

**Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias**

**Jurídicas.**

**Creación Jurídica y Proceso Romano: Un Acercamiento al  
Espíritu del Derecho Romano desde la Configuración Histórica de  
su Procedimiento Civil.**

Universidad de Valparaíso.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Egresada: Daniela Nelly Veas Jaime.

Profesor Guía: Aldo Topasio Ferretti.

Fecha: 6 de Enero de 2010.

# Índice de Materias.

- **Introducción**
- **I. Sección Primera: Las Fuentes del Derecho Romano. 1.**
  - Aproximación al Tema. 2- 4.
  - Fuentes del Derecho en el Período Quiritario. 5- 7.
  - Fuentes del Derecho en el Período Clásico:  
Primacía de las Fuentes Jurisprudenciales. 8- 11.
  - Labor desarrollada por los magistrados y jurisperitos Romanos: El complemento de valores jurídicos. 12 y 13.
- **II. Sección Segunda: Roma y el Ejercicio de los Derechos. 14.**
  - Primeros peldaños hacia la edificación de un Proceso para los ciudadanos. 15 y 16.
  - El Órgano Jurisdiccional en Roma:  
La Dualidad de Funciones. 17- 20.
  - Bipartición del Proceso Romano: Teorías. 21 y 22.
- **III. Sección Tercera: El Procedimiento Civil Romano de la Época Quiritaria. 23.**
  - La Acción en Roma. Algunas Nociones. 24 y 25.
  - Acción y Derecho Subjetivo en Roma. 26- 28.
  - Las Legis Acciones o Acciones de la Ley. 29.
    - Desarrollo de las dos fases durante este procedimiento 31 y 32.
    - La Acción de Ley por Apuesta. 34.
    - La Acción de Ley por Petición de Juez. 35.
    - La Acción de Ley por Emplazamiento. 35.
    - La Ejecución en el Sistema de las Legis Actio. 36- 38.
- **IV. Sección Cuarta: El Procedimiento Civil Romano Clásico O Procedimiento Formulario. 39.**
  - Procedimiento Clásico: Válvula de la Honestidad Social. 40- 42.
  - Establecimiento del Formulario: Antecedentes y causas. 43- 46.
  - El Pretor Peregrino y la Creación Jurídica. 47- 50.
  - El Núcleo de la Creación Jurídica Clásica:  
La Fórmula y los Nuevos Tipos de Acciones. 51- 53.
  - Importancia de la Fase In Iure y la Fórmula en cuanto a Innovación Jurídica. 54 y 55.
  - La Fórmula: Concepto y Estructura. 56- 65.

La Acción en el Sistema Formulario: La Esencia de la Innovación Pretoria.	66- 68.
El Método del Pretor para la labor creativa.	69- 78.
Tipología de Acciones durante el Procedimiento Formulario.	79- 99.
Acciones In Factum y Jurisdicción.	100- 102.
Partes Accesorias de la Fórmula Romana.	103.
La Praescriptio.	103 y 104.
La Exceptio.	105- 109.
Aspectos Procedimentales del Procedimiento Formulario.	110.
Valor del Proceso Romano frente al Derecho Procesal Moderno.	111 y 112.
Aspectos Procesales relevantes en las dos Fases.	113- 119.
• <b>Conclusión y Reflexiones.</b>	120- 123.
• <b>Bibliografía.</b>	124.

## Introducción.

En las siguientes páginas haremos un breve recorrido por los principales lineamientos del derecho procesal romano. A muchos no les parecerá bien que se utilice la expresión de Derecho Procesal para Roma, pues niegan el carácter de tal al incipiente conjunto de procedimientos que existieron, yo opto por darle tal denominación por todos los motivos y fundamentos que –espero- queden expuestos en el transcurso de las cuatro secciones con que estructuré esta memoria.

Para muchos el valor de un trabajo como éste puede ser simplemente arqueológico, histórico. La verdad es que la tierra donde estas raíces fueron sembradas parece mágica: los frutos de un sistema como el del derecho de Roma nunca, jamás, han dejado de dejarse ver.

De tal modo que el valor que puede representar para nosotros, los alumnos, desde la actualidad, el estudio y comprensión de las instituciones romanas –y en este caso de las instituciones procesales del mismo- es potente y –ciertamente- muy útil.

El hilo conductor que se intenta mantener en cada sección está centrado –siempre- en un período determinado de la época romana: el clásico.

El interés está situado en la creación jurídica romana, en su técnica, en su posibilidad, en las figuras nuevas, en los lugares desde donde parte esta creación. Y ese lugar –sobre todo- es el proceso civil romano y –más específicamente- el proceso civil clásico o formulario, que, gracias a la creación e implementación de la fórmula romana, permitió todo el bullante mundo jurídico romano clásico.

De tal modo que es ese el tema de este trabajo.

Por lo demás, en la idea del proceso romano y sus proyecciones, en la manera que se observa en los magistrados y jurisconsultos romanos para la creación y ajuste del derecho brota siempre un espíritu. El espíritu de lo romano que muchos maestros han ido desentrañando en sus obras.

En cuanto a orden mismo, debemos advertir que en un primer momento la sección primera -referida a las fuentes del derecho romano- estaba ubicada al final del trabajo y pasó, luego, a estar en primer lugar pues, una certera sugerencia, permitió advertir que el sentido pedagógico y lógico de las ideas se perdía si mantenía su ubicación tal como estaba.

Esperando contribuir, de algún incipiente modo, a la mejor comprensión y estudio de las instituciones y fortalezas del procedimiento romano esta memoria de grado ha sido elaborada prescindiendo de un rigor expositivo extremo en cuanto a aspectos procedimentales mismos, optando por marcar los momentos y tendencias trascendentales del modo que se tuvo en Roma de hacer proceso.

# **I. Sección Primera: Las Fuentes del Derecho durante el Período Clásico del Derecho Romano: Primacía de las Fuentes Jurisdiccionales.**

**Sumario:** Aproximación al tema; Fuentes Romanas del derecho durante el Período Quiritario; Fuentes Romanas durante el Período Clásico; La Jurisprudencia desde una visión moderna; La auctoritas romana en los órganos jurisdiccionales.

## **I. Aproximación al tema de las fuentes del derecho romano.**

Podría parecer abundante tratar aquí un tema tan extenso y pormenorizado como el referente a las fuentes del derecho.

Y podría parecer un exceso pues, esta memoria, como su título lo indica, tiene por objeto tomar el proceso civil o privado de Roma y notar –en su estructura- su utilidad e idoneidad para la creación jurídica, permitiéndonos –de paso- verificar el particular método de creación que tuvo un actor muy particular en la escena jurídica romana: el Pretor.

Sin embargo, tal abundancia o sospechada inconexión entre los temas, la verdad, no es tal. Es imprescindible, de hecho. Ineludible.

Y no podemos escapar porque existe una tremenda vinculación en Roma entre el Proceso y el Derecho de Fondo, entre la norma adjetiva y la norma sustantiva.

De tal modo que, antes de hablar de la configuración histórica del procedimiento civil romano daremos algunas pautas sobre el sistema de fuentes romano, pero ello será llevado a cabo sin efectuar un recorrido pormenorizado del tema, sino, centrando nuestra atención únicamente en los momentos importantes, en los relieves.

Casi todos estos relieves están en el Período Clásico del Derecho Romano.

Aunque para nosotros –los modernos- pueda parecer extraño hablar de creación jurídica en sede jurisdiccional, es decir, pensar en un juez o magistrado creando normativa jurídica que será luego aplicable de manera general a otros ciudadanos que no han sido parte en el proceso, sin embargo en la era romana esto tenía cabida –si bien no de la manera que hemos esbozado- mediante el imperium que ostentaban los actores jurisdiccionales o quienes detentaban la jurisdicción en el proceso civil: los magistrados romanos y en especial el pretor romano.

Y ya entonces, con lo dicho, puede anticiparse, advertirse, la evidente conexión existente entre el proceso civil romano -y su carácter instrumental a la creación jurídica clásica- y la temática relativa a las fuentes del derecho romano.

Cuando pensamos en la palabra fuente se nos viene a la mente la idea de recipiente, contenedor. Y en lo tocante al derecho, sus fuentes son todos aquellos continentes normativos, todas aquellas manifestaciones de las cuales fluye la norma jurídica.

A su vez, ahondar en la identificación de las fuentes del derecho –en general- y visualizar éstas nos lleva ineludiblemente a pensar en el concepto del derecho, nos hace preguntarnos qué es eso que entendemos por derecho. Gran tema y grandes discusiones.

Pensar estos temas desde la era moderna y aplicados a la misma actualidad jurídica, es decir, preguntarnos por las fuentes actuales del derecho y luego, por el concepto que tenemos del mismo no es tarea fácil, ni tampoco suele presentarse como tan interesante frente a los ojos nuevos, que ven por vez primera frente a ellos tales cuestionamientos. Quizás el desincentivo, la falta de interés que las generaciones jóvenes suelen mostrar cuando se les enfrenta a estos cuestionamientos actuales –al margen de la razón psicológica y generacional que podemos encontrar- encuentre su explicación, en parte, en que se intuye que las conclusiones suelen ser poco alentadoras, que la realidad del orden de cosas actual en temática de fuentes y concepto de derecho, mas que acercarnos al sentimiento de lo justo, mas que enlazarnos con el compromiso de una ciencia social humanista, nos hace a un lado, situándonos en marcho de estrechez mental, atando la configuración del derecho a criterios formales. Es posible que desde el primer año del curso de la licenciatura estas consideraciones, tomando la forma de pura intuición juvenil, sean nada menos que la justificación o motivo al cual atribuir un interés descolorido por estos temas.

Atendiendo a la explicación anterior y como remedio a la desazón de las generaciones jóvenes frente a estas temáticas es que, me parece, debe permitirse un acercamiento a realidades antiguas, realidades antiguas como la romana que en este tema tiene lección de sobra para entregarnos a las actuales generaciones de juristas y actores del mundo jurídico en general.

Tal como es conocido desde el siglo XIX en adelante<sup>1</sup>, y luego del fenómeno codificador que tuvo lugar en Occidente, a partir del cual el derecho, la norma jurídica quedó apresada en una única fuente- la ley- y a la cual se rindió veneración por décadas tanto por juristas y jueces, se observa una **tendencia monopólica** en materia de fuentes del derecho. La ley concentra el derecho, no importando, en ocasiones, si ésta es congruente con los sentimientos de justicia que en la base social bullen, ni tampoco importando –muchas veces- si el **pulso de la vida** misma que ve evolucionar a sus destinatarios se ve reflejado en cada norma legal que día a día, momento a momento, un legislador dicta en las cámaras del poder legislativo de un Estado.

Pero los tiempos de cambio vienen y van, nunca desaparecen por completo, se ausentan, muchas veces, para permitirnos preparar el escenario al cual llegarán y en tal sentido lo mismo ocurre en este tema de los manaderos del derecho.

Hoy en día se observa con optimismo, con fe –y debe hacerse- un fenómeno inverso, es decir, de **reversión** de esa extrema veneración de la ley como única fuente del derecho, como argumento para identificar lo jurídico con lo legal. Hoy en día otras fuentes, distintas a la ley, tales como la costumbre, la misma jurisprudencia<sup>2</sup> e incluso la doctrina de los autores toman cada vez más fuerza y vuelven a ocupar el sitio que nunca debieron haber perdido.

Lamentablemente el ser humano es así, el miedo y la falta de fe nos hace perder la confianza en lo que no es rígido, nos asusta lo que no es estable y nos aferramos a los límites y los marcos, el diseño de estructura, como si fuera la única manera de comunicarnos, como si en la vida misma las cosas no se nos mostrarán tal como son: libres y en movimiento constante, en ciclo.

Tema del todo apasionante es éste, el de las fuentes, el hontanar, los manaderos del derecho y el concepto que de éste queramos construir.

En tiempos como los actuales una tendencia **pluralista** en materia de fuentes del derecho se presenta como una necesidad frente a un progreso social ineludible, inevitable. Derribe los esquemas que tenga que derribar y mute lo que tenga que mutar, es necesario. Es necesario pues nuevos criterios de justicia tocan a la puerta de los legisladores sin ser escuchados y- probablemente- sin que lo puedan ser nunca.

En consideración a esto último se muestra como absolutamente indispensable una **reflexión social** respecto de los **actores creadores del derecho** y, en ello, nuestra atención va hacia el juez, el órgano jurisdiccional y la posibilidad de transformar el derecho para volverlo versátil.

Una fuente como la Jurisprudencia nos parece ha de ocupar un sitio importante en toda realidad jurídica que pretenda tener atributos y configuración de sistema jurídico con dirección a esos valores como la certeza y la justicia. Y este parecer es de pura lógica, sin necesidad de construir un magno argumentado técnico-jurídico, simplemente en el juez y su misión jurisdiccional se radica la esencia del derecho – a nuestro entender- que es **la congruencia**, el ser reflejo constante de las necesidades, valoraciones, pensamientos, afanes, sentimientos de quienes lo construyen: los ciudadanos todos.

---

<sup>1</sup> **TOPASIO, ALDO.** *Derecho Romano*. Edit. Latínoclásica. Primera Edición. Valparaíso, 1992. Pg.44.

<sup>2</sup> Véase **ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO.** *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2004.

Pero basta ya de reflexiones, la materia que nos ocupa es el derecho romano clásico.

En el presente capítulo veremos tan solo una muestra –un botón de pánico quizás– de cómo el ordenamiento jurídico romano fue estructurándose en aquella esfera más cercana a los ciudadanos: el derecho privado, el que regula la intimidad y la relación con otros.

## II. Fuentes del Derecho en el Período Antiguo o Quiritario de Roma.

Si bien en materia de fechas e hitos respecto del inicio y término de una época siempre habrá cuestionamientos y opiniones diversas, podemos afirmar que este período en la evolución del derecho romano se sitúa entre el año 753 A.c. y el 367 A.c. y corresponde, por cierto al primer período en la formación del derecho romano.

Esta primera fase presenta características importantes de las cuales muchas tendremos ocasión de volver a advertir al tratar y desarrollar la evolución histórica de su procedimiento civil y en particular en lo referente al período de las *legis actiones* o *acciones de la ley*.

En efecto y en materia de fuentes en esta época se advierte una marcada presencia de una fuente fundamental como la **Costumbre Jurídica**. La norma romana en estos primeros tiempos se expresa por la vía de las *antiguas costumbres* de los antepasados, denominadas *Mores Maiorum*. Se trataba entonces de un derecho no escrito.

Y en esta época, el orden jurídico y la determinación de si los actos o las conductas de los quirites –término con el cual se identifica a los primeros ciudadanos de Roma– se ajustan o no a las normas que formaban parte de la tradición jurídica, correspondía a los pontífices, el colegio sacerdotal romano expositores de la religión pagana romana.

La costumbre fue pues la primera gran fuente del derecho en Roma y junto a este rasgo en materia de fuentes se observa que, como época primaria que constituía, en ella existe una fusión entre normas jurídicas y normas religiosas, no resulta tarea fácil llevar a cabo una separación entre ambas pues existen amplios puntos de contacto entre el Derecho y la Religión. Este último rasgo se observa en que, por un lado, como ha quedado expuesto, el control de estos *mores maiorum* y su interpretación, corresponde a los pontífices y además de ello y por otro lado observamos una constante y determinante exigencia de rituales, actos sacramentales que se concretaban en la necesidad del pronunciamiento de frases rituales en la celebración de pactos, convenios e incluso – como se observará– en la petición de justicia a los magistrados romanos. Estas últimas exigencias rituales muestran su carácter determinante para la vida jurídica romana de este tiempo ya que supeditaban a su pronunciamiento y observancia la validez misma de los actos y negocios propios de los privados.

Así, si un particular romano de esta época tenía la intención de transferir su propiedad raíz a otro para ello debía realizar una venta solemne denominada *mancipatio* y ella sólo se entendía válida si, en el acto mismo del traspaso, se pronunciaba una determinada frase sacramental.

Junto a la costumbre una segunda fuente del derecho tomará importancia a partir de esta primera etapa del derecho romano, ella será **la ley**. En efecto en este período se produce la primera gran escrituración del derecho, de las costumbres que lo conformaban, y ello tuvo lugar en la **Ley de las XII Tablas**. Esta ley representó, por lo demás, una conquista social de la plebe y tuvo lugar poco después de haber comenzado el período político de la República romana.

Se trata de una conquista social que permitió a la plebe tener un mejor conocimiento del derecho que regía sus propias relaciones. La fecha de redacción de esta importante ley se ubica entre los años 451 y 450 A.c.

El contenido de la misma se tradujo en recoger el derecho vigente, las costumbres vigentes hasta ese momento y principalmente contenía normas de derecho privado, organización familiar, ciertamente también normas sobre procedimiento dando lugar al sistema de procedimiento privado correspondiente a las *legis actio* romanas.

A propósito del establecimiento de la ley en Roma – a partir de la ley de las XII Tablas- como fuente del derecho y cómo ella jugó un papel en el sistema de configuración de las mismas tenemos un primer gran destello que destacar: En Roma la fijación por escrito del derecho mediante esta obra no detuvo el desarrollo jurídico de la civitas. Ello ocurrió gracias a la actitud que los **jurisprudentes romanos** de las épocas siguientes tendrían frente a la interpretación y aplicación de la misma. Una admirable interpretación, amplia, flexible, en permanente búsqueda de acomodación a la realidad social en plena evolución.

Aquí, frente a este rasgo característico de la actitud de jurisprudentes romanos, aparece nuevamente la marcada tendencia romana en orden a apartarse de construcciones abstractas y conceptuales, nada de rigidez y mucho de versatilidad.

De esta manera, durante el período quirritario las dos principales fuentes del derecho romano que toman un sitio en el esquema del ordenamiento jurídico privado romano fueron la costumbre jurídica y la ley.

Veamos ahora lo que acontecerá en el período de mayor producción jurídica romana: El período clásico del derecho.

### **III. Fuentes del Derecho en el Período Clásico Romano: Primacía de Fuentes Jurisprudenciales.**

El análisis de la configuración del sistema de fuentes del derecho romano durante su período mas intenso constituye un punto importante para esta memoria de grado. El último eslabón –si se quiere- de una cadena construida a partir del proceso civil romano. Y es el punto final porque, como tantas veces advertiremos a lo largo del desarrollo de la presente memoria, presentar la metodología pretoria para la creación de acciones, visualizar cómo el procedimiento civil formulario y su configuración permitió el surgimiento de un derecho romano que fue –ante toda- creación jurídica de órganos vinculados al proceso civil, resulta –necesariamente- en referirnos a las fuentes del derecho en esta época y, luego y como verdadera conclusión, al concepto del derecho.

Es por esto mismo que al ubicarnos en fases o períodos de la evolución del derecho romano el momento a partir del cual toma vigencia –legal- el procedimiento por fórmulas en Roma, es decir, el Siglo II A.c.<sup>3</sup>, es indicado como el inicio del período clásico del mismo.

Si bien podemos encontrar variadas fuentes o manifestaciones del derecho durante este período en Roma tales como *leyes comiciales*, *senadoconsultos*, *constituciones imperiales*, *costumbre*, son, sin embargo, otras las fuentes determinantes en la configuración y estructura misma que encendió el derecho romano privado del período clásico.

Las fuentes mencionadas juegan un papel, sin duda, durante este período, existiendo variadas manifestaciones de las mismas mientras transcurría este lapso<sup>4</sup> pero el acento nuestro irá dirigido a las **fuentes jurisprudenciales** durante este período.

En efecto, dos son las manifestaciones del derecho romano clásico que se destacan y permiten enlazar la creación jurídica y el proceso civil romano: El Edicto del Pretor y La Jurisprudencia Romana.

Si bien es cierto, en cuanto al **Edicto del Pretor**<sup>5</sup>, éste no constituye derecho o *ius*, en el sentido estricto del mismo, al ser éste obra exclusiva de la opinión de los jurisprudentes o jurisconsultos, sin embargo no podría negarse acá la tremenda labor de creación jurídica, de elaboración de norma jurídica, que el pretor romano desarrolló durante esta fase y a partir de la instauración del procedimiento formulario que introdujo la fórmula como modo de litigar y que hizo de ésta un verdadero componente del derecho mismo en Roma y ahora, escrito, pero sin estar metido en una norma legal ni- mucho menos- en un código o recopilación, al menos no en ese momento.

La verdad es que el pretor romano se erigió en Roma como una figura fundamental, inserto siempre en el área jurisdiccional, en la fase *in iure* del procedimiento civil, su labor es netamente jurisdiccional, y como tal ostentaba *imperium* un poder que –constitucionalmente- le permitía una atribución de mando y creación, pero, el pretor romano – y sobre todo el pretor peregrino- lejos de entender que su misión jurisdiccional correspondía a una labor de aplicación de normas preestablecidas se vio en la necesidad de crear nuevos criterios, extender aplicación de otras normas y derechamente establecer normativa nueva e innovadora.

De este modo, el Edicto del Pretor aparece como una fuente de un valor inestimable durante este período, y, si bien no constituye en estricto sentido *ius*, sin embargo sí responde a la interrogante respecto de cuales fueron las fuentes realmente integradoras del derecho romano privado durante el período clásico. La virtud más estimable que esta fuente distinta del derecho romano, como es el Edicto del Pretor, presenta es que ella permitió la **conexión del derecho con la realidad** de una manera que pocas veces volveremos a observar a lo largo de la

---

<sup>3</sup> El siglo II A.c. corresponde a la fecha de dictación de la *Ley Ebuca* mediante la cual se legalizó el procedimiento por fórmulas, hasta entonces llevado a cabo por el pretor peregrino para la resolución de asuntos vinculados al derecho de gentes y además, aplicado esporádicamente incluso por el pretor urbano, atendida su sencillez y flexibilidad.

<sup>4</sup> Sobre el rol de las otras fuentes indicadas véase **TOPASIO, ALDO**. *Estudios de Derecho Romano*. Edeval, Valparaíso, 1975. Pg 17 y sgtes.

