

Acerca del *ius honorarium* refiere que su sector más importante es el Derecho pretorio o *ius praetorium* y este constituye una creación de los magistrados, cuya función es la de darle más eficacia al *ius civile*, además de completarlo y modernizarlo”.²²

En lo relativo al *ius civile*, Guillermo Floris Margadant se apega a la definición proporcionada por Papiniano, por lo que es al *ius honorarium* es el proveniente de los magistrados, y el que proviene específicamente del *praetor* se llegó a conocer en Roma como *ius praetorium*.

Sara Bialostosky B. establece lo siguiente en relación al *ius civile* y al *ius honorarium* “La labor de los magistrados que tienen *ius edicendi* se ve plasmada

²⁰ GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit Pág. 76.

²¹ Seglar: Que no tiene órdenes clericales. Diccionario de la Real Academia Española online <http://dle.rae.es/?id=XS1il4y>, 10 de diciembre de 2016, 18:30 horas.

²² MARGADANT S. Guillermo Floris, Op. cit. Págs.100-101.

en el *ius honorarium*, Papiniano afirma que fue creado para, reforzar, complementar y enmendar al *ius civile*.

El *Ius Civile* en contraposición al honorario, es aquel que tiene como fuentes formales, la costumbre, las leyes, los senadoconsultos, los plebiscitos y las constituciones imperiales. Durante varios siglos, Roma se vio regida jurídicamente por esos dos sistemas simultáneamente, Justiniano, al unificar los dos sistemas acaba con ese dualismo”.²³

El anterior concepto, al igual que los autores previamente citados, se apega a lo establecido por Papiniano en respecto del *ius civile* y sus fuentes y en cuanto al *ius honorarium*, alude a que este proviene de los magistrados para dar solución a problemáticas surgidas por lo anticuado que llega a tornarse el Derecho en Roma.

Acerca del dualismo entre el *ius civile* y el *ius honorarium* José María Sainz manifiesta “Esta división fue verdaderamente fundamental en toda la edad clásica pues el Derecho civil era un sistema antiguo, fundado sobre la costumbre y la interpretación de los juristas. En su formación el *ius civile* se contrapone a la *lex*, sin embargo, su concepto poco a poco se amplía hasta comprender las normas creadas por el *lex* y por todas las otras fuentes, excepto las emanadas del pretor. Estas reforzaban, complementaban o enmendaban el *ius civile*. Este dualismo termina en el Derecho justiniano, en el cual se fusionan las normas civiles y pretorias.”²⁴

Retomando las ideas del concepto anterior, resulta interesante en cuanto a todas las fuentes que engloba el *ius civile* abarcando todas excepto al *ius honorarium* o *ius praetorium*, por su función de subsanar todas aquellas lagunas y las nuevas problemáticas surgidas de la expansión romana, entre tantas cuestiones políticas, económicas y sociales que ocurren con el transcurso de los siglos.

²³ BIALOSTOSKY BARSHAVSKY Sara, Panorama del Derecho Romano, Octava Edición, Porrúa México, 2007, Pag.4.

²⁴ SÁINZ Y GÓMEZ SALCEDO José María, Derecho Romano Público y Privado, UNAM Fes Acatlán, México, 2012, Pag.74.

De lo anterior concluimos que el *ius civile* es el Derecho antiguo y este se fundamenta en las siguientes fuentes formales costumbres, leges, senadoconsultos, plebiscitos, jurisprudencia, y constituciones imperiales, mientras que por otra parte el *ius honorarium* (también denominado *ius pretorium* o *ius adilicio*) emana de los edictos de los magistrados como lo son el pretor y el edil, que en ejercicio de cargo suple, complementa y rectifica al *ius civile* sin llegar a modificarlo ya que como se ha establecido el pretor y el edil no tienen esa facultad, sin en cambio están facultados para proteger determinadas situaciones que a su valoración son dignas de ser tuteladas por su autoridad, aunque estas no se encuentren contempladas por el *ius civile*.

1.1.3.3 *Ius gentium* y *ius naturale*

La última clasificación que abordaremos del *ius* es la del *ius gentium* (Derecho de gentes) y el *ius naturale* (Derecho natural).

Al *ius gentium* lo define Ulpiano de la siguiente forma; “Derecho de Gentes es aquel, de que usan todas las naciones, y se dexa fácilmente entender, que se diferencia del Derecho natural; porque este es común a todos los animales, y aquel lo es solo a los hombres entre sí.”²⁵ El pensamiento del jurista clásico coincide al *ius gentium* como las instituciones reconocidas por todas las naciones, y que rigen las relaciones entre las mismas.

Y en lo que respecta al *ius naturale* establece lo siguiente; “Derecho Natural es aquel, que la naturaleza enseña a todos los animales; y este no es solamente propio del hombre, sino común a los animales terrestres, marítimos y volátiles. De aquí procede la conjunción de macho y hembra, que nosotros llamamos matrimonio; la procreación y educación de los hijos, pues vemos que los demás animales, y hasta las fieras, se gobiernan por este Derecho.”²⁶

²⁵ D.1.1.1.4

²⁶ D.1.1.1.3

En contraposición a lo que establece en cuanto al *ius gentium*, Ulpiano coincide al *ius naturale* como aquellas leyes que rigen a la generalidad de animales y del que también el hombre hace uso.

Faustino Gutiérrez-Alviz establece lo siguiente del *ius gentium*; “Derecho de gentes. Frente al *ius civile*, es el derecho que la razón natural establece entre todos los hombres o lo que es igual, el derecho que usan todas naciones. Con un sentido más preciso, llega a ser estimado como el derecho o conjunto de normas aplicables a todos los habitantes libres del Estado romano, tanto ciudadanos como extranjeros o peregrinos, constituido por instituciones comunes a todos los pueblos, abstracción hecha de las eminentemente romanas. En el derecho justiniano se considera teóricamente como sinónimo de *naturalis ratio*.”²⁷

De lo anterior el *ius gentium* se concibe como las normas de Derecho recodadas por todas las naciones, que regulan las relaciones entre los Estados, y así mismo Roma las reconoce y las aplica dentro de su territorio.

Por otra parte define al *ius naturale* como prosigue; “Derecho natural. Una primera acepción supone que es, conforme con el sentir del jurista Ulpiano. El que la naturaleza enseña a todos los animales, cual las normas que rigen al hombre y las bestias relativas a la unión de los dos sexos, procreación y cuidado de la prole: concepto no admisible desde el punto de vista jurídico. Otra acepción es la de Paulo, quien le estima como, lo que siempre es bueno y justo, concepto de un derecho ideal, que enfrentado por los juristas compiladores al derecho de gentes constituía un derecho racional, ideal e inmutable. Esta concepción del derecho parece ser obra de los compiladores bizantinos y en modo alguno responde a ideas de los juristas clásicos.”²⁸

El *ius naturale* conforme al concepto anterior vendría a ser todos los comportamientos comunes a los animales y al hombre relacionados con la

²⁷ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 334.

²⁸ Ibídem. Pág. 336.

procreación, la crianza y la división de los sexos en macho y hembra. La segunda acepción conforme a lo afirmado por Gutiérrez-Alviz no resulta relevante para el presente trabajo, debido a que nos hablan sobre el *ius naturale* como derecho ideal, concepción de desarrollo muy probablemente bizantino, ajeno al pensamiento clásico romano.

Guillermo Floris Margadant en cuando al *ius gentium* lo define de la siguiente forma; “*ius gentium* es aquel fondo jurídico común que encontramos en todo el exteso grupo de pueblos mediterráneos y que debe, en parte, su gran divulgación territorial al hecho de que se funda en la razón misma. Así, la típica patria potestad de los romanos era parte del *ius civile*, mientras que el fenómeno de la esclavitud pertenece al *ius gentium*.”²⁹

Referente al *ius gentium*, Floris Margadant lo concibe como las normas reconocidas por todas las sociedades del Mediterráneo, y que así mismo regula las relaciones entre estas, ya que estas se establecen por la razón misma, es decir el pensamiento humano.

Y referente al *ius naturale* este afirma lo siguiente; “El *Corpus iuris* nos habla también del *ius naturale*, un derecho ideal que no existe en la práctica, pero que siempre debería orientar, consiente o subconsientemente, la actividad del legislador. Así, aunque la esclavitud exista de *lege lata* (o sea, en el derecho positivo), pertenezca al *ius gentium* y encuentre una reglamentación que, en gran parte, por sus características muy romanas, pertenece al *ius civile*, es una figura que no debería existir de *lege ferenda* (o sea, en el derecho ideal que debería regirnos). Por eso no pertenece al *ius naturale*, como Justiniano reconoce expresamente.”³⁰

En cuanto al concepto de *ius naturale* se define como el derecho ideal, es decir aquello a lo que debe tomarse en cuenta al momento de crear las leyes.

²⁹ MARGADANT S. Guillermo Floris, Op. cit. Pág. 101.

³⁰ Idem.

Adolf Berger establece lo siguiente acerca del *ius gentium*; Aparte del sentido, más bien raro en las fuentes, que el *ius genium* es la ley que rige las relaciones de Roma, con los demás Estados, el temino aparece frecuentemente estudiado en fuentes jurídicas desde puntos de vista confusos. Desde un primer punto de vista, se le relaciona con el *ius naturala*, o por lo menos con la *naturalis ratio*, que establece las mismas leyes para todas las personas. Por otro lado, *ius gentium* aparece en una forma completamente diferente, como consecuencia del crecimiento político y económico del Estado romano. Debido al contacto con territorios extranjeros en el Mediterráneo, comercio, y expansión territorial, creándose así la necesidad de administrar justicia no solo a sus ciudadanos, sino también a extranjeros, siendo creado el pretor peregrino con este fin.³¹

Y respecto al *ius naturale* afirma Adolf Berger lo siguiente. Derecho natural. Desconocido para los juristas republicanos, el *ius naturale* no es considerado por los juristas del principado como una esfera especial del derecho, una categoría del derecho, o un sistema de normas legales. En las definiciones encontradas en las fuentes, da la idea de una uniformidad en su concepción, dejando ver esta la influencia de la filosofía griega.³²

Adolf Berger deja claro que lo referente al *ius naturale* en cuanto a su concepción no es propia del Derecho romano clásico, y aun en el periodo imperial no es considerado de gran importancia, aclarando que no se piensa que el pensamiento griego, no haya influenciado el pensamiento romano, sino que consideramos que se atribuye una idea posterior a la cultura jurídica romana clásica.

Nosotros concebimos al *ius gentium* como las instituciones jurídicas reconocidas por las diversas sociedades en el Mediterráneo, y que regula las relaciones entre las mismas. Y en cuanto al *ius naturale* concordamos que la mayoría de las concepciones acerca de este vocablo no tienen que ver con el pensamiento

³¹ Cfr. BERGER Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Cuarta Edicion, The American Philosophical Society, Philadelphia, 2004, Pag. 528.

³² Cfr. Ibídem. Pág. 530.

clásico romano, aunque nos apegamos a lo establecido por el jurista Paulo, como un derecho ideal, es decir lo que siempre es bueno y justo.

1.2 De la Justicia

Al tratar el estudio del vocablo justicia se pueden encontrar una amplia variedad de acepciones que se le han atribuido en diversas civilizaciones como lo son la griega y la romana y también con el pasar de los siglos, y atendiendo a determinadas corrientes de pensamiento que surgieron a través de la historia, lo que se entiende por justicia se ha modificado en atención de determinados intereses.

El estudio de la justicia no ha sido exclusivo de la ciencia del derecho, la filosofía desde época griega hasta la era contemporánea se ha dedicado a su estudio a través de sus diversas disciplinas como lo son la ética, la moral, la axiología, la ontología, etcétera, siempre resultando una ardua labor el tratar de llegar a dar un concepto que pueda englobar la amplia significación con la cual se ha atribuido a la justicia.

A continuación analizaremos brevemente el concepto de justicia, por sí mismo el estudio de la idea que engloba este vocablo podría abarcar un trabajo de investigación completo, trataremos de ser breves y concisos en cuando a su definición y lo mas apegados a la concepción romana.

1.2.1 Concepto de justicia

Comenzamos con el concepto de justicia del jurista Ulpiano que establece; “Justicia es la constante y firme voluntad que da a cada uno su derecho”³³

Es decir es seguir un comportamiento acorde a lo comprendido como correcto y bueno, también entendido como el actuar conforme a la ley. El concepto también puede tomarse como la administración de justicia en sí, ya que el juzgador al

³³ D.1.1.1 *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.*

momento de emitir una sentencia, con una actuación correcta estaría aplicando justicia y actuando acorde a ella.

El político, filósofo y jurista romano Cicerón en su obra “*De re pública*”, define a la justicia de la siguiente manera “La justicia preceptúa respetar a todos, velar por el género humano, dar a cada uno lo suyo, no tocar las cosas sagradas las públicas ni las ajenas.”³⁴

En el concepto de Cicerón, observamos que este refiere al actuar conforme a las leyes y la moral, ya que el considera que de esta forma se es justo, es decir se lleva a cabo la justicia.

En la República de Platón en su libro primero, en el dialogo sostenido entre Sócrates y Polemarco sobre la justicia y lo justo se establece lo siguiente “Lo justo es devolver a cada uno lo que le corresponde, y a esto lo denomino ‘lo que se debe’.”³⁵

Para Platón la justicia es actuar acorde al bien, es decir buscar la armonía, ya que este actuar lleva al hombre a ser virtuoso y su vez la virtud nos conduce al actuar justo, por lo tanto si los hombres de una sociedad cumplen con su deber actuaran conforme a lo justo.

José María Sainz define a la justicia como “Virtud consistente en la voluntad o anhelo permanente de observar fielmente las leyes y dar a cada quien lo suyo. Lo que falta en la definición romana, es la forma, el principio de dar a cada quien lo suyo; sin embargo, el concepto romano de justicia exige una voluntad y no un hecho, porque es la intención y no el acto lo que determina.”³⁶

En el concepto anterior observamos que para el maestro Sainz, la idea romana de la justicia no envuelve al acto en sí, sino la voluntad, es decir la intención del

³⁴ Cic. Rep. 3, 15.

³⁵ Pl. Rep. 332 c.

³⁶ SÁINZ Y GÓMEZ SALCEDO José María, Op. cit. Pág. 68.

hombre de actuar conforme a la ley y lo moral, cumpliendo lo anterior el actuar será por consiguiente justo.

Sara Bialostosky B. establece lo siguiente acerca de la justicia “La palabra justicia designa así la conformidad de un acto con el derecho positivo³⁷, no con un ideal supremo y abstracto de lo justo. Lo justo sería la voluntad de obrar conforme a la ley y lo injusto lo contrario.”³⁸

En el concepto de una forma general y concisa se establece que la justicia es algo tan simple como actuar conforme a la ley vigente, es decir que tanto las personas como las autoridades, si actúan conforme a la ley, están siendo justas y si la contravienen están siendo injustos.

Por nuestra parte coincimos a la justicia atendiendo a la concepción romana la concebimos como la voluntad del hombre, que se manifiesta a través de su actuar, atendiendo a lo establecido por las leyes de su nación, este comportamiento además, también debe ser acorde a la moral y tradiciones de la sociedad.

Como antes, advertimos nuestro concepto de justicia no es un concepto profundo, tendiente al ideal, y en el mismo tratamos de dejar lo mas claro posible lo que la justicia representaba para el pueblo romano de la antigüedad.

1.2.2 Equidad

Al hablar de la administración de justicia en Roma es menester el tratar el tema de la equidad o *aequitas*, vocablo que algunos autores en la actualidad suelen usar indistintamente como sinónimo de la justicia, pero que para los romanos en especial en la época clásica del Derecho este no es sinónimo de justicia sino una parte de la justicia que representan los magistrados en especial el pretor, que por su función dentro de los procedimientos y siendo mas específicos en el llamado *ius honorarium*, en atención a la equidad suple, complementa y rectifica

³⁷ Derecho positivo aquel que se observa socialmente, así se trate de preceptos vigentes o no vigentes. Sinónimo de eficaz o viviente, como lo llama Villoro Torazo. GARCIA MAYNEZ Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 50ª Edición, Porrúa, México, 2000, Pág. 38.

³⁸ BIALOSTOSKY BARSHAVSKY Sara, Op. cit. Pág.3.

situaciones que no están contempladas por el *ius civile*, sin mas preámbulo procedamos al estudio del presente vocablo.

Faustino Gutiérrez-Alviz establece lo siguiente acerca de la *aequitas* “Concepto abstracto sinónimo del ideal o modelo al cual debe adaptarse el Derecho; finalidad a que debe atemperarse toda norma jurídica. No es posible conceptualizar lo que ella sea como algo de carácter teórico e inmutable, sino que, por el contrario, como algo real, que influye y es referido en cada momento a la vida práctica y es sentida diferentemente en cada momento histórico. Su noción se contrapone a *summum ius* o *strictum ius*, y son expresiones equivalentes *benignitas*, *pietas*, *humanitas*, si bien están influidas por concepciones ideológicas diferenciadas.³⁹

De lo anterior se desprende que la equidad son todas las ideas que influyen en el pensar humano, y de lo cual tiende a atenuar, corregir y adaptar el Derecho para que se atiendan de mejor a determinadas necesidades de la sociedad.

Por su parte Gumesindo Padilla Sahagún proporciona la siguiente definición “*Aequitas* significa en la época clásica especialmente la que el pretor aplica para superar las asperezas y rigideces de Derecho civil, con su Derecho honorario, así pues, debe entenderse como sinónimo del ideal o modelo al que debe adaptarse el Derecho. El pretor se guía por su sentimiento del deber, por su conciencia, más que por la aplicación rigurosa al texto de la ley.”⁴⁰

En el concepto anterior se establece que la equidad, es un conjunto de ideas que forman parte del pensamiento del pretor y este debe tender más hacia aquello que perciba como correcto y justo y no a lo estrictamente establecido por la ley, para una mejor resolución de un caso concreto.

Respecto de la equidad Roberto Héctor Gordillo Montesinos establece lo siguiente: “Sinónimo de *iustitia* es la *aequitas* (equidad). La *aequitas* es la

³⁹ GUTIÉRREZ-ALVIZ y Armario Faustino, Op. cit. Pág. 53.

⁴⁰ PADILLA SAHAGÚN Gumesindo, Op. cit. Pág.30.

adecuación del *ius* a un caso concreto atendiendo a un elemental principio de justicia posible y no idealizada. En la determinación del *ius* aplicable, el prudente y el magistrado, y en su momento el juez, deben tomar en consideración las particulares circunstancias de cada negocio o de cada situación, así como también las costumbres, los inevitables cambios sociales, de otra manera su actividad puede derivar en iniquidad (*summa iniura*). Por otra parte, existen situaciones que la ley no contempla o disposiciones que en su momento se consideraron convenientes, pero luego parecen demasiado severas o inoportunas, debido a que la conciencia social ha evolucionado y las ha dejado atrás. Ante estas circunstancias, el Pretor, a través de la *aequitas*, suple y corrige el *ius civile*, concediendo a las partes en juicio los remedios procesales pertinentes, que hacen posible el necesario equilibrio entre el *ius* y la cambiante realidad social.”⁴¹

Del estudio del concepto anterior advertimos que la equidad es aquella función de adecuación y corrección del derecho a una situación que debe resolver el magistrado, en la cual debe tomar en cuenta diversos factores como las costumbres, los cambios sociales o si la cuestión a resolver adolece de una deficiencia, buscando el equilibrio y la justicia.

Relativo a la *aequitas* José María Sainz refiere “Los romanos entendían por equidad el conjunto de principios superiores de lo que es justo, atribuidos a un caso concreto en el que, si se le aplicara derecho, se ocasionaría una evidente injusticia.

La *aequitas* es una forma de lo justo, aunque las decisiones que se basan en ella no estén fundadas en la ley.”⁴²

En el concepto anterior destaca lo siguiente; el magistrado con el fin de que sus decisiones sean justas y que estas lleguen a un equilibrio, pueden sortear la

⁴¹ GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág.73.

⁴² SÁINZ Y GÓMEZ SALCEDO José María, Op. cit. Pág.68.

aplicación de la ley misma y suplir las deficiencias que esta presenta por los remedios procesales que aplican en el ámbito de sus facultades.

Adolf Berger establece respecto a la *aequitas*, Relacionado con la justicia (*iustitia, iustum*) pero distinguido del derecho positivo. Uno de los principios fundamentales que dirige o debe dirigir la administración de justicia, es el elemento correctivo y creativo en la administración de justicia. En la esfera legal la *aequitas* se da por medio ya sea de la interpretación de la ley existente o supliendo los vacíos en la disposición legal. Trasladado al campo de la ley postula, trato igual para todos, de acuerdo a las ideas nutridas en la conciencia social (común) de las personas, que se modifica acorde a los cambios económicos y sociales.⁴³

De los conceptos previamente establecidos los autores coinciden en lo concerniente a la función de la *aequitas*, consiste en la atenuación, corrección y suplencia de la ley por parte de los magistrados, en cuanto a que esta resulta omisa o muy estricta, si se aplica en su literalidad, ya que al hacerlo se cometería una injusticia.

Por nuestra parte la equidad es la tarea que realizan los magistrados, con el fin de atenuar lo restringido y estricto de las leyes antiguas en Roma, así como la protección de situaciones no previstas por el *ius civile*, que a su consideración son dignas de ser protegidas, a fin de evitarse cometer una injusticia en el momento de dirimir una controversia.

1.2.3 Preceptos del derecho

En relación al tema de la justicia en Roma no se puede dejar de tocar el tema de los preceptos del derecho, idea propuesta por Ulpiano este establece lo siguiente;

⁴³ Cfr. BERGER Adolf, Op. cit. Pág. 354.

“Los preceptos del derecho son los siguientes, vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo que es suyo.”⁴⁴

Como se puede observar en los precepto establecidos por Ulpiano, este establece que para llevar a cabo el objeto del Derecho, es decir que sea posible el convivir de las personas que conforman la sociedad.

Sara Bialostosky B. establece lo siguiente; “Los tres famosos *precepta iuris* son: vivi honestamente, no dañar a otros y atribuir a cada uno lo suyo (*honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere*). Estos preceptos sintetizan el objetivo del derecho, o sea lograr la convivencia social dentro de ciertas reglas. Estas reglas se critican por su ambigüedad y su contenido que es más filosófico que jurídico.”⁴⁵

Del concepto anterior se establece que estos preceptos engloban el objetivo del derecho, el cual es permitir la convivencia social a partir de estas reglas de comportamiento. Asimismo refiere que las reglas o preceptos establecidos por Ulpiano han sido criticados por diversos juristas por su ambigüedad y su contenido más cercano a la filosofía, que a la ciencia jurídica.

Gumesindo Padilla Sahagún no dice “Para Ulpiano los preceptos del derecho son tres, *iuris praecepta sunt haec, honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere* (los preceptos del derecho son vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo). Esta definición es criticada por muchos autores, señalan que hay confusión entre moral y derecho; sin embargo, no esta exenta de juridicidad, en tanto que quien lesiona a otro o no da a alguien lo que le pertenece, no vive honestamente.”⁴⁶

Como se observa en el concepto anterior existe también la mención de que estos preceptos son criticados por diversos autores por su contenido poco jurídico,

⁴⁴ D.1.1.10.2 *Iuris Praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

⁴⁵ BIALOSTOSKY BARSHAVSKY Sara, Op. cit. Pág. 3.

⁴⁶ PADILLA SAHAGÚN Gumesindo, Op. cit. Pág. 30.

siendo considerado por el maestro Padilla como reglas para un comportamiento conforme a Derecho.

Roberto Hector Gordillo Montesinos establece lo siguiente; “A decir de Ulpiano, son tres los precepto del Derecho: “vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo”. A pesar de que se le ha calificado de bizantina y reiterativa, y de que se le ha criticado por mezclar el ámbito del Derecho con el de la moral, la aseveración del Ulpiano guarda cierta correspondencia con el pensamiento clásico. En efecto, el *ius* se relaciona con la tradición moral (*mores maiorum*), porque lo honesto es sin duda un postulado del *ius*, y aun cuando la esfera de los *honestum* es mucho mas amplia que la de lo lícito es dable afirmar que no vive honestamente ni conforme al *ius*, el que lesiona intereses ajenos o no reconoce el derecho de cada cual.”⁴⁷

Al igual que los autores anteriores existe una crítica en lo que establece el maestro Gordillo Montesinos en cuanto a los ámbitos que abarcan los preceptos y en este caso su época de origen, aclarando que tiene relación con el pensamiento clásico, en cuanto a que estas reglas establecen que no se vive una vida conforme a Derecho si no se cumple conforme a los tres preceptos de carácter moral, cuestión muy arraigada en la cultura clásica romana.

Nosotros concebimos a los preceptos del Derecho establecidos por Ulpiano, como las reglas a seguir, para llevar una vida conforme a la ley, que permiten la estabilidad y desarrollo social acorde al pensamiento del jurista clásico.

1.2.4 Jurisprudencia

Otro concepto fundamental que resulta necesario al estudiar el Derecho romano es el de la jurisprudencia, a la cual Ulpiano define de la siguiente forma, “La jurisprudencia es conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo que es justo o injusto.”⁴⁸

⁴⁷ GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Págs. 73 y 74.

⁴⁸ D.1.1.10.2

El concepto de Ulpiano expresa el amplio nivel de conocimientos que debían tener los jurisconsultos, para poder resolver la amplia gama de problemas que podían hacer de su conocimiento los ciudadanos romanos.

Faustino Gutiérrez-Alviz la define de la siguiente forma; “Ciencia del derecho, según Ulpiano, consiste en el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo que es justo e injusto. Hace referencia la definición a la necesidad en el jurista de tener conocimiento general de las cosas divinas y humanas, y un más científico conocimiento de lo justo e injusto, para tender a lo primero y evitar lo segundo.”⁴⁹

En el concepto anterior de nuevo se refiere el autor a la jurisprudencia como el conocimiento amplio que debían detentar los juristas, a fin de cumplir correctamente con sus funciones, tendiendo siempre al ideal de la justicia.

Guillermo Floris Margadant establece respecto de jurisprudencia lo siguiente; “...este término designa, en el derecho antiguo, el conocimiento de la técnica jurídica, en combinación con cierta, habilidad para su aplicación.”⁵⁰

El concepto anterior resulta brever y conciso, ya que nos refiere que la jurisprudencia es el conocimiento jurídico y su aplicación práctica.

Sara Bialostosky B. establece lo siguiente acerca de la jurisprudencia; “Para los romanos, *iuris prudentia*, aludia a la actividad de los jurisconsultos, es el orden legal emanado de los que saben de lo justo, los *iuris prudentes*, y de quienes lo practican.”⁵¹

Jurisprudencia acorde al concepto anterior es el derecho que producían los jurisconsultos en ejercicio de función, para la cual estos debían de detentar amplios conocimientos jurídicos. Las opiniones de los más afamados jurisconsultos de la época clásica eran tomadas como fuente del Derecho.

⁴⁹ GUTIÉRREZ-ALVIZ y Armario Faustino, Op. cit. Pág. 326.

⁵⁰ MARGADANT S. Guillermo Floris, Op. cit. Pág. 100.

⁵¹ BIALOSTOSKY BARSHAVSKY Sara, Op. cit. Pág. 3.

Hector Gordillo Montesinos refiere sobre la jurisprudencia lo siguiente; “La jurisprudencia clásica no es una ciencia especulativa, sino práctica, que antepone los esquemas doctrinales a los fines y a las necesidades humanas; por el contrario; a través del conocimiento de su disciplina y de la humana condición, el jurisprudente da solución a problemas vitales.”⁵²

En el concepto anterior se aclara que la ciencia jurídica romana era una ciencia práctica y no teórica, los jurisconsultos romanos estudiaban las situaciones que se hacían de su conocimiento, buscando la mejor solución.

En nuestra opinión, la jurisprudencia romana, son las opiniones que emitían los jurisconsultos, en uso de su amplio conocimiento jurídico y experiencia, dando la solución al problema de la mejor solución a estos, y debido al respeto y reputación de los juristas, sus opiniones eran tomadas como una fuente del derecho.

1.3 Derecho romano

Previamente hemos abordado diversos vocablos, en un intento de vislumbrar las ideas con las que los romanos los concebían, a continuación, trataremos de definir, acorde a los juristas contemporáneos, como se coincide y delimita al Derecho romano, para su estudio.

1.3.1 Concepto de Derecho romano

Gumesindo Padilla Sahagún establece que el Derecho Romano "Es el ordenamiento jurídico que rigió al pueblo romano desde la fundación de la ciudad en 753 a. de J.C. hasta la caída del Imperio de Occidente en 476 d. de J.C. y en el Imperio de Oriente hasta la época del Emperador Justiniano, quien reinó del 527 al 565".⁵³

En referencia al concepto anterior, hemos de hacer notar que se establece como vigente al Derecho Romano, hasta la caída del imperio de Occidente y hasta la

⁵² GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 73.

⁵³ PADILLA SAHAGÚN Gumesindo, Op. cit. Pág.1.

muerte del Emperador Justiniano en 565, en el Imperio Bizantino, y entendiendo por ordenamiento jurídico no solo a las normas jurídicas sino también a las instituciones que componen al Estado romano.

Roberto Héctor Gordillo Montesinos lo define como, el "Conjunto de normas e instituciones jurídicas que tuvieron vigencia a través de las diversas etapas de la historia del pueblo romano (monárquica, republicana e imperial), abarca desde los comienzos de la *civitas quiritaria* (753 a.C.) hasta la caída de Roma (476 d.C.), en el Imperio Romano de Occidente y hasta la muerte del Emperador Justiniano (565 d.C.), en el Imperio Romano de Oriente".⁵⁴

En lo concerniente al concepto en mención, establece que son tanto las normas como las instituciones jurídicas que fueron vigentes en Roma desde su fundación como *civitas quiritaria* entendida como una organización política autónoma de las pre existentes en la península itálica como los Sabinos y Etruscos acorde al mito de la fundación de Roma hasta su caída y permanecen vigentes en Bizancio hasta la muerte del Emperador Justiniano.

En cuanto a qué es el Derecho Romano, Guillermo Floris Margadant lo concibe como "El Derecho reconocido por las autoridades romanas hasta 476 d. de J.C. y, desde la división del imperio, el reconocido por las autoridades bizantinas estrictamente hablando, hasta 1453 dentro de su territorio".⁵⁵

Referente a este concepto, cabe resaltar la vigencia del Derecho Romano en el Imperio Bizantino hasta su caída, esto en virtud de la magna obra de compilación que realiza el jurista *Triboniano* a petición del Emperador *Justiniano* (527-565) del *Corpus Iuris Civilis*.⁵⁶

⁵⁴ GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág.35.

⁵⁵ MARGADANT S. Guillermo Floris, Op. cit. Pág.11.

⁵⁶ *Corpus Iuris Civilis*: Nombre con que es conocida desde la Edad Media la obra compilada por el Emperador Justiniano en su totalidad frente a las compilaciones de Derecho Canónico, *Corpus Iuris Canonici*. Integran el mismo las *Institutiones*, *Digesta*, *Codex Repetitae Praelectionis* y *las Novellae*. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.160.

Faustino Gutiérrez-Alviz lo define como el "Conjunto de normas e instituciones jurídicas que como derecho subjetivo rigieron la vida del pueblo romano a lo largo de su evolución histórica, desde la fundación de la ciudad en el año 754 a. de c. (sic), hasta la compilación justiniana (siglo VI d. de. C.), y que puede subdividirse por sus características más acusadas, en derecho romano antiguo o quirritario, clásico, postclásico y justiniano".⁵⁷

Nosotros definimos al Derecho Romano, retomando ideas de los autores antes mencionados como: El conjunto de normas e instituciones jurídicas, que regularon a Roma y al pueblo romano, desde su fundación en el año 753 a.C. y hasta la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 d.C. tomando en cuenta que a lo largo de la historia romana tanto normas, como instituciones no fueron estáticas, estas debieron adaptarse a las necesidades sociales, por consecuencia de los cambios sociales, económicos, culturales, etcétera, y en el Imperio Bizantino desde la compilación justiniana hasta su caída en 1453, realizando la aclaración que diversas instituciones se entienden de forma diferente a la que fueron concebidas en Roma, debido a las compilaciones e interpretaciones realizadas por juristas ulteriormente.

1.3.2 Periodización

Existen diversos criterios para encuadrar un determinado periodo histórico, ya que para ellos se deben tomar en cuenta factores, jurídicos, sociales, culturales, territoriales, religiosos, económicos, etc. En nuestro caso solo tomaremos en cuenta dos factores de los mencionados, el político, y jurídico para aclarar cuestiones que puedan resultar confusas en cuanto a las instituciones, que se trataran posteriormente.

⁵⁷ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. , Pág.189.

Se habla del periodo monárquico romano desde el año 753 a. de C. al 509 a. de C., tiempo en que la constitución política romana era la de una monarquía absoluta, no hereditaria, esto acorde a la tradición.

El periodo republicano abarca desde el año 509 a. de C. hasta el 27 a. de C. periodo en el cual las autoridades del Estado romano eran los magistrados, elegidos anualmente, por los ciudadanos romanos.

Y por último se habla del Imperio desde el año 27 a. de C. hasta el 476 d. de C. con la caída del Imperio Romano de Occidente, este periodo se denomina así debido a que la máxima autoridad de Roma es el emperador, persona que detenta todos los poderes del Estado.⁵⁸

La segunda periodización de la que hablaremos será acorde a los cambios de las instituciones jurídicas romanas.

Etapa del Derecho romano arcaico, desde la fundación de Roma 753 a. de C. hasta la promulgación de las Leyes de las XII Tablas en el 449 a. de C.

Etapa del Derecho romano preclásico, desde la promulgación de las Leyes de las XII Tablas en el 449 a. de C. hasta el final de la República en el 27 a. de C.

Etapa del Derecho romano clásico, desde finales de la República en el 27 a. de C. hasta el Imperio de Alejandro Severo en el 237 d. de C.

Etapa del Derecho romano postclásico, desde Alejandro Severo en el 237 d. de C. hasta Justiniano en el 527 d. de C.

Etapa del Derecho romano justiniano, desde Justiniano en el 527 d. de C. hasta su muerte en el 565 d. de C.⁵⁹

⁵⁸ Cfr. BIALOSTOSKY BARSHAVSKY Sara, Op. cit. Págs. 9-17.

⁵⁹ BERNAL GOMEZ Beatriz, LEDESMA URIBE José de Jesús, Op. cit. Pág. 54.

Como mencionamos previamente estas periodizaciones se mencionan solo para aclarar de las temporalidades a las que nos referimos usar los presentes términos.

CAPÍTULO II

LAS MAGISTRATURAS EN ROMA Y SUS FUNCIONES JURISDICCIONALES

Roma de acuerdo con el régimen político imperante tuvo diversas autoridades encargadas de la administración del Estado, en un principio de acuerdo al mito de la fundación de Roma cuya fecha es establecida el 21 de abril del 753 a.C., la autoridad máxima es ejercida por el *rex* (rey), quien detenta las más amplias facultades tanto en la administración del Estado, en la administración de justicia, el mando del ejército y así mismo es considerado como la máxima autoridad religiosa. Con la expulsión del último rey romano (Lucio Tarquino el Soberbio) en el año 509 a.C. se da por terminado el periodo monárquico romano que tuvo una duración de aproximadamente 244 años, y sobreviene un cambio en la organización política romana estableciéndose así el periodo republicano que durará poco más de 500 años, durante el cual se establecerán las magistraturas, cargos con las facultades que alguna vez estuvieron a cargo del *rex*, entre las cuales encontramos la administración de justicia. Con el fin de la república y el establecimiento del Estado imperial romano, este comienza progresivamente a reasimilar todas aquellas facultades dispersas en diversos funcionarios en el emperador quien pasa detentar de nuevo el máximo poder en todos los ámbitos de la administración del Estado, en uso de sus más amplios poderes vemos al emperador crear y asignar funcionarios para la administración estatal y provincial. En esta época es cuando Roma llega a su auge económico, social, militar, territorial, jurídico, etcétera, y es cuando por la situación en que se encuentra Roma también se desarrolla lo que conocemos como el Derecho clásico romano y la administración de justicia llega a profesionalizarse en este periodo. En el presente capítulo realizaremos el estudio de las magistraturas romanas, su origen, principios que las rigieron, facultades, y su desaparición.

2.1 Concepto de magistratura y el *cursus honorum*

Las magistraturas son autoridades al servicio del Estado romano, una cuestión que queremos dejar en claro es que en ninguno de los periodos romanos existió el concepto de Estado como lo concebimos en la actualidad siendo este la “Forma de organización política dotada de poder soberano e independiente que integra la población de un territorio”⁶⁰, el uso que realizamos del termino en mención es para referirnos a la constitución político administrativa de Roma sin distinguir si esta es monárquica, republicana o imperial ya que para fines prácticos Roma sin importar su forma de gobierno realizaba en amplio sentido funciones muy similares a un estado moderno. Cada una de las magistraturas tenían funciones definidas y así mismo deberes para con el *populus* y la república. Estos cargos eran facultados con potestades específicas ya sea *imperium* para las *magistraturas maiores* o las *potestas* de las *magistraturas minores*, el proceso por el cual van surgiendo las magistraturas es lento y paulatino, respondiendo su creación a las necesidades del Estado. A fin de iniciar el estudio de estas instituciones debemos definir qué es la magistratura y en relación el *cursus honorum*.

Respecto a la magistratura Faustino Gutiérrez-Alviz establece lo siguiente “Magistrado, magistratura. Originalmente jefe de la comunidad; posteriormente, magistrado o funcionario autónomo en su competencia y en el ejercicio de sus facultades; por último, magistrado, que desempeña una función pública y la propia función en nombre del pueblo o del Estado romano, que le confiere en cada caso los poderes o facultades judiciales, administrativos, políticos o militares, de que goza en mayor o menor amplitud según su categoría y según las épocas.”⁶¹

⁶⁰ Diccionario de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?id=GjqhajH> fecha de consulta 12 de octubre de 2017 20 hrs.

⁶¹ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 327.

Del concepto anterior podemos percatarnos que el vocablo magistrado comprende diversas acepciones, destacando la cual lo establece como, autoridad facultada por el Estado para cumplir con determinadas funciones.

Por su parte Adolf Berger establece lo siguiente, la magistratura fue una institución de época republicana; en el principado continúan existiendo algunas magistraturas, aunque sus funciones se ven disminuidas; en el imperio post-Diocleciano⁶² aún existen algunas magistraturas, pero estas son reducidas a títulos meramente honoríficos. El poder de los magistrados está basado en dos concepciones fundamentales el *imperium* y la *potestas*, siendo el primero el más amplio.⁶³

De lo establecido anteriormente vislumbramos que las magistraturas tienen su origen en la época republicana y es en este periodo donde tienen su auge, y si bien subsisten en tiempos posteriores su importancia y poder decrecen. Un aspecto importante a resaltar es la mención del *imperium* y la *potestas* como poderes fundamentales de la magistratura y los distinguen de otras autoridades como el senado o los comicios.