<sup>5</sup> **SAMPER, FRANCISCO**. *Derecho Romano*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Primera Edición. Santiago de Chile, 2003. Pg.39.

historia del derecho. La adecuación de la forma jurídica a las necesidades cambiantes de la vida social fue lograda por el pretor a través de la dictación de su edicto y la creación, en tantas ocasiones, de nuevas fórmulas otorgando nuevas y necesarias acciones a los particulares.

En el Edicto del Pretor –repito- una fuente ligada directamente al ámbito del proceso romano y por tanto jurisdiccional, se encuentra la inyección constante de estas nuevas savias que se incorporarán al viejo tronco del derecho civil de Roma y que permitió su desnacionalización y un carácter universal que pervivirá a lo largo de los tiempos.

Hagamos sí una precisión importante: La norma jurídica nueva creada por el pretor no constituía *ius*, su esfera no era legislativa pero éste sí tenía *potestas* lo que lo legitimaba para crear la norma jurídica. En este sentido, el único *ius* –el *ius civile*- en Roma estaba a estas alturas representado –primordialmente- por el resultado de la actividad desarrollada por los **jurisprudentes romanos**.

Los nuevos criterios incorporados por el pretor, las nuevas acciones, sólo pasarían a formar parte del *ius* –formalmente hablando- una vez que ellos fueran admitidos por las opiniones de la gran mayoría y los más importantes jurisprudentes romanos de la época. Para que esto tuviera lugar, en primer término podía ocurrir que, si el criterio edictal tenía una trascendencia determinante, éste pasara a la actividad pretoria siguiente y por tanto fuera también adoptado en el edicto del pretor correspondiente al siguiente período –un año duraban en sus cargos normalmente- ello a través de la *translatio*.

De tal modo que la actividad pretoria podía, en el hecho y en la esfera del proceso civil, modificar o corregir la corriente tradicional romana del *ius civile*, pero ello sólo en el hecho pues –constitucionalmente- no tenía la fuerza de modificarlo ni mucho menos derogarlo. Para que ello ocurriera entonces, de modo formal, el edicto y la acción que en él se contiene debe ser aceptado y asimilado por la opinión común de los jurisprudentes relevantes. Ello podría ocurrir luego de un tiempo prudencial. De esta manera podía tener lugar una verdadera transfusión del derecho pretorio u honorario al ámbito del *ius civile*

Y en estas consideraciones hemos mencionado la opinión de los jurisprudentes y ya nos corresponde referirnos entonces a la segunda y trascendental fuente del derecho romano durante esta época clásica: **La Jurisprudencia romana**.

Hablar de la jurisprudencia romana es un placer, siempre. Resulta una tarea inspiradora para cualquiera que sienta amor por el derecho y lo que –en esencia- éste como obra humana puede lograr entre los hombres<sup>6</sup>, y es que esta fuente del derecho en Roma ante todo, antes que fuente de la norma jurídica misma, en rigor, se nos presenta como una muestra, como una fuente de sabiduría de vida.

Para comprender la fuente del derecho romano que denominamos jurisprudencia es necesario desprenderse de los conceptos actuales – como en casi todo lo que acontece con el derecho romano- y es que, mientras hoy al pensar en la jurisprudencia como fuente del derecho hay una asociación inmediata a la figura del tribunal y el juez del cual emana un fallo o sentencia, en la época clásica romana la jurisprudencia corresponde a otra realidad.

No se trataba de un conjunto de criterios que emanaban de sentencias de tribunales, sino mas bien, se trata en Roma de criterios, sí, pero **criterios** acerca

---

<sup>6</sup> Sobre el derecho como *obra de amor entre los hombres* véase IGLESIAS, JUAN. *Estudios. Historia de Roma. Derecho Romano. Derecho Moderno*. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Segunda Edición, revisada, ampliada. Madrid, 1985.

de lo justo, de lo tenido como justo y equitativo en la sociedad romana y existentes en la opinión emanada de aquellos hombres, ciudadanos romanos, que por una verdadera tradición familiar o bien por haber dedicado su entera vida exclusivamente a estos afanes tenían la autoridad para otorgar respuestas acerca de lo que es justo o no lo es, en ese momento y en ese lugar. Los jurisperitos romanos tenían un **saber jurídico** que ningún otro actor de la sociedad romana tendría y éste era reconocido socialmente, por ello la misma sociedad les otorgaba el mérito de contener las **respuestas** sobre el derecho.

Por lo demás, antes del inicio del período clásico, ya la jurisprudencia romana se había vuelto laica, dejando de estar el derecho y sus criterios en manos de los pontífices, como habría ocurrido durante la época antigua a la que hemos hecho referencia.

La Jurisprudencia romana<sup>7</sup>, si queremos pensarla desde la realidad actual, es correspondiente con esa fuente del derecho que solemos denominar doctrina de los autores y que situamos en rincones y clasificamos como fuente mediata o fuente indirecta del derecho.

En cuanto a esto último, cabe señalar que la tendencia actual es alentadora y ha cobrado nuevamente vigencia, valor, **la doctrina de los autores** como una fuente indispensable para elaborar la norma jurídica, aplicarla, interpretarla y -ojala siempre- remozarla y mantenerla adecuada.

➤ **Labor desarrollada por los Magistrados y Jurisperitos Romanos: El complemento de valores jurídicos.**

En este período clásico la labor de la jurisprudencia va de la mano, enlazada, con la labor pretoria.

De este modo se produce una conjugación admirable, perfecta, entre dos conceptos romanos de valor inapreciable: la auctoritas y la potestas.

En la roma clásica el desarrollo del derecho privado se hizo de tal modo, gracias al juego entre la labor del magistrado a través de sus edictos y fórmulas y la labor del jurisperito, que, obró por una sistematización, interpretación y explicación de la tarea de estos otros y también a la inversa a través del concilio de jurisperitos con que cada pretor contaba.

Para lograr el desarrollo del derecho privado no debía recurrirse a las puertas de un legislador, sino al órgano jurisdiccional iban en petición de apoyo. Y éstos tuvieron la sensibilidad e intuición jurídicas necesarias para poder comprender- en su esencia- la labor jurisdiccional misma. El pretor y no otro, asistido por su consejo de jurisperitos, acude al llamado de hacer congruente el derecho con la realidad social. Acudió y lo logró.

La correlación, a la que hacía referencia, entre los conceptos romanos de la potestas y la auctoritas merece nuestra sentida atención sobre lo que cada uno de ellos entraña y como se produce esta correlación.

---

<sup>7</sup> Sobre la Jurisprudencia Romana véase **SAMPER, FRANCISCO**. Op. Cit. Pgs 44 y sgtes.

Propiamente, esta correlación se produce en el seno del procedimiento formulario, en su desarrollo y en su marcha se juntan, se hacen cercanos el magistrado – el poder que ostentaba, su potestas, su imperium- con la jurisprudencia, expresión de la auctóritas romana.

El concepto de la **auctóritas** está inmediatamente relacionado con la **jurisprudencia romana**. Prudente o *prudentia*, por su parte, es un concepto vinculado al saber, al conocimiento y –en palabras de Iglesias<sup>8</sup>- *prudente es quien sabe, quien no anda a ciegas*, quien conoce. Aplicado al ius o derecho, jurisprudente, es aquel conocedor del derecho, quien, en tema de derecho, no anda a ciegas.

La *auctóritas* romana se traducía en ese saber, ese conocimiento socialmente reconocido y por tanto, respetado y merecedor de la confianza de los suyos dentro de esos campos del conocimiento.

En este mínimo intento que hemos hecho en la presente memoria de grado, por adentrarnos en el espíritu del derecho romano a partir de la configuración de su proceso, del proceso romano y la creación del derecho en tal, este concepto de la auctóritas ha de jugar un papel fundamental. Este papel de la **auctóritas** romana está representado por ser ella uno de los muchos *contenedores* de ese **espíritu** de *lo romano* y del cual fluyen las muchas instituciones que el mismo cobijó.

La auctóritas es algo que arranca de la entraña profunda del alma romana, del alma colectiva romana y ella importa un sentimiento de acato y de fidelidad para con aquellos que son hombres egregios, que son sabedores en el manejo de las cosas públicas y privadas.

Espíritu éste que ha de visitarnos, de tiempo en tiempo, para mostrarnos al fin un derecho sentido, un derecho obra de las manos mas autorizadas que no saben de superficialidades –solamente- sino mas bien de la palabra bien empleada y el sentimiento bien captado.

Se ha dicho que del sentimiento de la auctóritas está embebida la vida total del pueblo romano<sup>9</sup>. Y esto ha de ser tenido por cierto. Y esto ha de ser buscado despiertos, bien despiertos al establecer nuestro Estado de Derecho.

## II. Sección Segunda: Roma y el Ejercicio de los Derechos.

---

<sup>8</sup> IGLESIAS, JUAN. *El Espíritu del Derecho Romano*. Op. Cit. Pg. 43.

<sup>9</sup> IGLESIAS, JUAN. *Estudios*. Op. Cit. Pg. 129.

**Sumario:** Los primeros intentos de un Proceso en Roma; La autotutela inicial; Organismos Jurisdiccionales y la Bipartición del Proceso; El carácter Bipartito del Proceso Romano desde sus inicios: Fundamentos y Teorías al respecto.

➤ **Primeros peldaños hacia la edificación de un proceso para los ciudadanos.**

Estas pequeñas consideraciones generales acerca de la configuración histórica del proceso civil romano y su inevitable conexión con el – “el”- tema de la creación jurídica me permito iniciarlas con una afirmación respecto de la cual parece no quedar duda: Todo se inicia y todo puede culminar en Roma. Y este todo iniciar y todo culminar-universalidad de la romanidad- mas que por fundamentos técnico-jurídicos es por una razón tan sublime como concreta y ella no es otra que el desenvolvimiento de la **Libertad-Libertas-**, como valor, como pilar, como fundamento, como estructura inserta en todos y cada uno de los caracteres y afanes de quienes conformaron ese pueblo que llevó en si mismo-y mas allá de si mismo- los mas grandes valores de una comunidad a su realización. De la libertad como un elemento importantísimo de ese Espíritu Romano algo de ruido ya hemos hecho en las primeras líneas de esta memoria de grado.

Al hablar del “sistema” romano de los derechos, al hablar de su “sistema” de derecho privado- recordando que en Roma no existió una sistematización de

conceptos e instituciones como es dable presuponerlo hoy al hablar de “sistema”<sup>10</sup>- lo primero que aparece ante nosotros es, precisamente, la libertad y no cualquier libertad ciudadana, no la libertad de los tiempos modernos, no esa libertad que todo lo puede ensanchar y gastar, sino mas bien una especial forma de entender la libertad, siempre en marcha conjunta con **la responsabilidad** y la **forma o envoltura** de las cosas, de los afanes e instituciones, que parecen haber sido, para los ciudadanos romanos, los valores, probablemente base de todo y cuanto, en materia cívica, pudieron alcanzar<sup>11</sup>.

Ya se ha dicho, al respecto, que “ *a la hora de desarrollar un derecho que se acomode a ciudadanos libres, podemos apoyarnos, de modo incondicional, en el derecho romano clásico...*”<sup>12</sup> pues, precisamente, concordando con esa afirmación de Mommsen y que el profesor español Iglesias hace suya tantas veces, y en lo tocante al aspecto procesal del derecho privado romano hay una línea admirable de libertad en ese desarrollo, una marcha libre desde las primeras formas de reclamaciones hasta el brillo del procedimiento civil clásico e incluso en el-para algunos “deslucido”- procedimiento civil extraordinario en donde la estatización del mismo no ha podido negar vida y latencia a todos esos valores, a todo ese “espíritu” del derecho romano en fragua por tiempos y mas tiempos y que, desde luego, su proceso, su forma, denota al observarlo y tomarle el pulso.

Hecha esta previa afirmación al margen de lo netamente descriptivo entremos ahora en materia misma y veamos cómo nace, cómo aparecía históricamente este pilar fundamental de la inmensa creación jurídica romana como fue el Procedimiento Civil Romano Clásico o Formulario y al cual me referiré en pleno en los capítulos centrales de este escrito.

¿Dónde están los antepasados procedimentales de este procedimiento romano?  
¿Dónde están, finalmente, **nuestros** antepasados procesales?

En Roma y como en cualquier otro pueblo en sus orígenes, y en lo que respecta al ejercicio y defensa de los derechos que tenían los ciudadanos de la urbe, no aparece, en un primer momento, la autoridad pública en la resolución del conflicto que pudiera suscitarse entre los suyos.

Como primera forma de defensa de lo que se es propio, de sus derechos y **poderes**- en Roma mas que hablar de derechos, tal y como se ha entendido actualmente respecto de lo que denominamos los modernos “Derechos subjetivos”, prevalece la idea de Poder<sup>13</sup> – aparece sin duda, la defensa privada, la recurrencia a la violencia entre los privados, que se tradujo en el duelo. Un duelo serio entre los ciudadanos romanos para defender sus derechos en conflicto.

Es entonces la autotutela, en Roma, la primera manera que han tenido para debatir sobre los poderes de los ciudadanos, no se incluía aquí la posibilidad de un tercero que resolviera el conflicto suscitado, ello solo acontecería con el paso de los tiempos, tomando en dicha evolución jurídica un papel importante la figura

---

<sup>10</sup> Sobre la idea de *sistema* en el Proceso Romano véase el apartado referido al *Valor del Proceso Romano frente al Derecho Procesal Moderno*, Pág. 106.

<sup>11</sup> Sobre estos tres conceptos-valores en Roma véase: **IGLESIAS, JUAN**, *El Espíritu del Derecho Romano*. Monografías. Universidad Complutense, Madrid 1984. Pgs 43 y siguientes.

<sup>12</sup> **IGLESIAS, JUAN**. *El Espíritu del Derecho Romano*. Monografías Universidad Complutense, Madrid 1984 Pg.34.

<sup>13</sup> Sobre la relación entre las nociones “ius-poder” y “derecho subjetivo” véase **IGLESIAS, JUAN**. Op.cit. pgs.87-90.

del *Arbiter* o Arbitro particular, respecto de cuyo rol y función los ciudadanos romanos logran un notable y responsable desarrollo.

Así entonces, durante mucho tiempo en la época quiritaria<sup>14</sup> se acudía al duelo, al desafío privado, para solucionar los conflictos y se ha afirmado que incluso esta forma de desafío privado o duelo entre ciudadanos tendría una pervivencia en las primeras formas de reclamación que observaremos en Roma, emanadas de la Ley de las XII Tablas y por lo mismo denominadas en las fuentes como *Legis Actiones* o *Acciones de la ley*.

### **El órgano jurisdiccional en Roma. La Dualidad de funciones.**

Sin duda del derecho romano podemos tomar innumerables aspectos, ya sean ellos técnicos, dogmáticos, sociológicos, valóricos y otros tantos, que llaman nuestra atención y merecen nuestra meticulosa dedicación y reflexión. Precisamente uno de ellos es el que motiva el presente trabajo: la creación jurídica y su terreno fértil en el ámbito netamente procedimental.

Pero acaso también uno de esos aspectos está representado por la estructuración que presentaba el Organismo Jurisdiccional, en la Roma temprana y en gran parte de la Roma clásica también, así como la división del proceso, en dos etapas o fases, a la luz de esta misma estructura. Y sí, pues en la configuración histórica del procedimiento civil romano y en lo que refiere a sus agentes u órganos responsables de llevar a cabo la tarea jurisdiccional, nos encontramos con algo que para nosotros, los modernos, resulta bastante particular, sobre todo desde Occidente en donde el ciudadano común no tiene mayor cercanía con la función jurisdiccional, en cuanto no es ningún ciudadano común quien pueda resolvernos un conflicto llevado a las Cortes, sino, requerimos del Juez, de ese Juez que es funcionario del Estado moderno, de ese juez que siendo ciudadano, sí, es un ciudadano que pertenece al aparato estatal, es ese y no otro el juez que los ciudadanos modernos requerimos para dar solución a nuestros conflictos. Pues bien, en Roma –y confieso que para mi gran y grata sorpresa- quien finalmente decidía el litigio, emitía sentencia, y comprobaba, verificaba que lo dicho por las partes se ajustara a la realidad era un particular ciudadano, un ciudadano ajeno al Estado, elegido por las partes y confirmado por una autoridad estatal como tal, primando la voluntad de las partes en esta designación-la del demandante sobre todo- y recibiendo la denominación romana de *Iudex* que evoca entonces la figura del Juez en terminología moderna. **Iudex-Juez**. Un ciudadano en quien recaía la responsabilidad de fallar, un ciudadano... de muchos<sup>15</sup>.

En este aspecto cabe recordar las palabras del maestro Scialoja<sup>16</sup> quien, refiriéndose a las personas encargadas del *iudicio*, del juicio propiamente, en la Roma clásica, destaca que se trata de “una verdadera participación del pueblo en la decisión de las causas civiles” esto de que sea un particular, a quien nombre previamente el magistrado, quien conoce de la causa in iudicio y emite la sentencia. Es el mismo Scialoja quien advierte asimismo que no debe confundirnos este rasgo del procedimiento civil romano y llevarnos a pensar que

---

<sup>14</sup> Al hablar de la época quiritaria del Derecho Romano estamos aludiendo a los primeros tiempos en la evolución del mismo, un derecho formado por costumbres y de marcado sentido religioso. Las primeras tribus que fundaron Roma se identifican con el término Quirites y de ahí la denominación de esta primera época.

<sup>15</sup> Sin embargo, cabe notar que la elección del juez en Roma se conecta directamente con el ordenamiento social político de la época, siendo, como indica Scialoja, “la nobleza, la cuasi nobleza y los ricos quienes participan de estas funciones”. **SCIALOJA, VITTORIO**. *Procedimiento Civil Romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Pg.122, 123. Trad. Sentís Melendo y Ayerra Redin, Buenos Aires, 1954

<sup>16</sup> **SCIALOJA, VITTORIO**. Op. Cit. Pg. 119.

esta división de funciones en él sea equiparable al actual sistema de jurados en donde, precisamente, este cuerpo de ciudadanos-particulares en la administración de justicia- es el encargado de actuar como juez de los hechos y el magistrado como juez del derecho: Ello no es comparable al procedimiento civil romano y el magistrado estatal romano no actuaba como un juez de derecho solamente ni, por su parte, el iudex era un juez de hecho. El iudex era tanto un juez avocado a los hechos como al derecho e incluso, en algunos tipos de juicios como por ejemplo los de buena fe, debía inquirir realmente el derecho basándose, para ello, en el sentimiento jurídico que encontraba en la buena fe.

Sí nos parece destacable la similitud que presenta el procedimiento civil romano, desde el punto de vista de los agentes o actores del juicio, y un sistema de jurados en cuanto a incorporar a la ciudadanía a la administración de justicia pero en el caso romano esta participación era más extensa en cuanto a funciones, recayendo, como se indica, la labor en el juez privado o iudex tanto de juzgar los hechos, determinar su establecimiento, como de indagar el derecho.

El proceso romano propiamente se estructuró así en base a dos órganos que cumplían labores diversas pero siempre conectadas, por supuesto y que, actualmente-en nomenclatura técnica contemporánea-identificamos con las labores que son propias de las distintas fases de la Jurisdicción, de esos distintos "momentos" de ella: el conocimiento y la resolución o juzgamiento.

Estos dos órganos no eran órganos estatales ambos, sino mas bien, uno era estatal, y éste recibió la denominación de **Magistrado**, y luego el otro no era estatal, sino un simple- o quizás no tan simple-ciudadano romano elegido para desempeñar el rol de decidir la contienda y que entonces se llamó iudex, el **iudex Romano**<sup>17</sup>.

Ante estos dos órganos o figuras se desarrollaba el proceso, por ambos pasaba el conflicto y a ambos les han correspondido roles fundamentales en el camino a dar la solución adecuada a cada caso.

Así ante el Magistrado Estatal, se presentaban las partes, se establecía la contienda, sus aspectos fundamentales, la naturaleza de lo reclamado y se fijaba también la designación del iudex o Juez para que luego, en la siguiente fase éste tomara la decisión, previa comprobación de las pruebas y alegaciones que ante él se presentaran. La Fase del procedimiento romano desarrollada ante el Magistrado Estatal se denominó **Fase In Iure** y constituye así la primera fase en el desenvolvimiento del mismo. Se perfila como una fase de preparación.<sup>18</sup>

Anotemos que en un primer momento, en la era Monárquica, la función de los magistrados estatales se radicó en los Reyes para, posteriormente, pasar a los Cónsules romanos. Sin embargo, se ha señalado que por la ardua labor que esta función implicaba y la enorme carga de trabajo que representaba, ella pasó luego a estar bajo el desempeño de los Pretores y en ellos se mantendrá el conocimiento de la fase in iure durante prácticamente todo el desarrollo histórico del proceso civil.

---

<sup>17</sup> **SCHULZ, FRITZ.** *Derecho Romano Clásico*. Trad. de Edición Inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Bosch, Barcelona, 1960. Pg.13.

<sup>18</sup> En este rol que jugaba en Roma la Fase In Iure de los Procedimientos del Período Quiritario y Clásico observamos, si se nos permite la comparación, una similitud con los actuales lineamientos de los procedimientos modernos o actuales implementados en Chile desde comienzos del siglo XXI en los cuales la estructuración oral del procedimiento contempla, en la mayoría de los casos, una fase temprana de preparación o "limpieza" de la causa. Pensemos por ejemplo en la Audiencia Preparatoria de Juicio del procedimiento de los juzgados de familia o del proceso penal actual.

Ante el Juez privado o *ludex* tenía lugar la recepción de las probanzas y las alegaciones de las partes, él era el encargado de resolver el asunto en base a la convicción que de ello se hubiera formado. La fase desarrollada ante él se denomina **Fase In Iudicio** y en ella encontramos **la Sentencia**.

Si bien puede escapar, en parte, al objeto de este trabajo, sin embargo y tal como anticipaba, llama profundamente la atención que la decisión del asunto controvertido, de una controversia, de un conflicto entre ciudadanos, haya pasado, en Roma, a manos de un privado, de un par, y sobre todo que haya así comenzado y se haya mantenido por tanto tiempo en la forma de resolución de los conflictos romanos. Este rasgo característico del proceso romano desaparecerá solo más tarde con la implementación del Procedimiento Extraordinario que terminaría con la figura del *ludex* privado y presentará la figura del Juez funcionario. Pero la figura del *ludex* o Juez privado se mantuvo durante largo período de tiempo en el derecho romano.

Sin duda ello nos da cuenta de una enorme conciencia jurídica metida a fuego en el pensamiento y la cultura del pueblo en cuestión. Y es que no es difícil imaginar la pregunta que emerge desde los tiempos actuales frente a un dato histórico como tal: ¿Alcanzaba la prudencia, la diligencia, el grado de conocimiento que tenía un cierto tipo de ciudadano romano para dar respuesta a la solicitud de dar una solución justa a un conflicto? ¿Qué pasaría hoy si frente a un conflicto tal imagináramos entregar la decisión a un par nuestro? La interrogante es planteada yendo más allá de la posibilidad de nombrar un juez árbitro especialista en la materia que se desee resolver.

¿Tendrían nuestras sociedades la capacidad de confiar tanto en el otro? Me parece que, como he dicho, la discusión de esta inquietud toca a otras áreas del conocimiento y sin renunciar a su análisis, más bien postergándolo, solo baste decir que es probable que la respuesta a tal inquietud, desde la actualidad, pase por el cuestionamiento de la conciencia cívica que cada uno de nosotros, y nosotros todos en conjunto, podamos tener.

### ➤ **Bipartición del Proceso Romano. Teorías.**

Queda dicho que en la estructura del procedimiento civil romano hay una división de funciones jurisdiccionales lo que se tradujo en una dualidad en el desarrollo del proceso mismo siendo ello totalmente diverso a la común forma que asumen actualmente los diversos procedimientos civiles en los cuales, por regla general, la labor de conocer las pretensiones de las partes, recepcionar la prueba junto con interpretarla y valorarla para, posteriormente, y en base a ello, emitir un pronunciamiento respecto del conflicto suscitado está entregada a un juez, a un órgano, ya sea éste unipersonal o colegiado, existiendo mixturas y matices, pero es siempre un funcionario investido con tal potestad y nunca un par ciudadano.

Este desarrollo del proceso romano, tanto en las acciones de la ley como en el procedimiento clásico o “formulario”, en base a dos órganos, uno estatal y uno privado se ha pretendido explicar desde diversos planteamientos y justificaciones doctrinarias.

Y es que ¿Cuál fue la razón existente para otorgar esta bipartición al procedimiento? ¿Qué justifica la existencia de un órgano privado y uno estatal?

Respecto del tema la doctrina romanista muestra discordancia, no hay claridad en torno a cuáles podrían ser las causas de esta estructuración y sin pretender un tratamiento detenido del asunto podemos detenernos, brevemente, en algunas teorías que resultan interesantes.

Así, se ha dicho por algunos, como Riccobono, que el hecho de sustraer la decisión misma en el proceso civil romano al órgano representante del estado implicaría una verdadera conquista democrática<sup>19</sup>. Se ha dicho también por otros, como Wenger, que la bipartición habría sido consecuencia de un pacto, pacto que habría tenido por objetivo lograr un equilibrio en Roma, entre la ilimitada función jurisdiccional que tenían los reyes etruscos y la práctica de las soluciones de tipo arbitral que existía en el terreno estrictamente privado. Se trataría entonces de un pacto entre Imperium y Soberanía Popular.

Esta última es una de las posiciones más atendibles pues cuenta con sustento histórico y además de ello se ha visto afianzada en la actualidad por destacados romanistas como Franco Pastori. Este último autor destaca que en la etapa precívica de Roma la autodefensa de los propios derechos no tuvo siempre un carácter violento y entonces, gradualmente, se fue produciendo en Roma un desarrollo del convenio arbitral que se fundó precisamente en confiar a un tercero-otro ciudadano<sup>20</sup>- la composición o arreglo de un conflicto de intereses surgido entre dos privados y ello se hacía sin recurrir al magistrado estatal.

Para esta última teoría, entonces, la dualidad o bipartición del proceso romano encontraría su respuesta en este pacto entre Imperium y Soberanía Popular ya que cuando la monarquía etrusca quiso absorber la función de administrar justicia, dejándola ella toda en manos del ente público, la ciudadanía romana habría reaccionado, oponiendo natural resistencia y logrando entonces este pacto a que se refiere Wegner que se tradujo y materializó, finalmente, en un compartir las etapas fundamentales de la tarea de administrar justicia entre los privados y el ente público.

---

<sup>19</sup> **RICCOBONO**. *Lineamenti Della Storia delle Fonti e del Diritto Romano*. A.Giuffré Editore, Milano, 1949. pg.21.citado por **TOPASIO, ALDO**. en *Procedimiento Civil Romano*. Edeval, pg.14, Valparaíso 1992.

<sup>20</sup> Sobre la conocida Teoría de Wlassak respecto al arbitraje en Roma y el ejercicio de la Jurisdicción véase **SCHULZ, FRITZ**. Op. Cit. Pg.15.

### **III. Sección Tercera: El Procedimiento Civil Romano de la época**

#### **Quiritaria.**

**Sumario:** El procedimiento civil romano de la época quiritaria: Rigidez y estructura. Las Legis Acciones y el acto sacramental; Tipos de Legis Acciones. Breve Referencia su sacramentalidad; La sombra de la Autotutela en los primeros formulismos romanos de la acción; La Fase in Iure y la Fase in iudicio.

➤ **Ideas previas sobre la noción de Acción en Roma.**

Tradicionalmente en la cultura procesal hablar de “Teoría de las Acciones” es una empresa ardua, áspera muchas veces, sobre todo para el estudiante que tempranamente llegue a tener cercanía con alguno de los muchísimos textos que sobre ello han sido escritos. Cuestionamientos que buscan definir aquello que es la acción, su naturaleza jurídica, su estructura y proyecciones suelen presentarse frente al lector que queda algo aturdido en un primer acercamiento.

El tema ha tenido un notable desarrollo y actualmente la noción de la Acción se ha empapado también del fenómeno de la Constitucionalización llegando a buscar -y encontrar- la mismísima naturaleza jurídica de ella en el campo de los derechos humanos o derechos fundamentales de las personas. Hoy hablamos del “Derecho de Acción” como un derecho que es inherente a toda persona.

Todas estas resultan temáticas que, aunque interesantísimas, ciertamente no son objeto de este estudio.

Pero no puedo dejar de tomar ciertas notas respecto de lo que es y ha sido- probablemente- un punto de partida en estos afanes. Me refiero a la conceptualización –o no- de la actio en Roma y en la “ciencia del derecho” romana.

En este sentido-siempre desde la óptica del derecho procesal actual- no debemos olvidar que es a partir de las discusiones sobre la noción de la actio romana y su relación con el derecho subjetivo subyacente en ella, que en el siglo XIX los romanistas-al tiempo que grandes procesalistas- comienzan a desvincular las áreas de estudio. Particularmente insoslayable es en este aspecto la influencia fecundizadora que en el romanista alemán Bernard Windscheid ejerció la noción de la actio romana.

En las palabras lúcidas del profesor Cuenca queda de manifiesta la importancia que estas discusiones y cuestionamientos sobre la actio romana han tenido para el derecho procesal actual, para la ciencia del derecho procesal moderno. *“Desde el año 1453, fecha en que los jenízaros forzaron las puertas orientales de Bizancio, hasta el año 1856, cuando el gran romanista alemán, Bernardo Windscheid, publicó su libro **“La acción del derecho civil romano desde el punto de vista de derecho actual”** transcurrieron más de cuatrocientos años antes de que alguien dijera que bajo las aguas del océano estaba hundido todo un continente jurídico, que era necesario poner a flote. Ese nuevo continente era el Derecho Procesal.”*<sup>21</sup>

Claro, efectivamente a partir del estudio hecho por los grandes romanistas de esta noción fundamental del derecho romano se empuja la conquista, lenta, metódica, de la autonomía del derecho procesal respecto del derecho sustantivo. Esa es, nada menos, la importancia de esta noción para la ciencia del derecho procesal actual.

Podríamos decir que desde la noción de actio romana hasta la actual configuración constitucional de la misma -inserta incluso en la garantía del debido proceso- hay siglos de movimiento pero siempre, a nuestro parecer, una misma razón: la preocupación por el ciudadano y su vida mundana en relación con otros, desde una esfera formal.

El título VI del Libro IV de las Instituciones de Justiniano, *De Actionibus*, comienza de la siguiente manera: **“Superest, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, Quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur”** lo que en español corresponde a: *“Nos resta hablar de las acciones. Pues bien, la acción no es otra cosa que **el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se debe**”*. Así pues, según tal definición, la acción sería eso: el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe. Eso habría sido para los romanos.

---

<sup>21</sup> CUENCA, HUMBERTO. *Proceso Civil Romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Pg.xxxiv, Buenos Aires, 1957.

Sin adentrarme en las innumerables consideraciones que al respecto pueden hacerse, solo valga decir que ciertamente se trataba de una definición inicial, propia y congruente con el espíritu de quienes la entendieron así, propia de un pueblo que, mas que en torno a definiciones y conceptos, avanzó su construcción jurídica desde la práctica, desde el uso, desde la vivencia diaria.

### ➤ La Acción y el Derecho Subjetivo en Roma.

Sin pretender extendernos mucho más en estas consideraciones sobre la Actio Romana permitámonos simplemente algunas referencias respecto de cómo podría haberse configurado un eventual binomio acción/derecho subjetivo en esta época. ¿Cómo se estableció una relación entre estos conceptos en Roma? ¿Hubo acaso alguna relación?

Hablar de tal binomio primeramente nos lleva a analizar si la noción de derecho subjetivo-tal cual es hoy entendida- existía en la idea romana y al respecto valga la advertencia hecha en párrafos anteriores<sup>22</sup> en cuanto a la primacía de la idea de Poder por sobre la idea de derecho subjetivo. Los individuos tenían un “**poder** sobre la cosa” un “**poder** sobre una persona” antes que “un derecho”.

Pero en fin, con objetivos pedagógicos y con miras a no perder, incluso, claridad conceptual aplicaremos la expresión “derecho subjetivo” para referirnos a la configuración del binomio acción/derecho subjetivo en Roma.

Lo cierto es que en Roma, antes que hablar de derechos subjetivos se hablaba de actio, y así como para nosotros en la actualidad decir que “*Juan tiene derecho respecto de Pedro*” equivale y lleva implícita la idea, de que *Juan tiene una acción contra Pedro*, para los romanos esta misma afirmación se construye desde -y sobre todo- en la **concesión de actio**. Para ellos “*Ticio tiene actio contra Cayo*” y así se fue estructurando el catálogo de figuras jurídicas. A partir de la concesión de una actio, que protegía la situación de que se tratara, se entendía nacer o existir, jurídicamente, normativamente, la figura jurídica de que se tratare.

La frase “*el derecho romano no es un sistema de derechos sino un **sistema de acciones***”<sup>23</sup> acuñada por la genialidad de Riccobono, explica la importancia que esta noción de actio tuvo en la proyección histórica de este derecho que ya se nos muestra eterno.

También parece justo advertir que las razones de esta preponderancia de la Actio en Roma por sobre el derecho subjetivo establecido de modo general, preconcebidamente, tocan todas ellas con el estudio y análisis de **las fuentes** o formas de manifestación externas de la norma jurídica en el período romano y específicamente en el período clásico del derecho romano. Tema este último que no ha podido ser desarrollado en extenso en este trabajo pero, respecto del cual hemos ya esbozado tempranamente<sup>24</sup> algunas nociones

El sistema romano de derecho, la configuración del ordenamiento jurídico romano privado tuvo sus cauces, sus manaderos y alimentadores en fuentes que, lejos de

---

<sup>22</sup> Sección Segunda. Primer apartado, cita 4.

<sup>23</sup> RICCOBONO, SALVATORE. citado por CUENCA, HUMBERTO. en. Op. Cit. Pgs.xxviii.

<sup>24</sup> Vid. Supra. Sección Primera referida a *Las Fuentes del Derecho Romano en el Período Clásico*.

ser legislativas fueron jurisprudenciales. Se advierte en el derecho clásico una interesante presencia de la labor jurisprudencial, tanto práctica como teórica, específicamente la labor del magistrado romano, su edicto, el edicto del pretor-la práctica- y la opinión de los jurisconsultos de la época en la parte teórica de la jurisprudencia.

Por sobre todo en la labor del pretor, a través de sus edictos y ellos insertos en las maneras del procedimiento formulario, encontramos la fuente más importante de este período del derecho romano.

Finalmente podemos decir que el empleo de la noción de Actio romana y la preponderancia de este uso en los textos romanos, más que el de derecho subjetivo, encuentra una razón práctica –por supuesto- no sólo en la especial configuración del ordenamiento jurídico privado clásico sino también en la manera como era entendido el derecho público romano. Aquí se destaca por Scialoja<sup>25</sup> que en lo que respecta al establecimiento de normas generales en Roma, la ley misma establecía algún derecho y el magistrado debía atenerse a esa ley y pues admitirse a servirse del procedimiento al individuo que tenía ese derecho. Ello en la medida de estar la situación y el derecho mismo reconocido y amparado en alguna de las fuentes del *Ius Civile*.

Pero este magistrado tiene después este campo independiente, propio de la jurisdicción, reservado a su actividad, derivado del *Imperium* que ostenta, y que le atribuye una amplísima esfera. El magistrado romano, el pretor romano y por sobre todo el pretor peregrino, fueron desarrollando su labor con una innovación admirable, colmando lagunas, extendiendo instituciones, o bien creando derechamente figuras nuevas que requerían una regulación que las encausara y protegiera. En el ejercicio de esta potestad entonces algunos magistrados llegaron a constituir normas jurídicas, todas las pertenecientes al derecho romano pretoriano u honorario. Así entonces el acto de creación jurídica en el caso del magistrado no se traducía, desde un punto de vista técnico, en constitución de derechos sino constitución de acción bajo la frase-clásica- “**dare acción a...**” de lo que nace después la consecuencia de atribución de un derecho a individuos singulares. Los Jurisconsultos y Pretores romanos prefirieron el estilo imperativo-en cuanto a lenguaje jurídico- y ello tiene un fundamento como el indicado.

Es una cuestión de estilo normativo, como puede apreciarse, pero un estilo que era indispensable para no estar frente a una intromisión de funciones. El magistrado romano, en estricto sentido, no era un órgano legislativo, sino jurisdiccional con una inmensa capacidad y **aptitud creadora**.

Es entonces esta concepción de derecho público una de las razones por las que los romanos han colmado el lenguaje jurídico con el uso de la expresión “acción” y no “derecho”; pues, de otra manera, en la mayor parte de los casos no habrían podido hablar de derecho. *“Hablando de acción, naturalmente, no se descartaba el derecho, no es que no hayan hablado en la ciencia también de derechos, pero han acentuado siempre de manera especial el momento de la acción. Por lo demás, este momento de la acción, para los juristas, es también lo mas importante en todas las relaciones jurídicas, toda vez que es naturalmente el momento de la controversia aquel en que el derecho tiene necesidad de ser claramente definido, de ser declarado...”*<sup>26</sup>.

Por último, reiteremos que la noción de acción no solo ha sido fundamental en la estructuración misma del derecho romano, su tipología de figuras jurídicas y la innovación y creación misma de los actores que tuvieron a su cargo y se

---

<sup>25</sup> SCIALOJA, VITTORIO. Op.Cit. Pgs.89, 90.

<sup>26</sup> SCIALOJA, VITTORIO. Op.cit. Págs.99-100.

embarcaron en esta tarea, pero también lo ha sido-y sigue siéndolo- en la dinámica procesal moderna y no parece ceder esta importancia: En Roma permitió la creación jurídica, que brillaran los astros con luz propia, que se soltaran las ataduras de la norma antigua del derecho en extremo formalista y sacramental, y, por otro lado, en otra vereda, desde la nuestra, en nuestros tiempos la noción de acción ha permitido el desarrollo de la ciencia procesal y la dogmática procesal misma, siendo, su discusión, un pilar fundamental para la autonomía del derecho procesal moderno respecto del derecho privado y con ello, por tanto, el desarrollo de infinitas nociones y fundamentos del sistema de derecho moderno.

### ➤ **Las Legis Acciones o Acciones de la Ley.**

Cerrada la referencia a las nociones en torno a la Actio en Roma nos corresponde ahora entrar en materia y situarnos en lo que fue propiamente el sistema de la actio en los primeros tiempos de Roma.

Así, bajo la denominación de **Legis Acciones o Acciones de la Ley** se engloban todos aquellos procedimientos judiciales que, con una reglamentación en la **Ley de las XII Tablas**<sup>27</sup>, constituyen las primeras manifestaciones de reclamaciones judiciales o reclamaciones de derechos, por los ciudadanos, en Roma.

Correspondiendo a los primeros procedimientos judiciales arbitrados para la reclamación de derechos, las diferentes Legis Acciones encuentran esta nomenclatura "**Legis**" -Ley- y "**Actiones**" -Acción- precisamente por, como se ha dicho, haber sido ellas reglamentadas en la Ley de las XII Tablas y evocan la idea de un accionar, reclamar judicialmente un derecho, una pretensión y ello conforme a la ley romana. En este sentido recordemos que la ley referida constituye, sin duda, un monumento jurídico importante a partir del cual inicia su camino el desarrollo del derecho escriturado en la creciente Roma si bien, desde un punto de vista de contenido y en cuanto al derecho privado romano, no representa más que una verdadera recopilación, fijación, del derecho preexistente el que bulle con un contenido primordialmente consuetudinario, formado en el seno de la organización familiar romana y en directa conexión con la figura del *Pater Famili* en torno al cual se estructura prácticamente todo el conjunto de derecho de familia romano.

Como características de estas primeras formas de reclamación romanas el primer rasgo que se nos presenta, sobre todo en la que corresponde a la primerísima de ellas, **la Actio por Sacramento o Por Apuesta**, es su **ritualidad oral** y **sacramentalidad extrema**, siendo en este sentido de suma importancia que las partes en la fase ante el magistrado estatal-fase in iure- fueran precisas y exactas en cuanto al pronunciamiento de ciertas palabras y expresiones que no podían tener variación alguna, llegando a depender de ello incluso la validez misma del proceso en su totalidad.

En este carácter sacramental y no tan solo formalista del sistema de las legis actio establecido por la ley de las XII Tablas el carácter eminentemente religioso del derecho primitivo de Roma marca la tendencia y nos permite mejor comprender este rasgo. Efectivamente costumbres, religión, familia, dioses, ritualismo, son

---

<sup>27</sup> **KUNKEL, WOLFANG.** *Historia del Derecho Romano.* Trad. a la Cuarta Edición Alemana de Juan Miquel. Ariel, Barcelona, 1981. Pgs. 31, 32,33.

nociones y escenarios vividos intensamente por los ciudadanos de la época primera de Roma.

Si bien es posible que siempre el Derecho y la religiosidad de un pueblo tiendan a tomarse de la mano esta cercanía en Roma ha de haber marcado una diferencia notable. El Romano tuvo la prudencia de mantener, a lo largo del tiempo, el carácter religioso de su comunidad no aferrándose a la ritualidad sino más bien al fondo, a la creencia. Traigo aquí las palabras del profesor Juan Iglesias quien en sus afanes por descubrir el *Espíritu de Roma* alguna vez afirmaba que el sistema de creencias del hombre romano descansaba en algo reciamente vital de él que, de un lado, habría llevado al romano a creer, sin más y de otro a querer creer. Estas eran sus palabras respecto del hombre romano y la creencia: *“El romano vive y quiere vivir en creyente. Preñado a nativitate de determinadas creencias, el romano vive en ellas, con ellas y por ellas. De ellas hace oficio cotidiano y santo.”*<sup>28</sup>

Junto con la oralidad ritual de estas primeras formas de procedimiento destaca el **carácter privado** de ellos, carácter privado que viene dado por el hecho de estar entregada su fase decisoria -la fase un iudicio- a un juez privado y no a un juez estatal, este juez privado llamado *iudex*. Es por eso que este conjunto de procedimientos establecidos se inserta dentro de lo que se conoce como el *orden de los juicios privados* u **ordo iudiciorum privatorum**. Este carácter viene reforzado, ciertamente, además en la naturaleza privada y no pública de las materias o asuntos entregados a sus decisiones. Lo opuesto a este tipo de juicios sería el juicio enteramente estatal, sabemos, en donde el juez funcionario es el llamado a dictar sentencia y que es la manera actual de implementar los procesos: el proceso público.

Además, un rasgo importantísimo de las acciones de la ley es que ellas son exclusivas **del ciudadano romano**, constituye su práctica un privilegio que pertenece solo a ellos, sólo pueden ser usadas en Roma y además sólo pueden ser utilizadas, estas primeras formas de reclamaciones, para la protección de situaciones reconocidas por el derecho quirritario. Tanto el procedimiento privado antiguo como el derecho mismo antiguo en Roma, el *Ius Civile*, tuvieron así un marcado tinte nacionalista.

Este último carácter de las acciones de la ley será fundamental, en cierta medida, para el surgimiento posterior en la historia de la necesidad de crear figuras, tipologías que permitan actuar las normas en situaciones extra-civitas o fuera de la ciudad. En tal sentido la figura del pretor peregrino en la creación de nuevos formulismos será indispensable en el desarrollo del procedimiento civil romano clásico en el cual, veremos, la luz brilló con intensidad en el campo de la creación jurídica misma.