Al abordar el estudio de las magistraturas otro concepto que debe ser estudiado es el *cursus honorum* debido a la estrecha relación de estos, en este respecto establece Faustino Gutiérrez-Alviz “Orden de prelación o de sucesión en el desempeño de las diferentes magistraturas. Fue establecido por una *lex Villia de annalis*⁶⁴, en orden ascendente del modo siguiente: cuestura, edilidad curul, pretura y consulado.”⁶⁵

⁶² Cayo Aurelio Valerio Diocleciano Augusto, emperador de Roma desde el año 284 hasta el 305 d.C. MONTANELLI Indro, *Historia de Roma*, Mezki, España 2012, Pág.293

⁶³ Cfr. BERGER Adolf, Op. cit. Pág. 571.

⁶⁴ *Lex Villia de Annalis*. Ley rogada por el tribuno Lucius Villius del 180 a. de c. estableciendo el tiempo que debía mediar entre el ejercicio de dos magistraturas por una misma persona y edad para cada una de ellas: cuestura, treinta y un años, edilidad treinta y siete, pretura, cuarenta y consulado, cuarenta y tres. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.433.

⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 171.

Como se desprende del concepto anterior el *cursus honorum* es el orden que se debe seguir para acceder a una magistratura de mayor grado.

Relativo al *cursus honorum* Adolf Berger dispone lo siguiente, es el orden en el cual las magistraturas republicanas debían ser ocupadas por los ciudadanos romanos para ser posibles candidatos a ocupar una magistratura de mayor rango. El menor grado en la carrera magistratura era la cuestura que era seguida por la edilidad y la pretura. El consulado era la cúspide de las magistraturas. La censura no perteneció al *cursus honorum*. En el imperio no existe ya el *cursus honorum*, tampoco la carrera senatorial o el *ordo equester*, debido a que el emperador tenía completa libertad de otorgar títulos a personas, aunque estas no hayan ocupado cargos públicos antes de esto.⁶⁶

El *cursus honorum* se comprende como el orden a seguir al ocupar las magistraturas, pero es exclusivo de la época republicana, en la época imperial el emperador reasimila las facultades de las magistraturas, quedando sin ningún efecto el *cursus honorum*.

Concluimos en lo referente a lo anterior que las magistraturas son autoridades y representantes del Estado romano de gran relevancia en el periodo republicano, teniendo injerencia en la administración del Estado en general realizando grandes aportaciones en el derecho y la administración de justicia además de otros ámbitos como el militar y el gobierno. Esta se ven gradualmente disminuidas en su poder e importancia en el periodo imperial y llegando a convertirse en títulos meramente honorarios.

2.2 Principios de la magistratura

Al igual que en cualquier estructura actual sobre la cual se constituya un Estado, existen principios que rigen a las instituciones a través de las cuales estas ejercen las diversas funciones necesarias para el Estado y su correcto funcionamiento,

⁶⁶ Cfr. BERGER Adolf, Op. cit. Pág. 422.

en Roma también existieron principios que rigen las instituciones en este caso específico las magistraturas, ya sea en su temporalidad, su forma de acceder al cargo, jerarquía, etcétera, en este capítulo nos ocuparemos de realizar un breve estudio de estos principios.

2.2.1 Electividad

La electividad es una característica de las magistraturas en una época avanzada del periodo republicano, a comienzos de esta época se cree que el magistrado realizaba la designación de su sucesor en un acto de creación aplicando el principio según el cual *el magistrado crea al magistrado*. Este tipo de designación se habría hecho por medio de la *creatio*⁶⁷ o la *cooptatio*⁶⁸. Posteriormente la designación pasa ser función de los comicios y el magistrado se limita al nombramiento del candidato a sucederlo.⁶⁹

Este tipo de nombramientos da pauta a que los patricios monopolicen los principales cargos públicos durante la primera mitad de la república, excluyendo a los plebeyos con el fin de beneficiarse y mantener subyugada a la clase baja.⁷⁰

El cambio hacia las elecciones de los magistrados por parte de los comicios se dio de manera paulatina y no se llega a ver sino hasta mediados del periodo republicano. Esto es consecuencia de las rebeliones y conflictos que hubo entre los patricios y los plebeyos, ya que los últimos buscaban un trato más justo y no como ciudadanos de segunda clase. Cuando existía una magistratura vacante esta se anunciaba para que los ciudadanos se postularan para ella, aunque la injerencia por parte de los magistrados no se elimina completamente, ya que estos pueden nominar libremente de entre aquellos que se postulen y vetar la inclusión de la lista de candidatos a otros. Paulatinamente se establecieron

⁶⁷ *Creatio*: Elección que los comicios hacían de los magistrados para ocupar una magistratura el año venidero. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.160.

⁶⁸ *Cooptatio*: En general forma de elección o designación para una magistratura. Ibídem. Pag 158.

⁶⁹ Cfr. VIÑAS Antonio, Instituciones Políticas y Sociales de Roma: Monarquía y República, Dykinson, Madrid (2007), Pág. 131.

⁷⁰ Cfr. Ídem.

requisitos para acceder a las magistraturas y solo aquellos ciudadanos que cumplieran con los mismos podían postularse, un ejemplo de ello es la *Lex Villia de Annalis* la cual establece la edad mínima para ocupar cada magistratura.⁷¹

Cuando existía una magistratura vacante, esta debe ser ocupada por un *interrex*, que es aquella persona que ocupa la magistratura entre tanto no tome posesión el ciudadano designado por los comicios de entre la terna que se les presenta, siguiendo la línea del *interrex* se cree que era ocupado por miembros del senado.⁷²

Respecto de la elección por parte de los comicios se realizaba de la siguiente forma; “los magistrados mayores (cónsules, pretores y censores) se elegían por parte de los comicios centuriados, los magistrados menores (ediles curules, cuestores) son elegidos en los comicios por tribus. Existen excepciones a esta regla, un ejemplo de ello es el dictador ya que este no es elegido, dado que se nombra de entre los dos cónsules durante un estado de emergencia, el *magister equitum*⁷³ (jefe de caballería) siguiendo la misma línea no es elegido por los comicios sino designado por el dictador. Por su parte el *interrex* lo elige el senado por *cooptatio*.”⁷⁴

La reelección de un ciudadano a cargo de una magistratura, en principios de la república se encontraba prohibida, posteriormente se establece que deben haber pasado diez años para poder volver a postularse para una misma magistratura, contados a partir del momento en que se dejó de desempeñar la misma. Otra prohibición que se planteo fue que un ciudadano ocupara de forma simultánea diversas magistraturas.⁷⁵

⁷¹ Cfr. RUSSOMANO Mario C., Breve Historia del Derecho Romano, Claridad, Buenos Aires (1988), Pág. 55.

⁷² GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.316.

⁷³ *Magister Equitum*: El comandante de la caballería. Este era el sustituto del dictador, quien le otorgaba el nombramiento. Este quedaba como primero al mando cuando el dictador se ausentaba. Cfr. BERGER Adolf, Op. cit. Pág. 570.

⁷⁴ VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág. 132

⁷⁵ Cfr. Ídem.

2.2.2 Anualidad

Esta característica se introduce como una forma de diferenciarse del régimen monárquico en el cual la magistratura (*rex*) es de carácter vitalicio.

“La anualidad es considerada por las fuentes como elemento esencial en la constitución republicana, entre cuyas disposiciones dispone la limitación de las magistraturas y, por ello, la sustitución del carácter permanente por la función temporal.”⁷⁶

Se puede notar la precaución que se tiene al implementar este principio en especial, ya que resultaba imposible el prevenir el abuso de poder y en la actualidad es un fenómeno que persiste por parte de las autoridades estatales por la naturaleza de su cargo. Con esto en mente la anualidad evita el perpetuar este abuso más allá de un año.

Aunque esta no es una opinión única acerca del carácter anual. Si bien anualidad se considera un requisito común en la mayoría de las magistraturas, existen excepciones a esta regla. Al censor se le da un plazo más largo que a otras magistraturas para cumplir con su labor extendiéndose este por dieciocho meses. El dictador funge en su cargo por un periodo de seis meses y el *magister equitum* a ser subalterno del dictador y nombrado por este se cree que se encontraba en funciones también por seis meses.⁷⁷

El principio de anualidad se modifica en tiempos posteriores de la república y a finales del siglo III a.C. se establece la prórroga para determinados cargos, terminándose así un principio constitucional republicano siendo un ejemplo de lo anterior la Dictadura indefinida de Sila.

⁷⁶ VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág. 133.

⁷⁷ Cfr. Ibídem, Op. Pág. 133.

2.2.3 Colegialidad

La colegialidad se refiere a que las magistraturas tienen en general dos o más titulares. Cada magistrado tiene por lo menos un *conlega* y así cada magistratura o función viene a constituir un *collegium* este principio solo tiene una excepción, siendo el dictador excluido de esta regla.⁷⁸

En cuanto al origen de la colegialidad en las magistraturas, este proviene desde la caída de la monarquía, cuando se nombra Lucio Junio Bruto y Lucio Tarquinio Colatino como cónsules, siendo esta solo una hipótesis que se basa en la obra del historiador Tito Livio.⁷⁹ Siendo otra hipótesis la que establece que en la transición de la monarquía a la república la existencia de un triple colegio de pretores con desiguales *potestas* las cuales eran el mando del ejército, la función judicial y la consulta, siendo esta sostenida por Pablo Fuenteseca.⁸⁰

La cotitularidad en las magistraturas no conlleva a una división de poder entre los *conlegas*, no existe la distribución de funciones entre estos, o deber de actuación en conjunto, cada uno detente poder completo para el ejercicio de sus funciones sin necesitar de otro magistrado para ello.⁸¹

En razón de la colegialidad de las magistraturas encontramos la *intercessio*, definido como la “facultad que corresponde inicialmente a los cónsules, y con posterioridad, a todos los magistrados republicanos colegiados, de suspender o detener con su veto toda decisión de su colega que no considere conveniente o suspender sus efectos, a condición de que con anterioridad no la hubiese aprobado expresa o tácitamente.”⁸² Esta facultad como claramente se puede dilucidar, constituye un medio de control de poder, entre los magistrados que busca evitar el abuso de poder unilateral.

⁷⁸ Cfr. FUENTESECA Pablo, Estudios de Derecho Romano, Fundación Registral, Madrid, 2009, Pág. 164.

⁷⁹ Cfr. *Liv.* 1,60.

⁸⁰ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 167.

⁸¹ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág. 132

⁸² GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.302.

“El carácter colegial se perfeccionó en época relativamente tardía, pues no aparece perfectamente delimitado hasta el momento en que, a través del veto, una potestad igual o superior puede neutralizar una determinada decisión.”⁸³

2.2.4 Jerarquía y Especialización

Relativo a la cuestión de la jerarquía debemos abordar de nueva cuenta a la *Lex Villia de Annalis*, plebiscito propuesto por el tribuno Lucius Villius en el año 180 a.C. misma que establece la temporalidad que debe haber entre la ocupación de magistraturas, también estableciendo las edades que como requisito deben tener los ciudadanos romanos para ser candidatos a ocupar las diversas magistraturas, en esta podemos vislumbrar una cierta jerarquía en las magistraturas, exigiendo una mayor edad para poder postularse a magistraturas de mayor importancia.⁸⁴

“Ser magistrado se convierte, frecuentemente en una profesión que cabe ejercer durante toda una existencia lo que, en una carrera política de éxito (*cursus honorum*), explica el desempeño sucesivo de magistraturas cada vez más elevadas. La categoría de los magistrados se ordena en base a un escalafón cuyo control y supervisión se asegura la oligarquía senatorial en la primera parte de la república, luego, que, en la segunda parte, se traspasa a las asambleas populares. Entre los distintos magistrados la jerarquía adopta una fisonomía piramidal en la que se establece un orden no exactamente riguroso.”⁸⁵

Acorde a la *Lex Villia de Annalis* se establece la siguiente jerarquía: cuestura, treinta y un años, edilidad treinta y siete, pretura, cuarenta y consulado, cuarenta y tres.⁸⁶

La jerarquía no representa una cadena de mando entre los magistrados, ya que cada uno realiza sus funciones independientemente de las magistraturas de mayor o menor grado. En algunos casos las magistraturas menores llegan a tener

⁸³ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág. 132

⁸⁴ Cfr. Ibídem. Pág. 132.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Cfr. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.433.

un poder mayor que aquellas consideradas superiores, un ejemplo de ello se da en los casos en que el tribuno de la plebe ejerce su derecho de veto, sobre las decisiones de magistrados con *imperium*, teniendo en cuenta que el tribuno no cuenta con este, sino con *potestas*.⁸⁷

El principio de especialización hace referencia a las funciones específicas que se designaron a las magistraturas. El dictador por ejemplo se erige como la máxima autoridad extraordinaria, ya que en él se concentran los poderes más elevados de carácter judicial, militar y administrativo, y sus decisiones no son susceptibles de ser vetadas o apeladas por ninguno de los magistrados menores, esto debido a su carácter de magistratura emergente. Por otra parte, los cónsules son la máxima autoridad ordinaria, sus funciones eran eminentemente militares, contando así mismo y en menor medida con facultades judiciales y administrativas. El pretor por su parte si bien en su origen es un cargo militar desde el año 367 a.C. sus funciones son principalmente jurisdiccionales. Por su parte el *magister equitum*, tiene funciones totalmente militares ya que es el encargado de comandar la caballería y el ejército. Con lo anterior se establece que cada magistrado se encuentra encargado de actividades diversas dependiendo de que magistratura en específico se trate.⁸⁸

2.2.5 Gratuidad

El desempeño de una magistratura en la Roma republicana diverso a lo que podría llegar a creerse, no lleva una remuneración alguna por el cumplimiento de la función. Por esta razón solo aquellas familias con una vasta riqueza podían financiar los grandes gastos de las campañas electorales representaban.

"El sistema era distinto si el desempeño de la magistratura imponía viajes y desplazamientos consecuencia de tener encomendadas campañas militares

⁸⁷ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág. 136.

⁸⁸ Cfr. Ibídem, Pág. 132

(*imperium militae*). En este caso se arbitaban recursos para atender los diversos pagos originados por el trayecto recorrido, la manutención y el hospedaje.”⁸⁹

En razón de la corrupción que muy comúnmente se daba entre los magistrados encontramos el *crimen de ambitu* que castiga la corrupción electoral, y a causa del abuso en la administración de las provincias se tipifica el *crimen repetundarum*.⁹⁰

2.2.6. Responsabilidad

Los magistrados en el momento en que tomaban posesión eran juramentados y se comprometían ante los dioses al cumplimiento a lo establecido por las leyes públicas. Al poner a los dioses de testigos se asume la obligación de responder por su actuar, ante los dioses y la sociedad.

Los magistrados no pueden ser procesados en el transcurso de su mandato, por razón de su mala gestión, y en cuanto a sus decisiones solo pueden ser objeto de veto por magistrados con una igual o mayor facultad (*imperium*). En el momento de terminar el periodo de su cargo, el magistrado de nuevo es juramentado declarando este el haber obrado de acuerdo a las leyes de Roma. Es a partir de este momento en que puede ser procesado por los abusos que haya cometido en el ejercicio de su cargo.⁹¹

2.3 Facultades de las magistraturas y autoridades romanas

En Roma tanto las magistraturas como las diversas autoridades que a lo largo de su historia estuvieron en funciones, se encontraban facultados con diversos poderes o potestades, para el ejercicio de sus funciones, los cuales dependiendo de la importancia del cargo que se ocupaba, estas podían dotar de los más amplios poderes, en el periodo monárquico el *rex* tenía los más amplios poderes y facultades para gobernar, crear leyes (leyes regias), administrar justicia,

⁸⁹ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.137.

⁹⁰ Cfr. Ibídem, Pág. 138.

⁹¹ Cfr. Ibídem. Pag. 139.

etcétera, siendo este un cargo vitalicio. En el periodo republicano se da el paulatino desarrollo de las magistraturas, dándose la secularización de todas las facultades que alguna vez detento el *rex* entre funcionarios que fungen anualmente en estos cargos públicos, estando facultados con potestades suficientes para en razón de su cargo. Los magistrados de mayor importancia (*magistraturas maiores*) consulado, pretura y dictadura (siendo esta última una magistratura extraordinaria) detentaban un poder especial denominado *imperium* que les otorgaba facultades más amplias que sus colegas los magistrados menores. Los demás funcionarios del estado, tanto en la república y especialmente en el imperio en el cual ya existe una burocratización de Roma, detentaban la *potestas* poderes específicos acorde al cargo ocupado. A continuación realizaremos un breve estudio sobre las facultades de los magistrados y funcionarios romanos, siendo de interés en nuestro presente objeto de estudio, debidos a que estas facultades invistieron a las autoridades con funciones jurisdiccionales, y siendo de especial importancia para la función que realizó el pretor.

2.3.1 Potestas

En Roma existieron diversos términos para hacer referencia a las facultades y o potestades que detentaban las autoridades ya sea políticas o jurisdiccionales de entre estos encontramos al vocablo *potestas* con el cual iniciamos el estudio de los vocablos referentes a las capacidades o poderes de las autoridades romanas por considerarle el termino más general, es decir el género, siendo los términos posteriores la especie. Respecto al vocablo *potestas*, Adolf Berger señala lo siguiente: es un término usado tanto en el derecho público como en el privado. Este generalmente indica el poder de los magistrados y si es que están o no investidos de *imperium*. El término *potestas* comprende todos los derechos y deberes relacionados a una magistratura en particular (*ius edicendi, ius coercendi*). Aquellos que ejercían las mismas funciones, tenían las mismas facultades (*par potestas*), mientras que la potestad de aquellos magistrados de

rango diferente en la jerarquía de las magistraturas era distinguida en *maior* y *minor potestas*.⁹²

Adolf Berger nos deja claro que la palabra *potestas* tiene diversas acepciones, tanto en lo referente al derecho público, como en el derecho privado, siendo en el sentido más amplio del vocablo, las facultades y deberes que detenta una persona por un cargo o el lugar que ocupa en un determinado orden jerárquico.

Por su parte Faustino Gutiérrez-Alviz establece lo siguiente acerca de la *potestas*, “Potestad, poder, facultad de disposición atribuida a alguien sobre otras personas y sobre sus adquisiciones. En la esfera del derecho privado tiene muchas acepciones, y en la del derecho público, referida a los magistrados, indica la facultad de expresar a cada momento la voluntad del Estado, creando para los súbditos derechos y obligaciones y correspondiendo por igual a todas las magistraturas, según su competencia.”⁹³

Entendemos por *potestas* a todos aquellos poderes y o facultades que pueden ser detentados en los más diversos ámbitos, ya sea en lo religioso, en el aspecto público, e incluso en cuestiones más privadas como lo fue con el *pater familias* y las potestades que detentaba. Lo que resulta de nuestro interés es lo relacionado con los magistrados y las autoridades, ya de acuerdo a nivel o rango jerárquico se le facultaba en mayor o menor medida potestades específicas a su cargo, así como de deberes que debían cumplir y respetar, esto resulta más claro con lo anteriormente mencionado acerca de las magistraturas, al analizar las facultades específicas de cada magistrado desprendiéndose de sus funciones su relevancia en la vida pública romana.

2.3.2 Imperium

Ya establecimos que la *potestas* son aquellas facultades o potestades detentan ya sea autoridades en el ámbito público, parte del Estado Romano, o las

⁹² Cfr. BERGER Adolf, Op. cit. Pág. 640.

⁹³ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Págs. 343 y 344.

potestades del ámbito privado como las detentadas por el *pater familias* figura de autoridad más representativa de la vida común romana. En la administración pública romana en el periodo republicano, las autoridades con mayor importancia son los magistrados, mismas en las cuales se acuña el vocablo *imperium*, que denota como tal un poder especial sobre los poderes detentados por otras magistraturas de menor rango.

Adolf Berger define al *imperium* de la siguiente forma, en un sentido técnico el *imperium* es el poder detentado por los altos magistrados (*magistratus maiores*) durante el periodo republicano, y el poder del emperador durante la época imperial. El *imperium* de los magistrados comprende diversos ámbitos de la administración, la proposición de leyes antes las asambleas populares (*ius agendi cum populo*) y el mando del ejército. Con respecto a la administración de justicia, *imperium* se distingue la *iurisdictio*, aunque estos se encuentran relacionados.⁹⁴

Del concepto previo, se desprende que el *imperium* en un sentido estricto es el poder de los magistrados de mayor rango y este les otorga facultades amplias tanto en la administración pública ya sea en la época republicana y en parte de época imperial y en los procesos de administración de justicia ya sea pública o privada.

El *imperium merum*⁹⁵ era el máximo poder detentado por un magistrado. Aunque su jurisdicción se ve limitada al ámbito criminal (*ius gladii, potestas gladii*), y su jurisdicción no incluye la materia civil. Posteriormente esta también se estableció, a este tipo de *imperium* se le denominó *imperium mixtum*.⁹⁶

⁹⁴ Cfr. BERGER Adolf, Op. cit. Pág. 494.

⁹⁵ D. 2.1.3. El impero, o es mero o es mixto. Mero imperio es, tener potestad de espada para castigar a los hombres facinerosos, el cual también se llama potestad. Es mixto imperio, al cual está también aneja la jurisdicción, el que consiste en dar la posesión de bienes. La jurisdicción es también facultad del juez.

⁹⁶ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 287.

De lo anterior podemos establecer que existieron cargos que además de *imperium* detentaron así mismo facultades jurisdiccionales tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado.

Respecto del *imperium* Faustino Gutiérrez-Alviz lo determina como “Poder o facultad suprema de mando correspondiente a los magistrados superiores. En su virtud la supremacía del Estado se personifica en el magistrado, y este tiene sobre los ciudadanos la facultad de exigir obediencia a sus órdenes y adoptar medidas oportunas para hacerlas cumplir; inicialmente tal facultad o *imperium*, correspondía al rey; después durante la república, a los magistrados superiores del pueblo romano (cónsules, *praetores*, *dictator*, *tribuni militum consulare potestatem*, etc.) y desde el principado, el príncipe.⁹⁷

Del concepto previo se desprende, que el *imperium* denota una amplia gama de facultades que con las cuales el Estado dota a altos cargos de la administración, denominados como magistrados para que por medio de su fungir, se ponga de manifiesto el poder estatal y cumplir con las necesidades de la administración de Roma.

Nosotros concebimos al *imperium* como una forma particular de *potestas* detentada por altos cargos de la administración del Estado romano, a los cuales se les denomina magistrados, encargados de cumplir con funciones de suma relevancia para Roma, como lo es la administración de justicia, el mando del ejército, la proposición y creación de leyes. Estos magistrados se encuentran facultados para que sus decisiones sean obligatorias para el *populus* romano y así mismo pueden obligar a la población al cumplimiento de sus determinaciones.

⁹⁷ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 286.

2.3.3 *Iurisdictio*

Previamente hemos mencionado acerca de los poderes y facultades de los magistrados en general, y de cual se desprende uno que resulta importante para la administración de justicia que es la *iurisdictio*.

Faustino Gutiérrez-Alviz lo siguiente “Jurisdicción, es decir el derecho, en sentido ambiguo de proponer una regla de derecho o de aplicar una regla existente. La *iurisdictio*, como poder que corresponde a determinados magistrados romanos, es una de las facetas de su *imperium* o de su *potestas* y comprende en sentido amplio, toda la actividad de tutela o protección jurídica que en el orden civil un magistrado pueda llevar a cabo. En las fuentes postclásicas se distingue en contenciosa y voluntaria.”⁹⁸

Del concepto anterior se deduce que la *iurisdictio* en una da las facultades que conlleva el *imperium* en el ámbito de la administración de justicia, haciendo hincapié en que la misma *iurisdictio* conlleva así mismo diversas funciones que deben llevar a cabo en la resolución de controversias, que varían atendiendo al procedimiento del que se trate (*legis actionis, per formulam y extra ordinem*).

Por su parte Adolf Berger concibe a la *iurisdictio* de la siguiente forma, (Del término *ius dicere*). El poder y actividad de decir el derecho, es decir establecer los lineamientos sobre los cuales se resolverá una controversia. Este término comprende cualquier actividad de carácter en el ámbito del Derecho civil, y en un sentido más amplio cualquier actividad relacionada con la administración de justicia.⁹⁹

El concepto en mención es en el mismo sentido que el proporcionado por Gutiérrez-Alviz, debido a que también establece a la *iurisdictio* como una de las facultades de los magistrados *maiores* que detentan el *imperium*, y se desarrolla

⁹⁸ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 327.

⁹⁹ Cfr. BERGER Adolf, Op. cit. Pág. 523.

esta actividad en el ámbito de la administración de justicia con funciones que cumple el magistrado dentro de los procedimientos que se le presentan.

Sara Bialostosky B. establece que la *iurisdictio* es “El poder y facultad de decir el derecho. La *iurisdictio* la tienen todos los magistrados con *imperium*. El pretor por la razón misma de su cargo es el magistrado que más ejerce esta facultad.”¹⁰⁰

En general los autores concuerdan que la *iurisdictio* es una de las facultades que detentan los magistrados con *imperium*, aunque no es un requisito *sine qua non*, ya que existieron magistrados con esta misma facultad, que no se encontraban investidos de *imperium*, como es el caso del edil que se encargaba de administrar justicia en los mercados y puertos en cuestiones propias de estos lugares. El pretor aparece como la autoridad que más llega a ejercer su potestad para la resolución de los litigios y este llega a ser el magistrado que más importancia llega a tener en la administración de justicia en Roma y al cual estudiaremos más a fondo en capítulos posteriores por sus aportaciones al Derecho.

En nuestra opinión la *iurisdictio* es una de las manifestaciones del poder de los magistrados, que tiene como campo de actuación el de la administración de justicia y el pretor es el magistrado que más ejerce esta facultad en razón de sus funciones.

2.4 Las magistraturas

Al darse la transición entre el Estado romano monárquico al republicano, se reestructura la organización administrativa romana y con ello sobreviene una redistribución del poder que una vez se encontró concentrado en el *rex*, máxima autoridad romana durante la monarquía, quien detentaba facultades de administración, mando militar, judiciales y religiosas. Nos encontramos con que en el periodo republicano se da la creación paulatina de las magistraturas que vendrán a constituir la administración estatal y judicial del Estado romano.

¹⁰⁰ BIALOSTOSKY BARSHAVSKY Sara, Op. cit. Pág.265.

2.4.1 Consulado

En el año 509 a.C., se da la expulsión del último rey romano Lucio Tarquinio “el soberbio”, por lo cual sobreviene una restructuración del Estado romano, cuyo pueblo se encontraba hastiado del ejercicio tiránico del poder por parte del rey y que viéndose libres de este yugo buscan que el poder no se concentre en una persona que pueda abusar de él, por lo cual se nombra a los primeros magistrados de la república romana que de acuerdo a Tito Livio serían nombrados por la asamblea de las centurias convocadas por el prefecto de la ciudad, nombrando cónsules a Lucio Junio Bruto y Lucio Tarquinio Colatino.¹⁰¹

En atención al mito y la tradición romana es así como se establece que se da la transición entre la monarquía y la república en Roma y el surgimiento de la magistratura como una forma de dividir y controlar el poder de las autoridades, así mismo la creación del Cónsul primera magistratura en Roma.

Wolfgang Kunkel establece que, en la transición entre la monarquía y la república, el consulado no fue como se denominó a la primera magistratura, refiriendo que fue el de *praetor* o *praetor maximus* (de *praere*, ir al frente de) esto debido a que su principal función consiste en el mando militar, Kunkel funda su dicho en que la ley de la XII tablas habla sobre el *praetor* y no del cónsul y en un antiguo texto legal que menciona Tito Livio (7,3,4 ss)¹⁰² en el que se habla del *praetor*.¹⁰³

Por su parte Pablo Fuenteseca establece una hipótesis, en la que coincide con Kunkel en lo concerniente a que el magistrado presente en la transición a la república fue el *praetor maximus*, que era el encargado de presidir un *collegium triple*, habiendo dos *praetores maiores* y el *praetor maximus* a la cabeza de estos,

¹⁰¹ Cfr. Liv. 1, 60.

¹⁰² Liv. 7,3. Hay una antigua ley, escrita con letras arcaicas, que dice: Que quien sea el pretor inserte un clavo en los idus de septiembre.

¹⁰³ Cfr. KUNKEL Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Ariel, Barcelona (1966), Pág. 23

en los cuales recae el *imperium*, realizando cada uno ya sea la administración, el mando militar o funciones judiciales (*praetores*, cónsules, *iudices*).¹⁰⁴

El consulado es la magistratura ordinaria permanente de más alto grado, con *imperium*, esté en condiciones ordinarias detenta el estatus de autoridad máxima en Roma. Esta magistratura en un principio es exclusiva de los patricios, pero con la creación de la pretura se hace posible el acceso a ella a los plebeyos.

La elección de los cónsules se realiza de forma anual en los comicios por centurias (*comitia centuriata*¹⁰⁵), en caso de muerte, dimisión, desaparición o alguna otra situación en la cual un cónsul dejara de estar en aptitud de desempeñar su cargo, el otro cónsul estaba obligado a convocar a los comicios por centurias para proceder a la elección de un nuevo cónsul.¹⁰⁶

Entre las principales facultades del cónsul en atención a su *imperium militae*, están el reclutar tropas y distribución de mandos a los cuerpos del ejército, el comandar el ejército en las campañas y ejercía su jurisdicción impartiendo justicia penal cuando se encontraba en campaña.

Los cónsules contaban con 12 lictores que se consideran oficiales subalternos a los cónsules y posteriormente de los gobernadores de las provincias romanas, estos se encargaban de la ejecución de las órdenes de los magistrados y otras funciones de policía.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 167.

¹⁰⁵ Cfr. *Comitia Centuriata*: Asamblea popular basada en la división de la población en centurias, clasificadas de acuerdo al valor de las propiedades de los ciudadanos individualmente. En un principio una unidad militar, la centuria también fue una unidad de votación con un solo voto, determinado por la mayoría de sus miembros. Originalmente la *comitia centuriata* tenía amplias facultades legislativas que gradualmente fue cediendo a las *comitia tributa*. Reteniendo prerrogativas, como la elección de magistrados, la decisión acerca de la guerra y la paz, y jurisdicción fungiendo como corte en los casos de apelación por la imposición de penas capitales. GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 124.

¹⁰⁶ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.138.

¹⁰⁷ Cfr. GUTIÉRREZ ALVIZ Faustino, Op. cit. Pág. 439.

En ámbito jurisdiccional nos encontramos con que fue privado de la mayor parte de sus atribuciones, esto es debido a la creación de la pretura en el año 367 a.C. con la *Lex Licinia Sextia*.¹⁰⁸

Relativo a las facultades jurisdiccionales del cónsul, este no podía fungir como auxiliar en la administración de justicia del *praetor* dentro de los límites de la ciudad, e incluso en los territorios italianos la administración de justicia le estaba vedada, debido a que los magistrados municipales eran los encargados de esta función, en casos excepcionales el Pretor de Roma o sus representantes denominados *praefecti iure dicundo*.

A pesar de la disminución de las facultades jurisdiccionales del cónsul este tiene aún un rango más alto que el *praetor*, de lo cual se desprende que el cónsul podía injerir en la actividad jurisdiccional del *praetor* y el poder de coerción que este tiene para con el *praetor*. El cónsul tiene facultad de ser parte en los procedimientos de jurisdicción voluntaria o graciosa, se encontraba facultado para la ejecución de penas en tanto el militar acusado no fuera de clase alta y en el supuesto de que lo fuera debía llevar al acusado a Roma para ser juzgado según el derecho ciudadano ya que este tenía la *provocatio ad populum*.¹⁰⁹

La *provocatio ad populum* es el “Derecho de apelación concedido a los ciudadanos romanos, ante el pueblo reunido en comicios y que se considera establecido desde la época monárquica. En virtud de una *Lex Valeria* de difícil identificación conocían de tal apelación las *comitia centuriata* cuando se trataba de una apelación capital impuesta por un magistrado, con posterioridad se

¹⁰⁸ Cfr. ROBLES Juan Ramón, *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma*, Dykinson, Madrid (2009), Pág. 38.

¹⁰⁹ Cfr *Ibidem*. Pág. 39.

estableció que la apelación por multas se haría ante los *comitia tributa*¹¹⁰ o la *concilia plebis*.¹¹¹

Esta magistratura se va distorsionando y fracturando en sus funciones y en razón de esto al final de la república es un vago vestigio de su auge máximo en la república, al establecerse el principado y con el advenimiento del periodo imperial el consulado pierde prestigio, llegando a convertirse en un cargo simbólico.¹¹²

2.4.2 Tribunal Militar

Acorde a lo establecido por la tradición el tribunal militar surge por la constante presión ejercida por los plebeyos por la proposición de la *Lex Canuleia* que permitiría el *conubium* (matrimonio) entre los plebeyos y los patricios, prohibido en la ley de la XII tablas y así mismo que se permitiera que uno de los dos cónsules fuera de origen plebeyo, situación a la cual se oponen los patricios y que ratifica el senado, y por consecuencia organizados por los *tribuni plebis* presionan al senado y a los cónsules, pudiendo devenir en una guerra civil y con el peligro de invasión que se cierne sobre Roma es senado aprueba la *Lex Canuleia* evitando así la rebelión y pudiendo organizar el ejército para la defensa de Roma con el apoyo de los plebeyos lo anterior establecido por Tito Livio no siendo la única versión del origen del tribunal militar que menciona el historiador, este mismo menciona que son nombrado los *tribunus militum* por la incapacidad de los cónsules de hacer frente a los diversos frentes de guerra.¹¹³

En cuanto a la primera hipótesis en mención y en el mismo sentido, encontramos en los comentarios de Gayo a la ley de las XII tablas lo siguiente “Posteriormente, después de algunos años que se promulgaron las Doce Tablas, como la plebe

¹¹⁰ Cfr. La base de las asambleas populares de patricios y plebeyos fue la división del territorio romano en organizaciones locales distritales, TRIBUS. Originalmente limitadas para cuestiones de importancia menor (elección de magistrados menores, con restringida jurisdicción como corte de apelación) su competencia aumento en la segunda mitad del siglo IV a.C. cuando reemplazan a la *comitia centuriata* en las cuestiones legislativas. BERGER Adolf. Op. cit. Pág. 398.

¹¹¹ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.302

¹¹² Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.154.

¹¹³ Liv. 4, 1; 4, 6; 4, 7.

contendiese con los patricios, y quisiera crear entre ella también cónsules, y lo rehusaran los patricios se resolvió que se crearan los tribunos militares, parte de la plebe, parte de los patricios, con potestad consular. Y se constituyeron en número variable, pues unas veces fueron veinte, unas veces fueron más y algunas menos.”¹¹⁴

Sus funciones son las mismas que las del cónsul, dirigiendo las legiones del ejército en las campañas militares, y las mismas facultades jurisdiccionales y administrativas, con limitaciones en cuanto a las cuestiones ceremoniales. En los casos en que todos los *tribunus militum* estuvieran ausentes de Roma estos eran sustituidos en sus funciones por los *praefectus urbi* situación que no era común.¹¹⁵ “A partir del nacimiento de la pretura con las leyes *Liciniae Sextiae* este problema desapareció ya que su *imperium*, como el de los cónsules, no anulaba o interfería la actividad jurisdiccional del Pretor ni de los jueces. Las fuentes coinciden en afirmar que, a partir de la promulgación de estas leyes, se reanuda la actividad democrática y política republicana, siendo nombrados Cónsules con regularidad y desapareciendo paralelamente, los Tribunos consulares.”¹¹⁶

2.4.3 Dictadura

Resulta difícil ubicar el origen de la dictadura en una fecha exacta, ya que no existe ningún registro o *lex* que establezca su creación. Se piensa que el dictador tiene su origen en el *magister populi* un cargo que proviene de la época monárquica cuya función era la de jefe de la infantería real. Aun ya en la época imperial tardía se consideraba que el *magister populi* era el equivalente de dictador en un lenguaje vulgar. Existe otra hipótesis que considera que el dictador tiene su origen en el *praetor maximus* de la transición de la monarquía a la república al cual también se le nombra *dictator clavi figendi causa*.¹¹⁷

¹¹⁴ D. 1.2.2.25.

¹¹⁵ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 187.

¹¹⁶ ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 44.

¹¹⁷ FUENTESECA Pablo, Op. cit. Págs. 194-195.

La dictadura es una magistratura de carácter extraordinario, con *imperium*, no encontrándose este limitado a la ciudad de Roma. La duración en el cargo no puede ser mayor a seis meses. El dictador detenta las más amplias facultades en todos los ámbitos de la administración del Estado romano por lo cual se considera que este llega a tener facultades tan amplias como las del *rex* en el periodo monárquico, es importante mencionar que este cargo es unipersonal y por lo tanto no tiene un *collega* y ante sus decisiones resulta improcedente la *provocatio ad populum*, se llega a hacer mención de la existencia de casos en que procede la provocatio pero estos son de la república tardía periodo durante el cual se ha debilitado esta institución.¹¹⁸

Si bien el dictador carecía de un *collega*, si tiene un representante denominado *magister equitum*, término con que se denomina al jefe de caballería, debiendo ser nombrado desde el primer día en que ocupaba el cargo el dictador. Este se encuentra facultado para representar al dictador tanto dentro de la ciudad de Roma como en las campañas militares. Su denominación puede llegar a ser confusa porque implica el mando de la caballería, pero en la realidad este podía comandar a todo el ejército en ausencia o por orden del dictador, su temporalidad en el cargo es de seis meses, se establece que su *potestas* era constitucionalmente diversa al dictador, aun así, se considera subordinado al mismo. Al *magister equitum* se le considera una magistratura extraordinaria por depender del nombramiento de un dictador para ser instaurada.¹¹⁹ En sus actuaciones el dictador es acompañado de 24 Lictores, haciendo referencia a la unificación del *imperium* en un individuo, siendo estos la suma de los correspondientes a los dos *cónsules*.¹²⁰

Las funciones del dictador son eminentemente militares, esto debido a que el motivo de su instauración es hecha en razón de una situación interna (*dictator seditionis sedandae causa*) o externa (*dictator rei gerundae causa*) que ponga en

¹¹⁸ Cfr. ROBLES Juan Ramón, Op. cit. Pág. 41.

¹¹⁹ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 198.

¹²⁰ Cfr. VIÑAS Antonio. Op. cit. Pág. 147.

grave peligro la estabilidad del Estado romano, ejemplos de lo anterior son, los levantamientos internos o las invasiones.¹²¹ El dictador puede imponer penas corporales en razón de su función entre las que podemos encontrar la pena de muerte, los azotes, el exilio de Roma, etcétera.