#### ➤ **Desarrollo de las dos fases del Proceso bajo el Sistema de las Legis Acciones.**

Bajo el sistema de las legis acciones los juicios declarativos, esto es, aquellos que buscan obtener una declaración judicial respecto de un derecho o relación jurídica, ya sea ella de carácter real o personal, tienen la tramitación de ambas fases y normalmente se pasaba de la fase ante el magistrado a la fase ante el juez privado que consistía propiamente en el juicio o iudicio, ello salvo algunas situaciones excepcionales que podían hacer que todo terminara con la fase *in iure* ante el magistrado, como por ejemplo si el demandado confesaba la deuda en ese momento, la *confessio in iure*.

---

<sup>28</sup> IGLESIAS, JUAN. Op. Cit. Pg.15, 16.

Pero la regla general indicaba el paso por ambas fases, por ello a continuación haremos una breve referencia a como se desarrollaron y cuales fueron sus principales objetivos o características.

### **Desarrollo de la Fase ante el Magistrado Estatal o Fase In Iure.**

La finalidad de esta etapa es determinar la controversia, fijarla, dejar establecido en términos precisos el carácter y los límites de la controversia. En términos modernos esto debe vincularse con *el mérito del proceso* y lo relacionaríamos inmediatamente con la *congruencia procesal*.

Ante el magistrado estatal las partes litigantes hacen la presentación de sus planteamientos-principalmente quien lo hace es el demandante- y queda expuesta así la materia o asunto controvertido. Esta exposición, en este procedimiento primitivo, debe hacerse con la oralidad ritual que cada uno de los tipos de procedimientos exigía, necesitando las partes el pronunciamiento de palabras rituales para no hacer peligrar la validez del pleito.

Es en esta fase y en este momento en el que queda determinada la naturaleza del derecho alegado.

Una vez planteada la discusión se provee al nombramiento del ciudadano privado, particular que cumplirá la función de emitir un pronunciamiento, previo análisis de la controversia. En este momento entonces se provee al nombramiento del *iudex* o juez privado.

Ya proveído el nombramiento del *iudex* viene un momento trascendental en el desarrollo del procedimiento: Las partes litigantes acuerdan y manifiestan su voluntad de someterse al fallo o *sententia* del *iudex* sobre la materia controvertida y luego llaman a quienes los han acompañado en la actuación in iure para que con posterioridad, como **testigos** o **testes**, confirmen en la siguiente fase lo que se dejó establecido ante el magistrado y así el juez privado pueda tomar conocimiento del asunto.

Una fase trascendental es esta pues este acuerdo de aceptar y someterse al fallo del *iudex* sobre la base de lo que los testigos se comprometen a declarar ante él constituye **la Litiscontestatio** y con ella se cierra la fase ante el magistrado. Y en esencia entonces y etimológicamente *Contestar la Litis* importa **Testificarla**, *testificar la controversia* y explica el deber asumido por los *testes* o testigos de reproducir, exponer, oralmente ante el *iudex* o juez privado todos aquellos puntos determinantes, esenciales, que tuvieron lugar in iure ante el magistrado.

Esta fase ante el magistrado romano durante el sistema de las acciones de la ley nos muestra a un magistrado que se limita a actuar casi como un mero espectador del proceso, preparándolo en base a lo que las partes exponen para que el juez en la fase posterior pueda fallar la contienda. El magistrado romano durante esta forma del procedimiento civil romano no juega un rol activo en la determinación y aplicación del derecho civil romano y aparece como un controlador del procedimiento y sus vestiduras formales en la etapa primaria de él.

### **Desarrollo de la Fase ante el Iudex o Fase In Iudicio.**

La finalidad ahora, en esta fase, será una finalidad probatoria. Ahora se pretende probar la realidad de los hechos que el demandante alegó allá en la fase in iure y luego, sobre la base del mérito que de ellos arroje el procedimiento obtener la *sententia* que decida la cuestión planteada y que lo haga conforme al *ius civile*.

Esta etapa fundamental se desarrollaba en el foro y al foro acudían las partes y el juez privado. Es importante destacar que ella no está sujeta a formalidades como lo estaba la fase anterior y así las partes tienen más libertad de palabra para la exposición de sus argumentos.

En cuanto a la sentencia del juez debía pronunciarse ella el mismo día por lo general y la tarea del juez precisamente terminaba con el pronunciamiento de la misma.

➤ **Tipos de Legis Acciones. Nomenclatura. Breve referencia.**

Hablar de las clases de ellas se traduce en referirse a los distintos tipos de procedimientos que durante esta era primitiva del derecho procesal romano existieron. Solo haré una breve referencia a ellas pues mi afán es detenerme en las reflexiones que, fuertemente, nos plantea el procedimiento romano posterior a ellas: el formulario.

Existieron tres procedimientos declarativos bajo esta nomenclatura de las Legis Acciones, declarativos, digo, pues buscan obtener la declaración de un derecho, dejar por establecido a través de sentencia del *iudex*, principalmente a quien pertenece un derecho.

➤ **La acción de ley por apuesta o Legis Actio Sacramento.**

De aplicación general, este procedimiento representa el ritualismo propio de la época y también una pervivencia de los tiempos primitivos romanos, aquellos tiempos en los que los litigantes se batían derechamente a duelo, recurriendo a la violencia para hacer valer su derecho.

En la fase inicial de este procedimiento –fase *in iure* ante el magistrado- los litigantes deben hacerse un **desafío mutuo** que es parte de la solemnidad ritual de esta acción de ley. Este desafío se traducía en **una apuesta en dinero** respecto de los resultados del pleito, suma en dinero que era depositada por ambas partes en lugar sacro. Específicamente la apuesta se traducía en pronunciar la expresión “ *Si no tienes razón pagarás tantos ases*” y luego recuperaba la suma apostada el litigante que ganaba el juicio mientras que, quien perdía el juicio, perdía también la suma de dinero apostada pero ésta quedaba a favor del Estado y no del litigante victorioso.

Así, en esta Legis Actio vemos vestigios de la autotutela inicial de los derechos en Roma, el duelo físico, paulatinamente, había ido desapareciendo en el tiempo y quedando como un símbolo entre los ciudadanos, **símbolo** incorporado a este procedimiento de la actio sacramento mediante el desafío mutuo que debían hacerse las partes.

Según fuera lo debatido en el procedimiento, ya una cosa o bien la calidad de acreedor de una relación personal del demandante, la actio sacramento podía ser

real o personal, *actio sacramento real* o *acción por apuesta en la cosa* o bien *actio sacramento personal* o *acción por apuesta personal*.

Es en la fase *in iure* donde los litigantes debían pronunciar estas frases sagradas, el desafío y luego se comprometían a aceptar la sentencia o decisión del juez privado que había sido designado en esta misma fase por el magistrado, comprometiéndose a testificar en la fase *in iudicio*, ante el *iudex*, lo dicho y planteado en esta primera fase ante el magistrado estatal. Esto constituía la *Litis Contestatio* primitivamente.

➤ **La acción de Ley por petición de juez o *Legis Actio per iudicis arbitrive postulationem*.**

Mientras la anterior *legis actio* o acción de ley, por apuesta o sacramental, era de aplicación general, lo que determina que ella era utilizada para todos aquellos casos en que la ley- de las Doce Tablas- no dispusiera que debía reclamarse de otro modo, esta acción de la ley, por postulación de juez, solo podía ser utilizada en **determinados casos** previstos, precisa e inequívocamente, por la Ley de las XII tablas y otras leyes. Básicamente estos casos dicen relación con las reclamaciones vinculadas a lo que se debe por virtud de promesa verbal solemne o ***estipulatio*** o bien también procedía cuando se pedía **la división** de una herencia o de otra copropiedad no adquirida por herencia.

La principal característica de este procedimiento surge a partir de su diferenciación con la anterior, la que se hace evidente a partir de **la solemnidad de la fase *in iure***.

Ahora tiende a desaparecer dicha solemnidad y entonces no hay apuesta sacramental con lo que aparece mas ventajosa pues es mas sencillo el formalismo en esta fase y el demandante solo afirma directamente el derecho que pretende se le reconozca junto con la necesidad de afirmar la causa jurídica de la cual ese mismo derecho emana.

Las dos fases principales se mantienen invariables en lo que se refiere en el desarrollo de las mismas.

➤ **Acción de Ley por Emplazamiento o *Legis Actio per conditionem*.**

Corresponde a la *legis actio* mas posterior en la evolución del derecho romano, se caracterizó por no requerir apuesta ni *sacramentum* y ella habría sido establecida para reclamar el pago de **sumas de dinero ciertas** y también **cosas ciertas** que se debían. El hecho de estar casi libre de solemnidad esta acción de la ley es muestra de que precisamente ya en la fase de su creación -fase republicana- comenzaba gradualmente a declinar el sistema de las acciones de la ley.

Su nombre "*por emplazamiento*" encuentra razón en lo que ocurría si el demandado negaba la deuda ante el magistrado, ya que, en tal caso, el demandante emplazaba al demandado con una fórmula verbal tal como "*Puesto que niegas, te emplazo para elegir juez*". Frente a tal emplazamiento el demandado debía volver, en un termino de treinta días, ante el magistrado para designar juez y entonces terminar la fase *in iure* con la *litiscontestatio*.

Entre las ventajas que se indican de esta legis actio se cuenta la rapidez y evidentemente el ser menos formal pues no era necesario señalar in iure, ante el magistrado, los fundamentos o causa jurídica del derecho que se invocaba por el demandante, esto se realizaría ya solo en la fase ante el juez junto con la probanza de los hechos alegados.

### ➤ **La Ejecución en el Sistema de las Legis Actio.**

Desde la Roma primitiva los ciudadanos han tenido serios problemas para el cumplimiento voluntario de lo que se debe, incluso existiendo documentos o antecedentes que, indubitadamente, determinan que existe una deuda que satisfacer.

En esta fase del Derecho Romano Procesal la ejecución empezó a tomar sus lineamientos principales y el ordenamiento jurídico romano permitía el cumplimiento forzado entonces de una obligación que constaba fehacientemente y ello porque, previamente, habían ocurrido situaciones que no dejaban lugar a dudas respecto de su efectiva existencia.

En lo que respecta a aquello que, desde la modernidad actual denominamos “Títulos Ejecutivos” en Roma aparecen ya dos principales: **La Confessio In iure**, esto es, la confesión de la deuda ante el magistrado y **la Sententia del Iudex** que había sido pronunciada en la fase in iudicio y que aún existiendo no era suficiente para que el deudor pagara.

Además se reconocieron otros títulos que emanaban desde fuera del proceso mismo (similar a la tradicional clasificación actual de los títulos ejecutivos según su fuente) tales como algunas obligaciones que podían haber emanado del antiguo testamento que contemplaron los quirites el que era otorgado oral y públicamente ante la ciudadanía reunida en *comicio*.

En cuanto a procedimiento ejecutivo mismo en las acciones de la ley podemos decir que existieron dos: **La acción de ley per manus iniectio** o por aprehensión corporal y la acción de ley que correspondía a la Ejecución **por apropiación de prenda o Pignoris Capionem**.

De ambos procedimientos el que mayor interés podría revestir es el primero pues operaba normalmente por incumplimiento de la sentencia declarativa previa, aunque no exclusivamente por ese título ejecutivo ya que también podía hacerlo por no cumplimiento de los otros.

Resulta interesante este, digo, pues el demandado obligado al cumplimiento de la sentencia declarativa (tenía para ello treinta días) si no lo hacía no podría evitar la ejecución forzada y entonces el mismo magistrado resolvía el juicio ejecutivo haciendo entrega del **iudicatus** –el condenado a pagar, el demandado- al demandante. La autorización del magistrado al demandante para ejecutar directamente su derecho indiscutido es conocida como **Addictio**.

Lo que llama la atención de esta ejecución es que, su nombre “*por aprehensión corporal*” se debe precisamente a que en virtud de esta *addictio* el demandante podía tener en prisión privada al iudicatus durante sesenta días, en este plazo quizás alguien podía pagar al acreedor y con ello obtener la liberación del demandado pero pasado este plazo, sin que ello ocurriera, el iudicatus quedaba a

disposición absoluta del acreedor quien podría, por ejemplo, incluso transferirlo como esclavo.

Estas tremendas consecuencias de la ejecución, que determinaban una verdadera ejecución personal y una enajenación de la libertad del ciudadano-deudor fueron limitadas por una ley del siglo IV A.c., **Lex Poetelia Papiria**, suprimiéndose, al efecto, la posibilidad de prisión privada y disposición absoluta respecto de la persona del deudor y estableciendo que ahora éste solamente podía pagar con su trabajo personal para dar cumplimiento a lo debido.

Finalmente, la otra forma de ejecución que observamos durante este sistema, la *Pignoris Capionem*, es excepcional y ello pues no requiere sentencia declarativa previa ni siquiera orden del magistrado y permitía al acreedor la apropiación o apoderamiento directo de una cosa mueble del demandado para satisfacer su crédito. Sólo se permitió para hacer valer cierto tipo de créditos como por ejemplo los relativos a tributos respecto de los cuales los publicanos tenían la función del cobro a los deudores morosos, siendo verdaderos representantes del Estado de Roma como acreedor y a quienes, según los tratadistas, el mismo Estado delegaba poderes jurisdiccionales en su faceta de ejecución forzada.

Estas constituyen las notas principales respecto de las primeras formas de reclamación de que tenemos noticia en Roma. Congruentes con los primeros tiempos, en el nacimiento de la urbe, las legis acciones se mantendrán durante un considerable lapso de tiempo para luego ceder paso a un nuevo procedimiento, a un nuevo estilo de llevar a cabo los juicios entre los mismos romanos. Un nuevo estilo que nace mas allá de los límites de la ciudad, una nueva manera que surge íntimamente relacionada con la función del pretor peregrino romano y los conflictos de los peregrinos, un nuevo procedimiento que permitirá la perspicacia, agudeza y precisión del pensamiento jurídico romano.

## **IV. Sección Cuarta: El Procedimiento Civil Romano Clásico o Procedimiento Formulario: Ecos de una Época Dorada en la Historia del Derecho.**

**Sumario:** Antecedentes Generales e Históricos; La Fórmula. Antecedentes y función; La figura del Pretor; Tipología de las Acciones en el procedimiento formulario; Lineamientos Generales sobre el desarrollo de las fases; El centro de la Innovación en el procedimiento formulario.

### **El Proceso Civil Romano del período clásico: Nuevas maneras para Roma.**

#### **➤ El Procedimiento Civil Clásico Romano: Válvula de la Honestidad Social.**

Luego de esta suerte de excursión histórica que nos ha llevado a remontarnos al procedimiento inicial de las Legis Acciones con sus caracteres litúrgicos, en extremo sacramentales, en donde el derecho romano primitivo desplegaba su

evidente carácter religioso, con formas rituales y a propósito del cual aparecen todas las interesantes vinculaciones entre la Religión, la Política y el Derecho de un pueblo, es preciso entonces hacerse cargo de una de las formas de proceso mas interesantes e innovadoras que quizás en la historia temprana del derecho procesal de los pueblos podemos encontrar. Hablo de lo que se ha conocido desde tiempos remotos como el **Procedimiento Formulario o Por Fórmulas** del pueblo romano, ese procedimiento, esa forma de los juicios, que permitió el ajuste, que permitió **la sinceridad**, como predicados de un derecho inolvidable.

Como una fuerza incontenible, la transformación social de la comunidad romana impulsada por las nuevas formas de intercambio, el nuevo y pujante tráfico comercial<sup>29</sup>, traía consigo no solo nuevas maneras de relacionarse, nuevos códigos de conducta, sino, sumado a todo ello, la creciente necesidad de ir despojándose de los antiguos ritualismos, de los antiguos ropajes que envolvían los negocios jurídicos que el derecho de los Quirites había ido reconociendo y regulando. Ello sin lugar a dudas iba a hacerse extensivo también a la manera de debatir sobre los conflictos que respecto de los nuevos negocios e institutos, surgieran.

La comunidad de un pueblo, tal cual un núcleo familiar-y vaya viveza y protagonismo que ocupaba la organización familiar para el romano- está siempre en movimiento, siempre influyendo a otros y dejándose permear también por otros, siempre viva, siempre en marcha, siempre desplegando sus atributos y mostrando sus debilidades en los diferentes escenarios de la vida humana. El valor Perenne de la organización romana, de sus instituciones, ha estado -y está- para los pueblos de derecho actuales, en su **Sinceridad**, en su **honestidad**, en ese maravilloso don que han podido poner al servicio de la historia del derecho y que no es otro que el ser capaces, ser lo suficientemente intuitivos y sensibles para reflejar la realidad mundana en la realidad normativa que los rige. Un don que para los hombres y mujeres del derecho ha de ser atributo inescindible y que en primera línea ha de luchar y protegernos contra la rapidez y urgencia que los actuales creadores de la norma jurídica enfrentan. Ha de serlo.

Hablo de **Valor Perenne**, sí. Valor Perenne del Derecho Romano, de la obra quizás mas perfecta que logró dicho pueblo y dentro de él, en esta ciencia de los valores formales-el Derecho Procesal- el Procedimiento Formulario y **su** Valor Perenne <sup>30</sup>, una magnitud y lección que es preciso mantener hasta la actualidad, no en afanes engeguados, no en un conservadurismo jurídico sin sentido, pero en un reconocimiento de sinceridad social, de honestidad de las instituciones con la incesante movilidad y evolución social, tarea que requiere mucho mas **coraje** en la actualidad frente a una inmediatez que apenas nos da tiempo para reflexionar sobre nuestra intima evolución personal. A esa tarea es a la que queremos contribuir los alumnos de hoy.

Probablemente es este tipo de coraje observado en el romano clásico, en el hombre romano de la época –me quedo sin comentario posible respecto del rol de la mujer en la conformación de este carácter por razones obvias referidas a la estructura social romana, la mujer no es siquiera mencionada- el que permitió tanta innovación. El Coraje, ese rasgo tan ausente a ratos y que tantos frutos ha de tener si va acompañado de una buena elección de lenguaje, de un lenguaje nutrido, surtido.

---

<sup>29</sup> KUNKEL, WOLFGANG. Op. Cit. Pg.42 y sgtes.

<sup>30</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pgs.51, 52.

Acaso la cultura de acción, la tendencia a explicar los fenómenos que la vida va representando a través del lenguaje de la acción, de lo activo –no hablo de la acción en un lenguaje jurídico solamente sino en su sentido general y opuesto a contemplación- haya sido el motivo que explica tanto movimiento constante en Roma, que explica que, en cuanto a derecho, hayan preferido el movimiento y elaborar desde ese movimiento sus razones, sus principios, sus respuestas a la necesidad de una vida justa.

En Roma la contemplación parece presentarse como algo intuitivo pero no buscado en extremo, la urgente necesidad de actuar la vida ha sido y fue mucho mas importante para ese pueblo, en la vida diaria se actuaba, la vida no era tan solo contemplar.

Tomar el valor de un procedimiento creativo, intuitivo, honesto-repito- como el sistema formulario romano representa un desafío para la ciencia procesal moderna, para los departamentos de derecho procesal de las facultades de derecho de la modernidad.

Como se ha recordado en muchas de las obras que han perfilado esta memoria de grado no debemos olvidar las palabras que iluminaron el camino de tantos, en décadas pasadas. Varias de esas palabras -de seguro- fueron pronunciadas por uno de los autores que ha merecido estar dentro del calificativo de “máximos interpretes del Espíritu del Derecho Romano”: Rodolfo Hering.

Hering alguna vez nos dijo: ***“a través del Derecho Romano, para remontarse por encima de él”***, ¡claro! Hay que tenerlo siempre presente; el estudio de los procedimientos romanos no constituye un fin en si mismo, mas bien un medio para comprender y compenetrarse mejor del Espíritu y el Sentido de los procedimientos civiles, privados, modernos.

## **I. Establecimiento del nuevo Procedimiento Civil en el Período Clásico.**

- **Antecedentes, orígenes y causas del sistema formulario.**

Pues bien, en la evolución social de Roma podemos observar que en los primeros tiempos, en las primeras *edades jurídicas* romanas las maneras del procedimiento de las acciones de la ley resultaban congruentes con las necesidades de la población, con las exigencias psicológicas de la realidad; el ritualismo y el sentido litúrgico eran indispensables para la comunidad.

Pero progresivamente el organismo social fue aumentando, demográficamente y en relaciones exteriores y ahora se hacía necesaria la generalidad. La Localia y el extremo nacionalismo tendrán que aprender a convivir con esta nueva realidad. Roma se expandía y esta expansión instó también a sus hombres sabios a expandir las instituciones, ello ocurriría en forma y también en fondo.

Dentro de las causas que motivaron el establecimiento del sistema formulario se suelen indicar muchas, algunas técnicas, jurídicas y otras sociológicas, dentro de éstas últimas se incluye la de mayor peso: Al parecer el origen de esta nueva manera de los procedimientos estaría en aquellos procesos que en Roma se tramitaban para los extranjeros, los peregrinos, quienes fueron, poco a poco, deseando que las controversias que los involucraban fueran siendo resueltas por las autoridades romanas. Estos procesos para los peregrinos se conducían al margen de las normas del tradicional *ius civile*, que, -como hemos observado en capítulos anteriores- era privativo y exclusivo de los ciudadanos romanos, de marcado tinte nacionalista.

En todos estos procesos para los peregrinos entonces se comienza a aplicar un derecho en constante creación, fundamentalmente elaborado por el magistrado romano-el pretor peregrino- y que ha sido conocido como el *ius gentium* -ese que logrará elevar hacia la universalidad la idea y noción romanas- y así se fueron estructurando nuevas concepciones, nuevos negocios que contarían, en el evento de discordias surgidas a su respecto, con un procedimiento distinto, no pudiendo aplicarse el antiguo de las acciones de la ley ya que las *Legis acciones* se referían a los ciudadanos romanos y a materias propias del *ius civile*, el derecho antiguo. En esta parte cabe tener presente que con estas restricciones y por tales motivos el sistema de las *Legis Acciones* y su tramitación y procedimiento constituía un **Juicio** que se entendía como **Legítimo**.

Legítimo era el procedimiento antiguo de las acciones de la ley mientras que estos juicios que, poco a poco, comenzaron a ser tramitados para los peregrinos por las autoridades judiciales romanas se basaron sólo en el Imperium del que estas autoridades gozaban y conformaron un **juicio con contenido de imperio**, esto es, basados en el solo imperio que tiene esta autoridad judicial romana, mas precisamente el pretor romano, y mas específicamente dentro de ellos, el **pretor peregrino**, para ir perfilando la jurisdicción en esa vía, para ir extendiendo la protección jurídica de los derechos-poderes- de los sujetos en sus relaciones individuales incluso mas allá de las limitaciones del *ius civile* tradicional. Así el pretor peregrino comenzaba, por las exigencias de la realidad, a aplicar extensivamente algunos tipos de *legis acciones*, abriendo sistemas de mayor flexibilidad cuando los litigantes involucrados en el conflicto no eran ciudadanos romanos.

Aquí está el origen del procedimiento formulario, en la figura del **Pretor Peregrino**, quien tuvo efectivamente la facultad para iniciar un procedimiento, requerido por peregrinos para dilucidar un conflicto entre ellos o bien un conflicto entre peregrinos y ciudadanos romanos, basado en este imperium que permite al pretor **crear y conceder nuevas acciones** que ahora franquean la posibilidad de tutelar

y hacer reclamables ante la justicia los nuevos y variados negocios propios de una Roma expandida y en pleno movimiento.

El pretor peregrino gozaba de amplias facultades para poder crear, en la fase *iure*, al ser requerido, nuevas acciones, nuevas figuras que vinieron a regular situaciones inéditas que se sucedían, nuevos convenios de los privados, nuevos convenios que se encuentran en el *ius gentium* o derecho de gentes.

Más de algún autor ha indicado, a este respecto, entre ellos De Francisci que "*La Jurisdicción es un poder de creación jurídica*" y en este sentido precisamente vemos el ejercicio de la jurisdicción de los pretores quienes, en el cumplimiento de la labor jurisdiccional, encontraron la manera de crear, crear y seguir creando y así no darle la espalda a la realidad.

Al respecto y en esta referencia a los orígenes del sistema formulario romano, cabe comentar asimismo que el derecho de fondo respecto del cual se hizo necesario un nuevo procedimiento, una nueva manera de encausar los conflictos derivados de la aplicación de estas nuevas *institutas* y que nos es conocido como **Derecho de Gentes** o ***Ius Gentium*** es un derecho de origen pretorio, precisamente porque en la jurisdicción de los magistrados romanos encuentra su nacimiento esta corriente jurídica del *ius gentium*-comúnmente identificada como "derecho honorario o pretoriano"- y en ella no solo incluirían más tarde la actividad del pretor peregrino sino también la actividad del pretor urbano quien terminará utilizando el procedimiento formulario y el propio *ius gentium* para el conocimiento de las causas que bajo su autoridad sean dirigidas.

Este derecho de gentes -de vital importancia en el desarrollo posterior de nociones centrales de lo que se ha denominado el derecho internacional público- es "*derecho romano universal, esto es, aplicable a todos los hombres, cives e peregrini...*"<sup>31</sup> y aquí entonces la universalidad de lo romano, la universalidad de sus instituciones.

Sumado a todo ello el rasgo de excesivo formalismo del procedimiento romano anterior hizo del mismo una institución anacrónica y destemplada para el encausamiento de las peticiones de los privados en épocas más avanzadas. La necesidad de pronunciar determinadas palabras, de cumplir con la sacramentalidad, al punto de arriesgar la validez de la actuación ante el magistrado de no hacerlo, hizo insostenible tanta dificultad. Se advierte esta apreciación en las fuentes cuando Gayo, en sus *Institutas* y específicamente en el Libro dedicado a las acciones "De Actionibus" pasa, de la siguiente manera, de la mención de las *legis actiones* al procedimiento formulario "*Pero todas estas acciones de ley se fueron poco a poco haciendo odiosas. Pues, por la nimia sutileza de los antiguos, que fundaron los derechos, se llegó al extremo de que, quien hubiese errado en lo mínimo, perdía la litis. Así pues, por la ley Ebuca y las dos leyes Julias, se suprimieron estas acciones de ley y se dispuso que litigáramos en términos prescritos, esto es, por fórmulas.*"<sup>32</sup>

Varias fueron entonces las causas que motivan el cambio de un sistema de procedimiento por otro, como se ha visto, Gaio se limita a decir que este excesivo

---

<sup>31</sup> **RICCOBONO, SALVATORE.** en cita 23 de **TOPASIO, ALDO.** *Procedimiento Civil Romano.* Edeval, Pg.37. Valparaíso, 1992.

<sup>32</sup> **SCIALOJA, VITTORIO.** Op. Cit 4. Pgs.154, 155.

formalismo se hizo odioso, pero en opinión de algunos autores procesalistas podríamos, incluso y adicionalmente, encontrar como razón importante, junto al excesivo formalismo el hecho de haber sido el procedimiento de las legis actio un procedimiento oral y, como tal, este procedimiento habría otorgado menores garantías y seguridad a las partes a la hora de tener por establecida la litis y configurar y fijar el asunto controvertido de tal manera que, poco a poco, se fue desarrollando un sistema que importaba la redacción de **una instrucción escrita** que el magistrado entregaba al juez romano privado, actuando como una verdadera suerte de ayuda memoria sobre las circunstancias de la litis, el objeto de la misma, las alegaciones de las partes, la investigación de los hechos y las eventuales alternativas de sentencia<sup>33</sup>. Esta costumbre habría existido durante largo tiempo y habría pasado al campo de derecho con la dictación de una ley que fue la Ley Ebuca o **Lex Aebutia** de la que nos daba noticia Gaio en el fragmento citado.

Este nuevo procedimiento, el formulario, cuyo fundamento procesal, veremos, está en **la Fórmula**, como nuevo método para **comunicar** el iudex o Juez privado lo sucedido en la fase in iure por parte del Pretor o Magistrado, fue finalmente establecido por Ley, precisamente en el siglo II A.c., siendo su promulgación fijada aproximadamente entre los años 120 y 150 A.c.

La referida Ley Ebuca determinó el paso del procedimiento formulario desde un procedimiento con base de imperio a un procedimiento legítimo y ahora, entonces, aplicable y utilizable también por los ciudadanos romanos para las contiendas entre ellos mismos.

Finalmente serán las Leyes Julias posteriores las que establecerán este procedimiento como el definitivo, dejando el uso de las legis actio limitado sólo a ciertos casos muy particulares y excepcionales.

El período del sistema formulario persistirá durante mucho tiempo, muchos años pasarán con esta manera de llevar los juicios privados para los romanos, extendiéndose desde Augusto hasta Diocleciano y coincidiendo con la época de oro del derecho civil romano sin que sea casualidad que esta época a su vez coincida con el siglo de oro de la literatura latina.

### ➤ **El Pretor Peregrino y la creación jurídica romana.**

A objeto de ser claros en cuanto a la compenetración que han tenido, en Roma, la idea de la creación en materia jurídica con la conformación del procedimiento civil es preciso apuntar a la figura del Magistrado romano y dentro de ellos, el Pretor.

En la estructura de organización de la Jurisdicción romana variadas fueron las autoridades que fueron desempeñando funciones judiciales, el Rey, el emperador, los cónsules durante algún tiempo y luego, cuando la gran cantidad de funciones que éstos últimos tenían les impidió dedicarse a la labor magistratual en la administración de justicia, los pretores toman a su cargo la tarea de administrar justicia.

El Pretor romano se nos muestra, en la historia y desde lo jurídico, como un ícono. Una suerte de profeta jurídico, si nos es permitida la expresión.

---

<sup>33</sup> SCIALOJA, VITTORIO. Op.Cit. Pgs.158.

Distinguiéndose dos tipos, según el ámbito territorial y competencia que ellos tuvieran, tenemos al **Pretor Urbano**, que por supuesto administraba justicia en los límites y dentro de los límites de la urbe y respecto de los ciudadanos romanos y luego tenemos al **Pretor Peregrino**, éste tomaba en sus manos la labor de administrar justicia fuera de los límites urbanos y en los asuntos en donde aparecen involucrados los peregrinos o extranjeros, ya sea que se trate de asuntos ventilados entre ciudadanos romanos y peregrinos o bien solo entre peregrinos quienes manifestaban su preferencia por acudir a pedir justicia a las autoridades romanas.

Esto último se explica y entiende, atendido el carácter cosmopolita que las fronteras comenzaban a tomar y en la misma urbe podía verse a comerciantes y todo tipo de hombres venidos de África, Grecia y diversos lugares.

Sin duda alguna es esta última figura la que tomará protagonismo en una ciudad en permanente expansión, el pretor peregrino que la historia romana nos entrega como un ícono clave en el desarrollo y fortalecimiento del ordenamiento privado romano, en el serpenteo del *ius civile* romano en la batalla de la vida.

Nuevamente rozando la temática de las Fuentes del Derecho en Roma, durante el período clásico del derecho romano las formas jurídicas del antiguo **ius civile** - conformado principalmente por la ley y la costumbre- se hacen insuficientes para la regulación de los nuevos negocios nacidos bajo el desarrollo progresivo de la industria y el comercio. Así, llegó un día en que se hizo necesario implementar nuevas figuras, crear nuevos mecanismos de convenios para tutelar adecuadamente los intereses de los privados. A este llamado estuvo atento el pretor peregrino, quien, como hemos dicho, actuando a través de su **imperium**, estaba dotado de un ámbito discrecional para ejercer la jurisdicción, el que le permitía conceder acciones y así dar tutela a nuevas situaciones, no observadas en las realidades reguladas por el antiguo *ius civile*. Esta tarea fue siendo llevada a cabo por el pretor peregrino mediante la concesión de acciones para cada negocio.

En esta última actuación del pretor peregrino está el principio del despegue de la genialidad romana, el principio del carácter fluido del *ius civile*, el que irá siendo renovado, día a día, paso a paso por la labor de estos magistrados en un trabajo que sería realizado en conjunto con los jurisperitos romanos de la época.

El Pretor peregrino llegaría a convertirse un día en la “*voz del derecho*” o, también se ha dicho, en el “*interprete oficial del derecho existente*”<sup>34</sup> ya en Roma en un determinado momento el derecho no podrá ser invocado más que atendiendo a las fórmulas por él redactadas.

En efecto, en todo este devenir de los tiempos y frente al advenimiento de nuevas necesidades sociales, el pretor peregrino hace frente al llamado a poner en marcha todo ese saber jurídico, todo ese sentimiento jurídico del pueblo romano y, sosteniéndose siempre en la **aequitas**, sabrá ir creando normas, sabrá ir acomodando los criterios sostenidos por largo tiempo en el *ius civile*, sabrá ir aplicando la analogía para no dejar en desprotección jurídica a individuos que claman por ella, en fin: sabrá ir atemperando la realidad jurídica a las claras vivencias de su tiempo.

El **cómo** fue realizando esta labor es precisamente lo que sorprende: Poco a poco comenzó a redactar en **la fase in iure**, que ante él tenía lugar, en ese primer momento del derecho en movimiento, allí cuando alguien requería su intervención,

---

<sup>34</sup> El pretor peregrino como *viva vox iuris civilis* en TOPASIO, ALDO. *Estudios de Derecho Romano*. Edeval 1975, pg.24.

un documento que –escriturado- permitía establecer los límites de la controversia, fijar los criterios atendibles y luego los hechos involucrados, un documento escrito que en su parte final iba a contener –a modo de instrucción- **una orden al juez privado**, para que éste allá, luego, en la fase del juicio propiamente, contara con la claridad conceptual suficiente y necesaria para elaborar **un fallo de derecho concordante** con los tiempos y sobre todo, concordante **con la justicia y la equidad**, criterios estos últimos que parecen haber sido el escudo que el pretor siempre tuvo empuñado para hacer frente a la incertidumbre e inseguridad que una falta de regulación podría haber generado.

Pues bien, este documento al que nos referimos constituye la parte esencial del procedimiento formulario que, precisamente toma su nombre del mismo, este documento es **la fórmula magistratual**<sup>35</sup>.

En el sustrato de cada uno de los ejemplos de fórmulas que llegan hasta nosotros se encuentra vivo el sentimiento jurídico de la época romana y a través de ellas el pretor peregrino cumplió la labor de crear el derecho, de elaborarlo, reafirmarlo, lo hizo versátil y lo mantuvo siempre en movimiento.

En los hechos, el pretor peregrino fue tomando la costumbre de, antes de asumir su cargo, reglamentar en su edicto las materias de su competencia y la precisa manera que él tenía de entender la solución de las mismas, refiriéndose y concediendo una serie de acciones, señalando precisamente cómo debían tramitarse algunas antiguas acciones civiles, extendiendo la aplicación de otras a casos similares, introduciendo nuevas acciones –acciones pretorias- y, de este modo, desplegando su jurisdicción desde principio a fin.

En la medida en que el pretor fue concediendo estas nuevas protecciones procesales, amparando estas nuevas situaciones, estudiándolas junto a su Consilium<sup>36</sup> y regulándolas en su edicto fue, a veces, apartándose de los criterios y soluciones del ius civile y de esta manera todas estas acciones que van creándose por el pretor conformarían lo que algunos jurisconsultos más tarde identificarán como la corriente del **ius Honorarium o Derecho Pretorio**, el que contendría la riqueza del ius Gentium romano y que más tarde, observaremos, dotará de vigor al mismo ius Civile el que será renovado y remozado por éste, produciéndose así la obra del Derecho Romano clásico.

Por último cabe tener presente que suele afirmarse que entre el antiguo ius Civile y el ius Honorario existió un paralelismo respecto de las materias que regulaban, pero ello sólo habría acontecido en algunas materias, como por ejemplo la Propiedad o la Herencia en donde efectivamente habrían convivido dos maneras distintas de regulación, pero en materia de obligaciones, en este ámbito del **Dare Oportere**, se habría operado una rápida **transfusión** de los criterios y soluciones creados en el seno del Derecho Pretoriano<sup>37</sup> hacia el ius Civile, volviéndose así un derecho fluido, en permanente contacto con la realidad y las necesidades sociales, ya no más rígido, ya no más estático.

---

<sup>35</sup> **D'ORS, ALVARO**. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Publicaciones del Estudio General de Navarra n° 23. Pamplona, 1960. Pg.61.

<sup>36</sup> Este Consilium correspondía a una suerte de órgano asesor del Pretor conformado por Jurisconsultos de su confianza que le iluminaban respecto del derecho y los criterios a aplicar en cada caso.

<sup>37</sup> **SAMPER, FRANCISCO**. *Derecho Romano*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Primera Edición. Santiago de Chile, 2003. Pgs. 38 y 39.

## II. El Núcleo de la Creación Jurídica Clásica: La Fórmula y los nuevos tipos de acciones.

### ➤ La Fórmula Romana.

Se ha escrito o intentado escribir bastante respecto de este tema. Aunque quizás no tanto como deberíamos. No tanto como deberíamos en realidad.

No tanto se ha estudiado, al parecer, en estos rincones del mundo, Latinoamérica, que efectivamente se muestra como uno de los sitios carentes de literatura originaria, propia, respecto del aspecto procesal del derecho romano. Hay, sin duda, notables y valiosas excepciones, que para mi se presentan como altoparlantes de un ruido inexplorado, de una melodía refrescante. A esos queridos maestros he querido dedicar esta memoria, a esos que han amplificado el eco de una cultura rica en belleza e identidad, a esos maestros entre los que sin duda cuento a más de alguno de las aulas de mi propia facultad de derecho.

Y precisamente uno de estos afanosos hombres que, desde nuestro continente, se dio a la tarea de adentrarse en el derecho procesal romano, nos explica- con un lenguaje lleno de cariño- lo que para él representa la Fórmula romana: *“Si lo clásico significa expresión formal y mesurada, gesto apoltronado, claridad pacífica y arremansada, sin inquietudes, rectitud de pensamiento y de palabra; norma segura y precisa, ámbito en el que cada hombre sabe lo que quiere y lo que puede, aspiración a lo universal y perenne, ajeno al detalle o hecho pasajero...absoluto control en la extensión como en la intención; dominio en el adjetivo y el elogio hasta el grado y el matiz, bien puede decirse, en lo que a ciencia jurídica se refiere, que la fórmula es el **súmmum** de la expresión clásica.”* Estas sentidas palabras pertenecen al doctor venezolano Humberto Cuenca<sup>38</sup> y con ellas el autor ha tratado de ponernos de manifiesto algo que ya venimos advirtiendo: en la fórmula romana encontramos un condensado jurídico de tal potencia, de tal magnitud, que, gérmenes, restos de ese concentrado se han esparcido por nuestro mundo desde entonces y flotan en el aire hasta nuestros días, flotan en el ambiente como invitándonos a respirar y sentir el espíritu, como invitándonos a extraer muestras de ese concentrado jurídico -que es la fórmula romana- para elaborar un derecho mas versátil, para crear una norma mas apta, mas sincera.

La fórmula fue, efectivamente, un documento escrito que comenzó a ser redactado por los magistrados romanos –el pretor peregrino específicamente- en la fase in

---

<sup>38</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pg 51.

iure que ante él se desarrollaba, con el objeto de instruir a un juez romano -el juez privado- respecto de la materia del juicio y sus aspectos fundamentales.

¿Por qué se hizo necesaria esta instrucción escrita? Como ha quedado ya dicho en párrafos anteriores de este capítulo, la costumbre en el pretor peregrino nace toda vez que en el desenvolvimiento de la fase in iure en las causas respecto de los peregrinos o mixtas en las que intervenían no era posible aplicar el derecho antiguo o ius civile<sup>39</sup> y entonces, al ir creando el ius gentium y extendiendo la protección jurídica a estos casos era necesario también ver cambios y otras formas en el procedimiento que sobre estos nuevos negocios pudiera versar, para ello se hizo necesario elaborar un documento, con ayuda de los litigantes mismos y los testigos que habían concurrido a la litiscontestatio, a fin de que el juez privado pudiera instruirse de mejor manera respecto de la causa. Se hacía necesaria la explicación pues eran casos y convenios inéditos sin posibilidad, en muchos casos, de apoyarse en el antiguo ius civile para fallar. Este resumen escrito que comenzó a ser redactado por el pretor peregrino contenía el nombre de las partes, el objeto de la controversia, las razones que alegaban las partes y otras materias y será este resumen escrito precisamente el que debería servir de norma al juez para la investigación de la verdad y la decisión del conflicto.

Para comprender la función que cumplió la Fórmula en el procedimiento civil romano clásico es necesario recordar y remontarse a la fase in iure del procedimiento de las legis actio y, en especial, a la manera cómo esa fase culminaba: La Litiscontestatio.

Con la litis contestatio se cerraba la fase in iure en el sistema de las acciones de la ley y este trámite se materializaba mediante el llamado que las partes litigantes hacían a testigos –testes- quienes se comprometían a reproducir, luego, en la fase ante el juez privado todo lo discutido en la primera fase ante el magistrado, quedando en ese momento fijada la controversia de manera irrevocable; desde la litiscontestatio se configuraba la litis.

Este “contestar la litis” que harían, posteriormente, los testes ante el juez privado era un acto netamente oral en el que éstos exponían al juez privado lo sucedido in iure.

Poco a poco, como ha quedado dicho, nacerá una nueva manera de comunicar a este juez privado lo ocurrido in iure, el Pretor intuye que la contestación de la litis de los testes ya no era suficiente, no resultaba mas útil pues ahora, ante la presencia de convenios y situaciones inéditas, se requiere mas certeza y precisión en la delimitación del asunto que se ventila y los marcos jurídicos del mismo. Sería ahora un documento escrito el que cumpliría esa función en la práctica, el que siendo remitido al juez encargado de conocer la fase in iudicio del procedimiento, permitiría una adecuada exposición de la contienda.

Pero además de cumplir esta función de comunicar por escrito lo sucedido in iure ante el Pretor la Fórmula romana cumplió muchas funciones tanto más gravitantes y fecundas: En la fórmula se encuentra el fundamento procesal del derecho privado romano clásico, el que comienza a ensancharse y a innovarse sin cambiar. Es a través de este documento inicial del Pretor, a través de la escritura que comenzará a gestarse y plasmarse por escrito la nueva estructura jurídica romana. Estructura jurídica pretoria que, lejos de suplantarse al antiguo ius civile, fue paulatinamente transformándolo, permitiendo una permanencia renovada.

---

<sup>39</sup> SAMPER, FRANCISCO. Op. Cit. Pg.73-75.

Este último es uno de los puntos asombrosos que nos deja el Derecho Romano y es que, dentro de su espíritu -y como nota característica- el derecho romano, ese *Ius Civile*, que emanó de la tradición familiar y las antiguas costumbres, lejos de estancarse y aposarse, fluyó y progresó pero sin olvidar la tradición, sin olvidar su forma constitutiva.

A través del procedimiento formulario y en virtud de la particular actuación que fueron teniendo los pretores romanos se fue creando el derecho, el derecho honorario o pretorio, que, mas tarde -y sin tardar tanto- se fue entremezclando con el *Ius Civile*, por vía jurisprudencial, a través de la incorporación de los criterios nuevos, los criterios edictales, a la opinión de los jurisprudentes, quienes irían así incorporando las nuevas figuras, los nuevos convenios a los cuales los pretores habían concedido acción, en el *Ius Civile* y por tanto permitirían fundar la decisión del juez privado con base en este mismo *Ius Civile*.

En este sentido vemos que el antiguo tronco del derecho quiritorio, el *Ius Civile* romano, lejos de permanecer estático y lejos de presentar un continuo paralelismo con el *Ius Honorarium*, supo ir adecuando su estructura a una mezcla que, quizás por ser tan congruente y sensata con la realidad y las convicciones sociales de la justicia y la equidad, no mostró una heterogeneidad inconciliable sino mas bien, formó una mezcla que fue base sólida de una construcción magna: El derecho romano clásico con los nuevos criterios de fondo que se han superpuesto a los criterios formalistas de la antigüedad.