La designación del dictador se realizaba por nombramiento de un cónsul (*creatio*) o un tribuno consular (*tribunus militum*) previa aprobación del senado, y posteriormente se realizaba el investimento del dictador del *imperium* por parte de los comicios por centurias.¹²² “El *imperium* concedido al dictador es irrevocable y no depende de la muerte del magistrado que le ha propuesto, ni de los otros miembros del colegio, sino del final del plazo semestral de la dictadura o del plazo de duración del colegio. Solamente si el cónsul propone renuncia o depone el cargo decae también en la dictadura.”¹²³

Relativo a la jurisdicción civil, el dictador detenta la más amplia y absoluta competencia jurisdiccional que se puede encontrar en la república, pero atendiendo a que su función primordial es proteger al Estado romano de algún peligro grave inminente los dictadores no llegan a fungir como jueces o magistrados en procedimientos de derecho civil. Las magistraturas siguen realizando de facto sus funciones ordinarias por lo cual se especula que el dictador nunca llega a administrar justicia en cuestiones civiles.¹²⁴

Es en materia militar en donde el desarrolla plenamente sus facultades, sin que ninguna otra magistratura pueda intervenir en sus decisiones, teniendo a su cargo a todos los magistrados. El dictador en cuanto a cuestiones jurisdiccionales militares podía seguir procedimientos en materia de reclutamiento y en materia penal entre otras cuestiones, estando relacionada la última con temas bélicos.¹²⁵

¹²¹ VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág. 147.

¹²² Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Págs. 195.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Cfr. ROBLES Juan Ramón, Op. cit. Pág. 42.

¹²⁵ Cfr. Ibídem. Pág. 43.

Tito Livio hace mención de ciudadanos condenados a encarcelamiento y a pena de azotes por no acudir cuando fueron llamados al alistamiento.¹²⁶

Conforme avanza la república se observa una decadencia de esta magistratura que paulatinamente va perdiendo prestigio y se presta a abusos de quienes llegan a detentar este cargo, debido a la distorsión de las características de la misma como lo es el límite de temporalidad, lo anterior en por causa de los múltiples conflictos internos que se dan en el final de la época republicana. Los últimos en detentar el cargo de dictador son Cornelio Sila y Julio César. Tras la muerte de Julio Cesar la institución de la dictadura es abolida por la *Lex Antonia de Dictadura Tollenda*¹²⁷ en el año 44 a.C.¹²⁸

2.4.4 Pretura

En razón de que en el capítulo final abordaremos más a profundidad al pretor y sus funciones en el presente capítulo nos limitaremos a proporcionar el concepto de pretura.

Al respecto Adolf Berger establece lo siguiente, como magistratura la pretura fue creada por la *Lex Licinia Sextia* del 367 a.C. Le fue asignada la jurisdicción civil la cual es asimilada de los cónsules. El cargo de *praetor urbanus* fue el primero en crearse. Originalmente una magistratura patricia, posteriormente, la pretura se hizo accesible a los plebeyos a partir del año 337 a.C. El *praetor urbanus* tenía jurisdicción dentro de Roma, posteriormente un segundo pretor es instituido y facultado en cuestiones de carácter civil entre extranjeros (*inter peregrinos*) y entre extranjeros y ciudadanos romanos (*praetor peregrinus*). Debido a que el gobierno de las provincias originalmente se encontraba a cargo de los *praetores* su número fue aumentando constantemente hasta llegar a 16. Los *praetores* fueron los más altos magistrados de la república por debajo de los *cónsules*, los

¹²⁶ Cfr. Liv. 7,4.

¹²⁷ *Lex Antonia de Dictadura en Perpetuum Tollenda*. Ley rogada por el cónsul Marco Antonio en el 44 a.C. con la finalidad de evitar la dictadura, bajo pena de muerte o de confiscación del patrimonio del solicitante. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.369.

¹²⁸ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 195.

praetores se encontraban investidos de *imperium*, y tenían autoridad en cuestiones militares, administrativas y judiciales. Pero su principal función se encontraba en la jurisdicción, y su actividad creativa en el desarrollo de las leyes.¹²⁹

Del concepto anterior podemos percatarnos que la creación del *praetor* se da por la necesidad de tener funcionarios especializados en la administración de justicia, si bien los cónsules tenían facultades en el ámbito civil rara vez se llega a ver a estos realizar funciones jurisdiccionales en el ámbito civil, ya que el cónsul tiene funciones de carácter eminentemente militar.

Por su parte Gutiérrez-Alviz lo siguiente acerca del *praetor*; “magistrados elegidos por los *comitia centuriata*, sin designárseles para un servicio determinado, sino que con posterioridad a su elección ellos se los distribuían por sorteo, tras lo que cada uno era independiente de los demás en el ejercicio de su cargo y de su jurisdicción, primeramente se creó el *praetor urbanus*, después el *peregrinus*, creándose con posterioridad uno para el gobierno de Sicilia, otro para Cerdeña, dos para España, llegando a 16 en épocas de Julio Cesar”.¹³⁰

En el concepto anterior se hace hincapié en cuanto a la elección y asignación de facultades del *praetores* y la distribución de los mismos, concordando con lo establecido por Berger sobre la instauración en primer término del *praetor urbanus* y posteriormente el *praetor peregrinus* y la distribución de pretores en los territorios que gradualmente se van anexando a Roma, siendo administrados como provincias.

De lo anterior concluimos que el *praetor* como la magistratura con facultades jurisdiccionales y que resulta la más relevante para el derecho durante la república y el imperio hasta llegar a Augusto, instaurada por la *Lex Licinia Sextia* en el año 367 a.C. a la cual se le encarga la función de la administración de

¹²⁹ Cfr. BERGER Adolf. Op. cit. Pág. 647.

¹³⁰ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág.554.

justicia civil en Roma y sus territorios, investidos de *imperium*, estando facultado para cuestiones militares y administrativas, siendo la actividad jurisdiccional en la cual desarrolla predominantemente su actividad y en especial en el desarrollo y creación del derecho, supliendo las deficiencias, vacíos legales y atenuando del antiguo y estricto *ius civile*.

2.4.5 Censura

El origen de la *censura* resulta incierto y el *census* acorde a la tradición romana se establece durante el periodo del *rex* Servio Tulio, con la denominada reforma serviana en la cual se divide a la sociedad romana en clases.

Atendiendo a los hechos históricos la conformación de la sociedad romana en clases de acuerdo a una ordenación económica tiene su origen, en los *exercitus centuriatus* en los cuales se da la formación de los *comitia centuriata* (comicios por centurias). La organización de la población romana en atención a su riqueza responde a cuestiones tanto militares como políticas, así como las cuestiones tributarias.¹³¹

La hipótesis más aceptada en cuanto a quienes son los primeros funcionarios en realizar el *census populi* son los *praetores* (*praetor maximus*) entendidos estos como la magistratura de la transición a la república o los cónsules dependiendo de la hipótesis que se acepte de los funcionarios de transición de la monarquía a la república.¹³² La primera vez que se menciona los nombres de los magistrados encargados de la realización del *census* es en el año 443 a.C. siendo nombrados Lucius Papirius Mugilano y Licius Sempronius Atratinio, que acorde a lo establecido por Tito Livio se procedió a nombrar a los cónsules del año anterior para esta labor por que los cónsules correspondientes a ese año se hallaban impedidos a realizarlo por el cumplimiento de sus labores militares y en este

¹³¹ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 201.

¹³² Cfr. Idem.

mismo fragmento se establece la creación de la censura que se aprueba tanto por el senado como por el *tribuni plebis*.¹³³

La hipótesis más aceptada en la actualidad sobre el origen de la censura, establece que debido a la necesidad de establecer magistraturas que cumplan con funciones específicas de gran relevancia para Roma y así permitir a las magistraturas previas el ejercer sus facultades principales sin necesidad de verse interrumpidos en específico el caso de los cónsules, que en situaciones de guerra e insurrecciones no podían cumplir con la función de censar a la población romana.¹³⁴

La censura es una magistratura de características especiales y se considera una magistratura menor, se elige cada 5 años, y tiene una duración de dieciocho meses en el cargo de acuerdo a lo dispuesto a la *Lex Aemilia* del año 366. La censura no cuenta con *imperium* de ninguna clase, pero si detenta potestad que le otorgan los comicios por medio de la *Lex de Potestate Censoria*.¹³⁵

En virtud de su potestad los *censores* asumen el honor más alto entre las magistraturas, siendo la magistratura encargada de velar por la moral pública y las tradiciones romanas más sagradas (*mores maiores*), las decisiones de los censores no podían ser paralizadas por el derecho de veto de otros magistrados al menos en la primera parte de la república.¹³⁶

La tarea primordial de los *censores* es la elaboración del *census*¹³⁷, “en su presencia todos los *paterfamilias*, bajo juramento, deberían verificar una relación de todos sus bienes y personas sometidas a su potestad y en base a esa exposición se confecciona, modifica o actualiza el censo. Su importancia es obvia, porque esa lista de ciudadanos sirve para determinar el pago de

¹³³ Cfr. *Liv.* 8, 4.

¹³⁴ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.157.

¹³⁵ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 202.

¹³⁶ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.158.

¹³⁷ *Census*: Empadronamiento de los ciudadanos romanos, con expresión de la composición del núcleo familiar y de su patrimonio o capacidad económica.... GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, op cit. Pág.105.

impuestos, a la vez que facilita la estructuración más adecuada de los diversos efectivos militares al permitir conocer con precisión el número de los adscritos a las diversas centurias y tribus. En cada caso, según lo dicho, se sigue un criterio democrático o geográfico, pues en la distribución se tiene en cuenta el patrimonio, la edad y el lugar de residencia de cada cual.”¹³⁸

Paralelo al *census* se somete a valoración las conductas de los ciudadanos en aspectos públicos y privados de su vida. Así se puede juzgar acerca cuestiones como lo son la inasistencia a alistamientos militares, el abuso del divorcio, la falta de respeto a los *mores maiorum*, la comisión de delitos o conductas consideradas inmorales. Por las conductas anteriormente mencionadas el censor estaba facultado para realizar una anotación en la relación del censo (nota censoria).¹³⁹

Se dice del *censor* que este detenta una forma muy particular de jurisdicción (*cura morum*), conforme a la cual este inhabilita a los ciudadanos para la ocupación de determinados cargos, el traslado forzoso de una centuria y tribu a una de menor categoría e incluso la expulsión de estas.¹⁴⁰

La tacha de infamia por consecuencia de la *nota censoria*, era sancionada por el *praetor* en su edicto tenía como consecuencia la limitación en la actuación judicial de aquellos que hayan incurrido en la comisión de conductas inmorales ya sea por si mismos o en representación de otras personas.¹⁴¹

Entre las facultades que detentaba el *censor* se encuentran también la gestión y administración de las finanzas públicas, organización y cobro de impuestos, arrendamiento y explotación de bienes del Estado, adjudicación de la reparación de inmuebles caminos y vías. En el año 312 por medio de un *Plebiscitum Ovinio* se faculta al *censor* para elegir a los miembros del senado, con la facultad

¹³⁸ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.158.

¹³⁹ Cfr. Ídem.

¹⁴⁰ Cfr. Ídem.

¹⁴¹ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 203.

añadida de expulsar a aquellos senadores que a su consideración presentaban conductas inmorales, falta de civismo o poco respeto al orden establecido.¹⁴²

El asumir la censura una vez consolidada la república, supone una altísima y prestigiada atribución, que solía brindarse exclusivamente a aquellos ex-cónsules cuya carrera política (*cursus honorum*) acumulaba una autoridad moral indiscutible y una excelente hoja de servicios al Estado.¹⁴³

Russomano refiere; era tan grande el prestigio y honor con que contaban los censores, que fueron los únicos magistrados que a su muerte se le permitía ser sepultados con la toga *praetexta* (manto de color púrpura).¹⁴⁴ “

La censura entra en crisis a final de la época republicana, a causa de reformas realizadas por Sila, siendo el último *census* registrado en época republicana, el del año 63 a.C. En la época imperial se retoma el *census* ya burocratizado y quienes ejercen este cargo ya no gozan del prestigio que alguna vez evocó la magistratura.¹⁴⁵

2.4.6 Edilidad

Los *aediles* fueron empleados que se encargaban de la custodia de los templos plebeyos y en especial el templo de Ceres, estos preservaban los archivos y el tesoro plebeyo almacenados en los templos. Tras la rebelión y sedición plebeya del año 494 a.C. se establecen las magistraturas plebeyas fruto de las negociaciones entre estos y los patricios.¹⁴⁶

Se consideran cargos inviolables a la *censura*, el *tribuni*, el *aedil* y los *iudices decemviri*, establecida la inviolabilidad por la *Lex Valeria Horatia*¹⁴⁷ del 449 a.C.

¹⁴² Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.159 y 160.

¹⁴³ Cfr. Ibídem., Op. cit. 158.

¹⁴⁴ Cfr. RUSSOMANO Mario C. Op. cit. Págs. 69 y 70.

¹⁴⁵ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.158.

¹⁴⁶ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 192.

¹⁴⁷ *Lex Valeria Horatia de Tribuna Potestate*: Ley rogada por los cónsules L. Valerius Poplicola Potitus y M. Horatius Turrinus Barbatius a los comicios centuriados y votada por estos en el año

Existen dos vertientes en cuanto si fue primero la creación del *aedil plebis* (edil plebeyo) o el *aedil curul*. Por su parte Pablo Fuentesecca establece que los *aediles plebis* colaboran con los *tribuni plebis* hasta posteriormente a la promulgación de las leyes Licinias del 367 a.C. apareciendo tras su promulgación los *aediles curules* dándose la coexistencia de dos parejas de *aediles* y formándose consecuentemente una especie de magistratura patricio-plebeya.¹⁴⁸

Antonio Viñas coincide en que las leyes Licinias son la que vienen a instaurar la dualidad edilicia, haciendo mención que esta magistratura comienza siendo exclusiva de los patricios y posteriormente al cabo de poco tiempo esta se abre al sector plebeyo.¹⁴⁹

Por nuestra parte nos decantamos por la hipótesis de Fuentesecca, en atención a las funciones, origen y la característica de la inviolabilidad de esta magistratura que solo comparte con otra magistratura siendo el *tribuni plebis* magistratura exclusiva de los plebeyos.

Si bien se considera que tienen origen diverso los *aediles plebis* y los *curules* estos con el paso del tiempo asimilan las mismas funciones y se deja de hacer la distinción entre los mismos.¹⁵⁰

La elección de los *aediles plebis* se hacía por parte de los *comitia plebis* otro órgano con el que comparte su origen, y los *aediles curules* eran elegidos por parte de la *comitia tributa* junta en la cual se elegían los magistrados menores.

Le censura se constituye como una magistratura ordinaria menor, sin *imperium*, esta cuenta con *potestas*. Entre las funciones que realiza esta magistratura se encuentran, “mantener el orden público, ejercitando extensas labores de vigilancia, al objeto de facilitar el tráfico y preservar la habitabilidad y solidez de

449 a.C. haciendo inviolables a los tribunos de la plebe. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 431.

¹⁴⁸ Cfr. FUENTESECCA Pablo, Op. cit. Pág. 203.

¹⁴⁹ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.158.

¹⁵⁰ Cfr. PADILLA SAHAGÚN Gumesindo. Op. cit. Pág. 10.

las construcciones (*cura urbis*). Supervisaban, asimismo, los mercados, procurando el adecuado abastecimiento, organización y presidencia de los repartos de alimentos que con relativa frecuencia se hacían a precios políticos (*cura annonae*). Y a ellos corresponde también disponer la celebración de fiestas y diversiones públicas y el control de las mismas en previsión a consecuencias desagradables (*cura iudorum solemnium*).¹⁵¹

En cuanto a funciones de carácter jurisdiccional, se encargaban de reprimir infracciones de derecho común, préstamos usurarios, delitos en contra de las buenas costumbres, acaparamiento de subsistencias, pero su función más característica es la de atender el orden de los mercados.¹⁵²

Señala Ulpiano acerca de los edictos de *aediles curules* “La causa de proponer este Edicto es poner en coto las falacias de los vendedores y amparar a los compradores, cualesquiera que hubiesen sido engañados por los vendedores, pero sepamos que el vendedor, aunque haya ignorado lo que mandan los ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto, porque pudo saberlo el vendedor; y porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia o por astucia del vendedor.”¹⁵³

El edicto de los *aediles curules* establece protección para los compradores que viéndose engañados o por su ignorancia pudieran sufrir entre otros casos de evicción o que la mercancía adoleciera de vicios ocultos.

¹⁵¹ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág.158.

¹⁵² Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 51.

¹⁵³ D.21.1.1.2. *Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur Fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.*

Relativo a lo anterior establece Ulpiano acerca de la redhibición por los vicios ocultos al comprar un esclavo “...si hubiera habido algún vicio o enfermedad, que impida el uso o servicio del hombre dará lugar a la *redhibición*¹⁵⁴....”¹⁵⁵

Se establece asimismo que el *aedil* tenía un carácter mixto ya que si bien en la mayoría de los casos en que ejerce su jurisdicción son de carácter civil, lo es también la existencia de casos en que imponía penas de carácter penal en controversias derivadas de la muerte o lesión de un hombre libre por parte de un animal feroz o selvático que vaga libre o no se tomaron las precauciones suficientes y este se liberó (*interdictum de feris*¹⁵⁶).¹⁵⁷

Se plantea que pudo haber casos de conflictos de competencias entre los *praetores* y los *aediles* por coincidencia de supuestos similares establecidos en los edictos de ambas magistraturas, determinándose como medio de resolución de estos conflictos la *actio doli*¹⁵⁸ y la *exceptio rei iudicatae*¹⁵⁹ para los supuestos en que se haya acudido a alguno de los magistrados para la resolución del conflicto, ya que se considera a ambos competentes para resolver de los conflictos anteriormente mencionados.¹⁶⁰

¹⁵⁴ *Redhibitio*: Redhibición, facultad reconocida al comprador para exigir la restitución del precio dado por la cosa en razón de estar afectada de vicios que el desconocía y de los cuales no fue garantizado por una caución especial por parte del vendedor; la acción correspondiente había de ejercitarse en un término de dos meses de conocidos los vicios. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 588.

¹⁵⁵ D. 21.1.1.8. *Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum....*

¹⁵⁶ *Edictum de Feris*: Parte del edicto de los ediles, concerniente a la responsabilidad por los daños causados por animales no domésticos (perro, oso, pantera, león, etc.) recibido por una persona libre. Cfr. Berger Adolf. Op. cit. Pág. 448.

¹⁵⁷ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 51.

¹⁵⁸ *Actio Doli*: Acción de dolo, acción pretoria creada por el pretor Aquilio Galo en el año 66 a. de c., personal *in factum*, penal, arbitraria e infamante, e(sic) favor de la víctima de una maniobra dolosa, para obtener una reparación a falta de la arbitrada por el juez, consistente en una indemnización equivalente al daño sufrido. En virtud de su carácter personal, solo podía dirigirse en contra del autor de la maniobra dolosa. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 13.

¹⁵⁹ *Exceptio rei iudicatae*: Excepción de cosa juzgada que hace valer el demandado frente al demandante que ejercita contra el nuevamente una acción para un proceso sobre un asunto juzgado con anterioridad con igual alcance. *Ibidem*. Pág. 236

¹⁶⁰ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 53.

Los *aediles* siguen en funciones hasta avanzado el imperio, siendo abolidos en el siglo III d.C.

2.4.7. Cuestura

La cuestura se considera tiene su origen en los *quaestores parricidi*, etimológicamente serían *quasitores* (investigadores) en materia criminal cuyo fin es la represión del delito de *homicidium*, se cree que eran elegidos por el pueblo en época de la monarquía, aunque todos los datos anteriormente mencionados por no existir suficiente información de este periodo se consideran inexactos y poco fiables.¹⁶¹

Existe controversia en si el origen de la *quaestura* se remonta a los mencionados *quaestores parricidi*, en razón que la magistratura establecida en la época republicana es de carácter fundamentalmente económico. Por una parte, el autor Arangio-Ruiz sostiene que la *quaestura* no tiene su origen en los *quaestores parricidi* y sentido opuesto autores como Kunkel, Kaser, Burdese y Guarino los establecen como el origen de la *quaestura* republicana.¹⁶²

En el año 447 aparecen dos *quaestores* que se eligen en la *comitia tributa*, fungiendo como administradores del *aerarium populi romani*, el lugar donde se custodia el tesoro público, documentos públicos, insignias militares etcétera. El supervisaba el otorgamiento de medios económicos por parte de los *quaestores* a los cónsules para financiar las campañas militares, así como la ejecución de pagos y cobros ordenados por los cónsules, a estos se les conoce como *quaestores urbani* (o *aerarii*).¹⁶³

En el año 421 se crearon los *quaestores militares*, que fungen como auxiliares de los cónsules durante las campañas militares realizando la administración monetaria de las legiones, así como los botines de guerra. Encontrándose

¹⁶¹ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 192-193.

¹⁶² Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág. 163.

¹⁶³ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 192-193.

facultados para asumir el mando del ejército en caso de ausencia o muerte del cónsul fungiendo como *propretor* a causa de ser el siguiente en rango del cónsul.¹⁶⁴

En el año 267 a.C. debido a las necesidades militares se promulga la *Lex de Quaestoribus Octo Creandis* con la cual se eleva el número de *quaestores* a ocho, encargando a cuatro de ellos la supervisión y conservación de la flota romana. Con la creación de las provincias, se asigna a cada gobernador un *quaestor* siendo un caso especial el de Sicilia teniendo dos *quaestores*. El número de *quaestores* sigue en aumento hacia finales la época republicana, durante la dictadura de Sila a través de la *Lex Cornelia de Vigini Quaestoribus Creandi*, que aumenta a veinte el número de *quaestores* y a finales del mandato de Julio Cesar este eleva a cuarenta el número de *quaestores*.¹⁶⁵

Es importante resalta acerca de los *quaestores provinciales* que a diferencia de sus equivalentes ubicados en la metrópolis estos tienen jurisdicción en los mercados como la que detentan en Roma los *aediles*.¹⁶⁶

La *quaestura* fue una magistratura menor, ordinaria y permanente, sin *imperium* (esta tiene *potestas*), considerada como el primer escalón en el *cursus honorum* y el inicio de la carrera política para los ciudadanos romanos. La magistratura sigue en funciones durante y a lo largo de la época imperial.¹⁶⁷

2.4.8 Tribunado de la Plebe

El *tribuni plebis* acorde a lo establecido por la tradición, es consecuencia de la secesión plebeya del año 494 a.C. La rebelión de los patricios pocos años antes en el 509 a.C. liderados por Lucio Junio Bruto y Lucio Tarquinio Colatino expulsan a Lucio Tarquinio el Soberbio fundando la república, creando así una oligarquía dominada por los patricios, en la cual se niega todo acceso a los plebeyos a los

¹⁶⁴ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 192-193.

¹⁶⁵ Cfr. VIÑAS Antonio, Op. cit. Pág. 163.

¹⁶⁶ Cfr. FUENTESECA Pablo, Op. cit. Pág. 193.

¹⁶⁷ Cfr. Ibídem. Pág. 194.

cargos públicos pero exigiendo de estos la obligaciones con el erario público y con el ejército sin ningún beneficio, llegando al punto de inflexión en el momento en que se inicia la leva para combatir a los ecuos, negándose a alistarse hasta que les fueran reconocidos sus derecho como ciudadanos. ¹⁶⁸

Finalizada la campaña con los ecuos en la que participan los plebeyos con esperanzas en las promesas del dictador en la mejora de la situación de los mismos en Roma, y al verse incumplida esta promesa los plebeyos se retiran al monte Aventino (monte *Sacrum*) situado a las afueras de Roma, enviando los patricios a Menenio Agripa quien da su discurso comparando el funcionamiento del cuerpo humano con el del funcionamiento del Estado. Después de diversas negociaciones, acordándose que la plebe debía tener sus propios magistrados cuyas personas serían inviolables y podrían auxiliar a los plebeyos ante las decisiones de los magistrados nombrándose así dos *Tribuni Plebis* a través de la *Lex Sacrata*.¹⁶⁹

“El Tribuno era magistrado que tenía más carácter político que jurisdiccional ya que podía intervenir en la vida social de Roma paralizando procedimientos o sentencias mediante la *intercessio*¹⁷⁰, pero no podía suplir ni al pretor ni al juez. Es decir, podía proponer plebiscitos¹⁷¹, que de algún modo influyesen en la actividad jurisdiccional y paralizar esta, ejercida normalmente por magistrados patricios, hasta que se decidiese sobre su alegación.”¹⁷²

La función de los *tribuni plebis* resulta esencial para los plebeyos en los primeros momentos de la república creando un balance en contra de los abusos de los magistrados en sus decisiones en beneficio de la clase plebeya, posteriormente y ya avanzada la república se extiende la protección a la población general de

¹⁶⁸ *Liv.* 4,30; 31; 32.

¹⁶⁹ *Ibidem.* 4, 33.

¹⁷⁰ *Intercessio*: Facultad de vetar una decisión adoptada por un colega o magistrado inferior, que corresponde a ciertos magistrados colegiados de la época republicana. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 302.

¹⁷¹ Un ejemplo de plebiscito de un tribuno de la plebe es la *Lex Aquilia* presentado para su aprobación por el tribuno Aquilio. D. 9.2.1.1.

¹⁷² ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Págs. 53-54.

Roma, siendo común acudir al *tribuni* en los casos la imposición de penas capitales.

“La actividad de los tribunos se dirigía principalmente a cuestiones de tipo administrativo y penal, reprimiendo conductas, imponiendo sanciones o paralizando procedimientos penales, para proteger a la plebe de las leyes o decisiones adoptadas por los patricios. No era frecuente que interviniera en la resolución.”¹⁷³

La capacidad del *tribuni plebis* de intervenir en la administración de justicia se desprende del siguiente texto tomado del digesto, “En consecuencia de todo esto administraban justicia en la ciudad diez Tribunos de la plebe, diez y ocho Pretores y seis ediles.”¹⁷⁴

Una característica fundamental del *tribuni plebis* es la inviolabilidad de la persona en el cargo, de modo que quien atentase en contra del cargo o la persona se consideraba una persona maldita susceptible de la venganza divina y humana, a esto se le denomina *sacratio* en virtud de la *Lex Sacrata*.

El cargo de *tribuni plebis* no se considera parte del *cursus honorum* y algunos autores no lo consideran magistratura ya que carece de *imperium* y *potestas* en el sentido estricto en que los detentan los magistrados como el cónsul o el *praetor*, sin embargo este tiene la facultad de detener las decisiones incluso de los dictadores, tal es la protección que realiza en Roma en el ámbito de la administración de justicia que se ha llegado a comparar con el moderno ombudsman protector de los derechos humanos en contra de los abusos de las autoridades e instituciones del Estado a los particulares. Esta magistratura continúa en funciones hasta la época imperial.

¹⁷³ ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Págs. 54-55.

¹⁷⁴ D.1.2.34. *Ergo his omnibus decem tribuni plebis, consules duo, decem et octo praetores, sex aediles in civitate iura reddebant.*

Como hemos observado en el desarrollo del presente capítulo de entre las magistraturas del periodo republicano existen principios establecidos por el Estado a estos funcionarios que por los cuales deben regir su actuar. Asimismo, encontramos muy amplias facultades en cada uno de ellos entre las que destaca la aptitud de fungir como autoridades jurisdiccionales. Y como se desprende el surgimiento, auge y decadencia de estas instituciones atiende fenómenos sociales, culturales y administrativas.

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN ROMA

Prosiguiendo con el presente trabajo resulta menester realizar el estudio de los procedimientos de administración de justicia que tuvieron vigencia a lo largo de la historia de Roma. En el presente capítulo iniciaremos definiendo algunas cuestiones básicas como lo son el concepto de acción, procedimiento y la competencia, conceptos de carácter fundamental dentro de la administración de justicia en Roma y en especial en el periodo clásico. Dentro de los procedimientos en la época monárquica y republicana, encontramos al *iudex* y el *arbiter* cuya tarea principal es el juzgar y decidir a quién asiste la razón a partir del estudio de los medios de prueba y testimonios que aportan las partes con la finalidad de convencer los ánimos del juzgador de que falle en su favor. Debemos tener en cuenta que todas las personas son susceptibles de cometer errores o corromperse por razones muy diversas y así como los magistrados eran responsables por su actuar en razón de su cargo, así también los juzgadores son responsables de sus decisiones en los procedimientos. Dentro de los procedimientos y a partir de la época republicana se da la intervención de tanto de patronos como de jurisconsultos en representación de las partes en el litigio, teniendo en estos representantes, las raíces de nuestra profesión siendo los representantes (*procuratores, cognitores y advocati*) quienes intervienen en los procedimientos en Roma.

Relativo a los procedimientos encontramos en Roma, a lo largo de su historia, tres procedimientos. El más arcaico, es el de las *legis actionis* de principios del periodo republicano, el procedimiento *per formulam* del periodo republicano, siendo ambos clasificados como procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum*, el último de los procedimientos es el de la *extraordionaria cognitio*, del periodo imperial, temas que estudiaremos en el presente capítulo, a fin de apreciar las labores tanto de las autoridades, como de los ciudadanos romanos y sus representantes dentro de los procedimientos.

3.1. De las acciones y el procedimiento

En razón de que nuestro objeto de estudio en el presente capítulo son los procedimientos de administración de justicia en Roma procederemos de definir el vocablo *actio*. La palabra latina *actio* tiene como origen etimológico al vocablo *agere*, “verbo indicador de una de las actividades de los jurisconsultos romanos de la época republicana y que hace referencia al igual que ocurrió en los colegios pontificales de la monarquía a la asistencia prestada a los interesados en un litigio para la elección de la acción precisa y adaptación de esta conforme a los modelos y variedades de las formulas; esto es, en la dirección técnica del pleito. Posteriormente tomo el sentido de defensa de los litigantes ante los jueces”¹⁷⁵

3.1.1 Concepto de acción

Iniciamos el estudio del vocablo *actio* con lo establecido por el jurista romano Celso quien concibe a la *actio* (acción) como “derecho de perseguir en juicio lo que a uno se debe”¹⁷⁶

Es decir, es la facultad que tiene una persona de que se resuelva una controversia en la que este sea acreedor.

Álvaro D’Ors define a la *actio* o acción como “la actuación encaminada a resolver una controversia mediante una decisión definitiva (*iudicatum*) fundada en la opinión (*sententia*) de un juez privado.”¹⁷⁷

Del concepto anterior entendemos a la acción como el acto de una persona facultada que pide a la autoridad pertinente resuelva una controversia de la cual esta forma parte, el concepto en mención, a nuestra consideración, es limitado ya que no considera todos los procedimientos que estuvieron vigentes en Roma a lo largo de su historia.

¹⁷⁵ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 58.

¹⁷⁶ D. 44.7.51. *Actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur.*

¹⁷⁷ D’ORS Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Cuarta Edición, Eunsa, Pamplona, 1981, Pág. 162.

Por su parte Adolf Berger refiere sobre la acción lo siguiente, En el sentido formal *actio* se refiere al acto de demandar, así como todo el procedimiento, o la fórmula concedida para una reclamación específica. En su último significado *actio* es sinónimo de *iudicium*, ambos siendo aplicados a una parte de la fórmula.

Observamos que la *actio* tiene diversas acepciones en el Derecho Romano, ya sea el acto de demandar a una persona y que una autoridad resuelva la controversia que se suscitó y por otra parte se considera *actio* a una parte de la fórmula, que se estudiará posteriormente en lo referente al procedimiento formulario.

Faustino Gutiérrez Alviz establece lo siguiente sobre la *actio*; “Acto jurídico en cuya virtud una persona afirma solemnemente su derecho a fin de que le sea reconocido o realizado en juicio. En el Derecho procesal romano de la época clásica aparece el concepto de acción como facultad de Derecho privado, que se tiene frente a la parte contraria, en la época bizantina tiene más patente el sentido de facultad de Derecho público como medio o poder del particular frente al Estado del cual demanda amparo o protección judicial

También puede tomarse la palabra *actio* en un sentido formal, equivalente al acto procesal de demandar ante el magistrado, y en un sentido material, sinónimo de pretensión o facultad para conseguir de otra persona una prestación o una abstención.

Según la época y el procedimiento en vigor cabe distinguir otros tres sentidos. En el procedimiento originario de las acciones de la ley, las declaraciones formales y rituales que las partes recitaban ante el magistrado; en el procedimiento formulario, el derecho a obtener del magistrado la fórmula dirigida al juez y en la que se concreta la petición y también a la fórmula misma; en el bajo imperio, la facultad de demandar en juicio con el sentido de facultad de derecho público anteriormente apuntado.”¹⁷⁸

¹⁷⁸ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 8.

En la definición de Faustino Gutiérrez-Alviz así como en el concepto de Álvaro D'Ors encontramos diversos significados que se dan al vocablo *actio* y este puede variar también dependiendo del procedimiento del que se trate, no obstante el concepto que resulta de nuestro interés es el cual establece a la *actio* como una facultad personal para de los ciudadanos romanos, para solicitar la resolución de una controversia por parte de una autoridad competente facultada para ello o en los casos en que no existe materia *litis* denominados jurisdicción voluntaria, la autoridad establezca un derecho en su favor.

Así pues, que nuestra concepción sobre la *actio* es un derecho subjetivo que tienen las personas dentro de Roma para exigir la resolución de una controversia o el reconocimiento de un derecho por parte de una autoridad facultada para ello y que dependiendo del procedimiento del que se trate este tendrá sus particularidades.

3.1.2 Concepto de Procedimiento Romano

Al ser el tema central de este capítulo los procedimientos de administración de justicia en Roma, nos resulta necesario el aclarar que los romanos no llegaron a concebir conceptos sobre el proceso y el procedimiento por lo cual los conceptos que analizaremos a continuación son ideas modernas, cuyo fin es solo aclarar el concepto de proceso o procedimiento en el ámbito jurídico. No es nuestro objetivo el debatir la diferencia entre proceso y procedimiento atendiendo a las ideas modernas dejando en claro que de las obras consultadas para el presente trabajo entre las cuales destacan las realizadas por Vittorio Scialoja, Humberto Cuenca y Faustino Gutierrez-Alviz no existe una distinción entre lo que es el proceso y el procedimiento, una vez dicho lo anterior expresamos que nuestro fin en el presente apartado es el dejar en claro la idea del proceso en el ámbito jurisdiccional por lo que así mismo haremos mención de conceptos de algunos de los más importantes procesalistas por los fines antes mencionados.

Piero Calamandrei define al proceso como; “Serie de actividades realizadas por hombres, que colaboran para la consecución de un objetivo común que consiste, en el pronunciamiento de una sentencia o en poner en práctica una medida ejecutiva, esta colaboración no es simultánea, sino sucesiva, de modo que las distintas actividades que deben ser realizadas por las diversas personas que toman parte en el proceso se distribuyen en el tiempo y el espacio siguiendo un cierto orden cronológico de modo que la fase sucesiva está justificada por la siguiente”.¹⁷⁹

De lo anterior nos aclara Calamandrei que todos los actos realizados por las partes en el litigio, sujetos coadyuvantes y autoridades, son tendientes al fin de obtener una declaración por parte de la autoridad, asimismo tanto las actuaciones de los individuos como de las autoridades deben seguir un orden preestablecido y se desarrollan en diferentes temporalidades.

Francesco Carnelutti establece lo siguiente “Llamamos proceso a un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas con una o más personas desinteresadas (jueces; oficio judicial); otro nombre usado en el mismo sentido es de juicio, pero preferimos a él, ya por larga costumbre científica, la palabra proceso, sobre todo porque proceso se presta mejor representar la estructura de fenómeno que se quiere significar. La voz proceso sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado....”¹⁸⁰

De lo anterior es importante resaltar que se distingue a la autoridad, estableciendo que esta carece de interés en la cuestión a resolverse, limitándose la misma a la emisión de una resolución que de por terminada la causa que se hizo de su conocimiento, asimismo se establece a las partes de la *litis* como

¹⁷⁹ CALAMANDREI Piero, Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1962, Págs. 68 y 69.

¹⁸⁰ CARNELUTTI Francesco, Instituciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1959.

sujetos interesados, y tanto la autoridad como las partes deben seguir una serie de pasos para poder llegar a la resolución de la controversia.

José Ovalle Fabela establece lo siguiente, “El proceso es la solución imparcial a cargo de un órgano de autoridad del estado, un juzgador, que interviene a instancia de una las partes y cuya autoridad deriva del imperio propio del Estado y de la fuerza de la ley. Basta con que uno los interesados decida someter la controversia al conocimiento del órgano jurisdiccional competente del Estado, para que, por el imperio de este y la fuerza de la ley, la otra parte quede sujeta al proceso que se siga ante este órgano jurisdiccional del Estado, asimismo ambas partes estarán obligadas a cumplir con las determinaciones del juzgador y su pronunciamiento final”¹⁸¹.

Ovalle Fabela si bien no habla sobre los actos, métodos temporalidades, a seguir dentro del proceso, si refiere la investidura de poder y facultades que realiza el Estado como un ente soberano para con el tribunal o juzgador, ajustándose su fungir y facultades a lo establecido con la ley.

Faustino Gutiérrez-Alviz define al procedimiento civil romano de la siguiente forma “Conjunto o serie de actuaciones y reglas establecidas por el ordenamiento jurídico romano, que el particular debe seguir y observar para hacer valer judicialmente su derecho privado cuando este es desconocido o violado. En un sentido más amplio, comprende la organización judicial y la determinación de los tribunales y su competencia. Para los romanos fue el *ius actionum*, y a lo largo de su evolución histórica integro al sistema del *ordo iudiciorum privatorum* y el denominado procedimiento extra ordinario o *cognitio extra ordinem*. Históricamente se sucedieron el sistema procesal de las *legis actionis* o acciones de la ley, en vigor desde la fundación de la ciudad al s. II antes de Jesucristo; el procedimiento *per formulam* o formulario, desde la *Lex Aebutia*, que le consagra

¹⁸¹ OVALLE FABELA José, Teoría General del Proceso, Sexta edición, Oxford, México, 2005, Pág. 42.

desde mediados del siglo II a. de C. hasta el siglo III d. de C. y el procedimiento extra ordinario o *cognitio extra ordinem* o *cognitorio* oficial, que desde esa fecha subsiste hasta la compilación justiniana.”¹⁸²

De los conceptos anteriormente citados consideramos muy completo al establecido por Gutiérrez-Alviz, debido a que este hace mención del conjunto de actos que deben ser llevados a cabo por los particulares, y en un sentido más amplio nos habla sobre la organización y estructura de los órganos jurisdiccionales así como de sus competencias.

Para nosotros, el proceso en Roma es el conjunto de actos que realiza el Estado romano como un ente soberano, los ciudadanos romanos constituyéndose como partes en el litigio, y los sujetos ajenos a la relación substancial (sujetos coadyuvantes), todos estos tendientes a la aplicación de la ley en la resolución de una controversia.

3.1.3 Concepto de Competencia

Al tratar el tema de la administración de justicia y las autoridades jurisdiccionales en Roma, es consecuencia natural el abordar el tema de la competencia ya que no todas las autoridades se encuentran facultadas para resolver cualquier controversia que se les presente ya que se deben tener en cuenta, algunas situaciones para poder determinar si la autoridad es apta para resolver o no del hecho que se les presenta.