#### ➤ **Importancia de la Fase *In Iure* y la Fórmula en cuanto a Innovación Jurídica.**

Como ya se ha señalado<sup>40</sup> en la estructura del procedimiento privado romano se aprecia la existencia de dos órganos partícipes de la tarea de administrar justicia: El magistrado estatal y el juez privado. La fase desarrollada ante el primero, conocida como fase *in iure* y la fase que se ventilaba ante el segundo indicada como la fase *in iudicio*.

Esta doble estructura en la base del procedimiento civil se mantendría en Roma para todos los juicios pertenecientes al orden privado- *ordo iudiciorum privatorum*- hasta la época del derecho romano que será identificada como el Período Post Clásico. Por tanto estuvo vigente esta doble estructura jurisdiccional durante todo el período que nos interesa, esto es, durante todo el período clásico.

En este sentido y en el procedimiento formulario, la fase *in iure*, aquella fase de preparación del juicio propiamente, la fase que podríamos llamar “temprana” en el proceso, se desarrolló pues ante el magistrado estatal, ante el Pretor.

Las principales y trascendentales diferencias que podemos precisar existen entre el antiguo procedimiento establecido por la ley de las XII Tablas y el que analizamos, tienen lugar y surgen a propósito de lo que acontecía en esta fase, la fase *in iure* del procedimiento.

Y estas diferencias, como ya puede advertirse, serán fundamentales no simplemente para el proceso civil romano sino mas bien para el derecho de fondo de los privados, atendida la importante tarea que llevaron a cabo los magistrados romanos frente a esta fase *in iure*. Tarea esta última que permitió actuar a un magistrado estatal que no sólo aplicará derecho preestablecido por el derecho antiguo de Roma sino también -y frente a la necesidad- creará norma jurídica.

---

<sup>40</sup> Vid. Supra. pg 16 y 17. Sobre el órgano jurisdiccional y la dualidad de funciones.

Si en el procedimiento vigente durante el sistema de las acciones de la ley el magistrado romano dirigía esta primera fase vigilando que se cumplieran todas y cada una de las formalidades prescritas, éste actuaba sin embargo como un mero espectador, un observador pero no tenía mayor protagonismo.

Ahora en el procedimiento civil romano vigente desde el siglo II. a.c. el pretor intervendría activamente, ya no como un simple espectador u observador para orientar el proceso, pero ahora inclusive para crear el derecho, crearlo cuando no hubiere regulación, crearlo cuando la regulación, aunque existente, sin embargo pareciera, a sus ojos, rigurosa y caduca.

Precisamente la vía que hizo posible la magnífica evolución del derecho de fondo romano fue, en su base, en lo medular, el sistema de la litigación en base a fórmulas. Ahora, y sobre todo a partir del Siglo II A.c. con la dictación de la ley Ebucia, se había dispuesto que litigaran en términos prescritos, por fórmulas.

La Fórmula, en cuanto a ubicación procedimental en las fases, se inserta en la fase *in iure* y ella nace siempre de la mano del Pretor, ya sea éste peregrino –en sus primeros tiempos de aparición- o bien urbano. Este documento base del litigio, redactado por el pretor –con ayuda de las partes mismas- tuvo tal rigurosidad científica, de lenguaje, tal profundidad de conocimientos que hoy nos hace comprender la mayoría y medular variedad de principios y criterios jurídicos presentes en el pensamiento romano del período clásico.

La fórmula romana dictada al finalizar la fase *in iure* y a modo de comunicación que se dirigirá al iudex o juez privado se erige, no solo como un acto de procedimiento importante, definitivo, determinante para los términos de la litis sino -y por sobre todo- nos hace provocar una necesaria interferencia entre el desarrollo procedimental y el avance sustantivo o referente a derecho de fondo del derecho romano toda vez que es en estas series de documentos, obra del pretor, en donde bullen criterios y figuras fruto de una evolución jurídica madura, criterios como la Buena Fe, la Razón Natural o la Equidad vieron la luz y tuvieron sus primeras proyecciones en estas fórmulas romanas, que, insertas en el área de la administración de justicia, no perdieron la oportunidad de permanecer.

La importancia de la Fase *In iure* del procedimiento formulario radica así, precisamente, en la manera de culminar esta fase, con la elaboración y dictación de la fórmula por el magistrado.

Luego en la fase siguiente el juez privado desarrollará propiamente el juicio privado con todos los elementos que ello conlleva; pruebas, alegaciones y la dictación posterior de la sentencia, pero es en la fase anterior en donde radica toda la riqueza del procedimiento clásico.

### ➤ **Concepto y Estructura de la Fórmula.**

Para muchos autores del derecho romano no se llega, verdaderamente, a comprender bien el derecho civil romano y, por tanto, los fundamentos y principios del derecho privado moderno –en gran parte y para muchos un derecho romano moderno- si no se estudia y comprende en profundidad la fórmula romana.<sup>41</sup>

A modo de definición de lo que fue, concretamente, la fórmula romana digamos que se trató de una **Instrucción escrita emanada del magistrado o pretor romano** y cuyo **contenido esencial** radica en incluir **el nombramiento del juez**

---

<sup>41</sup> SCIALOJA, VITTORIO. Op. Cit pg. 159.

que conocerá del juicio privado fijando, en este documento, los elementos sobre los cuales el juez deberá fundar su juicio, esto es, la controversia misma, los derechos alegados y también eventuales defensas, y terminando ella con el mandato, mas o menos determinado, de condenar o bien absolver en la sentencia según resultaren o no probados ciertos hechos<sup>42</sup>.

Siendo este pequeño documento, la fórmula, un breve y preciso resumen del litigio y sus elementos principales, constituye a su vez la base, el elemento básico sobre el que se orienta todo el procedimiento formulario.

Las fórmulas fueron propuestas por el pretor en su álbum incorporado en el Edicto que cada pretor dictaba al momento de iniciar su cargo –que duraba un año- y estaban impresas en letras negras sobre una superficie en blanco. Así, el pretor, al asumir su cargo enunciaba las respuestas procesales que tenía, según su criterio –ayudado primordialmente por su consilium de jurisprudentes- a los diferentes convenios y situaciones.

Veamos un ejemplo de fórmula romana: Aquí tomaremos como caso ilustrativo una fórmula relativa a la acción por la cual se reclama el pago de una cantidad de dinero, conocida como Actio creditae pecuniae: “*Ticio, se juez. Si resulta que Numerio Negidio procede que de a Aulo Agerio diez mil sestercios tú juez condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio diez mil sestercios, y si no resulta, absúélvele.*”

Muchos son los calificativos que se han usado para destacar la importancia, la riqueza y simpleza de las fórmulas romanas; comprimido de sabiduría jurídica, sùmmum de lo clásico romano. La verdad es que sorprende, precisamente que el invaluable contenido que cada una tenía haya ido de la mano de un lenguaje jurídico simple, claro y sencillo. Viene a mi mente esa frase que advierte que en la claridad de pensamiento no hay cabida, no hay lugar para una complejidad de lenguaje de expresión.

En este último sentido, en la fórmula romana, en su redacción, su lenguaje preciso tenemos, no sólo gérmenes para el desarrollo posterior de la ciencia procesal – todo un tema a tratar- pero por sobre todo y de ello no caben dudas, en ese lenguaje, en esa magnífica fuerza de expresión queda de manifiesto que en lo que toca a creación jurídica la fuerza y potencia romana fue mayor, al parecer la fuerza creadora de los jurisconsultos romanos era inagotable.

#### ➤ Estructura de una Fórmula Romana.

De una simpleza de principio a fin, la fórmula esconde, en cada variedad que podamos observar, partes claramente identificables. A estas partes de la fórmula se refirió expresamente Gayo en sus Institutas IV “*Las partes, pues, de la fórmula son: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio.*”

El estudio de estas partes permite comprender mejor la labor creativa del pretor, en especial si atendemos a la que se nos presenta como la parte esencial de toda fórmula: La Intentio.

Por lo demás no puede dejar de advertirse la importancia que el estudio y comprensión de las partes de una fórmula romana representa desde la

---

<sup>42</sup> Otros conceptos de la Fórmula véase D’ORS, ALVARO. Op. Cit. Pg. 59; SAMPER, FRANCISCO. Op. Cit. Pg.76 y 77; SCHULZ, FRITZ. Op.Cit. pg.18.

perspectiva del derecho procesal moderno ya que en ella yacen los gérmenes de actuales nociones procesales de suma importancia como la pretensión o las excepciones procesales.

El análisis de cada una de estas partes será expuesto iniciando con la correspondiente descripción que Gayo hiciera de ellas en su obra.

### 1) El Nombramiento del Juez o Jueces.

Aunque en la enunciación de Gayo no aparece la referencia a esta parte de la fórmula es indudable que constituía una parte importante de ella. Se ha dado por supuesta su inclusión.

Como hemos anticipado, con la dictación de la fórmula el magistrado romano procedía, en primer lugar, a nombrar al juez a quien correspondería conocer del juicio propiamente, este nombramiento sería hecho a partir de una lista idónea de ciudadanos romanos.

No debe olvidarse que es precisamente al juez a quien va dirigido el contenido de la fórmula.

El documento diría *“Tilius iudex esto”* o “Sea juez Ticio” o bien, si se trataba de juicios recuperatorios en donde habría más de un juez *“Titius, Caius etc., recuperatores sunt”* es decir “ Sean recuperadores Ticio, Cayo, etc.

### 2) La Intentio.

*“Intentio es aquella parte de la fórmula en que el actor concreta su deseo...”* Gayo Inst.IV.41.

Esta parte de la fórmula, como puede apreciarse, contiene la pretensión del demandante, nos indica el objeto del litigio, en ella está contenida la exposición breve de la demanda del actor.

La intentio es una parte esencial de la fórmula y constituye la más importante de todas las partes de la misma, es esencial a la existencia y validez de la fórmula, ello porque la intentio no puede estar sobreentendida ni implícita, sino que debe la intentio del actor siempre ir escrita en forma expresa en la fórmula.

Un ejemplo de intentio es el siguiente: *“Si resulta que Numerio Negidio debe dar a Aulo Agerio diez mil sestercios.”*

Esta parte de la fórmula es de suma importancia pues hay una serie de aspectos en la creación romana que tocan precisamente a la intentio y es que a partir de ella distinguimos las acciones en el procedimiento formulario ya sea en reales o personales o bien en acciones del ius civile o acciones in Factum.

En la regulación de la intentio, del deseo del actor, a partir de su transformación y luego, al observarse como la intentio iba siendo creada nuevamente por el pretor en su edicto, radica la base de la innovación pretoria en el período clásico.

La intentio del actor podía estar **basada en el ius Civile**, esto es, encontrar su fundamento y regulación, amparo en alguna de **las fuentes tradicionales del ius**

**Civile**, ya sea costumbre, ley y si ello era así entonces se dice que la intentio está “concebida o basada en el ius civile” y por tanto, es una **intentio in ius concepta**.

Pero la intentio también podría **basarse en un hecho** al que el pretor es quien ha prometido protección y no encontrar su base en el derecho civil y en tal caso la intentio es una **intentio in Factum conceptae**, en tal hipótesis la acción será pretoria pues tendrá su **fuerza en el edicto del pretor** y no en una fuente del ius civile tradicional. Esto aconteció, a modo de ejemplo, con la fórmula que inicialmente se estructuró en el caso del contrato de depósito que fue una institución desconocida en los primeros tiempos para el ius civile romano y fue el pretor quien prometió la protección jurídica, vía edictal y concediendo una acción, por el mero hecho del depósito, otorgando al depositante una acción para pedir la devolución de la cosa dejada en depósito.

Aquí radica la esencia de la innovación jurídica que alcanzó el pretor romano, es por esta razón que la comprensión de la intentio como elemento de la fórmula resulta de suma trascendencia para una acabada comprensión de la fuerza creadora del jurisconsulto romano de la época.

La intentio también podía ser cierta o incierta y esta distinción se vincula, principalmente con una tipología de acciones que podremos observar en el derecho clásico, de suma importancia y que pone el acento en las facultades otorgadas al juez, según fueran ellas limitadas o ilimitadas. Hablamos de las *Acciones de Derecho Estricto* y las *Acciones de Buena Fe*.

En este orden de cosas y en el aspecto netamente referido a la Intentio, ella será cierta o incierta en atención a si se encuentra o no determinado el objeto del litigio, en su monto pecuniario principalmente.

La **Intentio es Cierta** si el débito u objeto del litigio aparece en todo predeterminado en la fórmula y sin poder el juez privado modificar ese monto allí expresado. En estas fórmulas con Intentio cierta hay certeza respecto del monto al cual el juez puede condenar por estar precisado así en la fórmula. Típicamente la intentio cierta va en las fórmulas referentes a **acciones de derecho estricto**, las que, como observaremos, no otorgan al juez la discrecionalidad para analizar mayores elementos que los contenidos en la fórmula y no le permiten la facultad de determinar el monto de la condena, pudiendo solo condenar a la suma o cantidad que indica la fórmula.

En estas fórmulas referidas a acciones de derecho estricto observamos también que la intentio, en ellas, no va precedida de demonstratio –la parte de la fórmula referida a los hechos fundantes o causa de la demanda<sup>43</sup>- pues, de hacerlo, conllevaría la posibilidad otorgada al juez de indagar la causa de la intentio o demanda y por tanto poder estimar en su criterio el monto o suma de la condena pecuniaria.

La **Intentio**, por otro lado, será **Incierta**, si el monto del débito o del objeto del litigio no aparece precisamente determinado en la fórmula y entonces queda supeditado a lo que el juez determine en su condena. Esta clase de intentio se vincula con las fórmulas referidas a negocios propios del derecho de gentes de Buena Fe y por tanto, precisamente con estas acciones que indicábamos como **acciones de buena fe**.

En estos juicios de buena fe se reconoce una flexibilidad al juez privado para que él precise el monto pecuniario de la condena, lo que hace que la condena sea incierta hasta que el juez mismo dicte su sentencia.

---

<sup>43</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op.Cit. pg.57. en referencia a Girard quien entendía la demonstratio como “la causa del derecho alegado por el demandante”.

### 3) La Demonstratio.

*“Demonstratio es aquella parte de la fórmula que... para exponer el asunto de que se trata...”* Gayo Inst.IV. 40.<sup>44</sup>

Sin perjuicio de que algunos autores denominan a esta parte de la fórmula como *“Designación”*<sup>45</sup> lo que define a la demonstratio es precisamente una cuestión atinente a los hechos de la causa. Como su nombre lo indica, esta parte de la fórmula es una enunciación, una referencia al hecho que es el fundamento de la litis, el hecho que es el fundamento de la intentio o pretensión del actor.

En esencia hablamos del antecedente de hecho que provoca la controversia. Así como en este ejemplo de fórmula: *“Que Aulo Agerio vendió un hombre a Numerio Negidio...”*

La Intentio en una fórmula podía ser cierta o incierta, como hemos explicado, según estuviera o no el objeto del derecho en litigio específicamente determinado y si se trataba de una intentio incierta, esto es, con un objeto del derecho sobre el que se litigaba no perfectamente determinado, la Demonstratio cumple la función de explicar este tipo de intentio.

Esta parte de la fórmula no siempre estaba escrita expresamente en la fórmula y solía ir a menudo implícita en la Intentio de ella.

No debe olvidarse, al margen de la manera o forma en que se expresen en la fórmula los hechos que fundan la intentio o demanda del actor que ellos siempre deben ser probados luego en el juicio, no están afirmados fuera de toda duda, siempre requieren prueba ante el juez privado siendo, por lo demás, la actividad probatoria ante él la más importante de todas para la formación de su convicción. Lo era entonces y sigue siéndolo hasta hoy.

### 4) La Adjudicatio.

*“Adjudicatio es aquella parte de la fórmula en que se permite al juez que adjudique la cosa a alguno de los litigantes; como si entre coherederos se demanda la división de la herencia o entre socios la división de la cosa común...”* Gayo Inst.IV. 42.

Siendo una parte ordinaria de la fórmula, la adjudicatio<sup>46</sup> se presenta sólo en las acciones divisorias y es aquella parte en la cual se autoriza al juez a otorgar alguna cosa al litigante, generalmente en calidad de propietario y la expresión que usaba en la fórmula era generalmente con estas palabras: *“Que el juez adjudique a Ticio cuanto deba adjudicarle”*.

---

<sup>44</sup> El punto suspensivo en la referencia a Gayo es original y nos indica la existencia de una laguna en la conservación del texto genuino. Se ha inferido que la frase faltante simplemente refería que la demonstratio era “la parte con que comienza” la fórmula.

<sup>45</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pg 57.

<sup>46</sup> SAMPER, FRANCISCO. Op. Cit. Pg. 78.

Dentro de las acciones divisorias en el derecho romano se destacan la acción de división del patrimonio familiar o *actio familiae erciscundae*, la acción de división de una cosa común o *actio común dividendo* y la acción que tenía por objeto la fijación de deslindes o *actio finium regundorum*.

Ciertamente esta parte de la fórmula no se justifica y nada iba a tener que ver con otro tipo de acciones que no fueran divisorias.

## 5) La Condemnatio.

*“Condemnatio es aquella parte de la fórmula en que se permite al juez la facultad de condenar o absolver...”* Gayo Inst. IV.43.

Como puede apreciarse, la *condemnatio* o condena es aquella parte de la fórmula en la que el pretor autoriza al juez para condenar o absolver al demandado, ello lo hará condicionado por el resultado que a su juicio arroje la investigación de los hechos, según si resultare probado lo contenido en la *intentio* y en la *demonstratio*. Constituye, por consiguiente, la parte final de la fórmula.

El profesor venezolano Humberto Cuenca destacaba en su obra –desde una perspectiva netamente procesalista- que al no ser el juez privado sino un particular escogido por las partes, en un principio de entre los senadores y luego en persona cualquiera, carecía de jurisdicción y entonces esta facultad de condenar o absolver que no tenía de por sí la recibe por delegación del magistrado y para cada caso determinado.<sup>47</sup> Al margen de la observación del autor podría incluso pensarse que esta delegación, atendida la carencia de jurisdicción, tenía lugar respecto de la fórmula en su integridad y no sólo respecto de la *condemnatio*, sin perjuicio de poder discutirse la efectividad de una carencia de jurisdicción del juez privado, atendido que la estructura misma del procedimiento de los juicios privados -del *ordo iudiciorum privatorum*- permitía y establecía esta doble estructura jurisdiccional biparticional del proceso, como ya se ha estudiado.

La condenación o *condemnatio* era redactada de la siguiente manera: *“Tu, juez, condena a Numerio Negidio a pagar diez mil sestercios a Aulo Agerio; si no resulta así, absuévelo.”*

Así entonces, el juez destinatario de la fórmula, condenaba ***si paret*** todo lo contenido en la *intentio* y la *demonstratio* y ***si non paret*** absolvía y, en el evento de condenar, debía hacerlo a todo aquello a que ha sido delegado por el magistrado, pudiendo esta delegación ser de diversa naturaleza, ya sea a una suma determinada o faltando toda clase de determinación de suma o bien condenar a su voluntad pero hasta una suma determinada.

Destaquemos acá un signo particular de la *condemnatio* del procedimiento formulario, quizás un rasgo altamente cuestionable y del cual ni las fuentes ni los estudiosos del derecho romano dan cuenta de las razones que explicarían el fenómeno: y es que durante el procedimiento clásico era un principio que la *condemnatio* debía ser siempre en dinero y aun cuando el demandante reclamare una cosa específica el demandado era condenado no a entregar la misma cosa

---

<sup>47</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op cit. Pg. 59

sino su valor en dinero. Este rasgo representaba un inconveniente para el demandante, ciertamente. Inconveniente que pudo, poco a poco, ser remediado por la labor intuitiva y sensible del pretor quien fue creando las fórmulas a las que introducía la llamada **cláusula arbitraria** mediante la cual instruía al juez privado en el sentido que condenara al demandado a pagar el valor de la cosa a menos que, atendiendo a la libre decisión del juez entregue al demandante la cosa misma. Y en virtud de esta cláusula si el demandado se negaba a cumplir la indicación del juez en el sentido de entregar la cosa misma, habría de pagar al demandante su valor pero, con la particularidad de que este valor sería apreciado por el propio demandante, lo que constituía un medio de coacción eficaz para el demandado ante la posibilidad de una valoración excesiva por parte del demandante.

Las anteriores son las partes principales de una fórmula romana, principales digo, pues según cual sea el tipo de acción vertida en la fórmula magistral correspondiente estarán y deberán estar ellas.

Como ha quedado ya señalado es en la Intentio en donde debemos fijar nuestra atención desde variados puntos de vista; ella representa una parte esencial en la fórmula, que no puede faltar ni puede tampoco darse por subentendida o implícita en la misma, además, en la intentio y a partir de ella, de su acomodamiento, reformulación, recreación y reinvención por parte del pretor vemos todo el potencial de la fuerza creadora de los jurisconsultos romanos, quienes, en su labor de asesoramiento y otorgando respuestas acerca de lo justo, lograron una creación de la cual nos queda el reflejo inmediato en cada fórmula romana inserta en el Edicto de cada Pretor. De mejor manera quedará esto reflejado una vez que analicemos y fijemos nuestra atención en las distintas y principales clases de acciones en la época clásica y durante la vigencia del procedimiento formulario.

En cuanto a esto último, y a modo de simple referencia, esta distinción entre Acciones In Ius y Acciones In Factum que nos lleva, a su vez, a distinguir entre intentio in ius e intentio in Factum, como hemos ya señalado, ha hecho a algunos autores afirmar que, atendido el hecho de no encontrar la pretensión del demandante un fundamento en el ius civile, tratándose de las acciones o fórmulas in Factum ellas carecerían de intentio y sólo verían intentio en las fórmulas in ius conceptae.

Respecto de esta última opinión nos parece oportuno hacernos eco de la opinión expresada por Franco Pastori quien señala que “Si es lícito hablar de derecho pretorio, aparece inexacta la opinión de quienes sólo ven intentio en las fórmulas in ius conceptae, porque, en efecto, también en las fórmulas in factum se hace valer una razón fundada en el ius honorarium...”<sup>48</sup>

Me permito, en último término y en lo referente a las partes principales de la fórmula romana, detenerme en el lenguaje utilizado por Gayo y en la época clásica, para definir y precisar qué era la Intentio. Las fuentes nos hablan de “*aquella parte de la fórmula en que el actor **concreta su deseo***”, así la entendieron en Roma, la parte de la fórmula en que se concretaba, se materializaba, el deseo del demandante. Pues bien, parece evidente que el actual concepto de **pretensión procesal**, acuñado por la ciencia del proceso ya existía en Roma definido, quizás sin el énfasis actual pero sus bosquejos están en cada fórmula romana. Y si hoy llegamos a afirmar, como parte de este **trinomio supremo** que estructura el **contenido del derecho procesal**- jurisdicción, acción y proceso- que la pretensión va envuelta en toda demanda y es el contenido

---

<sup>48</sup> TOPASIO, ALDO. *Procedimiento Civil Romano*. Edeval. Valparaíso, 1992, Pg.96.

sustancial, inevitable de todo proceso, constituyendo –por lo mismo- un presupuesto procesal, de tal manera que sin deseo, sin intención de parte no hay conflicto y sin conflicto no se justifica el proceso, se puede entonces perfectamente decir, que es a partir de las construcciones romanas en torno al proceso que llegamos a identificar estas nociones fundamentales hoy.

El Pretor ya sentó la premisa de la necesidad de un deseo de alguno de la comunidad expresado en términos formales para cada instituto y en tal sentido, por ello la *intentio* no podía estar ausente. Sin la intención del particular el proceso no tenía sentido tampoco en Roma.

Lo jurídico, el conflicto, el litigio mismo, está pues, precisamente, en la *Intentio* de la fórmula romana.

Finalmente, las partes que hemos referido de una fórmula romana son las principales, como hemos ya señalado, pero también pueden observarse partes accesorias que las mismas fuentes romanas indican, de ellas la denominada *Exceptio* nos presenta una particular importancia por el posterior desarrollo y la raíz que ella misma entraña en la creación jurídica de la época clásica.

Una vez hecho el análisis de las acciones durante el procedimiento formulario haremos una breve referencia a la *exceptio* así también como a las *praescriptio* romanas, que aparecen como una parte accesoria de la misma.

#### ➤ **La acción en el sistema formulario: La esencia de la innovación Pretoria.**

##### **De la generalidad a la tipicidad.**

Como ha podido ya advertirse, todo el estudio del derecho romano, desde cualquier ángulo que lo enfoquemos, sea éste pormenorizado, menudencial, desde un instituto en particular o bien, general, amplio, pasa siempre, sin poder evitarlo, por el tratamiento de la temática de las acciones en el sistema jurídico romano.

Como ya se ha dicho<sup>49</sup> el derecho romano fue ante todo *un sistema de acciones* más que un sistema de derechos. Será quizás sólo a partir del período post clásico de la historia romana del derecho –el período siguiente- en donde comenzaremos a ver la configuración paulatina de una estructura jurídica que será la base del sistema jurídico moderno: un sistema enraizado en la noción de derechos subjetivos, fundamentado ante todo en la fuente ley, que primará como fuente primordial por siglos y hasta hoy.

Pero en esta lógica romana, dentro de este derecho romano de las acciones, es precisamente en ellas y en su evolución, en su transformación, renovación, en donde encontramos la médula de la innovación pretoria para Roma.

En este punto ya estamos en condiciones de realizar una aclaración: Como ya ha quedado dicho en el apartado referido a la estructura de la fórmula romana y en la referencia a la *Intentio*, ésta constituye la parte fundamental de ella, su esencia, su base –la base del proceso, como hemos advertido- y tan importante fue la noción de *intentio* en el pensamiento jurídico romano que, observamos, en muchas ocasiones en las fuentes romanas los términos de ***actio***, ***fórmula*** o ***intentio*** aparecen confundidos y utilizados indistintamente. Esto último parece no ser mera

---

<sup>49</sup> Vid. Supra. Página 25.

equivocación, advierte una marcada conciencia respecto de la relación existente entre aquellos tres conceptos: *La fórmula* constituye el aspecto formal, la materialización formal, el “documento del proceso”, **la actio** o **acción** –concepto mas abstracto de todos- representa el poder, la facultad y –en una de las pocas definiciones romanas- la encontramos conceptualizada en documentos romanos en los términos indicados<sup>50</sup> y luego, por su parte, **la intentio** –concepto mas concreto- es el deseo, envuelto en toda acción, el deseo concreto del actor.

En esta confusión terminológica no hay nada anticientífico –que podría ser la crítica actual- mas bien parece que la equiparación de los términos indica una precisión científica que, probablemente, ni los mismos juristas romanos pudieron advertir de si mismos. En efecto, una estrecha relación existe entre estos conceptos más no una identidad puesto que en Roma aparece de toda claridad que el concepto de pretensión y el concepto de fórmula y acción se acercaban pero eran distintos.

En particular, durante la vigencia del procedimiento por fórmulas en Roma respecto de la acción se traducirá en que el desarrollo tremendo que ella tuvo fue ahora mucho mas pormenorizado, profundo, ya que se pasa de la generalidad que mostraba el sistema de las legis actio a una particularidad ahora en el sistema formulario<sup>51</sup>: En efecto, durante el sistema anterior, como hemos observado, tres eran los tipos de acciones declarativas y toda reclamación que los particulares quisieran realizar, ya sea, por ejemplo, para pedir el cumplimiento de una promesa solemne incumplida o para pedir la división de un haber familiar o bien para reclamar la entrega de una cosa, sea cual fuere, debían adecuarse estas peticiones a alguna de las tres posibles acciones declarativas analizadas, siendo la mas general de todas la actio legis sacramento o por apuesta.

Ahora, desde la legalización del procedimiento formulario, los magistrados romanos junto a la labor de los jurisprudentes, volverán lo general en particular, y ya no serán más abstractos los modos de reclamar justicia. La tipicidad se vuelve un rasgo fundamental en el sistema de las acciones romano.

Así, para cada petición, para cada materia existe una acción específica o típica, si, por ejemplo, lo que se quiere pedir es el cumplimiento de una promesa solemne de dar una cosa o pagar una suma de dinero –stipulatio- no se interpondrá la antigua acción de ley por petición de juez sino ahora se hará mediante la específica acción de la estipulación, la *actio stipulatu* o bien si se estaba frente a un conflicto sobre la propiedad de una cosa, en lugar de accionar mediante la *actio sacramento in rem* se acciona mediante la acción que protege específicamente el derecho real de dominio: *la reivindicatio* o acción reivindicatoria.

Durante la vigencia del procedimiento civil clásico y gracias a la labor de magistrados y jurisprudentes se elabora un verdadero repertorio de acciones, repertorio que, lejos de ser rígido e inamovible en sus conceptos y certezas, se mostró flexible, versátil y en permanente desarrollo. Es en este rasgo, de la mano de la tipicidad y gracias a la sensibilidad jurídica y social que tuvieron los responsables de su elaboración –las fuentes jurisprudenciales del derecho en Roma- en donde está el fundamento que nos permite desentrañar el espíritu del derecho romano, un derecho que solo se tenía por tal en la medida en que realizara los criterios de lo bueno y equitativo –*bonum et aequum*- y tal realización tuvo lugar, a partir de la obra de los conocedores del derecho, en la vida aporética y problemática del derecho, en los casos que, gracias a la genialidad intuitiva, lograban ser postulados, pensados hipotéticamente y llevados al álbum pretorio.

---

<sup>50</sup> Vid. Supra. Página 24.

<sup>51</sup> D'ORS, ALVARO. Op.Cit. pg.58.

Expuesto este rasgo importante, de la tipicidad clásica en las acciones, veremos, en el siguiente apartado, cual fue el método pretorio para la creación, cuál fue, el camino elegido por los magistrados romanos para lograr la adecuación del derecho privado a la realidad nueva y cambiante.

Luego de ello -de ver el método de la innovación- veremos cuales fueron los principales tipos de acciones durante esta época y qué importancia tuvieron ellas para el mismo tema que nos ocupa: la creación jurídica y la libertad de magistrados y jurisprudentes en tal creación.

### **El método del Pretor para la labor creativa. Extensión y Novedad.**

El apartamiento de la norma –cualquiera que sea la naturaleza de ella y el área de la conducta humana a la que se refiera- de la auténtica configuración, de la verdadera realidad de las cosas que está destinada a normar, resulta en un evidente apartamiento del destinatario de ella respecto del mandato mismo ofrecido. Y nada puede resultar menos motivante, menos inspirador, en la vida social, humana, que un mandato sin sentido, una larga lista de deberes y facultades, que no encuentran un fundamento vivido, experimentado, por cada individuo destinatario del mismo.

A su vez, pareciera ser que nada es más sano para la comunidad –en conjunto e individualmente considerados sus componentes- que un nutrido listado de mandatos y facultades arrancando sus más profundas y vigorosas raíces en la conciencia misma de cada uno de ellos, en el espíritu y sentido que las cosas mismas tienen. En la medida de las cosas para ese conjunto de individuos, en ese lugar, en esa hora y bajo esas creencias.

Grande es la tarea si nos preguntamos por los agentes de estos logros, es decir, si queremos descubrir a quiénes daremos la tarea de realizar estos cuestionamientos respecto de una comunidad determinada y en un momento preciso, a quienes les pedimos pesar las cosas que se viven.

Sin duda serán muchas las áreas del conocimiento que contribuyen en esta tarea. Las humanidades en su conjunto, sin duda. Sobre todo al situarnos en la hora actual en donde no es difícil realizar una verdadera sinergia de las humanidades todas.

Pero, desde nuestra vereda, el Derecho, la norma jurídica, la tarea adquiere métodos precisos, requerimientos específicos, claros, pero no sencillos.

A estas alturas, me parece, que lo que se nos viene haciendo más difícil, desde el derecho mismo, es intuir. Intuir la vida social, intuir la vida privada, intuir la familia, intuir en todo aquello que toca lo más íntimo de nuestras vidas y pensado hacia una generalidad. Intuir lo que nos brinda ayuda para colaborarnos, para desarrollarnos. Intuirnos, al fin y al cabo. Esa parece ser la tarea que mas trabajo nos está llevando en lo que respecta a normar. Como se nos hace difícil, entonces el mundo moderno está dejando esta invaluable labor en manos de extraños, en manos de quienes tienen poder pero no autoridad.

Mientras la libertad abunda en nuestros tiempos, la autoridad escasea. Hablo de autoridad de saber, no de autoridad de mando.

La libertad abunda en el derecho, en el que dicta cada día, a cada hora, la norma reguladora y en aras de la libertad el sistema se atrofia, en lo tocante al sistema jurídico nos llenamos de mandatos de diversa índole, la norma se expande, los derechos, las facultades. Se nos va quedando afuera la responsabilidad.

Pero, como la realidad siempre nos alerta y nos mantiene las puertas abiertas para cuando queramos entrar en sus diversos pasajes, aparecen entonces chispas, señales, olores, de otras formas de concebir las cosas, de otros lugares desde donde observar la realidad.

Todo esto, precisamente para decir, que una de estas puertas, para mí y desde la experiencia estudiantil de pre-grado, ha sido el sistema jurídico romano y la labor dada a la autoridad judicial en tal sentido. Ello toca directamente el tema –crucial- de la labor jurisdiccional, la labor del juez en un estado. Hablamos quizás de la esencia de la labor jurisdiccional.

En Roma, en la época que abarcamos –el período clásico- estas labores, estas reflexiones, estuvieron a cargo de quienes ostentaban **potestas** -el poder, el imperium- pero también en quienes ostentaban autoridad –**auctóritas**- como saber jurídico, como saber socialmente reconocido. De la auctóritas y su noción romanas intentaré ocuparme en las líneas finales de esta memoria de grado.

Por el momento haremos una referencia en específico al método del Pretor Romano, quien, junto a la colaboración de los jurisprudentes, logró –en un afán exitoso- encontrar métodos diversos para que este apartamiento de la norma legal romana –del antiguo ius civile cuyas fuentes principales fueron la costumbre y la ley- no fuera tal, para que, manteniendo su estructura, el derecho romano pudiera dar un paso mas y lograr ir pisando fuerte en el torbellino de la vida nueva que Roma vivía.

### **¿Cuáles fueron las innovaciones pretorias? ¿Cómo logró el Pretor adaptar la norma antigua a la exigencia nueva?**

Todas las innovaciones pretorias, toda la labor pretoria, analizada en su conjunto, conduce a un objetivo común: la renovación del viejo tronco del derecho civil antiguo romano. Y cuidado, pues hablo de renovación y no corte.

En concreto, el pretor, creó fórmulas nuevas, algunas apartadas del derecho civil antiguo por lo novedoso que tocaban y otras que, tomadas de la mano del mismo, permitieron llevarlo a otros lugares, lugares nuevos.

Así, podemos afirmar entonces, que la labor de innovación asumida por el pretor romano tuvo lugar, principalmente, por dos vías o dos métodos: El primero de ellos supuso reconducir las antiguas acciones civiles o fórmulas del antiguo ius civile, remozarlas, realizar en ellas innovaciones de forma y/o de fondo y luego, el segundo, representativo propiamente de una labor originaria e inédita del pretor romano mediante la introducción de fórmulas o acciones totalmente nuevas, inexistentes que abordarían las nuevas demandas y problemáticas surgidas en el seno de la sociedad romana.

Dentro del primer método o la primera labor mencionada, es decir, aquella que atiende a innovaciones de forma o bien también de fondo en las antiguas acciones y fórmulas del ius civile romano comprendemos una reconducción de las antiguas fórmulas. Se trata de una labor realizada por el pretor o magistrado respecto de las acciones civiles vigentes desde épocas pasadas y en donde podemos decir - como factor común- que la labor de creación jurídica no es inédita en su totalidad,

pues el fundamento de todas las innovaciones, en este ámbito, se extrae siempre del ius civile romano preexistente.

Esta actividad el pretor fue realizándola por diferentes vías<sup>52</sup>, todas ellas, unas y otras permitieron que las formas del ius civile antiguo no perdieran su significado y vigencia. Encontramos dentro de los resultados de esta innovación, entre otros, las llamadas **fórmulas útiles**, las **fórmulas ficticias** o las **fórmulas con transposición de personas**, sumando, por lo demás también, la interesante construcción de **la exceptio** como posibilidad de defensa del demandado en un juicio seguido en su contra. Esto último inédito y permitió la actuación real de la equidad en el área procesal de los asuntos privados.

Luego, dentro del segundo alcance, el segundo episodio que hemos referido de la innovación pretoria y como labor representativa de la creación jurídica inédita, novedosa, observamos una obra decisiva para el desarrollo del derecho romano y que tuvo lugar mediante la introducción de fórmulas o acciones totalmente nuevas, sin precedente en la tradición jurídica romana anterior. Estas acciones o fórmulas creadas enteramente por el pretor para dar protección a situaciones de hecho que carecían de la misma en vistas a la equidad y el criterio del bonum –definitorio del derecho en Roma- fueron precisamente **las fórmulas in factum conceptae**<sup>53</sup>, que representan el mayor logro y el más decisivo del pretor, toda vez que mediante la introducción de las acciones pretorias mismas, poco a poco y en muchos casos, como se ha advertido anteriormente, el pretor comienza a configurar un conjunto de principios y criterios jurídicos distantes de los contenidos en el tradicional ius civile romano, permitiendo la introducción de nociones fundantes tal como lo será, por ejemplo, la buena fe, que, comenzando como una pauta requerida para el nacimiento de cierto tipo de obligaciones en Roma – obligaciones de buena fe- terminará finalmente siendo una pauta para el juez, llegando a distinguir Gayo dos tipos de juicios en atención a las facultades otorgadas al juez para dictar sentencia y pronunciar la condena: los juicios de derecho estricto y los juicios de buena fe.

Así entendida, la labor innovadora del pretor romano se caracterizó por una notable **intuición jurídica**. Intuición jurídica que no fue un atributo propio y exclusivo del magistrado romano sino –y por sobre todo- también de los jurisprudentes o sabios del derecho de la época, los que, lejos de mantener su ánimo ocupado en divagaciones abstractas a modo de gimnasia mental- estuvieron en el pulso de la vida, colaborando, sistematizando, coordinando la tarea que el magistrado estaba destinado a desempeñar en la fase temprana de los procedimientos privados romanos.

### **Innovaciones Pretorias frente al Antiguo Derecho Civil Romano.**

A objeto de mantener un orden en la exposición del tema y sin perjuicio de retomar muchos de los conceptos que mencionaremos en este acápite luego, en el referido a la tipología de las acciones romanas en el período clásico, veremos, en una breve referencia, en qué se tradujo, concretamente cada una de estas innovaciones que el pretor aplica en el desempeño de su labor jurisdiccional.

---

<sup>52</sup> **ALVAREZ SUAREZ, URSICINO.** *Instituciones de Derecho Romano II. Derecho Procesal Civil.* Madrid, 1973. pgs 81 y sgtes.

<sup>53</sup> La expresión “*in factum conceptae*” nos indica que este tipo de fórmulas eran concebidas, conceptualizadas en base a hechos, hechos nunca antes incorporados al mundo normativo jurídico.

En primer término, como hemos advertido, la labor de adecuación del derecho realizada por el pretor se vislumbra en las innovaciones que éste aplicó a la estructura antigua del derecho privado romano: El *ius civile* y sus diversos formulismos y acciones.

Es así, como se pueden apreciar una serie de modificaciones, algunas de forma atingentes a la redacción misma, el lenguaje de las fórmulas antiguas, otras mas bien de fondo, en torno a las cuales actuaba el pretor.

De tal modo que en la actividad realizada por el pretor respecto las antiguas acciones civiles podemos observar las siguientes modalidades o modificaciones:

#### **a) Especificidad y concreción de acciones.**

Las antiguas acciones del *ius civile*, contenidas en la ley de las XII Tablas y que originan el sistema de las *legis actio*, se caracterizaron por una generalidad en cuanto a su aplicación, sin existir una identificación entre un determinado derecho subjetivo y la concreta y específica acción para reclamar en juicio.

Como ya ha quedado expuesto, es a partir de la labor del pretor romano y los jurisprudentes, en especial en la elaboración que ellos realizan de un verdadero repertorio de acciones, que comenzará a determinarse el tipo de acción, la específica acción que tutela a cada derecho.

De esta manera, el pretor romano fue transvasando el contenido de la antigua acción de ley ahora a una fórmula. Desde este momento, por ejemplo, una acción para reclamar el dominio sobre una cosa, que en el procedimiento de las acciones de la ley habría de ser tramitada mediante la *legis actio sacramento in rem*, se plasma en una específica acción, en una específica fórmula, y dará origen a la acción reivindicatoria, que será, por lo demás, una acción o fórmula con una *intentio in ius conceptae*, al encontrar su fundamento en el *ius civile* romano.

Este fenómeno tuvo lugar respecto de la totalidad de las acciones y la tipicidad y concreción en el nombre y tipos de ellas se logra a través de la labor sistematizadora y precisa del pretor romano.

#### **b) Innovaciones de Forma y de Fondo en las antiguas acciones civiles. Ampliación de la protección.**

La búsqueda del magistrado romano, en orden a otorgar mayor protección jurídica que la antiguamente brindada por el derecho civil estricto y rígido, en muchas ocasiones, lo llevó a extender la aplicación de las acciones civiles a otros casos, que estaban fuera de los supuestos previstos en la antigua norma.

En este sentido, el pretor, mediante las fórmulas logró ampliar la protección a través de las fórmulas ficticias, las fórmulas útiles y las fórmulas con transposición de personas.

Todas estas clases de fórmulas indicadas extienden la aplicación de las antiguas fórmulas a casos nunca contemplados por el derecho civil, utilizando criterios de analogía o semejanza inyectando en el contenido de todas estas fórmulas un realismo y utilidad notables.

Las **fórmulas o acciones útiles** suponen la existencia de un hecho o situación no prevista por el antiguo derecho civil pero que, sin embargo, se ajustaba a otra situación ya conocida, he aquí el criterio de la analogía o semejanza utilizado para no dejar fuera de regulación y protección estas mismas situaciones. Asimilándose las situaciones se otorgaba acción a quien se encontraba bajo los supuestos cercanos.

Las **fórmulas ficticias o acciones ficticias**, a su vez, representan un tipo de ellas en donde el pretor, para no dejar fuera de regulación ciertas situaciones que no se ajustaban a la precisa y exactamente regulada por el antiguo derecho civil -ya que faltaba la concurrencia de algún presupuesto o situación que la antigua norma contemplaba- sin embargo a través de este tipo de fórmulas el pretor daba por supuesta la concurrencia de dicho requisito o presupuesto y por ello -en una verdadera ficción- se permitía dar por concurrente el supuesto o requisito faltante y, con ello, se lograba otorgar la protección jurídica necesaria. De esta especie de fórmulas nació la célebre **acción publiciana** del pretor que representa el otorgamiento de una protección concreta, en términos prácticamente idénticos a los otorgados por la acción reivindicatoria al dueño, pero ahora se concedía a quien, habiendo poseído la cosa por una gran cantidad de tiempo era privado de dicha posesión y que aún habiéndola adquirido legítimamente, no se encontraba todavía en dominio de la misma por faltar aún el cumplimiento del plazo total que la usucapión requería para adquirirlo.