Respecto de la competencia Faustino Gutiérrez-Alviz la define como “Capacidad o jurisdicción reconocida a un tribunal, juez o magistrado para conocer de un asunto o de un litigio, *forum*. En el derecho romano se determinó la competencia en razón al domicilio del demandante, por su ciudad o por el lugar donde se

¹⁸² GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, op cit, Pág. 561.

lesionó el derecho del demandante, también por el lugar de celebración del contrato, comisión del delito, etc.”¹⁸³

Del concepto previamente establecido, se desprende que las autoridades romanas tenían un ámbito en el cual podían ejercer sus facultades y también nos percatamos de la especialización de magistrados que conocían determinados litigios y el término con el que denominan los romanos a la competencia es *fórum*.

Forum según establece Gutierrez-Alviz es el “Tribunal o jurisdicción competente para conocer de un litigio y ante el cual y no otro deben acudir las partes.”¹⁸⁴

Por su parte Adolf Berger proporciona el siguiente concepto de *forum* “El tribunal competente (*forum competens*) ante el cual uno puede demandar. Tribunales especiales tenían jurisdicción en casos específicos. Hubo pretores con jurisdicciones especiales como el *praetor fideicommissarius*, *tutelar* y como estos, los prefectos en Roma eran competentes en controversias particulares en relación con su ámbito específico en la administración.”¹⁸⁵

Deducimos de lo establecido en el concepto anterior que existe especialización de las autoridades jurisdiccionales romanas atendiendo a pleitos de carácter específico o delimitaciones territoriales o por circunstancias como lo son el lugar donde vivía el demandante.

Héctor Gordillo Montesinos establece lo siguiente sobre la competencia, “La competencia es la aptitud de un tribunal para conocer de determinado litigio. En virtud de que existen varios órganos con jurisdicción, es necesario establecer cuál de ellos es competente para conocer de un asunto concreto. En época clásica es regla general la competencia del magistrado del domicilio del demandado, incluso para el ejercicio de acciones reales”.¹⁸⁶

¹⁸³ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, op cit, Pág. Pág. 128.

¹⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 258.

¹⁸⁵ Cfr. BERGER Adolf, Op. cit. Pág. 476.

¹⁸⁶ GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág.160.

De lo anterior se desprende que si bien pudieron existir diversas autoridades capaces de conocer de un mismo litigio siendo estas aptas para evitar que existieran conflictos de competencia, se establecen ciertas circunstancias como lo es el ámbito territorial con el fin de establecer la competencia de las autoridades.

Nosotros definimos la competencia como el ámbito en el cual una autoridad puede en uso de sus facultades resolver controversias en atención a determinadas circunstancias como los son el territorio, la materia y otras circunstancias que permiten determinar si esta es apta para resolver o no del caso que se le plantea.

3.1.4 Clasificación de las Acciones.

Al acercarnos al Derecho procesal romano indudablemente hemos de encontrarnos con las acciones, que algunos autores afirman que el Derecho romano es un Derecho de acciones ya que era necesario elegir correctamente qué acción debía ejercitarse para un caso u otro, a riesgo de perder el procedimiento por el error al elegir la acción. Los juristas romanos, así como los estudiosos del Derecho romano, a lo largo de la historia han clasificados a las acciones romanas con fines didácticos, acorde la función de estas, finalidad y características, a continuación procederemos a explicar brevemente la clasificación de las acciones romanas, y posteriormente en capítulo correspondiente al pretor, estudiaremos aquellas que fueron innovaciones que realizó el pretor en ejercicio de su *imperium* y en función de la equidad.

a) Acciones civiles: Las acciones civiles son aquellas que se conceden con fundamento en el *ius civile*, que básicamente son cuestiones que se encontraban previstas desde la ley de las XII tablas y por lo tanto se consideran de derecho antiguo, haciéndose mención del *ius quiritium*.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág.188.

b) Acciones honorarias: Las acciones honorarias son aquellas que concede el magistrado en ejercicio de su *iurisdictio*, con el fin de proteger situaciones que no se encontraban previstas por el *ius civile* y que el magistrado en función de la equidad concede. Al estar facultados para esta función tanto ediles como pretores también son conocidas como *pretoriae* o *aediliae*. Las más importantes de las acciones honorarias son las *actiones utiles*, *actiones ficticiae*, las *actiones adiectitiae qualitatis* y las *actiones in factum*, todas ellas estudiadas posteriormente en el presente trabajo.¹⁸⁸

c) Acciones reales: Aunque podría resultar redundante, se encargan de la protección de los derechos reales (*ius in re*), los cuales son una categoría de derechos patrimoniales, caracterizada por conferir un derecho inmediato sobre la cosa, en contraposición a los denominados créditos personales.¹⁸⁹ Estas acciones persiguen en sí un derecho sobre una cosa, sin importar quien esté en posesión de la misma.

d) Acciones personales: Son aquellas que protegen créditos de carácter personal (*ius obligationis*), que el titular tiene frente a otra persona, en virtud de un contrato, delito, cuasicontrato, cuasidelito, etc.¹⁹⁰

e) Acciones perpetuas y acciones temporales: Las acciones perpetuas son aquellas emanadas del *ius civile* y cuyo plazo para reclamarlas no precluye, esto fue así hasta que el emperador Teodosio II estableció un plazo de treinta años en la generalidad y cuarenta en algunos casos especiales, contando estos a partir del momento en que se hicieron exigibles por medio de la acción. Las acciones temporales, emanan de *ius honorario* de los magistrados y por regla general se debían ser ejercitadas en el plazo de un año, y en algunos casos en

¹⁸⁸ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 188.

¹⁸⁹ Cfr. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 335.

¹⁹⁰ Cfr. Ibídem. Pág. 337.

menor tiempo, como es el caso de la *actio redhibitoria* que debía ejercitarse en un plazo de seis meses.¹⁹¹

f) Acciones de Derecho estricto y acciones de buena fe: Las acciones de derecho estricto son aquellas en las que el juez solo está facultado para condenar pagar el monto estrictamente pactado, no puede ser una cantidad mayor o menor de lo convenido. Siendo caso contrario en las acciones de buena fe, el juez se encuentra facultado para una valoración más amplia las circunstancias, y condenar al pago todo aquello que considere, según la buena fe.¹⁹²

g) Acciones privadas y acciones populares: Las acciones populares son aquellas que solo pueden ser ejercitadas directamente, por el interesado, para ejercitar la protección de un derecho subjetivo, como lo es la acción reivindicatoria. En contraposición existieron las acciones populares, la cuales podían ser ejercitadas por cualquier ciudadano en interés de la colectividad, algunas de estas fueron introducidas por la ley y otras por parte del pretor.¹⁹³ Existían casos en los que el monto de la condena era entregado a la persona que había ejercitado la acción como es el caso de *effusis et deiectis* por los daños ocasionados por lanzar objetos desde algún inmueble y en otros casos el monto de la condena pasaba al erario público, como en el caso de la *actio de albo corrupti*, por el daño causado al álbum edictal.¹⁹⁴

h) Acciones *rei persecutoriae*, *poenales* y mixtas: Las acciones *rei persecutoriae*, eran aquellas acciones en las cuales se busca a través del juicio la recuperación de una cosa, como en el caso de la *reivindicatio*. Las acciones *poenales*, eran aquellas derivadas de la comisión de un delito en las cuales lo que se busca es el pago de una pena, que por lo general consistía en un múltiplo del daño causado, como en el caso del *furtum manifesti* (robo flagrante), se ejercita en

¹⁹¹ Cfr. MARGADANT S. Guillermo Floris, Op. cit. Pág. 181.

¹⁹² Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág.191.

¹⁹³ Cfr. Ibídem. Pág.190.

¹⁹⁴ Cfr. RASCON Cesar, *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2008, Pág. 199.

contra del ladrón, para reclamarle el cuádruplo del valor de lo robado. Por su parte las acciones mixtas, son aquellas en las cuales se busca la restitución de una cosa, así como el cobro de una pena, asimismo un ejemplo de ello lo encontramos en el robo de una cosa mueble, ya que buscamos la recuperación de la cosa, en el caso de que no haya perecido y el pago de la pena.¹⁹⁵

i) Acciones infamantes: También llamadas *actiones famosae*, eran aquellas en las cuales, si el demandado resultaba condenado, conllevaba con ello la tacha de infamia, lo cual suponía para la persona, la prohibición de ocupar cargos públicos, la pérdida de la estima pública, ser representante procesal y actuar como *procurator*.¹⁹⁶

j) Acciones directas y contrarias: En algunas relaciones jurídicas, identificamos la existencia de una acción para cada una de las partes, tal es el caso de la compraventa (*emptio-venditio*), en la cual el vendedor tiene la *actio empti* y el comprador la *actio venditi*, con las cuales cada uno puede reclamar la contraprestación de la otra parte. Por otra parte existen negocios en los que la acción no recibe un nombre diferente para cada una de las partes, como ocurre en el mandato, siendo así, que para evitar confusiones en la redacción de la fórmula, para realizar la distinción si quien ejercitaba la acción era el mandante se especificaba que era una *actio mandati* directa y si quien la ejercitaba, era el mandatario se denominaba, *actio mandati contraria*.¹⁹⁷

3.2. Procedimientos civiles en Roma

Al iniciar el estudio de los procedimientos de administración de justicia civil en Roma, este debe realizarse en orden cronológico para poder entender las características de cada uno y los cambios que sufren estos en el tiempo de su vigencia, encontrando tres procedimientos vigentes en diferentes periodos durante la existencia de Roma y posteriormente llegando hasta el Imperio

¹⁹⁵ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág.190.

¹⁹⁶ Cfr. RASCON Cesar, Op. cit. Pág. 199.

¹⁹⁷ *Ibidem*. Págs. 197 y 198.

Bizantino, estos son en orden a su vigencia el procedimiento de las *legis actionis*, el procedimiento *per formulam* pertenecientes al *ordo iudiciorum privatorum* compartiendo características comunes como la división bifásica del procedimiento y por último la *cognitio extra ordinem*.

3.2.1 Procedimiento de las *legis actionis*.

Al hablar de *legis actionis* (acciones de la ley) no hablamos de acciones en el sentido de una facultad subjetiva de un individuo, sino de procedimientos jurisdiccionales, debido a que cada una de las acciones de la ley conllevaba a un proceso con sus características y uso específicos. Este procedimiento es el más antiguo de que se tiene registro; al ser un procedimiento de derecho antiguo guarda características muy ligadas al culto religioso.

3.2.1.1 Generalidades y Características.

Entre las principales características del procedimiento de las *legis actionis* encontramos las siguientes: al pertenecer a los procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum* este se divide en dos fases la *in iure* ante el magistrado y la *apud iudicem* ante el juez que es de carácter privado, solo pueden ser utilizadas para hacer valer derechos subjetivos contemplados por el *ius civile*, este procedimiento es exclusivo para los ciudadanos romanos dentro de la ciudad de Roma y en un milla a su alrededor.¹⁹⁸

Otras características distintivas de este procedimiento son la precisión y formalismo ya que la petición debía realizarse por medio de una fórmula de la ley en latín, en tiempo presente y de forma oral, y en caso de haber error en la pronunciación de los verbos (*certa et solemna verba*) se perdía el procedimiento por esta razón, debiendo ser siempre claros y precisos en la petición hecha al magistrado. La sacramentalidad caracteriza principalmente a este periodo, encontrándonos con actos rituales necesarios para la validez de determinados actos,

¹⁹⁸ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor. Op cit. Pág. 164.

como lo es el uso de la *festuca* (lanza de tamaño reducido) en aquellos litigios que versaban sobre la propiedad, el uso de la balanza y un pedazo de cobre en la *mancipatio* (compra venta de carácter solemne), el sacrificio del pan de trigo ante el pontífice para así adquirir la *manus* sobre la mujer, la entrega de las llaves a la mujer como símbolo de autorización del gobierno doméstico de la *domus*, el lanzamiento de la lanza como símbolo de guerra etcétera. La solemnidad más estricta radicaba en las palabras ya que en las ceremonias podían corregirse los errores cometidos repitiendo el acto, pero el error en las palabras sacramentales acarrearba la nulidad del acto, debiendo haber concordancia por ejemplo en las palabras pronunciadas en el contrato de *stipulatio, fideipromites-fideipromito*.¹⁹⁹

3.2.1.2 Clasificación de las *legis actionis*

Las *legis actionis* se clasifican de la siguiente forma: *legis actio per sacramentum*, la *legis actio per iudicis arbitrive vel postulationem* y *legis actio per condictionem* llamadas acciones declarativas ya que por medio de ellas el demandante hacia reconocer un derecho por el invocado; la *legis actio per manus inectionem* y la *legis actio per pignoris capionem*, se clasifican como acciones ejecutivas, porque eran formas particulares de ejecución una vez obtenida una sentencia favorable o la confesión de la parte demandada.²⁰⁰

Legis actio per sacramentum: Frente al magistrado las partes realizaban una apuesta sacramental denominada *sacramentum* de ahí el nombre de la *legis actio*, bajo la solemnidad de un juramento de entregar el producto de la apuesta al Estado por parte de quien resultara vencido en el procedimiento, oscilando la apuesta entre cincuenta a quinientos ases²⁰¹. Esta acción podía usarse para reclamar tanto una cosa como el cumplimiento de una obligación.²⁰²

¹⁹⁹ Cfr. CUENCA Humberto. Op cit. Págs. 39-40.

²⁰⁰ Cfr. Ibídem. Págs. 40-41.

²⁰¹ *Gai.* 4, 14. En este fragmento de la obra gayana se menciona de las cantidades de que constara el *sacramentum* dependiendo de la cuantía del procedimiento.

²⁰² Cfr. CUENCA Humberto. Op cit. Pág. 41.

Este procedimiento asumía dos modalidades distintas siendo la primera la *legis actio per sacramentum in rem*, procedimiento a través del cual el *pater familias* hace valer los poderes que ejerce sobre las personas a él sometidas (*patria postestas, mancipium, manus*), así como los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles mediante la *rei vindicatio*, en Gayo 4, 16 se refiere acerca de la reivindicación de un esclavo. La segunda la *legis actio per sacramentum in rem* era el medio para deducir en juicio una acción personal, surgida por ejemplo de un mutuo.²⁰³

Legis actio per iudicis arbitrive vel postulationem: Es la petición del juez o árbitro que las partes realizan al magistrado para la resolución de una controversia. Se aplicaba especialmente en la *stipulatio*²⁰⁴, posteriormente a la *in ius vocatio*, las partes concurren ante el magistrado, y el demandante dice “Afirmo que estás obligado a pagarme diez mil sestercios, en virtud de una *sponsio*, te pido que confieses; si el demandado confesaba se daba por terminado el litigio y el reclamante podía proceder ejecutivamente por la *manus iniectioem*; es decir era autorizado para hacer preso al demandado y venderlo en subasta pública, pero al ser lo más común que el demandado respondiera negativamente, el demandante decía, ya que lo niegas, yo solicito de ti pretor, que nombres un juez o un árbitro.²⁰⁵

La *actio per iudicis arbitrive vel postulationem*, tenía aplicación en las acciones divisorias: división de herencia (*familia erciscundae*), división de la comunidad (*communi dividendo*) y fijación de linderos (*finium regundorum*). En estos

²⁰³ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor. Op cit. Págs. 166-167.

²⁰⁴ *Stipulatio*: Estipulación, contrato verbal, formal, unilateral y de derecho estricto, cuya solemnidad consistía en una interrogación realizada por el futuro acreedor y en la consecuente respuesta el deudor aceptando. En el derecho antiguo las solemnidades requeridas en la pregunta y respuesta eran las de *sponsio* y con posterioridad por influencia del *ius gentium*, decayó tal rigorismo exigiéndose solo la oralidad y la concordancia, por ejemplo *dabis?*, *dabo*; *fideipromitis?*, *fideipromito*; *promitis?*, *promito*, etc., admitiéndose con posterioridad el empleo de lenguas distintas del latín y terminando por ser redactado por escrito en el bajo imperio, aunque sigue haciendo alusión a la figura del acreedor y respuesta del deudor....GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 646.

²⁰⁵ Cfr. CUENCA Humberto. Op cit. Págs. 43-44.

supuestos las partes al magistrado pedían la designación de un árbitro, en vez de pedir la designación de un juez.²⁰⁶

Legis actio per condictionem: Por medio de esta *legis actio* resultaba procedente reclamar deudas de dinero determinadas (*certa pecunia*), acorde a lo dispuesto por la *lex Silia* del siglo III a.C., la entrega de una cosa cierta, por virtud de la *lex Calpurnia* de mediados del siglo II a.C. Las características de esta acción son, que no se realizaba la apuesta sacramental, solo se puede reclamar cosas ciertas contempladas por el *ius civile*, no se debía señalar la causa de la reclamación, es decir que la acción tenía un carácter abstracto y transcurridos treinta días de haberse ejercitado la acción se procedía al nombramiento de un juez, aplazándose el nombramiento del juez para dar un periodo al demandado, para que cumpliera con su deuda y así evitar el proceso.²⁰⁷

Durante el procedimiento el demandante decía lo siguiente, afirmo que debes darme, diez mil sestercios; te pido que lo admitas o lo niegues. En caso de negarlo, replicaba el demandante, puesto que lo niegas, te emplazo para elegir juez dentro de treinta días. Transcurridos los treinta días, las partes debían concurrir ante el magistrado con la finalidad de elegir el juez (*condicere in trissecimum diem*). Los supuestos en los que se usaba esta *legis actio* se cree que fueron, la reclamación de un mutuo, al enriquecimiento injusto, a las deudas nacidas de una estipulación determinada, al cumplimiento de una obligación literal (*transcriptio nominum*) y a la reclamación de la pena por *furtum* (robo).²⁰⁸

Legis actio per manus iniectioem: Primera de las acciones de carácter ejecutivo. La *manus iniectio* es la aprehensión material que el acreedor o ejecutor hace de su deudor o ejecutado, esta acción solo puede recaer sobre la persona del deudor, denominada *iudicatus*, cuando ha sido condenado al pago de una cantidad determinada y no puede cumplirse sobre los bienes del deudor. Al principio solo se aplicaba la *manus iniectio* al confeso y al juzgado,

²⁰⁶ Cfr. CUENCA Humberto, Op. cit. Pág. 44.

²⁰⁷ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 168.

²⁰⁸ Cfr. Ibidem. Págs. 168-169.

posteriormente le fue conferida al fiador que había pagado por el deudor principal, al legatario del legado per *damnationem*, al heredero contra el legatario que hubiera percibido más de mil ases, en contra de la *lex Furia* testamentaria y el propietario para reclamar los daños que le hubieren ocasionado.²⁰⁹

El trámite de la *manus iniectio iudicandi* se realizaba de la siguiente forma, el ejecutante conducía al deudor ante el pretor, y en su presencia, le ponía la mano sobre el cuello (*obtorto collo*) al mismo tiempo que decía, por cuanto a que has sido condenado (o sentenciado) a mi favor por diez mil sestercios, el deudor no podía desasirse por sí mismo de la mano, pero es posible que interviniera un tercero (*vindex*) que lo liberaba pagando al ejecutante el doble de la suma reclamada, de conformidad con el principio de la *litis crescentia*, conforme al cual la resistencia injustificada en un litigio hace crecer al doble su valor.²¹⁰

Si no existe persona que esté dispuesta a pagar para que liberen al demandado o él mismo no paga en el caso de la *manus iniectio pura* en la cual el *iudicatus* podía liberarse por sí mismo de la *manus* y fungir como su propio *vindex*, el pretor por medio de la pronunciación del verbo *adikko*, atribuye la persona del demandado al demandante.²¹¹

La ley de las doce tablas establece que una vez realizada la *addictio* del deudor al demandante, este podía llevar consigo atado con cuerdas o cadenas que pesaran un mínimo de quince libras, se estaba obligado a alimentarle con por lo menos una libra de trigo al día, y durante un lapso de sesenta días debía presentarse al prisionero durante tres días de mercado, vociferando la suma total que debía, por si acaso alguna persona que conociera el prisionero se ofrecía a saldar la deuda.²¹²

²⁰⁹ Cfr. CUENCA Humberto. Op cit. Pág. 45

²¹⁰ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor. Op. cit. Págs. 169-170.

²¹¹ Cfr. Ibídem. Pág. 170.

²¹² Cfr. *XII Tab.* 3,3; 3,4; 3,5.

Una vez transcurridas las tres presentaciones en el mercado y si nadie pagaba la deuda, le atribuía definitivamente al prisionero al demandante, quien podía darle muerte y en caso de haber múltiples deudores podían córtale en pedazos y repartirlos entre los deudores.²¹³

El otro supuesto consistía en vender al prisionero como esclavo más allá de río Tíber (*Trans Tiberium*), es decir en el extranjero, ya que está prohibido que un ciudadano romano sea esclavo dentro de la ciudad de Roma. Se cree que las disposiciones establecidas por la Ley de las XII tablas no se llevaron a la práctica, sino que estas se constituyeron fueron un medio de presión a la familia del prisionero, sobre los que se cernía la amenaza divina por la insepultura del cadáver. En la práctica se permitió que el prisionero siguiera con vida permaneciendo en poder del acreedor en una situación de semi esclavitud para redimir la deuda por medio de su trabajo.²¹⁴

Establece Tito Livio que es en el año 326 a.C. que entra en vigencia la *Lex Poetelia Papiria*²¹⁵, la cual viene a suprimir el *nexum* en las deudas de carácter civil, trasladándose la deuda de la persona a su patrimonio, solo permitiéndose las penas de muerte y semiesclavitud por deudas surgidas por delitos.²¹⁶

Legis actio per pignoris capionem: La segunda de las acciones de carácter ejecutivo, consiste en un modo de ejecutar un embargo sobre una cosa, generalmente mueble. Su procedimiento se llevaba a cabo fuera del tribunal, solo por el deudor quien solo estaba obligado a pronunciar las palabras sacramentales frente a tres testigos, pudiendo hacerse en presencia o ausencia del deudor, estando facultados los días fastos y nefastos para su ejecución.²¹⁷

²¹³ Cfr. *XII Tab.* 3,6.

²¹⁴ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 170.

²¹⁵ Cfr. *Liv.* 8, 28.

²¹⁶ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Págs. 170-171

²¹⁷ Cfr. CUENCA Humberto. Op cit. Pág. 48.

Esta acción solo resulta procedente en supuestos de interés público o sacro, como lo es el caso en que se reclama el precio de una res vendida para ser sacrificada a los dioses.²¹⁸

El procedimiento como hemos establecido previamente se divide en dos fases la primera ante el magistrado *in iure* y la segunda ante el juez privado *apud iudicem*. La etapa *in iure* se iniciaba con la citación a juicio del futuro demandado, esta citación extrajudicial es a cargo del demandante, en caso de que el demandado tenga intenciones de sustraerse del procedimiento se permite al demandante hacer uso de la *manus inicere*, para conducirlo por la fuerza ante el magistrado, existiendo la posibilidad de nombrar un fiador que asegure su comparecencia. Presentes las partes el magistrado procede a examinar la reclamación del demandante y a partir de su examen concede o deniega la acción. Los debates se celebraban durante el día, y en el supuesto de no bastar una jornada, el demandado debía nombrar un fiador (*vas*), que otorgue una garantía (*vadimonium*).²¹⁹

El demandado debía pronunciarse con respecto de la reclamación del demandante, pudiendo reconocer el derecho de crédito invocado (*confessio in iure*) en caso de ser una acción personal y en caso de ser una acción real si se reconoce el derecho, se puede optar por el abandono de la cosa, pronunciando una *addictio*, si negaba la reclamación entonces se seguía con el procedimiento, realizándose los ritos pertinentes y exclamándose las palabras sacramentales acordes a la acción. Una vez habiendo sido establecida la *litis* y sus límites, las partes realizan una especie de convenio en virtud del cual se comprometen a someter la controversia a un juez privado, es entonces cuando las partes invitan a los testigos (*testes*), que atestigüen el litigio (*litis contestatio*), invitándolos a recordar las declaraciones para que las refieran posteriormente *apud iudicem* (*ante el juez*).²²⁰

²¹⁸ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 171.

²¹⁹ Cfr. Ibídem. Pág. 165.

²²⁰ Cfr. Ibídem. Pág. 171.

La segunda fase del procedimiento era la *apud iudicem*, que se desarrollaba ante un *iudex* privado, en los primeros tiempos la designación del juez se realizaba inmediatamente, al concluir la fase *in iure*, posteriormente se hacía después de transcurridos treinta días, como previamente se mencionó con la finalidad de darle un periodo al demandado para que cumpliera con la obligación que tenía y que no se siguiera con el procedimiento. La elección del juez se realiza por las partes de entre los ciudadanos que integraban el *album iudicium*, y el nombramiento de este lo realizaba el magistrado (*iudicem dare*), dándole la orden de juzgar.²²¹

Las partes comparecían ante el juzgador dos días después de haberse realizado su nombramiento, exponiéndole de forma sumaria su asunto, formulando sus alegaciones y aportando sus pruebas. Si alguna de las partes no comparecía al juicio antes del mediodía, se fallaba a favor de la parte que se encontrara presente²²², las actuaciones no se podían prolongar más allá del atardecer²²³, existiendo la posibilidad de aplazarse. La sentencia que dicta el juez, crea derecho firme entre las partes, y si es condenatoria se deja expedita la vía ejecutiva.²²⁴

Señala John Henry Merryman, “El juez (*iudex*) en Roma no era un prominente hombre de leyes. Antes del periodo imperial, era en efecto un lego que desempeñaba una función arbitral, presidiendo el arreglo de las disputas de acuerdo con las fórmulas, establecidas por otro funcionario, el pretor. El *iudex* no era un experto en derecho y tenía un poder muy limitado. Recurría al jurisconsulto en busca de asesoría legal.”²²⁵ De lo anterior se desprende que el juzgador al no ser un versado en las cuestiones jurídicas, se hacía asesorar por jurisconsultos

²²¹ Cfr. Idem.

²²² *XII Tab.* 1,8. *Post meridiem praesenti litem addictio.*

²²³ Ibidem. 1,9. *Si ambo praesentes, sol occasus suprema tempestas esto.*

²²⁴ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 172.

²²⁵ MERRYMAN John Henry, *La Tradición Jurídica Romano Canónica* Traducción por SUÁREZ L. Eduardo, Fondo de Cultura Económica, Tercera Edición, México, 2014, Pág. 71.

para emitir una sentencia más acorde con el derecho y la equidad, siendo esto en durante la vigencia de los procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum*.

La ejecución de la sentencia se realizaba en los supuestos de acciones personales, por medio de la *legis actio per manus iniectioem* y en caso de acciones reales, la persona vencida en juicio debía entregar la cosa o en caso contrario se facultaba al vencedor a apoderarse de la cosa por sí mismo.²²⁶

3.2.2 Procedimiento *per formulam*

Se desconoce el momento exacto en que tiene su origen el procedimiento *per formulam*, existiendo diversas hipótesis de su instauración como el procedimiento que viene a sustituir a las *legis actionis*, entre los motivos que se plantean, se cree que la extrema rigurosidad del sistema de las *legis actionis* es un motivo muy fuerte para buscar su sustitución. Como previamente hemos mencionado, el procedimiento de las *legis actionis* era en extremo formalista, sacramental, solemne y oral, teniéndose que recitar las fórmulas sacramentales y en caso de cometerse un error o variación en la misma, se estaba condenado a perder el procedimiento. Otro motivo que se debe tomar en cuenta es que el sistema de las *legis actionis* no permite el acceso a este procedimiento a los extranjeros, motivo por el cual se instauró la pretura peregrina de cuyo procedimiento que, aunque no llega hasta nuestros días se considera que se retoman cuestiones como plasmar por escrito la fórmula, teniéndose una certeza mayor en comparación al antiguo procedimiento.

En los tiempos más remotos en Roma la administración de justicia y en específico el conocimiento de las fórmulas sacramentales necesarias para poder demandar a la autoridad la resolución de una controversia, se encontraba monopolizado por los colegios sacerdotales, quienes tenían control total sobre las formulas sacramentales. El proceso por el cual se da la secularización de la administración de justicia de las cuestiones religiosas en el año 304 a.C. el plebeyo Cneo Flavio

²²⁶ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 171.

secretario particular del Sacerdote ciego Apio Claudio, publicó el catálogo de fórmulas elaboradas por los sacerdotes, denominándose a esta *Ius Flavianum*, cincuenta años después el plebeyo elevado al colegio de sacerdotes de nombre Tiberio Coruncanio, comenzó a dar consultas públicas sobre cuestiones jurídicas apoyado en los documentos de los sacerdotes, y por último en el año 204 a.C. Sexto Aelio Peto publica el primer tratado sistemático de derecho denominado *tripertito*, el cual contenía la ley de las XII tablas, su interpretación y el catálogo de acciones también conocido como *Ius Aelianum*, dándose la publicidad de las fórmulas a la totalidad de la población.²²⁷

Por su parte el autor italiano Arnaldo Biscardi diverge de la opinión general, establece este autor, que el procedimiento *per formulam* es más antiguo y algunos de sus precedentes se pueden encontrar en los *iudicata recuperatoria ex foedere* los cuales pueden datarse al siglo VI antes de cristo en tratados comerciales entre Roma y Cartago, las *formulae ficticiae* a favor en contra de los peregrinos incapaces procesalmente en el sistema de las *legis actionis*, en los *arbitria honoraria bonae fidei* y en la evolución misma del sistema de las *legis actionis*. Si bien esta opinión difiere de la opinión general también es cierto que los procedimientos no se crean de la noche a la mañana y estos son producto de las necesidades sociales, y el consenso general es que la *Lex Aebutia* establece al procedimiento *per formulam* como el procedimiento imperante y el procedimiento de las *legis actionis* comienza a caer en gradual desuso.²²⁸

En cuanto a la fecha de su aplicación Gayo afirma que es con la *lex Aebutia*, cuya promulgación se data entre los años 150 y 120 a.C. estableciendo el nuevo sistema, siendo las leyes *Iulia iudicium publicorum et privatorum* las que establecen la vigencia única del sistema *per formulam*, aboliendo el sistema de las *legis actionis*.²²⁹

²²⁷ Cfr. MARGADANT S. Guillermo Floris. Op. cit. Págs. 55-56.

²²⁸ Cfr. BISCARDI Arnaldo, Temas de Derecho Romano, BOSCH, Barcelona, 1987, Págs. 20 y 21.

²²⁹ Cfr. CUENCA Humberto. Op cit. Pág. 52.

3.2.2.1 Generalidades y características

La característica más importante de este sistema es la fórmula que consistía en un comprimido jurídico en el cual se establecía por el pretor un esquema de las cuestiones sobre las cuales versaría el litigio, las partes en la controversia y los límites de la misma, debiendo atenerse el juzgador a aquello que está estrictamente establecido en la fórmula.²³⁰

La fórmula se componía de cuatro partes principales (*demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* y *condemnatio*) y también podía contener dos partes accesorias (*praescriptio* y *excepción*) de creación pretoria, en el principio de la fórmula se establece la *iudicis datio*, que vendría a ser el nombramiento del juez.

La *demonstratio* es la exposición de hechos que motiva el proceso, o causa del derecho alegada por el demandante. Esta puede estar explícita o contenida por la *intentio*.²³¹

La *intentio* parte esencial de la fórmula ya que de ella depende la existencia y validez de la acción, esta no puede estar implícita o sobreentendida, sino que siempre debe establecerse de forma expresa. En ella se indica que es lo que pretende obtener el demandante en el procedimiento. A través de ella se puede saber si se trata de una acción real o personal, ya que cuando la controversia versa sobre un derecho real no resulta necesario nombrar al demandado, mientras que en las acciones personales resulta indispensable nombrar al demandante y al demandado.²³²

La *adiudicatio* es la parte de la fórmula en la que se autoriza al juez la entrega de una cosa a la parte vencedora, generalmente en calidad de propietario, apareciendo principalmente en los juicios de carácter divisorio.²³³

²³⁰ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 54.

²³¹ Cfr. Ibídem. Pág. 57.

²³² Cfr. Idem.

²³³ Cfr. Ibídem. Pág. 58.

La *condemnatio* es la parte de la fórmula en la que el pretor autoriza al juez a condenar o absolver acorde a los resultados de la investigación de los hechos.²³⁴

La *praescriptio* es la delimitación del objeto del litigio con el fin de evitar efectos consuntivos, como en las deudas a plazos, usando la *praescriptio* para el cobro de los pagos vencidos solamente, yendo la *praescriptio* a la cabeza de la fórmula.²³⁵

La *exceptio* es el medio concedido al demandado para, rechazar la demanda del actor mediante hechos modificativos o extintivos.²³⁶

La *replicatio*, *duplicatio* y *triplicatio*, son una serie de argumentos y contra argumentos de las partes, que se incluye en la fórmula.²³⁷

3.2.2.2 El *arbiter* y el *iudex* en el procedimiento *per formulam*

El *iudex*, Gutiérrez-Alviz lo define de la siguiente forma, juez. Bajo el procedimiento del *ordo iudiciorum privatorum* (procedimientos de la *legis actionis* y *per formulam*) se designa como juez a un simple particular elegido por las partes en la fase *in iure* del proceso, bien de común acuerdo, bien eligiendo su nombre entre los que integran una lista confeccionada al efecto *album iudicium*²³⁸ de patricios, senadores y caballeros y *tribuni aerari*, o solamente de algunos de ellos, según las fluctuaciones políticas, o dejando su designación a la suerte, insaculándolo²³⁹ ante el magistrado, y que era el encargado de conocer y decidir

²³⁴ Cfr. CUENCA Humerto, Op. cit. Págs. 58-59.

²³⁵ Cfr. Ibídem. Pág. 60.

²³⁶ Cfr. Idem.

²³⁷ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor, Op. cit. Pág. 186.

²³⁸ *Album iudicium*: Tabla blanqueada en que se relacionaban los individuos y la propia relación o lista de los que se servía el magistrado para que las partes eligiesen de entre sus componentes la persona que había de zanjar su litigio; y cuya elaboración vario según las circunstancias políticas; en un principio fe la lista de los componentes del senado; después fue integrada por una relación de los caballeros, y posteriormente, un lista de senadores, caballeros y *tribuni aerari*, surgiendo nuevas modificaciones en el imperio. GÚTIERREZ -ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op cit. Pág. 60

²³⁹ Insacular: Poner dentro de un saco, urna u otro recipiente papeletas o bolas con números o con nombres de personas o cosas, para un sorteo. <http://dle.rae.es.srv/fetch?id=LjF1vYI> 8 de abril de 2017 19:40 horas.

de un proceso determinado en la fase *apud iudicem* del litigio. Bajo el procedimiento extraordinario, es juez el funcionario imperial con jurisdicción y competencia adecuada ante quien las partes plantean su litigio, y conoce desde su iniciación hasta la sentencia en su primera instancia o en apelación, actuando en virtud de su competencia o por delegación de un funcionario superior.²⁴⁰

Del concepto anterior se desprende que el juez en una primera acepción dentro de los procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum*, era un ciudadano romano, a quien se nombraba para decidir de un litigio. El nombramiento se hacía por acuerdo de las partes, por el magistrado e incluso se permite que se realice al azar la elección. Y en el procedimiento *extra ordinem* de época post clásica este se considera como una autoridad imperial, cuya función es dirimir las controversias que se hagan de su conocimiento.

Relativo al *iudex* establece Adolf Berger lo siguiente, originalmente juez era cualquier magistrado, que resolvía una controversia por medio de un juicio (*qui ius dicit*). En el sistema civil bipartito la rendición del juicio (*iudicare*) estaba separado del *ius dicere* y el *iudex* era un juez privado. En el lenguaje jurídico clásico *iudex* era un individuo (juez) a quien se le nombraba juez para conocer en un procedimiento específico. El juez no era magistrado ni subordinado de un magistrado, y este solo se encontraba obligado por las instrucciones establecidas en la fórmula. El derecho a servir como juez les estaba vedado a los sordos (*sordi*), a los mudos (*muti*), a los dementes (*furiosi*)²⁴¹, los impúberes y a las mujeres. A aquellos senadores que fueran removidos del senado, se les prohibía el poder ser jueces. No se podía pedir que el juez conociera de un litigio (*cum de re cognoscat*) antes que el magistrado *in ius vocatus* por el demandante. Sinónimo de la palabra *iudicans* (término frecuentemente interpolado en lugar de cualquier oficial jurisdiccional, que no existían ya en tiempos Justinianeos). En el

²⁴⁰ Cfr. GÚTIERREZ -ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op cit. Pág. 319.

²⁴¹ D.5.1.46 En este fragmento del digesto se establece que quien haya sido nombrado juez y posteriormente, caiga en un estado de locura sigue siendo juez, la anterior debido a su nombramiento realizado con las formalidades pertinentes, y solo una enfermedad crónica podía considerarse como excusa para que se eximiera a una persona por una enfermedad de realizar su función como juez.

Imperio post clásico y en lenguaje Justiniano, *iudex* era cualquier oficial imperial que detentaba cualquier tipo de jurisdicción, y *iudices* en un término plural con el que se hace referencia a los funcionarios administrativos del Imperio.²⁴²

Destaca del concepto anterior las limitantes establecidas para ser juzgador como lo son discapacidades físicas de la sordera y la mudez, así como los incapaces mentales, los menores de edad y las mujeres. Así como el uso de un término similar al de *iudex*, *iudicans* para nombrar a los funcionarios imperiales. Por su parte Humberto Cuenca define al *iudex* de la siguiente forma, el juez es designado generalmente con la palabra *iudex* y es el encargado de averiguar las cuestiones de hecho propuestas por las partes mediante las pruebas y de dictar la sentencia absolutoria o condenatoria del demandado. El proceso civil romano tiene dos instancias, una ante el magistrado, en la cual se plantean las cuestiones de derecho y otra ante el juez, que investiga las cuestiones de hecho y dicta la sentencia. En el sistema de las *legis actionis*, la petición del juez debe hacerse mediante una acción especial llamada *legis actio per iudicis arbitrive postulatio*, y en el formulario, el nombramiento de un juez es obligatorio, pero en ambos casos la escogencia del juez la hacen las partes de mutuo acuerdo de una lista que figuraba en tablas blanqueadas (*album iudicium*) y en su defecto, la elección se realizaba por el pretor. Los jueces debían ser mayores de 25 años y el cargo era de obligatoria aceptación, salvo legítima excusa. Al principio solo podían desempeñar la función de jueces los senadores, más tarde un *Lex Sempronia*, permitió la elección de entre ciudadanos distinguidos, caballeros y posteriormente, podían formar parte los ciudadanos corrientes, generalmente los comerciantes. La lista que en los primeros tiempos de Roma era de trescientos jueces, en la época imperial aumentó con la inclusión de varios miles de ciudadanos.²⁴³

²⁴² Cfr. BERGER Adolf. Op cit. Pág. 518.

²⁴³ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Págs. 24-25.

En el concepto anterior se hace hincapié en la función del *iudex*, de averiguar las cuestiones de hecho propuestas por las partes mediante los medios de prueba, y la emisión de una sentencia condenando o absolviendo a la parte demandada.

Por nuestra parte definimos al *iudex* de la siguiente forma, el iudex o juez en la época de vigencia del procedimiento del ordo *iudiciorum privatorum*, era la persona encargada de resolver un litigio, cerciorándose de la veracidad de las cuestiones de hecho propuestas por las partes mediante los medios probatorios aportados, en la etapa del procedimiento denominada como *apud iudicem*, siendo la etapa que se realiza ante el magistrado denominada *in iure*, concluyendo su función, dictando una sentencia absolutoria o condenatoria a la parte demandada. Su elección era realizada por acuerdo de las partes, el pretor o el azar por insaculación ante el magistrado. En época postclásica durante la vigencia de la *cognitio extra ordinem* y hasta época Justiniana, la figura del *iudex* se transforma en un funcionario imperial facultado y encargado de la resolución las controversias que se le designan, ya no habiendo división en el procedimiento los *iudex* conocían de las cuestiones de hecho y de derecho, dándose por terminada su función al momento de la emisión de la sentencia o la resolución de la controversia en apelación que se coloque bajo su arbitrio.

Como hemos mencionado también definiremos el concepto de *arbiter* por su uso en el procedimiento romano como símil o sinónimo del *iudex*

Respecto del *arbiter* establece lo siguiente Gutiérrez-Alviz; “Arbitro. Como sinónimo de juez, *iudex*, individuo designado en cada caso concreto por las partes que litigan o por el magistrado, ante quien se desarrolla la fase *apud iudicem* del procedimiento civil ordinario en la época del sistema de las *legis actiones* o *per formulam*. Frente a la jurisdicción estatal, en la última fase del Derecho romano, individuo o persona elegida amigablemente por las partes, que discrepan sobre la apreciación de un hecho o relación jurídica o tienen entre si

una cuestión litigiosa, a fin de que resuelva la diferencia sin intervención del magistrado que presenta la jurisdicción oficial.²⁴⁴

En el concepto anterior se considera el uso de los términos *arbiter* y *iudex* como sinónimos, mencionando que se nombran árbitros para resolver controversias en la época postclásica, aunque el nombramiento de arbitro se da desde el período de las *legis actionis* como posteriormente lo establecen Berger y Cuenca.

Relativo al *arbiter* refiere lo siguiente Adolf Berger, en los procedimientos judiciales, cuyas controversias requirieran un conocimiento profesional o técnico específico, el magistrado podía nombrar un experto (*arbiter*) en vez de un juez (*iudex*), para que el procedimiento fuera resuelto por alguien mejor calificado que el ciudadano romano promedio, en la lista de jueces (*album iudicium*). Los poderes discrecionales del árbitro en su toma de decisiones, no se encontraban de severamente restringidos por las instrucciones del pretor como en los procedimientos ordinarios. La división de propiedades comunes (*communio*) o herencias comunes eran asignados a árbitros, así también el establecer las delimitaciones en fundos contiguos.²⁴⁵

Relativo al concepto anterior resulta relevante lo referente a la elección de una persona con conocimientos profesionales o técnicos especializados, ya que se consideraba que su fallo era más acorde a la equidad que el de un ciudadano promedio que debido a su inexperiencia en la materia que dependiendo el caso específico fuera necesario para la resolución del litigio podría decidir erróneamente.

Por su parte Humberto Cuenca expone acerca del *arbiter* lo siguiente, la palabra *iudex* se refiere indistintamente al juez como al árbitro, pero existen entre ambas ciertas características diferenciales que conviene aclarar especialmente para el sistema formulario. El juez siempre es uno, mientras que puede haber un solo

²⁴⁴ GÚTIERREZ -ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op cit. Pág. 69.

²⁴⁵ Cfr. BERGER Adolf. Op cit. Pág. 365.

árbitro o varios. Según las doce tablas, para el deslinde de fundos contiguos podían nombrarse tres árbitros. La función de los árbitros toma especial importancia cuando el pretor, apartándose del derecho estricto, crea las llamadas acciones arbitrarias y las de buena fe, en las cuales en vez de señalarse específicamente lo que el juez debe condenar, se le deja amplia libertad de pronunciar su fallo, según los principios de la equidad (*ex bono et aequo*). Las acciones de buena fe se otorgaban en los juicios en que las obligaciones de las partes no estaban ciertas ni definidas de antemano, ya que esto era una cuestión difícil de precisar.²⁴⁶

En el concerniente a Cuenca, considera de gran importancia la libertad que tienen el *arbiter* en comparación con el *iudex* en cuanto a la pronunciación de su fallo y en la investigación, al conocer de procedimientos en los que la materia de *litis* no se establece por el magistrado por la dificultad de concretar que se debe resolver en el litigio.

Por nuestra parte consideramos al *arbiter* como un juzgador con mayores facultades que el *iudex* en la decisión de la sentencia de un determinado litigio en el cual se le nombra, en razón de la necesidad de conocimientos profesionales o técnicos especiales, necesarios para dar una solución más equitativa que la que daría un ciudadano promedio por su falta de experiencia en la materia sobre la que versa el litigio. Si bien su naturaleza puede divergir de la del juez, pero la función de los dos es la misma resolver una controversia determinada en la que sea nombrado, esta figura jurídica es tiene funciones en el periodo del procedimiento *per formulam* considerado como el periodo del derecho clásico. En síntesis, la función común, tanto del árbitro como del juez, es la de recibir e instruir las pruebas, la investigación de los hechos y dictar sentencia y su diferencia consiste en las mayores facultades de apreciación que el juez, pues no se encuentra limitado estrictamente a lo que le estableció el magistrado, sino

²⁴⁶ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Págs. 25-26.

que por ser especialista en la materia sobre la cual versa el litigio, se considera más apto y se le autoriza juzgar acorde a su saber y entender.

Las figuras tanto del *iudex* y del *arbiter* resultan de gran importancia en el procedimiento romano especialmente en el procedimiento *per formulam*, siendo estos los encargados de dirigir el procedimiento en la etapa *in iudicio*, a diferencia de otros cargos, se desconoce un periodo exacto en el cual tuviera su origen el *iudex*.²⁴⁷

Existen hipótesis que establecen que en los primeros tiempos de Roma durante la época de la monarquía las controversias se resolvían ante el Rey por medio de juicios divinos conocidos como ordalías en los cuales a través de rituales y la interpretación de los mismos se infería la inocencia o culpabilidad de una persona, aunque de fuentes históricas como las proporcionadas por Dionisio de Halicarnaso se desprende que desde la época antigua el procedimiento romano se divide en dos fases, una ante el rey de carácter formal y la otra ante el *iudex* o *arbiter* en la que se resolvía el fondo de la controversia planteada.²⁴⁸

La competencia de los *iudex privatus* será general y estos se encargan de resolver todo litigio que se les encomiende, con excepción de aquellos que se envíen a otros órganos jurisdiccionales como los *decenviri*, *centunviri*, *recuperatores*, etcétera. Se establece que la función principal de los *iudex* y *arbiters* el conocer y dictar sentencias en procedimientos civiles, competencia que mantendrían hasta avanzado el Imperio, periodo en el cual los jueces funcionarios del Imperio asumen todas las competencias jurisdiccionales desplazando a los *iudex*, *arbiters* y pretores de los procedimientos civiles.²⁴⁹

Como hemos mencionado en el apartado anterior existen diferencias entre la figura del *iudex* y del *arbiter* ya que usualmente se acostumbraba nombrar un

²⁴⁷ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 66.

²⁴⁸ Cfr. Idem.

²⁴⁹ Cfr. PARICIO Javier, Sobre la Administración de Justicia en Roma. Los juramentos de los Jueces Privados, Civitas, 1978, Págs. 38-39.

iudex en los casos en que la materia del litigio estuviera determinada y nítida en la que la solución dependía de la aplicación de una simple norma en los casos en que fuera necesario un conocimiento profesional o técnico se procedía a nombrar a un *arbiter* que en contraposición con el *iudex* que se encuentra limitado a juzgar conforme a lo establecido en la fórmula por el magistrado, el *arbiter* detenta mayores facultades al momento de la investigación y emisión de la sentencia; considerándose que esta es más acorde con la equidad y la buena fe (*boni et aequum*).²⁵⁰

Debemos aclarar que las diferencias existentes entre el *iudex* y el *arbiter* la función de ambos es considerada análoga por los romanos, no estableciéndose diferencia alguna entre ambos por la fuentes, como lo son la Ley de las XII Tablas o la Ley Flavia municipal en las cuales se habla de ambos si establecer distinción alguna, la diferencia entre estos no tiene nada que ver con su nombramiento o función ya que ambos son nombrados con el fin de dirimir una controversia, y esta solo versa sobre su capacidad discrecional al momento de conocer de un litigio.²⁵¹

Se considera que prevalece el uso del término *iudex* por sobre el de *arbiter*, debido a que este último se usó más comúnmente para designar a los meros árbitros que nombraban las personas para resolver una cuestión sin haber acudido al magistrado y los árbitros compromisorios (*arbiter ex compromisso*)²⁵².²⁵³

²⁵⁰ Cfr. PARICIO Javier, Op. cit. Pags. 38 y 39.

²⁵¹ Cfr. Ibídem. Pág. 41.

²⁵² *Arbiter ex compromisso*: Árbitro elegido por acuerdo voluntario entre las partes (*compromissum*) para decidir acerca de una disputa. Su decisión (*sententia pronuntiatio arbitri*) solo podía ser obligatoria cuando las partes realizaban estipulaciones penales, asumiendo la obligación de cumplir con la sentencia emitida por el árbitro. Generalmente los puntos sobre los cuales decidiría el árbitro eran fijados por acuerdo de las partes, este árbitro tenía más libertad que el *iudex* obligado a decidir por lo establecido en la fórmula en el procedimiento formulario. El establecimiento de un árbitro es considerado como una forma de solución extra judicial, que posteriormente recibiría protección por parte del pretor, que por medio de medidas coercitivas obligaba a las partes a cumplimentar la decisión tomada por el árbitro establecido por las partes sin intervención del magistrado. Cfr. BERGER Adolf. Op. cit. 366.

²⁵³ Cfr. PARICIO Javier. Op. cit. Pág. 41.

La inclusión de un árbitro o un juez en la fórmula por parte del magistrado dependía del tipo de acción solicitada por las partes, ya que por ejemplo la *legis actio per sacramentum* se desarrollaba siempre ante un juez, mientras que la *legis actio per iudicia arbitrive vel postulationem*, podía desarrollarse ante un juez o un árbitro; aunque también atendiendo a la naturaleza de la controversia el magistrado debía indicar a las partes sobre si resultaba más pertinente la elección de un *iudex* o *arbiter*.²⁵⁴

La diversidad existente entre jueces acabo delimitándose en la época imperial desapareciendo la diferencia entre uno y otro, por la influencia de los emperadores en la institución de los jueces y la paulatina implantación de la *extraordinaria cognitio*, y de los jueces funcionario del Estado Imperial, pasando estos a detentar las facultades y funciones que en la republica estuvieron repartidas entre el *iudex*, el *arbiter* y el *praetor*.²⁵⁵

La sentencia emitida por los jueces en el procedimiento *per formulas* resultaba definitiva e inapelable por no existir recurso alguno que pudiera interponerse contra ella, no pudiendo usarse recursos como la *intercessio* de un magistrado colega o del tribuno de la plebe, al no ser actos del magistrado sino de un juez privado (*iudex privatus*), no existiendo en estos autoridad superior encargada de revisar las sentencias, la decisión del *iudex* o el *arbiter* tiene eficacia de cosa juzgada (*res iudicatae*).²⁵⁶

Durante la vigencia de la *cognitio extra ordinem* y con la reorganización de la administración imperial se establece que las sentencias de los jueces pueden ser apeladas (*apellatio*)²⁵⁷ al ser estos jueces parte de la administración del estado,

²⁵⁴ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 68.

²⁵⁵ Cfr. Idem. Pag. 68.

²⁵⁶ Cfr. CAMIÑAS G. Julio. "Jurisdicción y Jurisprudencia en el Principado" PARICIO Javier Coordinador, Poder Político y Derecho en la Roma Clásica, Editorial Complutense, 1995, Pág. 125.

²⁵⁷ *Apellatio*: Apelación por parte de un litigante a un tribunal judicial superior, cuando la sentencia del tribunal menor no resulto a su favor. Introducida en el procedimiento extraordinario (*cognitio extra ordinem*) como un nuevo remedio procesal, fue modificado gradualmente, y finalmente reformado por Justiniano, la *apellatio* se estableció como una institución de carácter general aplicable a todos los juicios tanto en materia civil como criminal, con excepción de las

como ejemplo de ello se conoce que las sentencias de los jueces ordinarios (*iudex ordinarius*) podían ser apeladas, constituyéndose como juez ordinario tanto en roma como en Constantinopla, el *praefectus pretorio*, pudiéndose apelar la decisión de este ante el *praefectus urbi*, estableciéndose como autoridad máxima de apelación el emperador mismo, cuya resolución era definitiva por lo tanto no podía ser objeto de modificación alguna.²⁵⁸

El origen de la apelación ante el emperador, es una *provocatio* especial instituida por Augusto como forma de apelación a los actos jurisdiccionales, teniendo por fundamento la *auctoritas* de Augusto quien confiere a sus sucesores la facultad de conocer los procesos en revisión. Estableciéndose la hipótesis de ser este procedimiento paralelo al sistema *per formulam* el origen de la *cognitio extra ordinem*.²⁵⁹

Con la reestructuración de la organización política que se da con el cambio del régimen republicano al imperial, se acaba con el elemento democrático que fue característica fundamental de las instituciones de la república, aunque teniendo un efecto beneficioso en lo que a la administración de justicia se refiere al unificar los criterios de los jueces y árbitros ocupándose de estos cargos juristas con el fin de evitar los supuestos que podrían suscitarse al dictar sentencia personas sin conocimientos jurídicos.²⁶⁰

Aclaremos que lo anterior es un breve panorama del *iudex* y el *arbiter* en cuanto a su origen, funciones y desaparición, siendo que muchas cuestiones de los mismos son cuestiones procedimentales y deben ser estudiadas en ese contexto, ya que al ser sustraídas de este pierden gran parte de su significado.

provenientes del prefecto pretorio, y las decisiones de carácter meramente administrativo. Las apelaciones frívolas eran castigadas con penas pecuniarias. La tardía apelación se convirtió en sinónimo de la *provocatio*, que en los primeros tiempos se aplicaba solo a los casos criminales. BERGER Adolf. Op. cit. Pág. 364.

²⁵⁸ Cfr. FUENTESECA DEGENEFTE Margarita, *El Juez en roma: Funciones y Responsabilidad*, Fontanamara, 2013, Págs. 93-95.

²⁵⁹ Cfr. CAMIÑAS G. Julio. "Jurisdicción y Jurisprudencia en el Principado" PARICIO Javier Coordinador. *Poder Político y Derecho en la Roma Clásica.*, Op. cit. Pág. 126.

²⁶⁰ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 69.

Posteriormente en el desarrollo de este capítulo abordaremos el estudio de los procedimientos, y se ahondará en la función del pretor y de los juzgadores en el procedimiento.

3.2.2.3 Desarrollo y etapas del procedimiento

La fase *in iure* del procedimiento comenzaba con la citación extrajudicial del futuro demandado, informándole el actor sobre su pretensión, y los medios probatorios que expondrá en el procedimiento a fin de probar su dicho ante el juzgador en la etapa *apud iudicem*. Posteriormente se procedía a realizar la *in ius vocatio*, en la cual se hace la citación del demandado ante el magistrado, debiendo garantizar su presencia en el mediante una estipulación denominada *vadimonium*. En presencia del magistrado el del pretor se compromete a cumplir con la condena, defender el litigio y no obrar dolosamente por medio de la estipulación denominada *cautio iudicatum solvi*. En caso de que el demandado no otorgara las garantías pertinentes o evita la citación se le tiene por *indefensus*, pudiendo decretar la *missio in bona* que como mencionamos previamente es una especie de embargo por virtud de orden pretoria, pudiendo también decretar la venta del patrimonio.²⁶¹

En el supuesto de estar presentes las partes y habiéndose establecido las cauciones pertinentes, el actor procede a pedir al pretor le conceda la acción (*postulatio actionis*). A continuación el pretor realiza el examen de los presupuestos para admitir o denegar la acción intentada, así mismo examina si las partes tienen capacidad para ser parte del procedimiento, si la acción está protegida por el *ius civile* o el *ius pretorium*, pudiéndose dar el supuesto de que una situación que se hiciera de su conocimiento no estuviera contemplada, pero en virtud de sus facultades y por creerle digna de protección, concederle una

²⁶¹ PADILLA SAHAGÚN GUMESINDO. Op. cit. Págs. 133-134.

actio in factum, con fundamento en los hechos alegados, por medio de un *edictum repentinum*.²⁶²

Podían darse la situación en que el demandante quisiera cerciorarse de que el citado fuera la persona que quería demandar, y realizándole una serie de cuestionamientos a fin de asegurarse que la persona presente fuese la indicada. El pretor por medio de negociaciones podía establecer un acuerdo entre las partes por medio de la *transactio*, realizándose recíprocas prestaciones con la finalidad de dar por terminada, la controversia. También podía ocurrir que el demandado se allanara a las pretensiones del actor, dándose por terminado el litigio.²⁶³

Otra forma en que se podía darse por terminada la controversia era por medio del *iusiurandum*, ya sea *voluntarium*, *necessarium* o *in iure*, realizando las partes juramentos, que una vez realizados las partes deben atenerse a lo jurado, considerándose la controversia resuelta. Otorgando el pretor acciones *in factum* o excepciones, según resulte necesario, por el incumplimiento de juramento o la intención de demandar por la misma causa.²⁶⁴

Después de haberse prestado las cauciones pertinentes, hechos los juramentos por las partes y habiéndose cumplido con todas las formalidades pertinentes se procede al nombramiento del juez, arbitro o tribunal. La elección del juez la realizaban las partes por mutuo acuerdo de entre las personas establecidas en el *album iudicium*, pudiendo presentarse la recusación, de los jueces nombrados por la contraparte, siendo que al menos uno no podía ser recusado.²⁶⁵

Una vez designado el juez, el pretor procede a nombrarlo a la cabeza de la fórmula (*iudicis datio*). Una vez realizadas todas cuestiones de derecho ante el magistrado como la precisión del litigio y las excepciones por la parte demandada

²⁶² Cfr. PADILLA SAHAGÚN GUMESINDO. Op. cit. Pág.135.

²⁶³ Cfr. Ibídem. Pág. 134.

²⁶⁴ Cfr. Ibídem. Pág. 135.

²⁶⁵ Cfr. Idem.

y plasmada la fórmula en las tablillas se da por terminada la fase *in iure*. Siendo lo anterior la *litis contestatio*. Procediéndose a la siguiente etapa del procedimiento que es la *apud iudicem*.²⁶⁶

Los efectos de la *litis contestatio* son los siguientes, las partes quedan vinculadas y por lo tanto la sentencia será obligatoria, las disputas de las partes se consideran objeto de juicio, así como las cosas por lo que estas no pueden ser enajenadas, las acciones intransmisibles pasivamente y sujetas a plazo ahora se consideran transmisibles y perpetuas, además de la consumición de la acción que no podrá volver a ser intentada. La consumición de la acción opera *ipso iure* en las acciones personales *in ius concepta*. En las demás acciones la acción no se consume con la *litis contestatio*, sino que estas operan *ope exceptionis*, siendo el supuesto en que si se intenta de nuevo la misma acción concede al demandado la *exceptio rei iudicatae*.²⁶⁷

Una vez concluida la fase *in iure* con la celebración de la *litis contestatio* el juez o árbitro, recibe la fórmula que como hemos establecido previamente puede ser un particular sin conocimientos de derecho por lo cual se puede hacer asesorar por jurisconsultos. Si el juez dictaba una sentencia dolosamente o descuidaba su función podía incurrir en responsabilidad, cuestión que analizaremos un poco más a fondo en el último apartado del presente capítulo. El juez debía aceptar el cargo solo pudiendo excusarse por una enfermedad grave que no le permitiera realizar la tarea de juzgador.²⁶⁸

Ursicino Álvarez Suárez en su curso de Derecho romano señala que las funciones del juzgador son:

“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, pero con la obligación de escuchar a cada una de ellas en lo que tengan que decir.

²⁶⁶ Cfr. Ibidem. Pag. 136.

²⁶⁷ Cfr. Ídem.

²⁶⁸ Cfr. PADILLA SAHAGÚN GUMESINDO. Op. cit. Pág. 137.

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 un nuevo juez.²⁶⁹

Como podemos vislumbrar de lo establecido por Álvarez Suárez esta etapa se desarrolla de forma eminentemente oral, y a través de los argumentos, discursos y medios probatorios, aportados las partes buscan convencer al juzgador de que les asiste la razón.

“En la etapa *apud iudicem* cuando intervienen los abogados, cuyo límite para pronunciar sus discursos (*perorationes*) estaba fijado por la paciencia del juez, a continuación, se procedía a la recepción de las pruebas.”²⁷⁰

El *iudex* tenía libertad para valorar los medios de prueba, debiendo emitir la sentencia a partir de las pruebas aportadas por las partes sin poder pedir otras adicionales. No existieron en la época clásica reglas fijas sobre la carga de la prueba, pero por costumbre el demandante debía probar su *intentio* y el demandado su *exceptio*. En la época clásica no existieron las presunciones, estas aparecen hasta época postclásica.²⁷¹

²⁶⁹ ÁLVAREZ SUÁREZ Ursino, Horizonte Actual del Derecho Romano, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944, Pág. 423.

²⁷⁰ PADILLA SAHAGÚN GUMESINDO. Op. cit. Pág. 137.

²⁷¹ Cfr. Ibídem. Pág. 137.

Entre los principales medios de prueba encontramos: las declaraciones de las partes, testimoniales siendo que el castigo para los testigos que declaran falsamente se le condenaba al exilio, los documentos que en la época clásica resultan poco comunes, así como las opiniones de peritos.²⁷²

Una vez habiendo valorado todos los medios de prueba aportados, y a consideración del juez se dictaba la sentencia, siendo esta un fallo de carácter inapelable que da por terminado el litigio. Aclarando que en la época clásica no existe medio de impugnación alguno a través del cual se pueda controvertir la sentencia. La sentencia usualmente se dictaba de forma oral y las partes se encargaban de recogerla en *tabulae* para constancias.²⁷³

La ejecución de la sentencia se establecía de la siguiente forma, se le daban treinta días al condenado para acatar la sentencia, y en caso de no hacerlo el vencedor podía ejercer la *actio iudicati* para provocar la ejecución forzosa, ocasionando un nuevo litigio donde el demandado podía alegar ya haber cumplimentado la sentencia o que el juez no se constricto a lo establecido por la fórmula, en caso de no haber fundamento alguno para el incumplimiento de la sentencia, el vencido era condenado a pagar el *duplum*, acorde a lo establecido por el principio de litiscrescencia.²⁷⁴

La ejecución de la sentencia se puede dar en contra de la persona (*in personam*) figura que aún subsiste en el derecho clásico, o puede ejecutarse en contra del patrimonio de la misma, siendo este supuesto el más frecuente en la época clásica. La ejecución patrimonial se dirigía a la totalidad del patrimonio del vencido, es por ello que se permite la concurrencia de otros acreedores, aunque estos no hayan ejercitado acción alguna o hayan sido parte del procedimiento.²⁷⁵

²⁷² Cfr. PADILLA SAHAGÚN GUMESINDO. Op. cit. Págs. 137-138.

²⁷³ Cfr. Ibídem. Pág. 138.

²⁷⁴ Cfr. Ibídem. Pág. 139.

²⁷⁵ Cfr. Idem.

La ejecución patrimonial se realizaba a través de la *venditio bonorum* de la cual establece Gutiérrez-Alviz lo siguiente, “Forma de ejecución introducida por el pretor, consistente en la venta en bloque de la totalidad de los bienes del deudor insolvente, quien por ello incurre en infamia, satisfaciéndose con el precio obtenido la masa de acreedores. Primeramente, fue establecida con carácter secundario y con posterioridad se limitó su esfera de aplicación.”²⁷⁶

Como se observa del procedimiento *per formulam* existen grandes avances en comparación con el sistema de las *legis actionis*, con los grandes cambios que realiza el pretor en el Derecho aunado al procedimiento que si bien es formalista otorga más libertades que su predecesor, no resulta extraño que durante la vigencia de este sistema se dé la denominada época clásica del Derecho romano.

3.2.3 Procedimiento de la *cognitio extraordinem*

Desde los tiempos del periodo *per formulam* podemos encontrar procedimientos que se tramitan de forma especial, pero es en tiempos de Augusto, cuando surge la práctica procesal de resolver los litigios en una sola etapa y ante el mismo magistrado, misma que se extendió a finales de la época clásica.²⁷⁷

La tramitación de la *extraordinaria cognitio* se comienza a dar por en Roma y en Italia, por controversias relativas a alimentos, tutelas, fideicomisos, al pago de honorarios de profesiones liberales, a cuestiones de libertad, entre otras. El emperador delega la resolución de los mismos a los cónsules y a pretores especiales) y posteriormente a funcionarios imperiales como los *vicarius in urbe*, el *praefectus urbi*, y prefecto pretorio.²⁷⁸

Como hemos mencionado su principal característica es que se desarrolla en una sola instancia, ante un magistrado imperial que concede *audientia* a los que piden justicia. El procedimiento se desarrolla dentro de salas, y su tramitación es

²⁷⁶ Cfr. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op cit. Pág. 87.

²⁷⁷ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor. Op. cit. Pág. 206.

²⁷⁸ Cfr. Ibídem. Pág. 207

eminentemente escrita y protocolizada, y debe pagarse honorarios a los oficiales judiciales por sus funciones.²⁷⁹

3.2.3.1 Desarrollo del procedimiento

El procedimiento da comienzo con la citación del demandado que es de carácter semioficial u oficial, porque en ella interviene el magistrado. En la época clásica se realiza a través de la citación del demandado a asistir al tribunal en fecha determinada, lo cual también puede realizar el actor de forma privada o con el refrendo del magistrado. A partir del siglo V este se comienza a dar el sistema por *libellus* siendo el libelo el escrito de demanda que el actor entrega al magistrado, para que le sea entregado al demandado por un oficial denominado *executor (libellus conventionis)*, al que el demandado da respuesta por medio del *libellus contradictorius* y presta caución ante el tribunal de que comparecerá a juicio (*cautio iudicio sisti*), siendo un supuesto el del demandado que se niega a prestar caución, estando facultado el *executor*, para aprisionarlo durante la duración del procedimiento. Contestada la demanda el *executor* notifica al demandante con una copia del *libellus contradictorius*.²⁸⁰

Si al momento de la contestación de la demanda, el demandado acepta el dicho del actor, se tiene por confeso (*confessio in iure*), con lo cual se da por terminado el procedimiento.²⁸¹

La comparecencia de las partes, se hace ante el juzgados en el domicilio del tribunal, prestando las partes, el *iusiurandum calumniae*, por el que afirman que no intervienen en el proceso haciendo mal uso de su derecho, posteriormente el actor procede a realizar su *narratio* y el demandado su *contradictio*, la *litis contestatio* es en este procedimiento el momento en el que las partes fijan sus pretensiones quedando establecida la *litis* sin que se dé el efecto de los

²⁷⁹ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Hector, Op. cit. Pag. 207.

²⁸⁰ Cfr. Idem.

²⁸¹ Cfr. Idem.

procedimientos anteriores de la consumición de la acción, dándose este posteriormente en la sentencia.²⁸²

Los medios de prueba admitidos en este procedimiento son los siguientes: La confesión, la prueba testimonial rechazándose en caso de presentar testigo único, la documental que aumenta en importancia ya que se considera un medio probatorio más fehaciente que los simples testimonios, la prueba pericial y las presunciones. La valoración de la prueba se realiza libremente por el juzgador, posteriormente en el Derecho Justiniano se establece el sistema de valoración reglado o tasado en el cual se admite que el juez pueda pedir pruebas adicionales para poder averiguar los hechos.²⁸³

La sentencia se dictaba por escrito y en presencia de las partes, pudiendo ser condenatoria o absolutoria, la condena ya no se limita a cuestiones pecuniarias, sino que puede versar sobre toda clase de prestaciones. La ejecución de la sentencia puede darse en la entrega de una cosa determinada usando la fuerza, embargo y venta de los bienes necesarios para satisfacer las exigencias del demandante, ejecución patrimonial en régimen de concurso de acreedores (*bonorum venditio*), y la ejecución personal en prisión pública.²⁸⁴

En el procedimiento *extra ordinem* se admite que las sentencias sean controvertidas ya que estas son establecidas por funcionarios imperiales que pertenecen a sistema de autoridades organizadas de forma jerárquica, dándose la tramitación de la *apellatio* ante la autoridad que conoció del litigio, quien hará del conocimiento del superior jerárquico, quien puede confirmar o nulificar la sentencia.²⁸⁵

²⁸² Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor. Op. cit. Pag. 208.

²⁸³ Cfr. Ibídem. Pág. 209.

²⁸⁴ Cfr. Idem.

²⁸⁵ Cfr. Idem.

Los efectos de la sentencia firme son: ser ejecutable por medio de la *actio iudicati*, y convierte al litigio en cosa juzgada (*res iudicata*).²⁸⁶

3.3 La Representación judicial en Roma

Previo a adentrarnos en el estudio de los procedimientos que tuvieron vigencia en Roma a lo largo de su historia resulta menester abordar el estudio de los representantes legales en Roma. Consideramos la inclusión y breve estudio importante en el presente trabajo, ya que si bien en las épocas más arcaicas de Roma la sociedad romana no ve bien estas instituciones de representación conforme avanza la sociedad romana resultan necesarias en virtud de diversas situaciones como los casos emergentes en los que se considera necesario abandonar Roma, y en razón de que se está en medio de un procedimiento el abandonarlo traería como resultado perderle, los romanos vislumbraron las ventajas que representaba la representación dentro de los procedimientos, llegando a aplicarse de manera generalizada en el Derecho postclásico y Justiniano.

3.3.1 Concepto de representación

En un primer término, consideramos que lo más pertinente resulta definir el concepto de representación.

Respecto a la representación establece Gutiérrez-Alviz, “Actuación de una persona por otra en la esfera de las relaciones jurídicas. En el derecho romano la representación fue con dificultad reconocida cuando las influencias extrañas al *ius civile* fueron decisivas sobre este, aferrado al criterio tradicional de oposición a la misma, difícil de encajar, de otra parte, en el ámbito de un ordenamiento jurídico y de un sistema contractual formalista y solemne. Mediante la representación, el representante emite una declaración de voluntad como propia o acepta la dirigida a otro como si lo fuera a él, produciéndose los efectos jurídicos

²⁸⁶ Cfr. GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor. Op. cit. Pag. 209.

con la persona representada. En la esfera procesal solo se admitió originariamente en los supuestos *pro tutela* (el tutor actuando por el pupilo), *pro liberale* (al *adsertor*²⁸⁷ representando al esclavo en la *causae liberalis*), *ex lege hostilia* (en el caso de que una persona ausente en misión del estado sufriese un hurto) y *pro populo* (ejercitando una acción popular) ...”²⁸⁸

Del concepto anterior se desprende que la representación, consiste en realizar una actividad por otra persona, siendo el ámbito de nuestro interés el jurídico, esta actuación tiene repercusiones jurídicas, en Roma y principalmente en el ámbito civil versa en el patrimonio, y en el ámbito penal sobre la vida, la libertad y la ciudadanía de las personas.

La idea de la representación judicial no es propia de la época clásica ya que en este ya que en este periodo aún prevalece el formalismo en el procedimiento y no siendo bien vista la representación, ya que acorde al principio de personalización de los actos la persona titular de la acción debía ejercitar por sí mismo toda la actividad tendiente al desarrollo del proceso, considerándose la idea de la representación judicial como concepto técnico de origen postclásico y usado más ampliamente en el periodo justiniano.²⁸⁹

Se cree que esta institución tiene sus orígenes en los primeros tiempos de Roma, cuando la administración de justicia en Roma les está vedada a los extranjeros teniendo que acudir estos a ciudadanos romanos distinguidos de clase patricia, constituyéndose la relación de patronato y clientela asesorando y representando los patronos a sus clientes extranjeros así como sus clientes romano siendo estas personas pertenecientes a un estrato social bajo (plebeyos) en controversias,

²⁸⁷ *Adsertor Liberalis*: Ciudadano Romano que interviene como representante procesal de la persona sobre cuya condición de hombre libre o esclavo se discute en el procedimiento denominado *causa liberalis*. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 50.

²⁸⁸ Ídem. Pág. 592.

²⁸⁹ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 97.

valiéndose los patronos ya sea de excepcionales cualidades para la oratoria o de su elevada posición social.²⁹⁰

3.3.2 Clasificación

Al tratar el tema de la representación debemos tener en cuenta que existieron diferentes tipos de representantes en Roma, por lo cual estas pueden ser agrupadas acorde a sus características.

En primer lugar encontramos la representación indirecta o mediata en la cual “el representante actúa por cuenta ajena pero en nombre propio, de modo que los efectos positivos o negativos del proceso recaen en su patrimonio, y luego debe transmitirlos por actos especiales al patrimonio del representado”.²⁹¹

Por otra parte existió la representación indirecta o inmediata en la cual, “el representante actúa por cuenta ajena y en nombre ajeno, de manera que los efectos del proceso surten desde el principio en el patrimonio del representado, como si el mismo hubiese actuado en la causa”.²⁹²

3.3.3 Procurator y cognitor

La figura más rudimentaria de representación que se encuentra en Roma es el *nuntius*, una especie de mensajero que sirve de intermediario entre una persona que le encarga solicitar algo que le interese y otra persona, pero no interviene directamente en el negocio. Posteriormente al no existir procedimiento alguno para la cesión de créditos surge la *procuratio in rem suam*, que es un contrato en el cual se realiza una cesión de acciones, mediante el cual el titular de una acción

²⁹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES Luis, “Reflexiones en torno al origen de los honorarios en los *advocati*” PARICIO Javier Coordinador. Poder Político y Derecho en la Roma Clásica. Op. cit. Pág. 134.

²⁹¹ GORDILLO MONTESINOS Roberto Héctor. Op. cit. Pág. 162.

²⁹² Ídem.

cede de manera irrevocable y definitiva la acción a favor de un mandatario llamado *procurator* que dispone del derecho a la acción como si fuera propio.²⁹³

En el sistema de las *legis actionis* el *procurator* tiene por objeto sustituir a la persona de uno de los litigantes, obrando en nombre propio; quedando obligado y comprometido a soportar personalmente las consecuencias del litigio, y por medio de un acuerdo privado con el litigante, al que sustituyó en el procedimiento este transmite los beneficios u obligaciones, conforme a lo dictado en la sentencia por el *iudex*. En el sistema formulario surge otra forma de representación judicial, el *cognitor*, existiendo diferencias entre estos.²⁹⁴

El *procurator* en un mandatario designado por el litigante si formalidad alguna, sin estar en presencia ni del magistrado, así como tampoco de la parte contraria en el procedimiento, este debe prestar una caución denominada *cautio de rato*, ya que puede darse el caso de que el mandante no apruebe la gestión el actuar del *procurator* en el procedimiento no consume la acción en virtud de la *litis contestatio*, por lo que esta se puede volver a intentar posteriormente; caso contrario es el de *cognitor* que se constituye por medio de palabras solemnes²⁹⁵, en presencia del pretor y de la parte contraria, no debiendo constituir caución alguna, ya que su nombramiento por haber sido realizado con las formalidades pertinentes se considera cierto y seguro.²⁹⁶

En el caso de representación la fórmula que redacta el magistrado, se realiza como si el representado litigara por sí mismo, pero la *condemnatio*, recae sobre el *procurator* o el *cognitor*²⁹⁷. Al considerarse el mandato un contrato gratuito se

²⁹³ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 98.

²⁹⁴ Cfr. Idem.

²⁹⁵ Cfr. En los Fragmentos Vaticanos 318-319, refiere que la designación del *cognitor* debía hacerse por medio de palabras solemnes (*certis verbis*). Ejemplo de la fórmula para designar a del *cognitor* podemos encontrarla en *Gai.* 4, 83.

²⁹⁶ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 99.

²⁹⁷ *Gai.* 4, 82. Observemos ahora que podemos accionar o en nuestro nombre o en nombre de otro, como por ejemplo a título de "*cognitor*", de "*procurator*", de tutor, de curador mientras que antiguamente, en el tiempo en que estaban en uso de las "*legis actiones*", no era lícito accionar en nombre de otro, excepto en ciertos casos.

crea que las remuneraciones por realizar las funciones de representación se realizaban por medio de dadas.²⁹⁸

Paulatinamente se ve prevalecer el nombramiento de *cognitores*, sobre los *procuratores* y ya en época del bajo imperio no existe distinción alguna entre estos, y en el derecho Justiniano se llama *procurator* a cualquier representante judicial, usándose la palabra *cognitor* para nombrar al juez (*qui litem cognoscit*).²⁹⁹

No podían litigar por sí mismos los sordos y los mudos, las mujeres y los militares podían litigar por sí mismos, pero no podían representar a otros, y las personas tachadas de infames al no poder acceder a la administración de justicia, no se considera que fueran capaces de representar a otras personas.

3.3.4 Los *advocatus*

En otro ámbito de los procedimientos se encuentran los *advocati*, vocablo usado para nombrar a aquellas personas, que ejercían la profesión libre de la abogacía, fungiendo como asesores legales, asistiendo a su cliente con asesoramiento jurídico antes y durante el proceso, aunque la parte retórica se deja en los primeros tiempos a los oradores, considerándose que en determinadas situaciones la mera argumentación jurídica no tendría efecto en el ánimo del juzgador y resultaba necesario que un experto en el arte de hablar convenciera al juzgador de la razón de la parte por la que aboga.³⁰⁰

La labor de los *advocati* era una de las *artes liberales*, siendo estos una clase aparte de las labores manuales *operae* o *artes illiberales*, considerándose una función demasiado elevada de los hombres realmente libres, ocupando un lugar destacado en las profesiones libres, los peritos en Derecho, siendo en los primeros tiempos una profesión que se ejercía gratuitamente, en razón de que

²⁹⁸ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 99.

²⁹⁹ Cfr. BERGER Adolf. Op. cit. Pág. 394

³⁰⁰ Cfr. Ibídem. Pág. 352.

los trabajo remunerados se consideraban una esclavitud temporal. Como hemos mencionado previamente la primera forma de representación judicial la encontramos en el *patrono* haciendo las veces de jurisconsulto y orador por parte de sus clientes realizando esta tarea por un largo tiempo, sin embargo el procedimiento y ordenamiento jurídico se vuelven en extremo complejos, resultado de esto se considera que la actuación de un orador sin conocimientos jurídicos o el patrono que se encontraba en la misma situación no podrían llevar de forma adecuada los procedimientos, menguando su función del patrono en los procedimientos, hasta dejar de cumplir este papel a finales del periodo republicano.³⁰¹

Al desaparecer la distinción entre el orador y el *advocati* en la época imperial, se da la unificación estas dos funciones en la figura del *advocati*, siendo llamado *advocati patronus*, *causidicus* o *togatus* (por su vestimenta), posterior se le nombra *iuris peritus*, en estos estudiosos del derecho los primeros gérmenes de la profesión de la abogacía, fungiendo los *advocatus* como asesores y oradores, realizando argumentaciones con fundamentación jurídica buscando convencer al juzgador que la razón asiste a su cliente. Cuando el *advocatus* carecía de conocimientos jurídicos suficientes en un asunto determinado sometido a su consideración, se hacía asesorar por personas con una menor reputación, pero con conocimientos especializados como los *leguleii*, *formulari* y *pragmatici*.³⁰²

Relativo a la remuneración de los *advocatus*, se dice que en la temprana época ni los ya mencionados patronos ni los *advocatus* recibían ningún tipo de remuneración por la naturaleza de su función y los patronos porque esta representación se realiza *ex officio* a sus clientes. Debe destacarse que el fungir como *advocati* en los primeros tiempos de la república, tenía fines políticos ya que quienes realizaban esta función pertenecían al orden *equester* ganando adeptos dentro de los comicios que servirían al momento de postularse para la

³⁰¹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES Luis, "Reflexiones en torno al origen de los honorarios en los *advocati*" PARICIO Javier Coordinador. Poder Político y Derecho en la Roma Clásica., Op. cit. Pág. 134.

³⁰² Cfr. Ibídem. Op. cit. Pág. 134-135.

elección de las magistraturas. Aunque en la práctica la realidad se dice fue diferente, ya que si bien los *advocatus* no podían cobrar por sus servicios eran comunes las dadas realizadas por los clientes de estos en razón a la defensa realizada, denominándose a estas *honorarium* para distinguirse de las *merces* siendo estas el pago realizado por una labor. Se dice que era muy extraña la ocasión en la que el gran jurista Cicerón no recibía honorarios y regalos, virtud de sus defensas realizadas.³⁰³

A finales del siglo tercero antes de Cristo por la extrema avaricia de los abogados se comienzan a suscitar una gran cantidad de litigios, con lo cual los honorarios se elevaron a cantidades exorbitantes, y el pueblo en su mayoría era gente pobre que si se veía inmerso en un litigio no podría cubrir las exageradas cantidades de dinero de los honorarios, se veían privados de una defensa estando condenados a perder el procedimiento.³⁰⁴

En razón de los abusos de los abogados el tribuno de la plebe *Cincio Alimento* en el año 204 a.C. propuso un *Lex Cincia*, la cual establecía la prohibición a los abogados de recibir dinero o regalos por sus defensas, siendo Augusto quien establece la pena por cuádruplo aquellos abogados que recibieran remuneración alguna por sus servicios, siendo ineficaz esta medida se establece como cuota máxima que podían percibir los abogados diez mil sestercios siendo acusados de *crimen repenturandum* aquellos que recibieran honorarios por encima de esta cantidad, siendo Nerón quien finalmente instituye que los abogados tienen derecho a la remuneración justa y determinada por sus funciones.³⁰⁵

Como hemos estudiado no solo el magistrado, el juez y los litigantes forman parte de la administración de justicia en Roma, siendo partícipes de los procedimientos

³⁰³ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES Luis, "Reflexiones en torno al origen de los honorarios en los *advocati*" PARICIO Javier Coordinador. Poder Político y Derecho en la Roma Clásica., Op. cit. Págs. 136-137.

³⁰⁴ Cfr. *Ibidem*. Pág. 137.

³⁰⁵ Cfr. *Ibidem*. Pág. 136-137.

el *cognitor*, el *procurator*, los patronos y los *advocati*, siendo las actuaciones de estos personajes fundamentales para las partes del litigio en Roma.

En Grecia con los sofistas y especialmente en los *advocatus* romanos, encontramos los antecedentes más remotos de nuestra profesión, y en Roma, incluso el origen del vocablo con el cual se nos identifica comúnmente abogado

3.4 La responsabilidad judicial en el Derecho romano.

Por último, realizaremos un breve estudio acerca de la responsabilidad de los jueces en Roma en sus diferentes periodos.

Como previamente hemos establecido en el apartado correspondiente al *iudex* y al *arbiter* la ocupación de este cargo se considera un *munus*, es decir un deber por parte de aquellos que hayan sido nombrados en el *álbum iudicis* y estos tenían que jurar desde el momento en que su nombre era puesto en el *álbum iudicis* de servir en el momento en que fueran nombrados como jueces.³⁰⁶

Existen excusas para no ocupar el cargo, el Digesto (5,1,12,2) hace mención de qué personas no pueden ocupar el cargo de juez por la naturaleza de su incapacidad, los sordos, los mudos, los perpetuamente locos y el impúber, los que fueron excluidos del senado, así como las mujeres y los esclavos. Pero aquellos que son aptos para juzgar solo pueden excusarse por enfermedad grave o enfermedad que le incapacite para llevar una vida normal (D. 50,5,13,2), quienes no tienen excusa están obligados a juzgar aun en contra de su voluntad (D. 50,5,13,2), *Qui autem non habet excusationem, etiam invitusiudicare cogitur, etiam invitus iudicare cogitur*).³⁰⁷

Solo puede eximirse del *munus iudicandi* a través del juramento *rem sibi non liquere*, estableciendo que este no es capaz de resolver el litigio por no serle lo suficientemente claro para dictar sentencia, procediéndose al nombramiento de

³⁰⁶ Cfr. FUENTESECA DEGENEFTE Margarita. Op. cit. Págs. 71-72.

³⁰⁷ Cfr. Ibídem. Págs. 74-78.

un nuevo juez, pudiendo también el juez aplazar el litigio en caso de no parecerle claro (*diffiendere diem*³⁰⁸), prestando juramento sobre la veracidad de la causa de aplazamiento.³⁰⁹

En caso de incumplir con sus deberes como *iudex* se dice que el juzgador asumía el litigio en su propio perjuicio, *qui litem suam facere*. Diversa resulta la cuestión dándose el supuesto de que el juez dictara sentencia injusta dolosamente, ya que como hemos estudiado las sentencias en el *ordo iudiciorum privatorum* no pueden ser controvertidas por haber sido dictada por un juez privado, y la inexistencia de una autoridad superior revisora como sucede en la época imperial, existiendo en este supuesto lo que menciona Sonia Molla Nebot *iniuria iudicis*, es decir daños causados por el actuar doloso de aquel que ocupó el cargo de juzgador.³¹⁰

Una forma de que el juez incurra en responsabilidad por no cumplir con su deber (*munus*), es en el supuesto en que el juez no dictó sentencia o no realizó el aplazamiento para dictar la sentencia, asumiendo así el litigio en su perjuicio, siendo este el caso en que se concede a la parte afectada por su inactividad la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, aclarando que, al no ser resuelta la controversia, no existe preclusión procesal y se puede volver a intentar la acción. La condena del juez consistirá en una estimación por los daños causados a la parte que sufrió detrimento en su patrimonio por no haberse dictado la sentencia, siendo otro supuesto en el cual al haberse omitido dictar sentencia absolutoria y no haberse causado ningún daño no debe el juez dar indemnización, y en caso de ser demandado, tendrá derecho a ser declarado absuelto.³¹¹

Otro supuesto en que el juez incurre en responsabilidad, se da cuando dicta una sentencia diversa a lo establecido por la fórmula, lo cual se puede realizar

³⁰⁸ XII Tab. 2,2.

³⁰⁹ Cfr. PARICIO Javier. Op. cit. Pág. 41.

³¹⁰ MOLLA NEBOT M.A. Sonia, *Iudex Unus. Responsabilidad Judicial e Iniuria Iudicis*. Dykinson, Madrid, 2010, Pag. 169.

³¹¹ Cfr. FUENTESECA DEGENEFFE Margarita. Op. cit. Págs. 71-72.

dolosamente o por la inexperiencia del juzgador, si se da este supuesto el juez está incumpliendo con uno de sus deberes que consiste en apegarse a lo estrictamente establecido por la fórmula en cualquier supuesto se tiene como resultado se incurre en responsabilidad, por los daños causados en atención a que las sentencias no pueden ser alteradas, y por medio de la *actio in factum* mencionada, debiendo resarcir el daño, de forma económica hasta por el valor del litigio en que incurrió en responsabilidad.³¹²

La finalidad que se busca en el periodo clásico al demandar al juez por haber incurrido en responsabilidad es meramente económica, buscándose así resarcir los daños causados por el juez en virtud de la sentencia que dictó. En el supuesto en que el juez haya recibido dadas por su función o por dictar una sentencia en un determinado sentido, se entra al ámbito del Derecho penal romano, siendo cometido el crimen *repenturandum* por parte del juez, situación que en el periodo clásico es castigada con la pena de muerte, buscando por este medio evitar la corrupción de los juzgadores.³¹³

La situación en cuanto a la responsabilidad de los juzgadores cambia con Roma y la reestructuración de su sistema político en el periodo imperial, ya que la naturaleza de los jueces también es diversa ya no siendo quien juzga un particular, sino que se trata de un órgano revestido de autoridad pública por estar sometido a la autoridad jerárquica del emperador, siendo la sentencia de carácter público y no un mero parecer de un particular, consecuencia de lo anterior es que en el procedimiento extraordinario se admite la apelación de las sentencias para que esta sean conocidas y resuelta por un superior jerárquico.³¹⁴

En la época postclásica y aun en el derecho justiniano se contempla la responsabilidad de los jueces que en razón de sus sentencias afectan a alguna de las partes, constituyéndose un cuasidelito por el juzgador y dándose una acción *in factum* para buscar el resarcimiento económico por los daños causados

³¹² Cfr. *Ibidem*. Págs. 884-86.

³¹³ Cfr. FUENTESECA DEGENEFTE Margarita. Op. cit. Págs. 86-89.

³¹⁴ Cfr. *Ibidem*. Págs. 93-94.

por la sentencia, determinándose esta conforme a lo que considere equitativo el juzgador que conozca de esta causa, siendo el supuesto en que el juzgador u otra autoridad del Estado recibiera dadas con el fin de obrar de una forma dolosa determinada considerada como un delito del orden público, probablemente sancionado con la pena de muerte.³¹⁵

De lo anteriormente establecido se observa que la cultura romana busca en la institución de la responsabilidad judicial, el resarcimiento económico por los daños sufridos, y en general la cultura romana siempre busca dar solución a las cuestiones jurídicas por medio de indemnizaciones pecuniarias.

3.5 Autoridades jurisdiccionales de la Antigua Roma

De las autoridades jurisdiccionales romanas que aparecen a lo largo de los poco más de doce siglos de existencia, consideramos que el *praetor* por sus aportaciones al derecho y los cambios que se dan en la administración de justicia en Roma atenuando y llevando equidad a un sistema arcaico e inflexible. Sin embargo, el *praetor* no fue la única autoridad jurisdiccional ya que el establecimiento de las funciones jurisdiccionales se da en el periodo republicano, encontrándonos con autoridades encargadas de la administración de justicia en el periodo monárquico, republicano e imperial con funciones jurisdiccionales de diversa naturaleza a las magistraturas a las cuales hemos establecido previamente pertenece el *praetor*. Y si bien es cierto que, al estudiar de forma superficial, como lo hacemos cuando tenemos nuestro primer acercamiento al derecho romano en nuestros cursos universitarios, muchas autoridades son omitidas en su estudio y no son de la distinguida mención con que se trata al *praetor*, procederemos a realizar mención y un sucinto estudio de algunas de estas autoridades.

³¹⁵ Cfr. *Ibidem*. Págs. 95-103.

3.5.1 Autoridades Jurisdiccionales durante la monarquía y la república

Como previamente se ha establecido en este capítulo existen diversas autoridades jurisdiccionales en Roma a lo largo de su historia, y sus diferentes regímenes estatales. En la época monárquica y republicana se establecen tribunales como los *centunviri*, *decenviri*, *recuperatores*, etcétera.

Tribunal de los decenviros (*Decemviri stlitibus iudicandi*): Se cree que este órgano jurisdiccional fue creado en el año 461 a.C. y cuya finalidad era el asesoramiento en la administración de justicia.³¹⁶ Pomponio hace mención en el Digesto sobre el motivo de la creación de este órgano, “Siendo luego necesario un magistrado, que presidiese las ventas públicas, se nombraron Decenviros para que conociesen de estos litigios.”³¹⁷

“Funcionaba bajo la presidencia de un decenviro, quien sometía a la consideración del cuerpo la *quaestio* o cuestiones sobre las que debían decidir, pero siempre previa la comparecencia *in iure*, ante el magistrado.”³¹⁸

Al momento en que se crea la pretura este órgano se constituye como asesor del *praetor urbi*, resolviendo litigios privados por encargo de delegación expresa del *praetor*. Siendo estos casos excepcionales, regularmente su labor es más administrativa que judicial, teniendo como función la dirección de las secciones de trabajo de los centunviros³¹⁹.³²⁰

Se establece que este órgano conocía y resolvía los litigios tramitados por medio de la *legis actio per sacramentum*, restringiéndose su competencia a las controversias sobre el *status libertatis*.³²¹ A este respecto Humberto Cuenca refiere, “El Colegio de los Decenviros decidía las controversias sobre la condición

³¹⁶ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 69.

³¹⁷ D. 1.2.2.29. *Deinde cum esset necessarius magistratus qui hastae praessent, decemviri in litibus iudicandis sunt constituti.*

³¹⁸ CUENCA Humberto, Op. cit. Págs. 26-27.

³¹⁹ *Suet. Aug.* 36. Encargó a los decenviros las convocatorias del tribunal de centunviros, funciones hasta entonces encomendadas a los que habían recibido la dignidad de la cuestura.

³²⁰ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 70.

³²¹ Cfr. Ídem.

de hombre libre o esclavo de alguna persona, según que la petición fuera hecha por el que se pretendía dueño o por quien se decía libre (*Vindicatio in Servitutum* o *Vindicatio in Libertatem*). Se les denominaba *Decemviri Stlitibus Iudicandis* y no deben ser confundidos con los *legibus scribundis*, encargados de redactar las Doce Tablas, ni con los *Sacris Faciundis*, que formaban un Colegio Sacerdotal para cuestiones religiosas.³²² Se considera probable que este órgano fuese el mismo *consilium* que el encargado de autorizar las manumisiones por los menores de veinte años acorde a lo establecido en la *Lex Aelia Sentia*.³²³

Como se deduce de lo anterior se otorgaron muy pocas facultades jurisdiccionales a este órgano, las cuales son suprimidas en época de Augusto, encargándose solo de encabezar las secciones del tribunal de los centunviro.³²⁴

Decemviri legibus scribundis: Fue el grupo conformado por diez de magistrados de carácter extraordinario a los cuales se les encargó la creación de la ley de las XII, para lo cual se les investió del máximo poder siendo transferido este de los cónsules.³²⁵

La labor que se les había encomendado por su naturaleza debió haber sido transitoria, encargándose de la codificación de la ley que el pueblo romano consideraba necesaria, pero en razón que estos detentaban el poder absoluto³²⁶, se turnaban para que cada diez días uno de los decenviros se encargara de la

³²² CUENCA Humberto, Op. Cit. Pág. 27.

³²³ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 70.

³²⁴ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 70.

³²⁵ Cfr. Ibídem. Op. cit. Pág. 70.

³²⁶ D. 1.2.2.4. Después para que esto no continuase por más tiempo plugo, para que se constituyeran con autoridad pública diez varones, por los que se buscasen leyes en ciudades griegas, y la ciudad de Roma se fundara en leyes, las cuales, grabadas en tablas de marfil, pusieron en los *Rostra* del foro, para que más claramente pudieran conocerse. Y aquel año se le dio la suprema potestad en la ciudad, para que si fuese necesario corrigiesen las leyes y las interpretasen, y de ellos no se apelase como de los demás magistrados. Ellos mismos advirtieron que algo faltaba a estas primeras leyes, y por esto añadieron el año siguiente añadieron dos a las mismas tablas, y así por este accidente se llamaron leyes de las Doce Tablas, de cuya promulgación, dijeron algunos, había sido inspirador para los decenviros cierto Hermodoro de Hefeso, desterrado en Italia. Siendo en este parágrafo del digesto en donde se hace referencia a los decenviros y sus facultades.

administración de justicia.³²⁷ Se establece que durante el primer año su función fue correcta y justa admitiendo la apelación ante los otros decenviros. Relata Tito Livio que, tras la segunda elección, los decenviros se erigieron como jueces con igual poder, divulgando que quedaba prohibido la intercesión y apelación entre ellos, llegando a un nivel de corrupción en que el pueblo se levantó en su contra y expulsándolos.³²⁸

Centunviro (*Centumviri*): Los centunviro fueron un órgano judicial que de acuerdo a la tradición se atribuye su creación al rey Servio Tulio, siendo nombrados tres representantes de cada tribu, variando el número de estos a lo largo de su historia. Existen autores que establecen en una época posterior la creación de este órgano, ubicándola en el periodo republicano, aunque antes de la *Lex Aebutia*.³²⁹

Su competencia abarcaba temas, relativos a la propiedad quiritaria tramitados mediante la *legis actio per sponsionem*³³⁰, temas relacionados las sucesiones, la *querella inofficiosi testamenti*³³¹ y con causas del estado civil.³³² “En resumen resolvían litigios referidos a la existencia o no de ciudadanía, o la libertad, la propiedad quiritaria de la que podía ser titular el *cives* romano y, el fallecimiento de este, del destino de esos bienes, de modo que siempre siguieran dentro del

³²⁷ Cfr. *Liv.* 3, 33.

³²⁸ Cfr. *Ibidem.* 3, 36.

³²⁹ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 71.

³³⁰ En este respecto Gayo en sus *institutas* refiere lo siguiente *Gai.* 4,95, Además si se acciona ante los Centunviro, no reclamamos la suma indicada en la “*sponsio*” por “fórmula”, sino por “*legis actio*”, en efecto provocamos el “*sacramentum*” y en este caso (se acostumbra hacer) la “*sponsio*” por 125 sesterces (a causa de la *ley Crepereia*).

³³¹ *Querella inofficiosi testamenti*: Acción, querrela o demanda formulada al magistrado o frente al adversario en la que se protesta de la desheredación de que hay sido objeto por parte del testador, tras la que se ejercita la *actio petitio hereditatis* ante el tribunal de los centunviro a fin de que se reconozca el derecho a la herencia o parte de ella por parte del demandante y se revoque la disposición testamentaria por ser contraria a los deberes que el testador tenía para sus parientes más próximos desheredados. GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 581.

³³² Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 71-72.

ámbito patrimonial de algún *cives*, o al menos se vigilase que este principio no fuera conculcado contra *legem*.”³³³

Las cuestiones de las sucesiones en Roma, son consideradas de extrema relevancia no por cuestiones materiales sino espirituales, por la tradición tan arraigada al pensamiento romano y la veneración de los antepasados.

Considera Kaser que la cuantía de las herencias debía ser mayor a cien mil sestercios para que el tribunal de los centunviros fuera competente para conocer la sucesión (*heredes petitio*³³⁴).³³⁵

Cuenca establece lo siguiente acerca de la competencia y desaparición del tribunal de los centunviros “Conocían del juicio de la apuesta llamado *Sacramentum* en el sistema de las acciones de la ley y según Cicerón eran competentes para los asuntos del Estado, de las sucesiones tanto testamentarias como *ab intestato* y de la propiedad. Los centunviros desaparecieron cuando el sistema formulario cayó en desuso y definitivamente se abrió el procedimiento extraordinario.”³³⁶

Resulta probable que en un principio los procedimientos fuesen tramitados por medio de las *legis actio*, solo siendo modificado en la época de Augusto asimilando el emperador aquellas materias que no tuvieran relación con las sucesiones.³³⁷ Este tribunal acorde a lo que menciona Suetonio perdura hasta la época imperial.³³⁸

Recuperatores: Fue un órgano judicial colegiado compuesto de 3 a 5 miembros creado probablemente en la época monárquica, con el objeto de resolver los

³³³ Cfr. *Ibidem*. Pág. 72.

³³⁴ *Hereditatis Petitio*: Acción real, civil y general que competía al heredero contra cualquiera que tuviese la herencia o cosas hereditarias *pro herede* o *pro possessores*, debiendo probar que había sido llamado a la herencia en virtud de testamento o de la ley.... GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 276.

³³⁵ *Ibidem*. Pág. 73.

³³⁶ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Págs. 27-28.

³³⁷ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Págs. 74-75.

³³⁸ *Suet. Vesp.*10, 1.

conflictos en los que una de las partes fuera extranjero, porque como hemos señalado, los extranjeros no pueden acceder a la administración de justicia conforme a la leyes romanas, el procedimiento de la *legis actionis* ante el magistrado y juez, se encontraba reservado para los ciudadanos romanos, por la estrecha relación de la administración de justicia y la religión, los juramentos que debían prestarse y someterse a los dioses propios de los romanos. Debido a los conflictos surgidos entre los distintos reinos, Estados o entidades políticas y Roma, debió establecerse un órgano jurisdiccional con funcionamiento y procedimiento diversos de los romanos.³³⁹

Acorde a lo establecido por Festo en su obra *De Verborum Significationem* siguiendo el pensamiento de Elio Galo jurista del siglo I a.C. se habla de *reciperatio* “cuando entre el pueblo romano y los reyes o las naciones o las ciudades extranjeras se estableció una ley en virtud de la cual se determinaba la manera mediante la que las cosas sustraídas podían ser recuperadas por unos “recuperadores” y los bienes privados podían ser reclamados mutuamente por los sujetos de una u otra entidad política.”³⁴⁰

Pudiendo ser a partir de este vocablo que se asigna el nombre al tribunal en mención, por considerarse la *reciperatio* su competencia primigenia siendo también una de sus funciones principales el resolver conflictos derivados de intereses privados violados en las guerras. Posteriormente se ve ampliada su competencia a temas civiles como lo son la *causa liberalis*, interdictos, lesiones (*actio iniurarum*). Por la naturaleza de sus funciones es probable que se eligiera para componer al tribunal de entre personas de los diversos pueblos con los que Roma tuviera tratados, aunque no se descarta que fuera compuesto en su totalidad por romanos.³⁴¹

³³⁹ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 75.

³⁴⁰ *Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationeasque et civitates peregrinas lex conventi, quomodo por reciperatores reddantur res recipenturque, resque privatea inter persequantur.* CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 76.

³⁴¹ Cfr. Idem.

Sus funciones se extendieron también a las provincias romanas encontrándose mención de lo anterior en fuentes epigráficas como la *Lex Antonia de Termessibus* (plebiscito del año 71 a.C.), la *Lex Acilia de Repenturandum*, *Lex Agraria Baebia*, *Edicto del Acueducto Venafrano*.³⁴²

Debido al desarrollo de este tribunal, llegó a convertirse en un órgano judicial de carácter ordinario llegando a existir concurrencia entre las competencias de este órgano y los *iudex* privados. De las materias que llegó a conocer este tribunal con el cambio del procedimiento de las *legis actionis* al *per formulas* se desconoce cuál fue su alcance y que materias específicas conocía.³⁴³

Si bien se cree que las funciones, competencias y forma del procedimiento de los *recuperatores* se encontraban plasmadas dentro del edicto pretorio al no llegar hasta nuestros días solo podemos suponer como pudieron haber sido. El historiador Stanislao Pugliese propone un catálogo hipotético de las materias competencia de este tribunal siendo este el siguiente; Aplicación de las normas contenidas en las leyes de reforma agraria de fundos que pertenecían al *ager publicus* en el 133 a.C., la exacción de ciertos tributos inmobiliarios especialmente derivados de la aplicación de la citada ley, cobro de multas debidas al pueblo romano, a los municipios o las colonias, lesiones físicas (*iniuriae*), actos de violencia castigados por la *actio hominibus armatis coactisve* o que pudieran integrar el *interdicto unde vi armata*, violación de prohibiciones y mandatos pretorios referentes a la *in ius vocatio*, falta de comparecencia a que había prestado un *vadimonium* sometiéndose a *recuperatores*, violación de sepulcro (*actio de sepulchri violati*), causas liberales en las que se discutía sobre la condición de libre o esclavo de un individuo.³⁴⁴

Se cree que la competencia de este tribunal debió ir mermando durante la vigencia del procedimiento formulario y es por ello que los compiladores justinianos suprimen toda referencia a ellos en los textos del *corpus iuris civilis*,

³⁴² Cfr. Idem.

³⁴³ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 76.

³⁴⁴ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 79.

siendo que solo se conocen referencias a las funciones de este tribunal por textos históricos, epigráficos y las referencias que realiza Gayo en sus instituciones.³⁴⁵

Tres viri capitales: Los *tres viri capitales* o también conocidos como *tres viri nocturni* eran unos magistrados elegidos por el pretor urbano y posteriormente por los comicios, por una ley propuesta por el Tribuno Lucius Papirius. Sus funciones principalmente consisten en asistir a magistrados superiores, penales y civiles, su importancia reside en la ejecución de actos acorde a la competencia de los magistrados, entre sus atribuciones encontramos que estos eran los encargados de las penas de estrangulamiento y presenciar las ejecuciones públicas a cargo de verdugos para cerciorarse de su cumplimiento.³⁴⁶

Su intervención en asuntos de competencia civil es actuar en procedimientos en los que el Estado tiene interés en el cumplimiento de la ley o el ejercicio de la acción privada, se pueden mencionar, la reintegración de las multas derivadas de los sacramenta al erario público, así como la resolución de disputas derivadas del cumplimiento de la función del juez, en este tipo de procedimientos las partes se dirigían al pretor, pero los encargados de resolver el incidente eran los *triumviri*, liberando así al pretor de la decisión de cuestiones más de carácter administrativo y penal, que civiles.³⁴⁷

Se considera que estos magistrados subsistieron a la par de los pretores hasta la época imperial siendo eliminados con la merma de las facultades jurisdiccionales de los pretores en este periodo.

Gobernadores de las provincias: Con el aumento en los territorios anexados a Roma derivados de conflictos como las guerras púnicas en los que se obtiene el control de Cerdeña y Sicilia y posteriormente de las campañas militares se obtiene el control de los territorios de Hispania, las Galias, Britania, etcétera, resultó necesario establecer autoridades que se encargaran de la administración

³⁴⁵ Cfr. Ibídem. Pag.74.

³⁴⁶ Cfr. Ibídem. Pág. 55.

³⁴⁷ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 55.

de las provincias, que a diferencia de los magistrados de la urbe romana, estos detentaban amplias facultades en relación de las administración de la provincia y la administración de justicia. Se les conoció con nombre como *praeses*, *procónsules*, legados del cesar, entre otros y atendiendo al periodo de que se tratase (república, alto imperio, bajo imperio, dominado).³⁴⁸

Su función jurisdiccional se encontraba establecida en el edicto provincial en relación con los magistrados municipales, divergiendo sus facultades entre los municipios, territorios y colonias con estatuto de latinidad que gozaban de cierta autonomía jurisdiccional y los que se consideraban meros poseedores de terreno propiedad de Roma quienes se encontraban sometidos a total jurisdicción de los gobernadores.

Las facultades de los gobernadores eran amplísimas estando dotados de *imperium*, pudiendo adaptar las leyes a las necesidades de las provincias de acuerdo a su criterio, pudiendo conocer y juzgar de determinados litigios a su arbitrio siendo reconocida esta facultad en D.1.18.8. "Puede comparecer ante el que preside la provincia, no se impone al Procónsul o a su Legado, o al presidente de la provincia, la necesidad de haber de conocer, sino que él debe estimar si conocer el mismo o nombrar juez."³⁴⁹

El pretor por las amplias facultades ya mencionadas puede conocer en materia civil de cualquier conflicto que se haga de su conocimiento, aunque usualmente se considera como autoridad de apelación siendo quienes conocen en primera instancia del litigio los magistrados y jueces municipales.

Se considera que los gobernadores aparecen en la época republicana, manteniéndose en funciones variando un poco sus competencias con el tiempo, llegando hasta la caída del imperio romano de occidente en el 476 d.C.

³⁴⁸ Cfr. *Ibidem*. Pág. 56.

³⁴⁹ D.1.18.8

3.5.2 Autoridades jurisdiccionales durante el Imperio y el Dominado

Al llegar a su fin el periodo republicano y dar paso al periodo imperial en el cual el príncipe o emperador detenta el máximo poder dentro del Estado romano, sobreviene una serie de reformas que transforman a Roma en toda su estructura, mermando el príncipe las facultades de las magistraturas republicanas, y concediendo las facultades de estos a nuevas autoridades de su creación siendo estos cargos burocráticos entre ellos podemos encontrar a diversas prefecturas y nuevos tipos de pretores de los que ya hemos realizado su estudio, y en la última etapa del periodo imperial conocida como el dominado también surgen nuevas autoridades creadas por órdenes del príncipe como el *consistorium sacrum*, *el quaestor sacri palati*, entre otros de los que procederemos a realizar un breve estudio en cuanto a su competencia en la actividad jurisdiccional en el ámbito civil.

Praefectus urbis: Este cargo fue creado por Augusto, su nombramiento se hace directamente por el emperador, de entre personas del orden senatorial siendo hasta el siglo III d.C. en que se permite a personas del orden *equester* acceder a este cargo, su facultad versaba en la *tutela* y la *cura urbis*. Siendo jefe superior de la policía en Roma se encontraba al mando de las cuatro cohortes urbanas, en función de lo anterior se encarga del orden de los lugares y espectáculos públicos.³⁵⁰

También se encontraba encargado del suministro de carne de la ciudad y los precios de la misma.³⁵¹ El *praefectus urbi* asume la función de protección de los consumidores en los mercados, función que originalmente detentaba el edil curul, como jefe de policía este podía castigar a los denunciados por asociación ilícita.

352

³⁵⁰ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 91.

³⁵¹ D.1.11.1.12.

³⁵² Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Págs. 91-92.

Su ámbito de competencia se circunscribe a la ciudad de Roma y hasta cien millas a las afueras de esta, más allá de esta delimitación no podía juzgar personalmente, pero podía delegar funciones a alguien para que lo hiciera.³⁵³

Entre otros casos en los que era competente el *praefectus urbi*, encontramos los casos de los esclavos maltratados que se hubiesen acogido a la estatua del emperador, y para cuidar que los esclavos no fuesen dados por sus dueños en prostitución, reclamaciones de alimentos de patronos a libertos, o acusaciones por haber ultrajado, delatado o conspirado contra su patrono, acusaciones de esclavos que se cree que cometieron adulterio con la mujer de su dueño, los interdictos *quod vi aut clam* y *unde vi*, irregularidades en nombramientos de tutores y curadores, irregularidades en procesos bancarios y procesos sobre negocios bancarios. Este cargo perdura hasta la caída del imperio romano de occidente.³⁵⁴

Praefectus annonae: Esta figura es creada por Augusto, y en consecuencia de la crisis económica del 22 a.C. momento en el cual el pueblo le pidió que asumiera el cargo de dictador, negándose, pero asumiendo el cargo de la administración del granero, librando a Roma del peligro y del miedo por su cuidadosa administración. Desde ese momento retuvo Augusto la *cura annonae*, delegada años después a este nuevo prefecto elegido de entre las personas del *ordo equester*. Su función principal era la de cuidar el suministro de trigo, víveres en general, así como la disciplina de los mercados.³⁵⁵

Las funciones jurisdiccionales del *praefectus annonae* estaban determinadas por razón de la materia, es decir con asuntos relacionados con el suministro de víveres y de los mercados.³⁵⁶

³⁵³ D.1.12.1.4.

³⁵⁴ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Págs. 93-94.

³⁵⁵ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 95

³⁵⁶ Cfr. Ídem.

La materia en que más propiamente se desarrolló el *praefectus annonae*, fue la función judicial en la materia criminal por los delitos de fraude relacionados con la obstaculización del suministro normal de víveres, retención de mercancías en embarcaciones y ventas de insumos en precios menores a los fijados en el reglamento de la anona. Las sentencias de este solo eran apelables en primera instancia ante el *praefectus urbi* y posteriormente con el emperador.

Praefectus vigilium: Debido al desarrollo que sufre Roma durante los últimos tiempos de la república y los primeros tiempos del imperio se da un gran crecimiento de la ciudad, aumentando tanto la población como las construcciones en donde vivían las personas, esto lleva a concentrar a grandes masas de personas en espacios reducidos y propensos a incendios, si bien existían en la república los *tres viri capitales*, subalternos del pretor encargados del cuerpo de bomberos, Augusto considera que no son suficiente, y decide tomar el asunto en su manos al haber surgido varios incendios en el mismo día.³⁵⁷

Augusto creó 7 cortes ubicadas en lugares estratégicos, encargándose de cuidar cada una de ellas 2 distritos de la urbe, nombrando a cargo de ella a un tribuno, y en la cúspide de esta fuerza de vigilancia el *praefectus vigilium*, jefe superior de los bomberos, teniendo que dar rondas en las noches advirtiendo a los vecinos sobre el cuidado en la prevención de incendios y tener agua en los techos, de las casas con el fin de que si se producía un incendio fueran capaces de extinguirlo y evitar su propagación a otras viviendas.

Este prefecto también detentaba funciones jurisdiccionales entre las cuales podemos encontrar, las causas en contra de los incendiarios, ladrones de todo tipo, y receptadores, robos con rotura o descerraja miento a viviendas o almacenes, teniendo facultades de someter a tormento a los guardianes de los almacenes aunque estos fueran *servi publici*, fraudes cometidos por los encargados de los guardarropas, en los baños públicos, teniendo en general facultades jurisdiccionales en cuestiones de orden público, con excepción en los

³⁵⁷ Cfr. Ibídem. Págs. 97-98.

casos en que los delincuentes se considerasen de muy mala fe o peligrosos en cuyo caso debía remitirlos con el *praefectus urbi* magistrado de mayor grado, asimismo en los casos de incendiarios doloso debían remitirse al *praefectus urbi* para ser castigados siendo las penas para estos capitales, los incendiarios culposos o negligentes podían ser castigados con penas pecuniarias o de azotes, pudiendo ser conmutadas también por severas reprimendas.³⁵⁸

Iuridici, consulares y correctores: La creación de estos se atribuye al emperador Adriano, creando cuatro cargos llamados *iuridici* con mando consular, por lo que también se les denomina de esta forma. Su creación no supuso merma a los poderes de las autoridades municipales, sino que se buscaba acercar la justicia a las provincias más alejadas de la urbe evitando a sus pobladores los largos y penosos viajes a Roma por cuestiones jurisdiccionales.³⁵⁹

Tenían funciones similares a las de los gobernadores de las provincias y su competencia jurisdiccional nunca fue bien definida, su competencia se extendía a cuestiones relativas a fideicomisos, así como contra los ciudadanos que se negaban a asumir sus obligaciones como decuriones del municipio o el nombramiento de tutores, la adopción frente a ellos, la intervención en donaciones.³⁶⁰

Fueron suprimidos por Antonio Pio, en torno al año 163 o 164 d.C. posteriormente siendo reinstaurados por Marco Aurelio sin aumentar su número o competencias. El final de su existencia deviene por la nueva organización de Diocleciano y sus nuevas circunscripciones territoriales, creándose una nueva serie de distritos cuya competencia asumieron nuevos magistrados denominados *correctores* con las mismas facultades que tuvieron los *iuridici*.³⁶¹

³⁵⁸ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Págs. 99-100.

³⁵⁹ Cfr. Ibídem. Op. cit. Pág. 100.

³⁶⁰ Cfr. Ibídem. Págs. 100-101.

³⁶¹ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 101.

Prefecto del pretorio: Esta figura aparece durante el principado siendo su creación obra de Augusto, considerado delegado directo del emperador con poderes excepcionales, actuando como si fuera el mismo emperador. Elegidos de entre los hombres del orden *equester*, siendo dos personas quienes detentaban este cargo a partir de Cómodo, se cree que eran tres personas, se considera que no se dejaba a una sola persona ocupar un cargo con las facultades del emperador para evitar que este suplantara al emperador. Sus decisiones no son susceptibles de ser apeladas, encontramos en el Digesto el razonamiento bajo por el cual se justifica esta decisión.³⁶² D.1.11.1. “La autoridad de los Prefectos nacida con tales comienzos logró llegar a tanto auge, que no se podía apelar a los Prefectos del Pretorio. Pues como antes se hubiese preguntado, y si fuera lícito en Derecho y hubiera ejemplos de quienes habían apelado después por sentencia del Príncipe públicamente leída se prohibió la facultad de apelar; porque creyó el Príncipe, que aquellos que, por sus singulares conocimientos, después de probadas su fidelidad y su gravedad, son elevados a la grandeza de este cargo, no habrían de juzgar por su sabiduría y por el brillo de su dignidad de otro modo que el mismo juzgaría.”³⁶³

Se considera así que el prefecto pretorio en cuanto a sus decisiones juzgaría en el mismo sentido que el mismo emperador en razón de que las personas elegidas para el cargo, cumplían con una serie de características por las cuales se les consideraba personas virtuosas.

No se especifica las materias en las que resultaba competente el prefecto pretorio en razón de que, al ser delegado del emperador mismo, se encontraba facultado

³⁶² Cfr. *Ibidem*. Págs. 101-102.

³⁶³ D.1.11.1. *His cunabulis praefectorum auctoritas initiata in tantum meruit augeri, ut appellari a praefectis praetorio non possit. Nam cum ante quaesitum fuisset, an liceret a praefectis praetorio appellare et iure liceret et extarent exempla eorum qui provocaverint: postea publice sententia principali lecta appellandi facultas interdicta est. Credidit enim princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide et gravitate ad huius officii magnitudinem adhibentur, non aliter iudicatuos esse pro sapientia ac luce dignitatis suae, quam ipse foret iudicatuos.*

para conocer de cualquier litigio en cuestiones civiles o de Derecho público, este cargo sigue en funciones hasta la caída del imperio romano de occidente.

Consistorium sacrum: El consejo de asesores del emperador o *consilium principis*, fue sustituido en el bajo imperio por el *consistorium sacrum*, siendo un consejo de ministros, funcionarios supremos de estado que asesoraban al emperador en diversas materias, siendo la cúspide del complejo entramado burocrático del dominado.³⁶⁴

El *consistorium sacrum* tenía funciones jurisdiccionales como órgano consultivo del emperador cuando este juzgaba, pero debido a la delegación de facultades que existía en este periodo ya ni siquiera se veía al emperador juzgar los casos de apelación y menos cuestiones de primera instancia siendo el *quaestor sacri palatii* o el *magister officiorum* los encargados de conocer de las apelaciones planteadas al emperador.³⁶⁵

Quaestor sacri palatii: El cargo de *quaestor* procedente la época republicana sobrevive en la época imperial durante el bajo imperio como un *munus*, es decir un cargo municipal, a principios del dominado, y aprovechándose de esta denominación se crea el *quaestor sacri palatii*, instituido por el emperador Constantino, teniendo atribuciones como ministro de justicia.³⁶⁶

Entre sus funciones destacan, la redacción de las leyes que posteriormente aprobaría el emperador, la elaboración de los rescriptos imperiales en contestación a las múltiples cuestiones jurídicas dirigidas a este, así como de las responsa de las preces dirigidas al emperador, y el nombramiento de ciertos cargos. *Quaestores* importantes que pueden nombrarse son Casiodoro en occidente y Triboniano en oriente. En la actividad jurisdiccional actuaban como juez de apelación junto con el prefecto pretorio. Este cargo subsiste hasta época justiniana, ya que las sentencias de estos se realizaban a nombre del

³⁶⁴ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 117.

³⁶⁵ Cfr. Ibídem. Pág. 118.

³⁶⁶ Cfr. Ibídem. Págs. 118-119.

emperador, siendo una reforma de Derecho justiniano la que plantea que las decisiones de estos cargos deben hacerse a su nombre asumiendo los funcionarios la responsabilidad por sus sentencias.³⁶⁷

Magister officiorum: Ministro de la burocracia imperial, con amplias facultades para mantener el funcionamiento del complicado entramado que era la burocracia imperial, jefe de las oficinas imperiales dirigiendo la política interna y externa del imperio, actuando como jefe de la guardia imperial, los agentes administrativos y la policía.³⁶⁸

En el ámbito jurisdiccional tenía competencia exclusiva en los asuntos civiles y penales, sobre las personas que formaban parte de la corte imperial, así como de las cuestiones civiles o militares en las que estaban inmiscuidos militares.³⁶⁹

Comes Sacrarum Largitorum: Alto funcionario encargado de las finanzas públicas y de los temas económicos, encargados de la administración del tesoro público y todo lo relacionado a este dentro de Roma como en las provincias, su jurisdicción se limita a los casos en cuestiones tributarias o bancarias.³⁷⁰

³⁶⁷ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 119.

³⁶⁸ Cfr. Ibídem. Pág. 120

³⁶⁹ Cfr. Ibídem. Pág. 121.

³⁷⁰ Cfr. Idem.

En el presente capítulo abordaremos el estudio de una de las autoridades más importantes en la historia de Roma en el aspecto jurídico, el pretor, magistrado de la época republicana al cual se atribuye el auge del Derecho clásico romano, debido sus grandes aportaciones en el denominado Derecho pretorio, ya que quienes ocuparon el cargo enmendaron, subsanaron y contribuyeron con diversas cuestiones, en el ámbito de la administración de justicia.

4.1 El pretor

La palabra *praetor* tiene su origen etimológico el término *prae-ire* cuyo significado es ir delante de las tropas, denotando el origen militar de los *praetores*, en los campamentos militares romanos había un lugar denominado *praetorium* ocupado por el jefe del campamento.³⁷¹

Respecto del *praetor* Cicerón proporciona el siguiente concepto “el Pretor era el árbitro del derecho que tendrá la misión los asuntos privados o de mandar que se juzguen. Sea este el guardián del derecho civil...”³⁷²

El *praetor* es la magistratura con facultades jurisdiccionales que resulta la más relevante para el Derecho durante la República y el Imperio hasta llegar a Augusto, instaurada por la *Lex Licinia Sextia* en el año 367 a.C. a la cual se le encarga la función de la administración de justicia civil en Roma y sus territorios, investidos de *imperium*, estando facultado para cuestiones militares y administrativas, siendo la administración de justicia el ámbito en el cual desarrolla predominantemente su actividad y en especial en el desarrollo y creación del Derecho, supliendo las deficiencias, vacíos legales y atenuando del antiguo y estricto *ius civile*, siendo su mayor y más importante aportación al Derecho el

³⁷¹ Cfr. FUENTESECA Pablo. Op. cit. Pág. 189.

³⁷² *Cic. Leg.* 3,3.

denominado *ius praetorium*. El *praetor* gradualmente se convierte de magistrado en juez, parte de la burocracia estatal en la época imperial.

4.1.1 Origen y funciones (pretor urbano y pretor peregrino)

El antecedente del *praetor*, se encuentra en el triple colegio de los *praetores*, magistratura de la transición de la monarquía a la república habiendo un *praetor maximus* acompañados de dos *praetores* menores entre los cuales se dividía el mando militar, la administración y la administración de justicia.³⁷³

Es hasta el año 367 a.C. en virtud de la promulgación de las leyes *Liciniae Sextiae*, que se establece la magistratura del *praetor urbi* (pretor urbano), y ciento veinticinco años después en el año 242 a.C. se crea la magistratura del *praetor peregrini* (pretor peregrino), teniendo competencias propias.³⁷⁴

Existen hipótesis que sostienen sobre la creación del *praetor* refiriendo al conflicto entre patricios y plebeyos, debido a que, tras las revueltas plebeyas, estos logran tener acceso al consulado y el deseo patricio de establecer una magistratura reservada a su clase lleva a la creación de la pretura, impidiendo así que un plebeyo ostentase funciones jurisdiccionales sobre un patricio.³⁷⁵

En cuanto a la creación del pretor urbano Pomponio refiere lo siguiente “Y como a los Cónsules los llamaran a sí las guerras fronterizas, y no hubiese quien en la ciudad pudiera pronunciar sentencias, se determinó que se creara además un Pretor, que se llamó Urbano, por que administraba justicia en la ciudad.”³⁷⁶ De lo referido por Pomponio se vislumbra que la actividad de la administración de justicia es originaria de los cónsules, y debido a sus funciones predominantemente militares, la *iurisdictio* es encomendada al pretor.

³⁷³ Cfr. FUENTESECA Pablo. Op. cit. Pág. 188.

³⁷⁴ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 44.

³⁷⁵ Cfr. Idem.

³⁷⁶ D.1.2.2.27. *Cumque 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.*

Respecto del *praetor peregrini* y su origen establece Pomponio, “Después, transcurridos algunos años, no bastando aquel Pretor, porque también gran número de extranjeros acudía a la ciudad, se creó otro Pretor, que se llamó Peregrino, en razón a que ordinariamente profería sentencias entre extranjeros.”³⁷⁷ Esto debido a que los extranjeros no podían acudir al *praetor urbi* para que se resolviera un litigio en el que estuvieran involucrados extranjeros.

“Ambas magistraturas estaban destinadas a intervenir en la fase *in iure* del procedimiento civil, dirigiendo el mismo en todos los aspectos referidos a las condiciones de las partes intervinientes y sus peticiones, dando o denegando la acción y, en último extremo, nombrando al juez, arbitro o tribunal que habría de resolver la controversia.”³⁷⁸

El *praetor* es considerado un *collega minor* de los cónsules, es una magistratura ordinaria, con *imperium*, siendo realizada la elección de los *praetores* por los *comitia centuriata* en razón de su *imperium* y los auspicios necesarios para su *creatio*. Este detenta las mismas insignias honoríficas que los cónsules siendo estas; la *silla curul*, *toga praetexta*, *ius imaginum*³⁷⁹ y lictores.³⁸⁰ En virtud de su *imperium* está facultado para dirigir el ejército y organizar el alistamiento de soldados, convocar y someter proyectos de ley a las asambleas populares (*ius agendi cum populus*) y también puede convocar, presidir y promover debate ante el senado (*ius agendi cum patribus*).³⁸¹

³⁷⁷ D.1.2.2.28. *Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat.*

³⁷⁸ ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 44-45.

³⁷⁹ *Ius imaginum*: Derecho a las imágenes de los antepasados, que llegó a convertirse en un derecho especial de la nobleza durante la república. Era costumbre romana exponer en el atrio de la casa las imágenes modeladas en cera, de los antepasados. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Págs.334-335.

³⁸⁰ Cfr. FUENTESECA Pablo. Op. cit. Págs. 190-191.

³⁸¹ VIÑAS Antonio. Op. cit. Pág. 155.

Al inicio de su periodo en ejercicio de su *ius edicendi*³⁸² entendido este como, “Derecho o facultad que corresponde a determinados magistrados del pueblo romano (*aediles, praetores*, gobernadores de las provincias, etcétera) de publicar edictos, en los que se exponen las normas que piensan observar durante sus magistratura en orden a la concesión de protección jurídica judicial y administrativa.”³⁸³ El edicto se exponía en el *album*³⁸⁴ fijado a las paredes del tribunal o sede del magistrado para hacer de conocimiento del pueblo el contenido del edicto.³⁸⁵

Del *edictum praetoris*, refiere Adolf Berger lo siguiente, ambos *praetor urbanus* y el *praetor peregrinus* emitían sus edictos al comienzo de su cargo. Los edictos pretorios fueron un factor decisivo en la creación del derecho. Los pretores introdujeron nuevas acciones (*actiones pretoriae*) en orden de proteger situaciones legales y transacciones que se encontraban desprovistas de protección judicial en el *ius civile*. Se reformo el Derecho sucesorio testamentario y legítimo. Aun antes de la codificación final del Derecho pretorio (*Edictum perpetuum Hadriani*)³⁸⁶ muchos comentarios fueron hechos del edicto pretorio (por el famoso jurista republicano Servius Salpicius Rufus, después por Ofilius,

³⁸² *Gai.* 1.6. En cuanto al “*ius edicendi*” lo tienen los magistrados del “*populus*” Romano, pero su más amplio caso de aplicación se encuentra en los edictos de los dos pretores, el urbano y el peregrino....

³⁸³ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 333.

³⁸⁴ *Album*: Lo blanco; de donde la tabla blanqueada en que se inscribían los edictos y decisiones o proyectos de un magistrado. *Ibidem*. Pág. 60.

³⁸⁵ Cfr. *Idem*.

³⁸⁶ *Edictum perpetuum Hadriani*: Revisión y recopilación de los edictos pretorios y ediles, realizada por el jurista Salvius Iulianus por iniciativa del emperador Adriano hacia el final de su reinado (después del 132 d.C.). La codificación final de los edictos provoco una enorme cantidad de comentarios de los juristas (Pomponius, Pedius, Furius Anthisanus, Callistratus, y Gaius el ultimo con respecto al edicto provincial). Los primeros comentarios fueron remplazados por los extensivos comentarios al edicto de Ulpiano y Paulo (en 81 y 80 libros respectivamente) los cuales fueron aprovechados por los compiladores justinianos del Digesto. El sistema edictal fue seguido en el Digesto de Justiniano y el Codex por instrucciones del emperador de mantener la compilación y el orden de sistematización en el edicto. Gracias a este arreglo fue posible una reconstrucción del Edicto de Adriano. En su edición final el edicto da un panorama extensivo del derecho pretorio, las instituciones procedimentales básica, como lo es la *editio actionis*, *in ius vocatio*, representación y garantías en el procedimiento, *in integrum restitutio*, ejecución de las sentencias, interdictos, excepciones, la fórmula de las acciones (algunas partes dispersas por toda la obra y una parte en el final). Con la codificación del edicto, la actividad edictal de los pretores prácticamente se detuvo. Cfr. BERGER Adolf. Op. cit. Pág. 449

Labeo, Sabinus y Vivianus). El anuncio del edicto pretorio era formulado en primera persona con frases como *iudicium dabo, cogam, permittam restituam, iubevo servabo* (“Yo concederé acción a fin de, hacer cumplir, permitir, restituir, ordenar y proteger”) y similares. De esta forma prometía en su nombre aplicar ciertas reglas y medidas en su función jurisdiccional sin ordenar o prohibir ciertas conductas.³⁸⁷

Se considera de suma relevancia el contenido del *album praetoris* debido a que en él se plasman las grandes innovaciones que los *praetores* van incorporando con el paso del tiempo al Derecho.

Siendo principalmente el contenido del *album praetoris*, reglas, leyes, formulas procedimentales, acciones, excepciones, interdictos y criterios que podía basar el pretor sus decisiones.³⁸⁸

Se acostumbraba retomar aquello que se considerase útil del edicto del *praetor* anterior y suprimir aquello que se considerase como obsoleto. Es importante lo referente al *album edictal* debido a que en Roma no se pueden abrogar las leyes, siendo lo establecido por el *ius civile* (o también llamado quiritarario) en muchas ocasiones demasiado estricto, arcaico e inaplicable ya que no respondía a los cambios y necesidades sociales que sufrió Roma en su desarrollo de una pequeña ciudad a la potencia hegemónica del mediterráneo, es por estas razones que el *praetor* enmienda, impugna, suple y adapta el Derecho en uso de sus facultades para llegar a soluciones más equitativas, a lo anterior se le llega a conocer como *ius honorarium* o *ius pretorio*.³⁸⁹

En los años posteriores a la promulgación de las *Leges Licinias* cuando solo existía el *praetor urbanus* el magistrado se encargaba de la tramitación de los litigios que se producían entre ciudadanos romanos. Les estaba vedado el acceso a la administración de justicia a aquellos que no fueran ciudadanos

³⁸⁷ Cfr. BERGER Adolf. Op. cit. Pág. 449.

³⁸⁸ Cfr. Ibídem. Pág. 359.

³⁸⁹ Cfr. FUENTESECA Pablo. Op. cit. Pág. 191.

romanos (esclavos, *peregrini* y *hostes*³⁹⁰), debido a que el sistema en que se tramitaban los litigios en esa época es el de las *legis actionis*, la de la naturaleza del procedimiento tiene relación con la religión y los dioses propios de Roma, los dioses ajenos no tenían cabida dentro de los procedimientos seguidos ante el *praetor urbanus*, durante la vigencia del sistema de las *legis actionis*.³⁹¹

“Para el ciudadano, su sistema judicial era como su lengua o su vestimenta, arraigados en sus costumbres ancestrales y sus prerrogativas privativas, que les hacían distinguirse de los restantes seres del imperio y fuera de él.”³⁹²

Con el desarrollo y la expansión de Roma se da inicio a la inmigración de personas de poblados vecinos y así mismo con el creciente comercio que se da en la ciudad resulta necesaria la creación del *praetor peregrini*, en el 242 a.C. cuya competencia en su origen se limitaba a los litigios surgidos entre peregrini, posteriormente aquellos en los que intervenían *cives* y *peregrini*, y en razón de la carga de trabajo que tienen los *praetores urbi* se establece que los *praetores peregrini* son competentes para conocer de litigios *inter cives* (entre ciudadanos romanos) dentro de los límites de la ciudad.³⁹³

Existe también el supuesto de que el *praetor urbanus* sea sustituido por el *praetor peregrinus* en sus funciones, cuando en situaciones extraordinarias y habiendo muchos frentes en las campañas militares el *praetor* debía auxiliar a los cónsules con el mando del ejército ya que en razón de su *imperium* este se encontraba facultado para el mando militar. En los tiempos en que aún no existía el *praetor peregrini* se recurría a supuestos excepcionales de suplencia como lo son celebrar elecciones complementarias de magistrados o transferencia de poderes al otro pretor. La ausencia de los dos *praetores urbanus* resultaba un hecho

³⁹⁰ *Hostis*: Etimológicamente quiere decir tanto como extraño o enemigo. En la Época antigua su significación equivale a la de *hospes*. A partir del siglo III antes de C. son los individuos que pertenecen a un pueblo con el cual se encuentra Roma en guerra. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 281.

³⁹¹ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 45.

³⁹² Ídem.

³⁹³ Cfr. Idem.

extraño ya que en los primeros tiempos el pretor no podía ausentarse de Roma por más de un día y posteriormente por más de diez días.³⁹⁴

El número de *praetores* aumenta atendiendo a diversas circunstancias como lo es el crecimiento de la población de la ciudad de Roma, el creciente comercio marítimo en el mediterráneo, la anexión de provincias, etcétera. En las provincias los *praetores* además de sus funciones jurisdiccionales realizan, funciones de administración y gobierno de las mismas.

Respecto del aumento del número de magistrados encontramos diversas *leges de praetoribus creandis*, mediante las cuales se fueron ampliando el número de *praetores*, en el 227 a.C. la *Lex de creandis praetoribus quattuor* elevó a 4 el número de *praetores*, en el año 198 a.C. la *Lex de creandis praetoribus sex* con la cual se establece la creación de seis nuevos *praetores*, siendo que a finales de la época republicana había aproximadamente de diez a doce *praetores*.³⁹⁵

“Con Cesar su número creció a doce con el nombramiento de dos Pretores “cereales” o “frumentarios” que se encargaban de la administración referente al trigo, hasta que con Augusto asciende el número a dieciséis. Con Claudio aumento su número hasta dieciocho al añadir a los dos pretores *fideicomisarios*, de los cuales uno fue suprimido por Tito, aunque Nerva añadió uno que se ocupaba de las cuestiones entre el fisco y los particulares.”³⁹⁶

A partir de Cesar se comienza a dar la especialización de *praetores* para materias consideradas de importancia como lo son la administración de los granos en Roma ya que en ocasiones como lo son los tiempos de crisis existió desabasto de trigo, las problemáticas suscitadas entre los particulares con el erario público, etcétera, vislumbrándose también el hecho de que las magistraturas están cambiando su naturaleza de la época republicana a ser funcionarios burocráticos.

³⁹⁴ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 45-46.

³⁹⁵ Cfr. VIÑAS Antonio. Op. Cit. Págs. 156-157.

³⁹⁶ ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 46.

La competencia jurisdiccional de los *praetores* tanto los de la ciudad como los de las provincias, se circunscribía a la materia civil mediante la pronunciación de los verbos *do*, *dicco* y *adicco*, teniendo vedadas las cuestiones de jurisdicción voluntaria, al ser del ámbito de los cónsules.³⁹⁷

“Es decir, comprobaba el Pretor la personalidad jurídica y capacidad procesal de las partes, comprobaba igualmente su propia competencia para intervenir en el procedimiento, la legitimación de las partes en atención a las pretensiones ejercitadas; la adopción de medidas conducentes al aseguramiento de los bienes litigiosos, así como el cumplimiento de las partes de las normas de ataque y defensa, fijando el proceso mediante la *litis contestatio*.”³⁹⁸

El pretor no podía realizar las funciones de juez o árbitro y por lo tanto su actividad termina en el momento en que redacta la fórmula, y la envía a juez o al árbitro respectivamente, la *Lex Cornelia de Edictis Praetorum* del 67 a.C. obliga al *praetor* a sujetarse a las normas que el mismo establecía en el edicto anual³⁹⁹ ya que esta resultaba vinculante a todos los ciudadanos.⁴⁰⁰

Existieron supuestos en los que era necesario el traslado de los *praetores* a las provincias y municipios para ejercer su función jurisdiccional, y no por causa de que las autoridades locales no estuvieran facultadas para resolver conflictos entre sus ciudadanos, sino en litigios en que por lo menos una de las partes era un ciudadano romano, casos que regularmente no podían resolver las autoridades locales. En estos casos con el fin de evitar la salida del *praetor* de Roma, se nombra a un delegado (jurisdicción delegada)⁴⁰¹ denominado *praefectri iure dicundo*, tanto las facultades como el ámbito territorial le están establecidos por la norma que lo instituyó. La figura del *praefectri iure dicundo* entra en desuso

³⁹⁷ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 46.

³⁹⁸ Ibídem. Op. cit. Pág. 46.

³⁹⁹ D. 2.2. En el Libro segundo, Título Segundo, se lee lo siguiente: Que cada cual aplique el mismo derecho que hubiese establecido contra otro. “*Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur.*”

⁴⁰⁰ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 47.

⁴⁰¹ D. 1.21. Sobre el ejercicio de la jurisdicción delegada.

a finales del periodo republicano, por el aumento de facultades de las autoridades locales de toda la península itálica, haciendo innecesaria su función.⁴⁰²

Con el acaecimiento del periodo imperial, sobrevino una tendencia de monopolización de los poderes por parte del emperador y la implantación del sistema procesal de la *extraordinaria cognitio*, sucesor del sistema *per formulas*. Paulatinamente se va mermando la competencia jurisdiccional, hasta terminar siendo un órgano meramente representativo y honorífico.

Un claro ejemplo de la arrogación de facultades a la prefectura se da cuando Domiciano asume el cargo de *praetor* urbano con poder consular, delegando su función judicial en el *praetor peregrini* colega que le sigue en rango.⁴⁰³

“Solo subsistieron y perduraron más tiempo (a pesar del cambio institucional y sociopolítico, como fue, entre otros la concesión de la ciudadanía a todo el imperio por Caracalla 212 d.C.), los Pretores creados al amparo de leyes especiales que les atribuían nuevas prerrogativas distintas de las tradicionales de la institución pretoria. Entre los Pretores con prerrogativas excepcionales encontramos al *Praetor aerarii* (con competencias de tipo administrativo y fiscal); *Praetor hastarius* (presidia tribunales como centunviro o *decemviri litibus iudicandis*, que decidían sobre temas relativos a las sucesiones); *Praetor fideicommissarius* o *supremarum* (que vigilaba el correcto cumplimiento de los fideicomisos); *Praetor* para resolver temas fiscales entre administración y particulares creado por Nerva. Junto a los anteriores se crearon el *Praetor tutelarius* o *tutelar*, establecido por Marco Aurelio para controlar el recto cumplimiento por parte de los tutores de las normas relativas a su función y que suponía, desde el punto de vista jurisdiccional una derogación al principio relativo a la exclusión de la jurisdicción voluntaria a la pretura. También existió un *Praetor de liberalibus causis* (que conocía de casos de *libertate*).”⁴⁰⁴

⁴⁰² Cfr. Ibídem. Págs. 47-48.

⁴⁰³ *Suet. Dom.* 1,1.

⁴⁰⁴ ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Págs. 48-49.

A la par de estos *praetores* especiales se encuentran también que difieren en su naturaleza y sus competencias de aquellos creados por las *leges Liciniaie Sextiae* y el *praetor* peregrino, atribuyendo a pretores la presidencia de tribunales especiales o *quaestiones* perpetua, siendo la competencia de estos tribunales de carácter penal. En el año 330 d.C. se crea el llamado *praetor triumphal* el cual tenía competencia en materia de sucesiones.⁴⁰⁵

Referente a los conflictos de competencia que pudieran surgir entre el *praetor* y otros magistrados, tenemos el que podía surgir entre el *praetor urbanus* y el *praetor peregrinus*, pero atendiendo al *imperium* de mayor grado del *praetor urbanus*, este podía atraer y resolver los litigios en los que hubiera duda de quién era el magistrado competente. Se podía haber suscitado conflictos de competencias entre el *praetor* y el *aedil* debido que muchos supuestos en que concurren los edictos de ambos magistrados. Debido a la naturaleza de las acciones *aedilicias*, estas se consideran de carácter punitivo diferenciándolas de las pretorias que tienen un carácter cumulativo, siendo que, si una persona intentaba primero la acción edilicia y posteriormente la acción pretoria, resultaría improcedente y si se realizara a *contrario sensu* el demandado podría terminar con el procedimiento con una excepción. En general se debe tomar en cuenta el mayor rango del *praetor* respecto del *aedil* teniendo la facultad de atraer los litigios en los que hubiera duda de que autoridad resultaba competente para resolver.⁴⁰⁶

Guillermo Floris Margadant ofrece un panorama de las funciones principales del pretor, estableciendo lo siguiente:

“1. El pretor podía dar eficacia a los derechos subjetivos, concediendo acciones preestablecidas o creando acciones *ex novo* para casos no previstos. En honor de la equidad, podía también conceder excepciones, preexistentes o creadas especialmente para paralizar alguna acción; y

⁴⁰⁵ Cfr. *Ibidem*. Pág. 49.

⁴⁰⁶ Cfr. *Ibidem*. Op. cit. Pág. 50.

de la misma manera podía, conceder *replicationes*, *duplicaciones*, etc., no solo aplicando, sino frecuentemente integrando el Derecho. Luego, solía mandar el pleito a algún *iudex*, para la investigación de los hechos y para que este dictara sentencia.

2. Además podía girar órdenes condicionadas-interdictos-en determinados casos.

3. También disponía de medios para ejercer presión sobre los particulares. Mediante la *missio in bona*⁴⁰⁷ trataba de ablandar a la parte que intentara esconderse; mediante una *pignus in causa iudicati captum*; procedía contra el vencido solvente que, por obstinación, no quisiera cumplir una condena; y si *in iure* una parte no quería colaborar lealmente con el magistrado, este podía atribuir la posesión del objeto litigioso a la parte contraria (*missio in possessionem*).

4. En algunos casos, un particular podía pedir al pretor que este obligara a otro particular a prestar una *stipulatio praetoria* a favor del solicitante.

Por ejemplo: alguien se da cuenta de que su vecino está haciendo una excavación que podría perjudicar la estabilidad de su casa. Suplica entonces al pretor que éste, con base en su *imperium* (no en su *iurisdictio*, en este caso), ordene al vecino que le prometa, por *stipulatio*, el pago de cierta suma de dinero, en caso de realizarse el daño que, en su opinión, le amenaza. Entonces el vecino presta la *cautio damni infecti*.

5. En otros casos, el pretor concedía la *in integrum restitutio*⁴⁰⁸. En caso de dolo, error justificable, intimidación y algunos supuestos más, el pretor podía ordenar el restablecimiento de la situación jurídica que

⁴⁰⁷ *Missio in bona*: Entrega de la posesión de bienes concretos ordenada por el praetor en beneficio de una persona costa de otra. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 466.

⁴⁰⁸ *Restitutio In integrum*: Restitución por entero, por completo. Medida jurídica consistente en la cancelación plena de los efectos o consecuencias de un hecho o un negocio jurídico, restableciendo la cosa o situación en su estado anterior como si tal hecho o negocio jurídico no se hubiera realizado. En la esfera del derecho procesal romano constituye una de las medidas que tiene a su alcance el magistrado para solucionar una cuestión en virtud de su *imperium*. La concedía por un decreto previo conocimiento de causa, estimada justa presente el adversario o confirmada su contumacia. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Op. cit. Pág. 504.

hubiera existido sin las mencionadas circunstancias, sin necesidad de una fase *apud iudicem*, si mediante un simple decreto del magistrado.

6. En casos determinados, el pretor asumía el papel de iudex, investigando los hechos y dictando sentencia. Encontramos esta extra ordinaria *cognitio*, especialmente con figuras jurídicas de reciente creación...⁴⁰⁹

Con el establecimiento del procedimiento extra ordinario paulatinamente se van mermando las facultades del *praetor*, hasta ser relegado a la organización de fiestas y espectáculos públicos.⁴¹⁰ Siendo un triste final para la magistratura de mayor relevancia para el Derecho que hubo en Roma.

4.1.2 Pretores especiales en la época imperial

Como se ha establecido en el apartado anterior en la época imperial se da una paulatina merma de las facultades del *praetor*, hasta llegar a convertirse en un cargo honorífico, y si bien subsiste la figura del *praetor* ya no tiene las facultades de la época republicana, quedando así en el imperio autoridades con facultades específicas como lo son los fideicomisos, las tutelas y las causas de libertad.

4.1.2.1 *Praetor fideicommissarii*

Las sucesiones testamentarias y los fideicomisos, fueron temas que preocuparon a los ciudadanos romanos y a la administración estatal. Prueba de lo anterior es que el tribunal de los centunviro tuvo durante casi toda la historia de Roma y al final el carácter exclusivo el control de los fideicomisos, así como la *querella inofficiosi testamenti*.⁴¹¹

El *fideicommissum* o fideicomiso es, la “Liberalidad a título particular mortis causa. Surge como un encargo dado a una persona de transmitir toda o una cuota parte de los bienes que integran su sucesión a favor de

⁴⁰⁹ MARGADANT S. Floris Guillermo. Op. Cit. Págs. 192-193.

⁴¹⁰ Cfr. Ídem.

⁴¹¹ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 105.

un tercero, *fideicommissarius*, cuyo cumplimiento depende únicamente de la buena voluntad de esa persona que recibe la sucesión grabada con el fideicomiso, *fiduciarius*. El fideicomisario estaba desprovisto de acción para reclamar hasta la época de Augusto, que crea dos pretores para la tutela de estas disposiciones de última voluntad. Su origen se encuentra según Gayo,⁴¹² en el deseo de favorecer a las personas que no tenían *testamenti factio passiva*⁴¹³, como los peregrinos o estaban afectados por las leyes caducarias, cual los *caelibes* y los *orbi* carecían de *ius capiendi*⁴¹⁴. A medida que avanzó el tiempo se asimilaron a los legados.⁴¹⁵

De lo anterior se establece que estos encargos eran de carácter moral y no había un vínculo jurídico que obligara a cumplirlo hasta que Augusto les da validez jurídica, pudiendo exigirse el cumplimiento ante los magistrados. Lo anteriormente afirmado se apoya en la fundamentación establecida en las instituciones de Justiniano.

“Ha de saberse que en los primeros tiempos los fideicomisos no eran válidos, porque a nadie se le forzaba a cumplir lo que únicamente le había sido rogado que hiciera. Por este procedimiento se hacían llegar herencias y legados a través de personas capaces de recibir por testamento y en cuya lealtad se fiaba a quienes personalmente no tenían capacidad para recibirlos. Se llamaban fideicomisos por esto, porque no entrañaban un vínculo jurídico, sino que quedaban a merced de la lealtad de las personas a las que se les dirigía el ruego. Más tarde hubo

⁴¹² *Gai.* 2, 285. Así los extranjeros podían dar y recibir misiones de confianza y tal fue el origen de los fideicomisos.

⁴¹³ *Testamenti factio passiva*: Capacidad exigida para poder ser considerado como heredero por cualquiera de la forma de delación de herencia. Los romanos le llamaron simplemente *testamenti factio* y los comentaristas la calificaron de *passiva* para distinguirla de la activa. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág.662.

⁴¹⁴ *Ius capiendi*: Derecho o facultad distinta de la *testamenti factio passiva*, de poder beneficiarse de una herencia o legado y del cual carecen los *latinos iunianos* y las personas afectadas por las leyes caducarias: *orbi caelibes*. Ibídem. Pág.331

⁴¹⁵ Ibídem. Pág. 249.

ocasiones en que el emperador Augusto, en atención a ciertas personas, o movido por la circunstancia a alguno por la salud del príncipe que cumplierse el fideicomiso, o bien reaccionando ante la señalada perfidia de ciertos individuos, ordeno a los cónsules que interpusieran su autoridad a fin de que se cumpliesen determinados fideicomisos. Lo que por estimarse justo y merecer la aprobación popular se fue convirtiendo en jurisdicción normal y constante. Tanto a favor se llegó a dispensar a los fideicomisos, que se creó un pretor especial encargado de resolver litigios que se suscitasen en esta materia, magistrado al que se dio el nombre de pretor fideicomisario.”⁴¹⁶

Es con Augusto cuando se da la protección de las autoridades jurisdiccionales a la figura del fideicomiso, y se crea el *praetor fideicomissarii*⁴¹⁷ para encargarse de los asuntos de esta esfera jurídica.

Se ha llegado a pensar que esta magistratura era un cargo de carácter honorífico, por ser creación imperial aunque en el momento en que Augusto instaura a este magistrado aún se encontraba vigente el procedimiento *per formulas* y aun existían las magistraturas republicanas, y por otra parte se afirma que la función de esta magistratura era más policial que de administración de justicia, bajo el argumento de que en la época imperial se da la decadencia de las magistraturas republicanas dando paso a las autoridades imperiales.⁴¹⁸

Se cree que esta magistratura perdura en el tiempo adaptándose a la *extraordinaria cognitio*, llegando a fungir como jueces en los procedimientos, siguiendo en funciones hasta la caída del imperio romano de occidente.⁴¹⁹

⁴¹⁶ I. 2,23,1.

⁴¹⁷ D.1.2.2.32. ...el Divino Claudio, aumento dos Pretores para que conociesen de los fideicomisos....

⁴¹⁸ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 107.

⁴¹⁹ Cfr. Ibídem. Pág. 108.

4.1.2.2 Pretor *tutelarís*.

La tutela es “el poder al que se hallan sometidos los impúberes no sujetos a la patria potestas y las mujeres que no se encontraban bajo la patria potestas o la manus marital. En el Derecho de la última época constituye una institución de protección sobre la persona y los bienes del sometido a la tutela, pero originariamente se le considera como un poder a favor del titular de la misma, quien la ejercía en su propio beneficio y no del tutelado, con vistas a que no se defrauden sus esperanzas de futuro heredero. A medida que evolucionó el Derecho se fue transformando su sentido original, desapareciendo durante el imperio la tutela de la mujer púber y se transforma en institución de protección de los intereses del pupilo, hasta el extremo de convertirse en un deber público – munus- del cual solo es posible sustraerse por determinadas excusas legales. Se pueden distinguir varias clases de tutelas: tutela legítima, tutela testamentaria, tutela dativa, en razón de su forma de constitución; tutela *impuberum* y tutela *mulierum*, en consideración al sujeto de la misma.”⁴²⁰

La tutela sufre una transformación radical en cuanto a su función y objetivo de la época antigua a la establecida en el imperio, siendo el último el periodo en que se establece al *praetor tutelarís*.

La tutela tenía una doble función una era el proteger a los necesitados y la otra de carácter económico, puesto a que existe un patrimonio que, viniendo de los antepasados, con sus bienes y dioses familiares debía ser protegido hasta la desaparición de la incapacidad.⁴²¹

La ley de las XII tablas establece que debe ser tutor el agnado más próximo, posible heredero ab intestato del pupilo, en la tutela testamentaria se observa la intervención del *praetor* en los casos en que la persona designada en testamento no pudiera realizar la tutela o que el instituido como heredero no estuviera bajo

⁴²⁰ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 679.

⁴²¹ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 109.

la patria potestad del testador. En los casos de no haber tutor legítimo ni testamentario el encargado del nombrar tutor era el *Praetor* en virtud de la *Lex Atilia* del 210 a.C. la cual establece la función en mención al *praetor*. En tiempos de Claudio se encomendó esta función los cónsules, siendo Marco Aurelio y Vero quienes deciden crear una magistratura nueva dependiente de las anteriores cuya competencia se restringía a los procedimientos de tutela (*praetor tutelar*).⁴²²

Acorde a lo establecido en las Instituciones de Justiniano los *praetores* compartieron su jurisdicción con los *praefectus urbi*, “En roma nombran los tutores según el Derecho más reciente, el prefecto de la ciudad y el pretor dentro de su jurisdicción...”⁴²³. Siendo el nombramiento de los tutores hecho por el *praetor* y el *praefectus urbi*, el encargado de castigar a aquellos que hayan abusado de su posición como tutor para obtener beneficio económico acorde a lo establecido por Ulpiano en D. 1.12.1.7. “Suelen remitirse a la Prefectura de la Ciudad, los tutores o los curadores, que por haberse conducido mal en la tutela o en la curatela, necesitan más grave castigo, de modo que no le baste la infamia de los sospechosos...”⁴²⁴

La creación del *praetor tutelar* se hace en detrimento de la competencia del *praetor urbanus*, en una época en la que el procedimiento *per formulas* está siendo gradualmente sustituido por la *extraordinaria cognitio*, y en la cual se comienza a dar la decadencia de las instituciones republicanas, coincidiendo poco tiempo estas dos autoridades, cediendo finalmente esta competencia a la magistratura más reciente. Por otra parte, en las provincias las cuestiones de tutela son conocidas por las autoridades municipales y gobernadores provinciales.⁴²⁵

⁴²² Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 109.

⁴²³ I. 1,19,4.

⁴²⁴ D. 1.12.1.7 *Solent ad praefecturam urbis remitti etiam tutores sive curatores, qui male in tutela sive cura versati graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia...*

⁴²⁵ Cfr. ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 110.

Se plantea el funcionamiento de esta autoridad aun en tiempos de Justiniano, acorde a las referencias en la *Novellae Iustiniani* 13,1,1, en las que se habla de *praetores* que intervienen en las tutelas.⁴²⁶

4.1.2.3 Pretor de *liberalibus causis*

Una constitución de Alejandro Severo del año 223, encontrada en el código justiniano C.4,56,1, trata incidentalmente de las funciones de este *praetor*, cuya competencia versa en la jurisdicción de las causas de libertad.⁴²⁷

El tema sobre el que versa esta constitución refiere al caso de la esclava vendida bajo la cláusula de no prostitución, y si se daba el incumplimiento de esta cláusula el vendedor podía recuperar a la esclava, siendo la autoridad competente para la reivindicación el *praefectus urbi*. Planteando también el supuesto en que se vendió a la esclava con la cláusula de no prostitución, pero aun así el vendedor consiente la prostitución de la esclava por el comprador, siendo este en supuesto de acuerdo a lo establecido por Adriano que debía declararse la libertad de la esclava. Correspondiendo al *praetor de liberalibus causis*, declarar la libertad de la esclava.

“Su misión era conocer aquellas cuestiones relacionadas con las manumisiones, en concordancia con el resto de la legislación de la época que propugnaba la continuidad de los esclavos como clase trabajadora, al mismo tiempo que vela por un trato más digno de estas personas. Su función era más policial que magistratural. Seguían el procedimiento *extra ordinem* y eran funcionarios imperiales. En las provincias lo encargados de conocer de estas causas son los gobernadores.”⁴²⁸

4.2 Innovaciones pretorias

⁴²⁶ Cfr. *Ibidem*. Pág. 112.

⁴²⁷ Cfr. *Ibidem*. Págs. 112-113.

⁴²⁸ ROBLES Juan Ramón. Op. cit. Pág. 113.

Es en parte de la época republicana e imperial, más específicamente durante la vigencia del procedimientos *per formulas* en el periodo en el cual el pretor hace sus grandes aportaciones al Derecho, como ya hemos mencionado previendo situaciones no contempladas por el arcaico y rígido *ius civile* en su *álbum praetorium*, sin embargo para poder aplicar estas nuevas situaciones también realiza modificaciones en las cuestiones procedimentales, reflejadas en la redacción de la fórmula que pueden dividirse en cuestiones de forma como la transposición del sujeto (fórmula de la representación), y supresión de la *condemnatio* (acciones *in factum*), y las que extienden la aplicación de las fórmulas por analogía o semejanza a casos no contemplados por el *ius civile* que son cuestiones de fondo, como lo son; cuando una acción se dirige no contra actos personales del demandado, siendo ejecutados por personas sometidas a su *potestas* (acciones *adiecticiae*), y cuando una situación no prevista se ajusta a otra ya conocida (acciones *útiles*), se produce sobre la base de supuestos no realizados (acciones *ficticias*), o se subordina la sentencia al cumplimiento de obligaciones de restituir o exhibir (acciones arbitrarias).

Al conjunto de acciones que se procederá a su estudio son clasificadas como *actiones praetoriae* definidas de la siguiente forma, “Acciones pretorias; categoría de acciones honorarias, así denominadas por haber sido concedidas por el pretor para amparar situaciones no previstas por el Derecho civil y recogidas en su edicto.”⁴²⁹

Fórmulas con transposición de sujetos: También llamadas de transposición de condena. Acorde a lo establecido por la fórmula clásica la condena debe recaer sobre la persona designada en la *intentio* (pretensión), por ser este el titular de la acción, al cambio de nombre y atributos de acción se le denomina transposición.⁴³⁰

⁴²⁹ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 39

⁴³⁰ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 62.

Ocurría frecuentemente que las personas se ausentaran durante un procedimiento debiendo nombrar estas un *procurator* para que le representase en juicio figurando así el nombre del representado en la *intentio* y el nombre del representante en la *condemnatio* (condena), transmitiendo el Derecho o una obligación posteriormente al representado.⁴³¹

Lo siguiente es un ejemplo de la fórmula en mención: “Si resulta que Numerio Negidio debe dar diez mil sestercios a Mevio, tú juez condena a Numerio Negidio a Pagar diez mil sestercios a Lucio Ticio; si no aparece absuélvelo.”⁴³²

Esta innovación permite a las personas nombrar representantes en los procedimientos y en diversos negocios, que en el antiguo procedimiento de las *legis actionis* costarían el juicio a aquella persona que se ausentara por no permitir la representación.⁴³³

Existen otras fórmulas con transposición de sujetos como lo son la *actio rutiliana* y en las *actiones adiecticiae*.

Acciones prejudiciales⁴³⁴ son las que debían resolverse previamente al procedimiento y recaían sobre cuestiones de hecho y no de Derecho que podían tener influencia determinante en la cuestión de fondo.⁴³⁵

“Entre otras acciones, se sabe que en la *actio libertatis*, la *actio ingenuitatis*, y la *actio familiae*, antes de la cuestión de fondo, se discutían previamente, la libertad, la obediencia y la venia reverencial que el esclavo, el liberto y el hijo debían al dueño, al patrono y al padre respectivamente. Tenían la característica de que

⁴³¹ Ídem.

⁴³² Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 63.

⁴³³ Cfr. Ídem. Pág. 63.

⁴³⁴ /1,4,6,13. Las acciones prejudiciales se consideran acciones reales. Acciones de este tipo son aquellas mediante las cuales se trata de determinar si una persona es libre o esclava, ingenua o liberto, o cuál es su filiación paterna. De todas estas acciones solo una ha sido introducida por el Derecho civil; aquella por la que se trata de determinar si una persona es libre o esclava; las demás son de creación pretoria.

⁴³⁵ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 63.

carecían de *condemnatio*; ya que esta no recaía sino más tarde, al ser sentenciada la cuestión de fondo.”⁴³⁶

En el caso que un liberto demandara a su patrono debía obtener previamente autorización del *praetor*, el patrono al ser demandado por el cumplimiento de una obligación por un cliente podía suscitar la cuestión previa (*praedictum*) y no era sino hasta comprobarse haber obtenido la autorización del *praetor* cuando se otorgaba la fórmula para el cumplimiento de la obligación.⁴³⁷

Ejemplo de la fórmula para averiguar si un esclavo obtuvo la venia pretoria para demandar a su patrono: “Sean recuperadores. Si consta que un tal patrono no ha sido citado a justicia por aquel liberto contra el edicto de aquel pretor, condenad, oh recuperadores, a ese liberto, a pagar a aquel patrono, diez mil sestercios: si no consta absolvedle.”⁴³⁸

Estas acciones no buscan una condena por parte del *iudex*, su objetivo es demostrar un hecho o situación sobre la cual se fundamentara el argumento de una de las partes en el procedimiento principal.

Las acciones *in factum*⁴³⁹ se basan principalmente en el *edictum pretorium* o en situaciones de hecho nuevas no previstas por el *ius civile*, sin que ello excluya la intervención de elementos de este último. ⁴⁴⁰

“Ameritaban una fórmula especial en la que la *demonstratio* y la *intentio* aparecían confundidas por una sutileza del lenguaje del pretor, para averiguar una cuestión de hecho. Así, por cuanto un hijo de familia según el Derecho civil, no puede ser ni propietario, ni acreedor y en la fórmula *in ius* este requisito es indispensable, mediante una hábil redacción se elude a la cuestión de saber si el demandante es o no propietario o acreedor, y se ordena averiguar si en verdad es cierto o no

⁴³⁶ Ídem.

⁴³⁷ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 63.

⁴³⁸ Cfr. Ibídem. Pág. 64

⁴³⁹ Se hace referencia a *actiones in factum* en *Gai.* 4, 46.; I.4, 6,12.

⁴⁴⁰ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 64.

el hecho de la pignoración, hipoteca o deuda, Por ello, a la fórmula *in ius* de las acciones de Derecho civil el pretor opone, conforme a la equidad, las acciones *in factum*.⁴⁴¹

En estas acciones el juez solo está autorizado a determinar si existe un hecho y en caso de existir condenar, no se busca demostrar la existencia de cuestiones jurídicas a partir de las cuales se tendría Derecho a la acción civil.

La aplicación de las fórmulas *in factum* se generalizó paulatinamente, aplicándose a las acciones *publiciana*, *hipotecaria*, *doli*, *bonorum emptor*, *rutiliana*, etcétera.⁴⁴²

El siguiente es un modelo de las acciones *in factum*: “Se Juez...Si aparece que Aulo Agerio deposito en casa de Numerio Negidio la mesa de plata en cuestión, y está por dolo malo de Numerio Negidio no ha sido devuelta a Aulo Agerio (*demonstratio e intentio* confundidas); tú juez condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio todo lo que según la buena fe debe pagar por ello; si no consta, absuévelo (*condemnatio*).”⁴⁴³

Acciones Adyecticias: En el Derecho quirritario la *patria potestas* y la *dominica potestas* se consideran fuentes de derechos y facultades, estableciendo tanto ventajas, como menoscabos al patrimonio del *pater familias*, este podía abandonar a su hijo, y de ahí se originan las llamadas acciones noxales (*actiones noxalis*), ya que si un esclavo hurta, roba, daña, o injuria, se da la posibilidad al dueño de resarcir la deuda o entregar al esclavo en *noxam*, de lo cual se desprende que el dueño de un esclavo responde de los delitos cometidos por este pero no de los contratos.⁴⁴⁴

Ocurría que las obligaciones contraídas por el hijo de familia o el esclavo no obligaban al *paterfamilias* ni al patrono aun y cuando estos negocios le hubieren

⁴⁴¹ Cfr. Idem.

⁴⁴² Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 65.

⁴⁴³ Ibídem. Págs. 65 y 66.

⁴⁴⁴ Cfr. Ibídem. Pág. 66.

resultado benéficos, resultando en una situación injusta ya que si eran beneficiados si respondían de la obligación, pero en caso contrario, es decir, si se les causaba un perjuicio no se encontraban obligados a responder de la obligación.

El pretor por estar al servicio de la justicia y la equidad al percatarse de esta situación injusta procedió a remediarla con una serie de acciones propias, para ser ejercidas contra aquellas personas que no habían sido personalmente contratantes, y sin embargo por haberse beneficiado debían responder. Estas acciones son denominadas indirectas, *adiecticiae qualitatis* o simplemente adyecticias.⁴⁴⁵

Las acciones *adyecticias* se dividen en dos grupos abarcando el primero a las acciones contra el padre o patrono que se ha obligado con su consentimiento, y las segundas aquellas en las que se contrató sin consentimiento de padre o patrono y sin embargo se ha obtenido algún beneficio del contrato.⁴⁴⁶

La acciones *quod iussus* pertenece al primer grupo, en las que el *pater familias* aprueba el contrato antes o después de realizado por un *alieni iuris*⁴⁴⁷ bajo su *potestas*. La acción *de peculio*⁴⁴⁸ perteneciente al segundo grupo, permite reclamar contra el peculio constituido, a favor del hijo o esclavo hasta por el monto del peculio.⁴⁴⁹

Acciones Útiles: En estas acciones se aplica la analogía, resolvían una situación jurídica no contemplada asimilándola por analogía a otra parecida y contemplada por *el ius civile*. La palabra útil tiene su razón de ser en la utilidad que, por razones

⁴⁴⁵ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 66.

⁴⁴⁶ Cfr. Ibídem. Pág. 67.

⁴⁴⁷ *Alieni iuris*: Persona Libre y ciudadano romano que se encuentra sometido a la potestad de un paterfamilias, por lo que aún no gozan de capacidad jurídica completa en contraposición a las personas *sui iuris*. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pag.61.

⁴⁴⁸ *Peculium*: Conjunto o masa de bienes de diferentes clases dejados por el dueño o *paterfamilias* en manos del esclavo o *filiusfamilias*, y sobre los que el esclavo o hijo tiene facultades diferentes, según la clase del mismo y el momento histórico en que se le considere. Ibídem. Pág. 522.

⁴⁴⁹ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 67.

de orden público o necesidades de orden privado, obligan al pretor a asimilar un caso a otro.⁴⁵⁰

Un ejemplo de esto se da con la Ley *Aquilia*, la cual establece que solo se puede reclamar el resarcimiento por daño, cuando se demuestre que fue cometido con alguna parte del cuerpo (cabeza, pies, manos) del demandado, demostrándose también la destrucción de algo. Si se reclamaba el resarcimiento por la muerte de un esclavo debía demostrarse también que el demandado había causado la muerte personalmente, pero no daba acción en los casos que, por ejemplo, el demandado perseguía al esclavo y este cayó a un río y muriendo ahogado o cae de un risco y muere. En este supuesto el pretor otorga la *actio legis aquiliae utilis* en analogía de la acción directa que emanaba de la Ley *Aquilia*. Algunos autores creen que se redactaban siguiendo el modelo de las acciones ficticias.⁴⁵¹

Las acciones ficticias, son aquella en virtud de las cuales el pretor permitía dar por cumplidos ciertos requisitos de hecho o de Derecho, que en realidad no estaban cumplidos. Un ejemplo de esto es el caso del *bonorum possessor*, persona a quien el pretor ha puesto en virtud de su *imperium* en virtud de su *imperium* de alguna cosa, pero este no puede ejercer las acciones reales o personales para proteger la cosa, si se da el supuesto en que la persona vea vulnerada su posesión de la cosa, el pretor le trata como si fuera propietario o heredero civil concediéndole la acción correspondiente, otro ejemplo es la *actio furti* cuando el robo había sido cometido por un *peregrini*, la ficción consistía en admitir que el *peregrini* era *civis romanus*.⁴⁵²

El siguiente es un ejemplo de la fórmula de acción ficticia: “Si Aulo Agerio compro y le fue entregado un esclavo que, si le hubiere poseído un año, este esclavo de que se litiga sería suyo por Derecho de los quirites y no se le restituyese a Aulo

⁴⁵⁰ Cfr. Ibídem. Pág. 68.

⁴⁵¹ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Págs.68-69.

⁴⁵² Cfr. Ibídem. Pág. 69.

Agerio según el arbitraje, condena, oh juez, a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio tanto dinero cuanto la cosa valga; si no consta absuévelo,”⁴⁵³

El pretor en estos casos crea la ficción de que se cumplen los requisitos necesarios atendiendo al supuesto específico de que se trate.

Acciones Arbitrarias: “Acciones de carácter especial en razón de los poderes que confieren al juez. En ellas, el juez tiene una facultad propia, *arbitrium*, en virtud de la cual puede, antes de pronunciar la condena fijar equitativamente las satisfacciones debidas por el demandado, y de conformidad con el texto de la fórmula, solo condenaba si el demandado no restituía, no pagaba o no exhibía, según los casos (*nisi restituat, nisi solvat, nisi exhibeat*), haciéndolo por una cantidad pecuniaria fijada por el demandante previo juramento, o por el juez, según su estimación. Tenían ese carácter las acciones in rem, a excepción de las prejudiciales y las acciones de *dolo, metus causa, de eo quod certo loco, ad exhibendum, pauliana, calvisiana...*”⁴⁵⁴

En las acciones arbitrarias solo se condena en caso de incumplirse con una condición suspensiva, ya que se debe establecer una temporalidad para el cumplimiento de la misma, y en contrario se condena al demandado al pago de una suma determinada o indeterminada acorde a lo establecido por el juez.

Este es un ejemplo de fórmula en una acción arbitraria: “Que Lucius Octavenus sea juez. Si aparece que el fundo Capena, de que se trata, es de Aulo Agerio, según Derecho quirritario, y no le ha sido restituído a Aulo Agerio, condena según su arbitraje, a Numerio Negidio a pagar tanta cantidad cuanto la cosa valga; si no aparece, absuévelo.”⁴⁵⁵

⁴⁵³ Cfr. Idem.

⁴⁵⁴ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Págs. 34-35.

⁴⁵⁵ CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 70.

4.3 Los interdictos

Establece Adolf Berger relativo a los interdictos lo siguiente, orden dada por el pretor u otro oficial autorizado (procónsul en las provincias) por petición del demandante y dirigido a otra persona sobre quien cierta actitud es impuesta; ya sea realizar algo o abstenerse de hacer algo. El procedimiento interdictal es más administrativo que judicial en su naturaleza y difiere de los procedimientos ordinarios en que no hay división del procedimiento en dos fases en tanto se emite el interdicto. El interdicto es un remedio provisional que tiene por propósito la protección de una situación existente por medio de una decisión rápida del magistrado. Este cumple con su objetivo, dar por terminado rápidamente un procedimiento, solo cuanto el demandado cumple con la orden. Si no lo hace, el procedimiento subsecuente asume la forma de un procedimiento ordinario, no sin ciertas particularidades resultado del hecho de que un interdicto ha sido interpuesto siendo este más complicado y aún más lento que el procedimiento ordinario. El procedimiento interdictal era sumario en demasía, ya que no se hacían amplias declaraciones por parte de los testigos, ni examinación exhaustiva de la evidencia. Si lo que el demandante, -siendo este la persona que pide el interdicto- (*postulare interdictum*) se concederá solo si la autoridad estima que la petición realizada, merece protección en interés de la persona o el interés público. Si lo expresado por el demandante resultan mentiras, se revoca la orden al demandado y se le da derecho a defenderse en el procedimiento subsecuente...⁴⁵⁶

En el concepto anterior se establece que los interdictos son procedimientos sumarios los cuales buscan proteger situaciones existentes, en ejercicio del *imperium* del pretor o el procónsul en las provincias, a petición de una persona, en el cual solo se revisa la veracidad de los hechos sobre los que se funda la petición del demandante, dando por terminada la controversia en el caso de que el demandado cumpla con lo decretado por el pretor, estableciendo una pena

⁴⁵⁶ Cfr. BERGER Adolf. Op. cit. Pág. 507.

pecuniaria a favor de la contraparte, en el caso de incumplimiento de este decreto. En caso de incumplimiento o que el argumento sobre el que se funda la petición del demandante sea falso, se procedería a entablar la controversia por medio procedimiento ordinario siendo el *per formulas* por el cual se resolvería la controversia. Por lo anteriormente mencionado no cabe la apelación a la decisión del magistrado teniendo en cuenta que se tiene el procedimiento ordinario, el cual resuelve el fondo de la controversia.

El origen de los interdictos se remonta a principios de la República ya siendo contemplados algunos en la ley de las XII tablas, siendo supuestos en los que no se podía entablar la resolución de la controversia por medio del procedimiento de las *legis actionis*.⁴⁵⁷

Los interdictos tienen la función de evitar que los ciudadanos se hagan justicia por su propia mano lo cual resulta en una perturbación para el Estado, ya que estos generalmente están destinados a garantizar el libre uso de las cosas públicas y el libre disfrute de la posesión.⁴⁵⁸

4.3.1 Clasificación de los Interdictos

Los interdictos se clasifican en su forma más general en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Interdictos prohibitorios son aquellos en los cuales se prohíbe hacer algo, como cuando se prohíbe que se ejerza violencia contra el que posee sin vicio. Interdictos restitutorios son aquellos por los cuales se manda a restituir una cosa, por ejemplo, cuando se manda que se restituya la posesión de un fundo a aquel que fue privado de ella por violencia. Interdictos exhibitorios son aquellos por los cuales se manda a exhibir algo, por ejemplo, cuando se manda a exhibir el individuo sobre cuya libertad se discute, o el liberto de cuyos servicios quiere exigir el patrono. Sin embargo, hay quienes estiman que propiamente solo deben llamarse interdictos los prohibitorios, porque *interdicere* significa denunciar y

⁴⁵⁷ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 323.

⁴⁵⁸ Cfr. Ibídem. Pág. 324.

prohibir, debiendo denominarse los restitutorios más propiamente decretos. Pero, no obstante, ha prevalecido la denominación general de interdictos, basándose a que entre dos se dictan.⁴⁵⁹

En una clasificación más específica los interdictos se pueden dividir, en interdictos simples y dobles (*duplices*), interdictos posesorios los cuales a su vez se subdividen en *interdicta adispiscendae possessionis* (interdictos para obtener la posesión), *interdicta recuperandae possessionis* (interdictos para recuperar la posesión), *interdicta retinendae possessionis* (interdictos para retener la posesión) e *interdicta tam adispiscendae quam recuperandae possessionis* (interdictos para obtener la posesión y recuperar la posesión).

Interdicto simple:” ...Son interdictos simples aquellos en los que hay un demandante y un demandado...”⁴⁶⁰ A partir de lo anterior se establece la estructura básica del interdicto un demandante y un demandado, siendo el demandante quien pretende que se proteja una situación de hecho del que peligra por causa del demandado y su actuar, siendo el magistrado quien decide, juzgando

Interdicta Duplicia: Interdictos dobles; aquellos en los que cada parte juega el papel de demandante y demandado y frente a la orden del magistrado ambas partes pueden incurrir en la condena. Tienen este carácter el *interdictum uti possidetis* y el *interdictum utrobi*.⁴⁶¹ En este tipo de interdicto existen recíprocas demandas al pretor, entendiéndose que ambos contendientes se creen en estar en condiciones de que el pretor proteja la situación de su interés.

Interdicta Adispiscendae Possessionis: “Interdictos posesorios destinados a lograr la posesión de cosas que aún no se hubieran poseído por quien lo intenta. Son interdictos restitutorios capaces de recibir la fórmula arbitraria y entre ellos destacan el *interdictum quorum bonorum*, *interdictum quod legatorum*, *interdictum*

⁴⁵⁹ I. 4,15,1.

⁴⁶⁰ Ibidem. 4,15,7.

⁴⁶¹ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág.305.

savianum e interdictum possessorium.⁴⁶² Este interdicto tiene por función que se otorgue la posesión de una cosa como lo puede ser la masa hereditaria, ya que el pretor en uso de sus facultades no puede crear herederos civiles, siendo cuestión de Derecho quirritario, pero si puede otorgar la posesión para que el poseedor al cabo de un año pueda usucapir la herencia.

Interdicta recuperandae possessionis: “Interdictos para recuperar la posesión; son interdictos restitutorios a favor de la persona desposeída, que puede dar lugar a una fórmula arbitraria. Tiene este carácter el *interdictum de precario*, *interdictum un de vi* e *interdictum de clandestina possessione*.”⁴⁶³ Este tipo de interdictos los ejercitan los poseedores de un fundo en caso de ser despojados de el por otra persona, atendiendo a las condiciones de cómo fue desposeído es el interdicto que se deberá ejercitar una de estas condiciones por ejemplo es ser desposeído del fundo con violencia por una banda armada (*interdictum vi armata*).

Interdicta retinendae possessionis: “Interdictos de retener la posesión, destinados a poner fin a un conflicto suscitado entre dos personas acerca de la posesión de una cosa ordenando el pretor que no se moleste el ejercicio de quien la posee actualmente, si se trata de un inmueble, o la ha poseído durante más tiempo en el año, si se trata de mueble. Tienen el carácter de *interdicta duplicia*, o dobles, y lo son el *interdictum uti possideti* y el *interdictum utrobi*.”⁴⁶⁴ Este tipo de interdictos protege al poseedor actual de la cosa a fin de evitar que este pierda la posesión de la misma, así como su libre uso y algunos casos al que haya poseído por más tiempo dentro del periodo de un año.

Interdicta tam adispicendae quam recuperandae possessionis: “Interdictos por los que el demandante logra la posesión de la cosa que no había tenido con anterioridad (por rehusar suministrar el demandado, por ejemplo, la *cautio iudicatum solvi*) o la recobra si con anterioridad la había tenido. De tal tipo son el

⁴⁶² Ibídem. Pág. 303.

⁴⁶³ Ibídem. Pág. 305.

⁴⁶⁴ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 305.

interdictum quem fundum y el *interdictum quem hereditatem*.⁴⁶⁵ En este tipo de interdictos existe una ambivalencia ya que su función puede constituirse en la obtención de una cosa como lo es la herencia por el heredero o la restitución de un fundo cuando se cumple con la *satisdatio* exigida por el pretor.

4.3.2 Procedimiento interdictal

En Roma, debido a que el Estado tiene por característica el detentar facultades expansivas y sus decisiones tienen carácter de absolutas, se establece que el procedimiento interdictal es más de carácter administrativo que judicial.

La orden del magistrado en estos procedimientos se basa en que los supuestos, de haber una negativa de restituir una cosa, exhibir algo, no permitir realizar al, etcétera., fueran ciertos, pero en caso de resultar falso lo que se había declarado ante el magistrado para que se concediera el interdicto el demandante incurría en penas pecuniarias, esto en razón de que en Roma el actuar con malicia dentro de los procedimientos era una cuestión que buscaba suprimirse, por esta causa se aplican las *sponsios* dentro de los procedimientos interdictales en beneficio de la parte que resultare vencedora. Frente a la orden interdictal existen dos vertientes, la primera es que la persona demandada a la cual el magistrado decreta determinado actuar acate la orden dando por terminado el procedimiento, la otra era que el demandado asistiera frente al magistrado y demostrar que los hechos que se le imputaba resultaban falsos dando paso a otro procedimiento que se presenta en dos modalidades la *sponsio et restipulatio* y el de las *fórmulas arbitrarias*.⁴⁶⁶

Procedimiento *per sponsionem*: Este procedimiento era común en la generalidad de los tipos de interdicto, (*retinendae, recuperandae y adispiciendae possessionis*), consistiendo en tres estipulaciones verbales sucesivas, aunque

⁴⁶⁵ Idem.

⁴⁶⁶ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Págs. 331-332.

resulta un poco oscuro el tratar de estudiar los procedimientos interdictales por la falta de partes del texto en la compilación gayana.⁴⁶⁷

Este proceso se inicia por el desacato de la orden del magistrado que siendo el caso contrario hubiera dado por terminado el procedimiento, al ocurrir lo primero se formaliza el proceso que se realizará en dos etapas la *in iure* e *in iudicio* enviándose tres fórmulas al mismo juez o recuperadores para que sobre cada una recaiga un sentencia absolutoria o condenatoria.⁴⁶⁸

En primer término, se realiza una estipulación por la parte demandada mediante una *sponsio*⁴⁶⁹ prometía pagar una suma de dinero en caso de haber desobedecido la orden del magistrado, si a pesar del edicto se preguntaba tú no me has restituido o tú no me has exhibido ¿prometes pagarme tal suma? Y el demandado respondía afirmativamente se constituía la *sponsio*. La segunda *sponsio* la constituía el demandante que se comprometía a pagar una suma de dinero en caso de haber desobedecido este la orden del magistrado por haber basado su petición en hechos falsos, a esta promesa se le conoce como *restipulatio*, preguntando el demandado, si tú sin razón me has demandado la entrega o exhibición de una cosa ¿prometes pagarme tal suma?, la respuesta afirmativa constituye la *restipulatio*. Existe una tercera estipulación por parte del demandado en la cual se promete a pagar los daños y perjuicios que pudiera haber ocasionado al actor, llamado este juicio *iudicium secutorum* en el que solo pagaba el demandado en caso de resultar vencido. Se mandaban las tres fórmulas al juez para que este resolviera el litigio, condenando de acuerdo con lo

⁴⁶⁷ Cfr. Ibídem. Pág. 332.

⁴⁶⁸ Cfr. Idem.

⁴⁶⁹ *Sponsio*: Modalidad primitiva del contrato verbal se estipulación. Reservada a los ciudadanos romanos y que consiste en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta del deudor empleando el mismo verbo; *spondesne, spondere?, spondeo*, de donde nacía una obligación para el deudor único y si se quería garantizar la obligación por fiadores, idéntica pregunta era repetida al deudor subsidiario o fiador, *spondese idem? Spondeo*. En el terreno procesal da lugar a un tipo de procedimiento que salva los inconvenientes de las acciones de la ley, pues uno de los litigantes promete por ella formalmente al otro una cantidad, para el caso de que su pretensión resulte cierta, ejercitándose sobre esta base la *legis actio per sacramento in personam*. GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO Faustino. Op. cit. Pág. 544.

establecido en las estipulaciones y acorde a quien fuera el vencedor en la contienda.⁴⁷⁰

Procedimiento en los interdictos dobles: Este tipo de procedimientos son consecuencia de dos personas pretendiendo ser los poseedores de una misma cosa y ambos acudiendo al pretor para que este dictara su interdicto.⁴⁷¹

Este procedimiento recibe el nombre de *fructum licitatio* (licitación de frutos). El primer demandado prometió una *sponsio* al segundo demandado y este a su vez a aquel, el segundo prometía una *restipulatio* y este otra al segundo y ambos en condición recíproca de demandados se prometían una cantidad en concepto de daños y perjuicios, en este tipo de procedimientos la posesión de la cosa es otorgada al mejor postor en el procedimiento, siendo una posesión temporal ya que si se demostraba su falta de razón se perdía la posesión de la cosa. El juez en este tipo de procedimientos se limita a comprobar quien era el poseedor al momento del interdicto.⁴⁷²

Procedimiento *per formula*: La fórmula se redactaba conforme al modelo de las formulas *in factum*, para que pudiera prosperar la demanda, debía haber concordancia entre la *intentio* y la *condemnatio*. Existen además las llamadas fórmulas arbitrarias creadas por el pretor, y en la cual el juez ordena que se acate la orden *interdictal* por parte del demandado y en caso de negarse a restituir el mueble o exhibir las tabulas del testamento le condena a pagar una determinada cantidad, la orden del juez para que el demandado cumpla el interdicto se llama *iussum* aplicándose esta solo a los interdictos restitutorios y exhibitorios.⁴⁷³

El interés que tiene la cláusula arbitraria es que según ella el juez no está obligado a condenar sino a buscar una solución conforme a la equidad, y puede

⁴⁷⁰ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Págs. 332-333.

⁴⁷¹ Cfr. Ibidem. Op. cit. Pág. 333.

⁴⁷² Cfr. Ídem.

⁴⁷³ Cfr. CUENCA Humberto. Op. cit. Pág. 334.

dictar la sentencia acorde a su saber y conocimiento de la causa, siendo este más un árbitro que un juez, de ahí el nombre de la cláusula.⁴⁷⁴

El juez no debía esperar a que el demandado cumpliera la orden interdictal, cuando era notorio que esta no se iba a cumplir, o habiendo imposibilidad física de cumplirlo por la pérdida de la cosa, condenaba al pago de la cantidad fijada por el demandante bajo fe de juramento decisorio o por el árbitro de acuerdo a su apreciación y los daños causados a la persona por la falta de restitución o exhibición.⁴⁷⁵

Concluyendo el presente trabajo, a lo largo del mismo trabajo hemos realizado un somero estudio acerca de la administración de justicia en Roma, y en especial del pretor, ya que su función llevo a Roma en conjunto con las aportaciones de los jurisconsultos a la denominada época clásica del Derecho romano. Lo anterior debido a que este buscaba favorecer la justicia y equidad, adaptando y complementando el la deficiencias del Derecho antiguo. Llegando así a crear diversas figuras jurídicas en beneficio de aquellas situaciones que este consideraba dignas de su protección. Con su decadencia también sobreviene la decadencia del Derecho mismo, no habiendo un florecimiento tan prolífico del derecho hasta la edad media. Es asi que concluimos el presente trabajo esperando haber hecho justicia a una de las autoridades más importantes de la antigua Roma y a nuestra consideración la mas importante en la administración de justicia de esta civilización.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Roma fue una cultura que estuvo en constante cambio, tanto en lo referente a su estructura política, en la que observamos cambios en su forma de gobierno que se dan en atención a situaciones tanto de carácter político como de

⁴⁷⁴ Cfr. Idem.

⁴⁷⁵ Cfr. Idem.

carácter social. El desarrollo de sus instituciones internas aunado a la constante expansión que se da durante la mayor parte de la historia de Roma la lleva a convertirse de un pueblo compuesto de tribus, a una metrópolis urbana, en la que convivieron tanto romanos como sinfín de extranjeros por las migraciones que se dan a la urbe y el comercio que florece en los mercados y puertos de la ciudad. Es por ello que el Derecho romano tiene un carácter expansivo y en constante cambio abarcando nuevas problemáticas y modificando las preexistentes para su correcto funcionamiento.

SEGUNDA. En los tiempos más primitivos del Derecho romano no existe una distinción entre las leyes de carácter divino y las leyes que regulaban las conductas humanas, no es sino a consecuencia del desarrollo social y la función de juristas ilustres como Cneo Flavio y Sexto Aelio que se dan pasos hacia la secularización del Derecho, encontrando que a finales del periodo republicano la administración de justicia y el Derecho en general se encuentra separado de la religión.

TERCERA. Del estudio de diversos conceptos tanto jurídicos como filosóficos, llegamos a la proposición del siguiente concepto de justicia, siendo concebida como el cumplimiento del deber que cada uno de los individuos de una sociedad tiene, es decir acatar las leyes y el respetar a todas las personas.

CUARTA. Las leyes, por naturaleza, deben tender a la protección, desarrollo, bienestar social, libertad y diversidad y estas no deben beneficiar a determinados sectores de la población, de igual forma, en lo concerniente a la solución de controversias, los juzgadores deben tomar en cuenta diversos factores como los económicos, sociales, culturales, familiares, etcétera, y no solo lo establecido en la ley para que, al momento de emitir un juicio, su resolución sea considerada como justa.

QUINTA. Para la sociedad romana, la concepción de la justicia no era un ideal, ya que esta se materializaba a través de la actuación de los magistrados, tribunales y jueces, siendo concepción muy diversa a la de sociedades

contemporáneas, y definitivamente muy diversa de cómo concebimos la justicia en la actualidad.

SEXTA. La etapa clásica del Derecho romano es en donde, debido a la especialización de los magistrados y la secularización del Derecho, se da, en materia de administración de justicia, la máxima expresión del pensamiento jurídico político.

SÉPTIMA. La colegialidad, como medio de control entre las magistraturas romanas constituyó un avance significativo para evitar el abuso indiscriminado del poder por los funcionarios, teniendo en la *intercessio* un antecedente muy remoto de los medios de control de las autoridades.

OCTAVA. El pretor constituye un pilar indiscutible en la administración de justicia en el Derecho romano clásico derivado de las importantes aportaciones que realizaron aquellas personas que ocuparon este cargo, ya sea subsanando, creando, modificando, y mejorando el Derecho. Su función aunada a la de los jurisconsultos es lo que hace merecedora a la época en que estuvo en funciones esta autoridad, el nombre de clásica, ya que en ella se observan los grandes avances creativos del denominado Derecho pretorio, siendo desde nuestro punto de vista la autoridad más importante en el periodo republicano.

NOVENA. A lo largo de la historia romana, existieron diversas autoridades responsables de la resolución de conflictos, pero es en la época imperial en la que más autoridades encontramos. Existía en esta época, una especialización y jerarquización de los funcionarios imperiales y, si bien solo abordamos los funcionarios de la ciudad de Roma, lo anterior nos proporcionó un panorama del complejo enmarañado en que se convierte el Estado en el periodo imperial, equiparándose en su complejidad y funcionamiento a un Estado moderno.

DÉCIMA. En el presente trabajo abordamos el estudio de los procedimientos que tuvieron vigencia a lo largo de la historia de Roma, tratando de ubicar en el contexto histórico en que estos se desarrollaron, con el fin de proporcionar un breve panorama de cómo se dio la administración de justicia en Roma en sus

diversos periodos, ya que a nuestro parecer no podemos separar el estudio de las autoridades y los procedimientos ya que no podemos llegar a la exegesis del objeto de estudio si desconocemos uno u otro. En los procedimientos observamos cambios muy grandes, ya que Roma en sus inicios su sistema de administración de justicia, a través de las *legis actiones*, es muy formal, y ligado estrechamente a las cuestiones religiosas siendo de difícil acceso a los ciudadanos y estando vedado a los extranjeros, cuestión que no se observa en ningún sistema moderno, posteriormente observamos un sistema formalista, el procedimiento *per formula petitoriam*, que sin embargo hizo grandes avances en la administración de justicia ya que en él es donde el pretor desarrolla todas las aportaciones, que estudiamos en el tema respectivo, y en el último procedimiento de época imperial, *extraordinem*, observamos una simplicidad y accesibilidad equiparables a los sistemas modernos, pudiendo fácilmente confundirse con un sistema contemporáneo en cuanto a la estructura del procedimiento y no siendo muy diferente del sistema mexicano.

DÉCIMAPRIMERA. En lo que respecta a las cuestiones de responsabilidad de los funcionarios jurisdiccionales en Roma, se observa una marcada tendencia a la resolución de los conflictos suscitados por el ejercicio de un cargo, el resarcimiento de carácter pecuniario a las partes afectadas por el actuar de los funcionarios, dándose también situaciones en las que en razón de sus funciones obraban de una forma dolosa en virtud de haber recibido dadivas, en que se incurría en delitos del orden estatal como el *crimen repenturandum*, teniendo estas penas de carácter corporal como lo son los azotes o la muerte, buscando a través de este tipo de castigos ejemplares inhibir las conductas criminales.

DÉCIMASEGUNDA. Debemos reconocer en el Derecho romano, algo más que una fuente de cultura jurídica, de donde los juristas del siglo XXI podemos obtener respuestas a los problemas actuales, pues en la Roma clásica como en el México contemporáneo, la impartición de justicia es una necesidad real, siendo una consecuencia directa de la convivencia de los seres humanos, y por lo cual las sociedades crean instituciones y órganos especializados, que deben ser acorde

a las necesidades de la sociedad específica, estos deben estar en constante transformación adaptándose a los cambios de la sociedad.

DÉCIMATERCERA. Como abogados y estudiosos del Derecho, debemos siempre estar en busca de conocimientos, retomando así cuestiones de Derecho extranjero y cuestiones de sociedades antiguas como la romana, abordando su estudio con la mente abierta y no solo adentrarnos en el estudio jurídico, debemos ampliar nuestro conocimiento en las tan diversas disciplinas y ciencias, ya que desde nuestro punto de vista esto no es algo inútil, todo estudio desde nuestro punto de vista como abogados sirve para ampliar nuestro criterio jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SUÁREZ Ursicino, Horizonte Actual del Derecho Romano, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944.

BIALOSTOSKY BARSHAVSKY Sara, Panorama del Derecho Romano, Octava Edición, Porrúa, México, 2007.

BERNAL GOMEZ Beatriz, LEDESMA URIBE José de Jesús, Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas, Porrúa, México, 2011.

CALAMANDREI Piero, Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1962.

CARNELUTTI Francesco, Instituciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1959.

CAMIÑAS G. Julio. “Jurisdicción y Jurisprudencia en el Principado” PARICIO Javier Coordinador, Poder Político y Derecho en la Roma Clásica, Editorial Complutense, 1995.

CUENCA Humberto, Proceso Civil Romano, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.

D’ORS Álvaro, Derecho Privado Romano, Cuarta Edición, Eunsa, Pamplona, 1981.

FUENTESECA DEGENEFFE Margarita, El Juez en roma: “Funciones y Responsabilidad”, Fontanamara, 2013.

FUENTESECA Pablo, Estudios de Derecho Romano, Fundación Registral, Madrid, 2009.

GARCÍA MAYNEZ Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 50ª Edición, Porrúa, México, 2000.

GORDILLO MONTESINOS Héctor, Derecho Privado Romano, Segunda Edición, Porrúa, México, 2008.

KUNKEL Wolfgang, Historia del Derecho Romano, Ariel, Barcelona, 1966.

MARGADANT S. Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, Vigésima Sexta Edición, Esfinge, México, 2011.

MERRYMAN John Henry, La Tradición Jurídica Romano Canónica, Traducción por SUÁREZ L. Eduardo, Tercera Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.

MOLLA NEBOT M.A. Sonia, Iudex Unus. Responsabilidad Judicial e Iniuria Iudicis, Dykinson, Madrid, 2010.

MONTANELLI Indro, Historia de Roma, Traducción por Domingo Pruna Moravia, Mezki, España, 2012.

OVALLE FABELA José, Teoría General del Proceso, Sexta edición, Oxford, México, 2005.

PADILLA SAHAGÚN Gumesindo, Derecho Romano, Cuarta Edición, McGraw-Hill Interamericana, 2008.

PARICIO Javier, Sobre la Administración de Justicia en Roma. "Los juramentos de los Jueces Privados", Civitas, 1978.

RASCON Cesar, Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

ROBLES Juan Ramón, Magistrados Jueces y Árbitros en Roma, Dykinson, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ ENNES Luis, "Reflexiones en torno al origen de los honorarios en los advocati" PARICIO Javier Coordinador. Poder Político y Derecho en la Roma Clásica, Editorial Complutense, 1995.

RUSSOMANO Mario C., Breve Historia del Derecho Romano, Claridad, Buenos Aires, 1988.

SÁINZ Y GÓMEZ SALCEDO José María, Derecho Romano Público y Privado, UNAM Fes Acatlán, México, 2012.

VIÑAS Antonio, Instituciones Políticas y Sociales de Roma: Monarquía y República, Dykinson, Madrid, 2007.

Fuentes Clásicas

Cuerpo del Derecho Civil Romano. Edición bilingüe por Ildelfonso García del Corral. 6 vol. Barcelona, España. Publicada por los hermanos Kiegel. 1889.

El Digesto del Emperador Justiniano, traducción revisada y aumentada de Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca; presentación de José G. Carrera Domínguez, Tribunal de Justicia del Distrito Federal, México 2007.

Fragmentos Vaticanos. Traducción, Introducción, Notación e Índice de Palabras por Martha Elena Montemayor, UNAM, México, 2003.

Instituciones de Justiniano. Traducción por HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE Francisco, Comares, Granada 1998.

Institutas de Gayo. Texto Traducido, Notas e Introducción por DI PIETRO Alfredo, Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires 1999.

La Republica de Platón, Traducción y Notas de Conrado Eggers Lan, Gredos, Madrid, 2014.

Ley de la XII Tablas, Introducción, edición crítica, traducción, notas e *index vevorum* por RUIZ CASTELLANOS Antonio, Ediciones Clásicas Madrid, Madrid, 1992.

Sobre la Republica, Cicerón, Introducción, Traducción Apéndice y Notas por D'ORS Álvaro, Gredos, Madrid, 1984.

Páginas Web.

Marco Tulio Ciceron. Las Leyes.

http://dgb.conaculta.gob.mx/coleccion_sep/libro_pdf/31000000279.pdf

Diccionario de la Real Academia Española Online.

<http://dle.rae.es/>

MOMMSEN Theodorus y KRUEGER Paulus. Iustiniani Digesta.

<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/digest.htm>

Tito Livio. Historia de Roma.

<http://historicodigital.com/download/tito%20livio%20i.pdf>

HUERTA OCHOA Carla. El Concepto de Interés Público y su Función en Materia de Seguridad Nacional.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>

Gaio Suetonio. Los Doce Cesares.

<https://uhphistoria.files.wordpress.com/2011/02/gaio-suetonio-los-doce-cesares.pdf>

Diccionarios

BERGER Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Cuarta Edición, The American Philosophical Society, Philadelphia, 2004.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Diccionario de Derecho Romano, REUS, Madrid, 1955.

HURTADO SALGADO Jorge, et al, Diccionario de Términos Jurídicos-Universitarios, UAEM, 2010.