Finalmente, en esta misma línea de extender la aplicación de las acciones con fundamento en el *ius civile* ahora el pretor acudiendo a estos criterios, creó también **las fórmulas con transposición de personas** -también conocida como **fórmula de la representación**- y en virtud de éstas ahora la condena podía recaer sobre una persona distinta de la nombrada en la intención de la fórmula y la sentencia podía ser pronunciada a favor o en contra de otra persona distinta del titular de la acción. Siendo el criterio imperante que la condena debía recaer necesariamente sobre la misma persona designada en la intención estas fórmulas representaron una novedad total y permitieron hacer frente a una serie de situaciones injustas que en la realidad se producían al no poder asumir la condena quien, por ejemplo, representaba a un incapaz.

Al margen de los tipos de fórmulas citadas, una serie de innovaciones llevadas a cabo por el pretor encontraron su construcción en el uso de los criterios de semejanza o analogía para extender la protección jurídica a otras situaciones.

### c) **La introducción de la Excepción en la redacción de las fórmulas.**

Mereciendo un tratamiento aparte, el tema de la excepción<sup>54</sup> en el derecho procesal romano también representa una tremenda innovación y aporte en la creación de las figuras necesarias para un verdadero acomodamiento del derecho a la realidad y a partir de las antiguas acciones del *ius civile*.

En esta labor el pretor fue introduciendo, a las fórmulas, frases tales como "*excepto que*" "*salvo que compruebes que esto también es cierto*" y con ello se amparaban, por vez primera, situaciones nuevas no reconocidas por el *ius civile* y que permitieron al demandado introducir en el juicio elementos de discusión indispensables para calificar la situación y eventual condena en su justicia o injusticia.

---

<sup>54</sup> **SCHULZ, FRITZ.** *Derecho Romano Clásico*. Bosch, Barcelona, 1960. pgs. 48 y 49.

Representa también innovación pretoria a partir de fundamentos del ius civile la introducción de la exceptio en la redacción de la fórmula romana pues el antiguo formulismo civil no permitía al magistrado margen alguno ni consideración alguna respecto de alegaciones del demandado que pudieran alterar el curso del juicio y el análisis de la pretensión o intento del actor.

### **Innovación Pretoria Inédita: Acciones Pretorias y Fórmulas In Factum.**

Sin lugar a dudas, la actividad de mayor fecundidad en la era clásica está representada por el establecimiento y creación de las acciones pretorias, es decir, y según su fuente, aquellas acciones que encuentran su **origen** en el derecho pretorio o derecho honorario, ese que fue siendo creado por el pretor y por lo demás, estrechamente vinculadas con la aplicación del derecho de gentes.

Todas aquellas acciones que, atendida la naturaleza de la misma intrínsecamente hablando, derivan del poder del pretor entran en la categoría de Acciones Pretorias y tendrán por tanto una especial importancia en el desarrollo y establecimiento de los principios y criterios del derecho romano clásico.

A su vez el derecho pretorio fue reconociendo, dando lugar a diversos tipos de acciones y es por ello que podemos encontrar diversas clases de acciones pretorias de las que, precisamente, nos haremos cargo en el acápite siguiente.

Lo que interesa destacar aquí es que, dentro de esta categoría de acciones que podemos distinguir en la época en comento, existió una particular clase de acciones o fórmulas romanas a partir de las cuales el derecho romano se vio nutrido de nuevos y variados tipos de figuras, nuevos criterios, nuevas proyecciones. Esta particular categoría de acciones de la que hablamos fue la correspondiente a las **acciones pretorias in Factum o in Factum conceptae**.

Decisivo aporte para la posterior renovación del derecho privado romano es este, el representado por la creación de fórmulas in Factum conceptae. Estas cada vez se hicieron mas frecuentes.

Las acciones o fórmulas in Factum no arrancan ni encuentran su fundamento en el derecho civil, su base no estuvo necesariamente en el antiguo derecho civil romano, y en cambio, encuentran su base en **situaciones de hecho nuevas**, no previstas por éste.

El pretor, fundamentado en la potestas que el imperium, en el orden judicial, le otorgaba, fue así **creando** normas jurídicas, protegiendo ahora relaciones de diversa índole, situadas hasta entonces en diferentes esferas de la vida en comunidad y que carecían de una sanción jurídica que hiciera reclamable una infracción o actuación contraria a derecho en el marco de esa misma relación. Las acciones in Factum se establecieron por el magistrado romano frente a la necesidad de dar regulación a hechos que carecían de ella y encuentran su conceptualización netamente en hechos, si bien, podemos afirmar toda regulación jurídica y -en este caso- toda fórmula o acción encuentra su fundamento en hechos de la vida del hombre en sociedad, sin embargo las acciones in Factum – frente a las acciones civiles- encontrarán su fundamento única y exclusivamente en situaciones o hechos nuevos, descritos por el pretor en la fórmula misma y a cuyo acontecimiento y verificación queda supeditada la orden de condena o absolución dada al juez privado en la parte final de la fórmula romana.

Clásico ejemplo de una actio romana, de una fórmula romana, concebida originariamente in factum, es decir, que surgió frente a la realidad del tráfico pero sin tener un fundamento en las fuentes del derecho civil tradicional romano, es la fórmula referida al Depósito. El depósito es un típico convenio propio de la era clásica, surgido en el desarrollo de la vida industrial y de tráfico romanas, propio del derecho de gentes, y como tal, luego de ser creado y configurado por el pretor, requirió asimismo de la concesión de acción para su eventual reclamación posterior.

Junto al convenio mencionado otros tantos encuentran en esta era del derecho romano una sanción judicial por la vía y a través de las fórmulas in Factum conceptae.

Tremenda fue la significación de esta actividad jurisdiccional del pretor romano, quien, a través del establecimiento de fórmulas in Factum comienza una labor creadora que no verá su fin durante todo el transcurso de la era clásica. Estos nuevos convenios, estas nuevas situaciones, sancionadas a partir de este tipo de fórmulas dan lugar a obligaciones que, si bien de formación reciente en esa época, sin embargo comienzan a existir, primeramente y de manera original, sólo a partir de ese momento, desde el día en que fueron creadas por el pretor y, particularmente relevante resulta destacar que, si bien, el pretor a través de este método no creaba –estrictamente hablando- derecho o ius, puesto que éste sólo era el resultante de la actividad jurisprudencial-el ius civile- sin embargo no podemos negar que el pretor también comenzaba a crear derecho, otra corriente del mismo –ciertamente- y que sería posteriormente reconocida como el derecho honorario o derecho pretorio.

Las obligaciones y convenios que surgen en esta época y a partir del desenvolvimiento de este particular método –la introducción de fórmulas y acciones in Factum conceptae- solo aparecen allí, en ese preciso instante de creación en el edicto del pretor y ellas serían instituidas no por la ley sino que en el edicto del pretor que las crea.

Este tipo de acciones pretorias, correspondiente a las acciones in Factum, representan pura creación jurídica, en efecto ellas son total creación del pretor, no arrancan su base en ninguna norma o acción anterior del derecho civil –si bien no quedan ajenas, por supuesto, a los elementos propios de él- y nos presentan así a un pretor o magistrado romano tremendamente inserto en su función jurisdiccional, tremendamente certero respecto de la misión que la labor jurisdiccional lleva esencialmente dentro de sí: lograr una congruencia del derecho con la realidad.

### ➤ **Tipología de Acciones durante el Procedimiento Formulario.**

En las fuentes, en la bibliografía que podemos encontrar sobre esta materia, abundan las clasificaciones o tipos de acciones que se distinguen durante todo el tiempo en que se mantuvo la vigencia del procedimiento civil romano clásico. Sin embargo, como el objeto de este texto no es el de constituirse en una especie de manual de procedimiento civil romano, sino, simplemente adentrarse en los

principales lineamientos y estructuras presentes en él que dan cuenta de la notable labor de creación jurídica que el mismo permitió a los diversos agentes y actores que en él participaban, solamente mencionaremos aquellos tipos de acciones que iluminan en tal sentido el tema.

Por lo demás, ya puede advertirse que la tipicidad o especificidad no es el único rasgo que presentan las acciones durante este período, saltando a la vista innumerables características que hacen de esta materia algo interesante.

Concretamente **tres** serán las clases de acciones que trataremos, respondiendo la elección hecha al hecho de representar, estas tres clasificaciones, para nuestro tema, una construcción singular y precisa de la época clásica del derecho romano.

## **I. Según la naturaleza de la relación jurídica protegida por la acción.**

Un criterio que trascendió –ciertamente- toda la historia jurídica, perviviendo hasta nuestros tiempos, es éste, el que usaron los jurisconsultos romanos para distinguir las acciones según el tipo de relación jurídica<sup>55</sup> que estaba detrás de ellas.

Siendo una distinción fundamental no podíamos dejarla fuera de esta exposición.

Está presente en las Instituciones de Justiniano y ella ha sido aceptada, por lo demás, por todas las fuentes de nuestro derecho.

### **I.1. Acciones Reales o Acciones in rem.**

Este tipo de acciones, como podrá anticiparse, protegen un derecho real sobre una cosa y se dirigen contra la cosa misma, lo que determina que, cualquiera sea la persona en cuyo poder se encuentre esta cosa, la acción se dirigirá contra ella sin que sea necesaria la existencia previa de una relación jurídica particular entre actor y demandado.

Ejemplo clásico y típico de esta clase de acciones lo constituye la **acción reivindicatoria o actio reivindicatio**, que protege el derecho real de dominio o propiedad sobre una cosa y que tiene por objeto que el propietario desposeído de ella recupere la posesión o bien también aquellas acciones que protegen derechos hereditarios como, por ejemplo, la **acción de petición de herencia o actio hereditatis petitio**.

Algunos autores destacan la posibilidad adicional de hablar de **acciones in rem pretorias** o acciones reales pretorias –agregando el criterio de la fuente- y dicen que ejemplo importante y clásico de este tipo especial sería la célebre **actio publiciana** –referida en otra ocasión como ejemplo de fórmula ficticia- de efectos muy similares a la reivindicatio pero otorgada a quien solo es poseedor –no dueño- de la cosa y a objeto de proteger dicha posesión y permitir su recuperación, en el evento de haber sido, precisamente, desposeído.

### **II.2. Acciones Personales o Acciones in personam.**

---

<sup>55</sup> SAMPER, FRANCISCO. Op. Cit. Pg. 79.

Frente a las anteriores, las acciones personales protegen los derechos personales o de crédito y no un derecho sobre una cosa. Ellas, por tanto, se dirigen contra persona determinada, concreta, la que necesariamente ha de encontrarse vinculada al actor por la existencia de una relación jurídica previa entre ambos: una relación de crédito u obligacional que sitúa a la persona contra quien se dirige la acción en la necesidad de realizar o cumplir una prestación, también determinada.

Así, cuando se pretendía el cobro de una deuda se estaba en presencia de una acción personal, opuesta a la acción real.

La distinción entre ambas acciones resulta evidente, pudiendo observarse desde variados ángulos esta diferencia, así por ejemplo, evidente es la diferenciación si se atiende al tipo de relación afirmada y luego, al momento en que se genera la controversia en las mismas: Al existir, en las **acciones reales**, una afirmación de la existencia de una relación entre quien sostiene que es el titular del derecho y un objeto cualquiera, la contienda nacerá –entre dos personas- sólo de manera **mediata** ya que, sobre la misma cosa, se encuentran dos afirmaciones contrarias y luego, de esta precisa contradicción de afirmaciones, surge una relación entre dos personas-en el juicio ciertamente- y una de ellas habrá de ceder, forzosamente por cierto.

Frente a esta manera de generarse la controversia y el tipo de afirmación existente, tenemos lo que acontece en las **acciones personales**, toda vez que en ellas existe primeramente una afirmación de una relación de crédito y débito entre las dos personas precisadas y luego, la relación misma entre las personas será el único y principal objeto de la **controversia**, generándose-por lo demás- esta última de manera **inmediata** desde el momento de producirse ambas afirmaciones.

De tal modo que, como afirma Scialoja<sup>56</sup> la relación personal, inherente a toda acción, es secundaria en las acciones in rem, mientras que es primaria, desde el inicio mismo de la acción, en las in personam o de crédito.

## **II. Según las facultades otorgadas al juez para fijar el contenido de la sentencia.**

Esta clasificación de las acciones romanas resulta interesante pues nos permite mejor comprender el origen y funcionamiento primario que, el perviviente principio de la buena fe, tuvo en sus inicios en la Roma clásica.

Derechamente relacionada con la diferenciación existente en el derecho romano entre *obligaciones de derecho estricto* y *obligaciones de buena fe*, esta categoría de acciones atiende a las facultades que el juez tendría al momento de dictar la sentencia y fijar el contenido de ésta. Estas podían ser restringidas o amplias.

### **II.1. Acciones de Derecho Estricto.**

---

<sup>56</sup> SCIALOJA, VITTORIO. Op. Cit. Pg. 441.

Para el derecho clásico la acción era de derecho estricto si el juez tenía facultades restringidas en cuanto a la posibilidad de apreciar el fundamento esencial de la relación jurídica, sus circunstancias y la determinación del objeto del juicio.

En ellas el juez debía, necesariamente, atenerse al rigor de todos y cada uno de los supuestos propuestos y establecidos por el magistrado en la fórmula que le era remitida, fórmula, que, en este caso, estaría referida a relaciones jurídicas propias del derecho rígido y formal, estricto y las relaciones referidas por éste también recibían la categoría de ser de derecho estricto.

En los juicios de derecho estricto el juez tendrá que atenerse a una regla fija y deberá aplicarla, no puede atender a otros hechos que los indicados en la misma fórmula, estando imposibilitado de toda indagación respecto de otras circunstancias concurrentes y luego, de aquella regla y a partir de la comprobación de esos hechos, no podría derivar otras consecuencias distintas de las determinadas en el texto mismo de la fórmula remitida. En resumen, tratándose de las acciones de derecho estricto – que dan lugar a los juicios de derecho estricto- el juez tenía que ceñirse ciegamente al silogismo propuesto y establecido en la fórmula magistratual.

A modo de ejemplo, un típico negocio de derecho estricto de la época era la **Sponsio o promesa solemne**, de tal manera que la acción que protegía a este negocio constituía también una acción de derecho estricto. Si al juez constaba en el juicio –fase in iudicio- que Numerio Negidio, por ejemplo, había llevado a cabo una promesa solemne con Aulo Agerio, cumpliéndose con las formas y ritos propios de este negocio –pronunciamiento de los verba- y prometiendo pagar una suma de dinero o bien dar una cosa, aún cuando se pudiera alegar en el juicio por Numerio Negidio que tal promesa había sido hecha con vicio, por ejemplo, con fuerza, con intimidación, y dicha alegación pudiera ser probada, sin embargo el juez, habiéndose iniciado el juicio mediante una acción de derecho estricto y en apego a la forma –carácter propio del antiguo ius civile- no podía valorar en su decisión o sentencia la existencia de este vicio y se encontraba en la necesidad de condenar al demandado.

En el ámbito de los negocios de derecho estricto y sus acciones, provenientes del derecho quirritario, primaba siempre la forma, el rito, por sobre el fondo y estos elementos que podrían afectar la voluntad, por ejemplo, no cabía considerarlos. Ello acontecía cuando aún no penetraban los nuevos criterios clásicos, fundados en la equidad, la razón natural y que harían incorporar elementos como los vicios de la voluntad a los cánones de valoración del juez.

Sin embargo, poco a poco y gracias al trabajo innovador de magistrados y jurisprudentes la distinción entre acciones de derecho estricto y acciones de buena fe hubo de ir atenuándose, ello gracias a la incorporación –que fue trascendental- de un elemento procesal propio del demandado: **La exceptio**.

En efecto, la actividad de pretores y jurisprudentes se orientaba, en la medida en que se avanzaba hacia la época clásica, a mitigar los duros y hasta crueles criterios del antiguo derecho civil.

Es por esto que, en tal dirección, se produce la introducción de una figura en la fórmula del pretor, que fue denominada como Exceptio, y a partir de la cual se permitía la incorporación en la redacción de la fórmula de determinadas defensas o circunstancias alegadas por el demandado, quien, sin negar la existencia de la causa o hecho base de la controversia, sin embargo introducía elementos que

podían hacer variar el criterio de resolución del juez, fundándose, principalmente, en la justicia y equidad del caso.

De esta manera y en el ejemplo propuesto anteriormente ese demandado que había prometido solemnemente entregar una cosa o pagar una suma de dinero pero que alegaba haber prometido por fuerza era admitido a realizar dicha alegación, precisamente mediante la incorporación de la *exceptio* en la fórmula por el pretor que la otorgaba.

Interesante es destacar que **la exceptio** es creada por el pretor e incorporada como necesidad de mitigar los rígidos criterios precisamente de las acciones de derecho estricto y por tanto, destaquemos que este elemento procesal fue incorporado en primer término nada menos que en las **fórmulas de derecho estricto** a fin de permitir al juez, al pronunciar su sentencia, la consideración de otros tantos criterios y circunstancias que era necesario indagar primeramente, para lograr la actuación de la equidad en la causa.

En los juicios de buena fe, en cambio, al haberse éstos iniciado mediante una fórmula que contenía una acción de buena fe no resultaba necesario que el pretor incorporara en la fórmula la *exceptio* misma, quedando fuera la exigencia indispensable de incluir la *exceptio* en la fase *in iure* del procedimiento, de tal modo en este tipo de juicios podía perfectamente incluirse la discusión sobre la *exceptio* en la fase ante el juez privado, quedando posibilitado el demandado de alegarla en este momento procesal ya que la configuración de un juicio de buena fe permitía al juez indagar respecto de todas las circunstancias que rodearan el hecho y el objeto de la causa, estando vinculado en ello la *exceptio* del demandado como elemento fundamental.

## II.2. Acciones de Buena Fe.

Estas acciones permiten al juez un campo amplio de libertad para fijar el contenido de la sentencia, pudiendo extenderse en sus consideraciones a todas aquellas circunstancias y hechos relacionados con el asunto que debe juzgar.

En este tipo de acciones el juez no se encontraba limitado por el rigor del antiguo formulismo y entonces sus facultades serán amplias.

El desarrollo del concepto de **la Buena Fe** es, quizás, uno de los legados más trascendentes que el pensamiento jurídico romano nos ha dejado. Maravilloso es su contenido y sus consecuencias, probablemente un faro de luz eterna.

Este desarrollo fue obra de los órganos jurisprudenciales, que ejercían la jurisdicción, que se vincularon al arte del derecho<sup>57</sup> pero –y por sobre todo- ha de ser considerada la comunidad romana, el pueblo romano, “lo” romano en sí mismo, que fue constructor de estas nociones en su quehacer diario y que así, de tal modo, impusieron al juez, la necesidad de encontrar criterios y ponderaciones emanadas de tal magno concepto en su calidad de hombre de bien<sup>58</sup> para lograr una condena o absolución conforme al derecho, tal y como era entendido en Roma.

La Buena Fe, lejos de poner el acento en la forma hunde presión en el ámbito del compromiso entre las partes, el compromiso de lealtad entre las partes.

---

<sup>57</sup> Sobre el ARS IURIS y sus reflexiones véase la conclusión de esta memoria de grado.

<sup>58</sup> SCIALOJA, VITTORIO. Op. Cit. Pg.484.

Por supuesto que **la acción y el juicio** a que ésta de lugar serán consideradas de **Buena Fe**<sup>59</sup> siempre que el negocio que tutela y la relación jurídica a la que se refiere, sea de este tipo, es decir, una **relación jurídica de buena fe**, referida a una obligación de buena fe y reconocida así por magistrados y jurisprudencia. En estas obligaciones de buena fe este concepto, al poner en relieve el compromiso de lealtad recíproca entre los contratantes, determina –en el aspecto negocial- que precisamente las partes contratantes se encuentran obligadas a cumplir y realizar todos aquellos deberes jurídicos que emanan de la naturaleza misma del negocio de que se trate.

La Buena Fe se endereza a afirmar que hay deberes jurídicos que son inherentes a ciertos negocios entre los privados y ellos deben ser cumplidos por las partes contratantes, siempre, aún cuando no se hayan expresado éstos formal o ritualmente. Representa así un marco jurídico nuevo, fresco.

Típico negocio de buena fe de la época clásica fue precisamente **la compraventa clásica**, la que, al margen de la forma, no sólo se entiende imponer a las partes, vendedor y comprador, las obligaciones principales del convenio –entregar la cosa y pagar el precio recíprocamente- pero además agrega el contenido de el cómo ha de entregarse esta cosa y cómo y cuando –por ejemplo- ha de pagarse este precio. Así, aunque nada hayan dicho, a partir de estos conceptos, el vendedor ha de entregar una cosa de una calidad a lo menos mediana a su comprador y éste, a su vez, ha de enterar el precio de inmediato, si nada se ha dicho al respecto.

Junto al negocio de buena fe, la acción que lo protege será también de buena fe y permitirá al juez en su sentencia una discrecionalidad y amplitud en cuando a facultades para considerar estas –todas- las circunstancias que sean necesarias y así irá instruido en la fórmula respectiva por el pretor, la que contendrá la orden de *“condenar a todo aquello que deba dar o hacer según la buena fe”*.

Aunque ya puede advertirse, claro está que esta clasificación de las acciones romanas estuvo estrechamente vinculada así con la relación jurídica de fondo y por tanto, con la categoría obligacional romana que distinguía, precisamente, entre obligaciones de derecho estricto y obligaciones de buena fe.

Por último, señalan los autores que, poco a poco, en el tiempo, esta clasificación de las acciones y juicios entre Buena Fe y Derecho Estricto habría ido desvaneciéndose teniendo una escasa importancia y consideración para el derecho justinianeo. Esto habría acontecido por obra de la *exceptio* –como hemos visto- y en especial de la frecuente incorporación que fue haciéndose en las fórmulas de una *exceptio* en particular: **la exceptio doli mali o excepción de dolo malo**.

En efecto –se indica- hablar de buena fe se traduce en hablar de ausencia de dolo y, a la inversa, hablar de la existencia de dolo –muy generalmente hablando- implica afirmar la existencia de mala fe. La mala fe sería igual al dolo.

En ese orden de cosas, al ir incorporando a las fórmulas de derecho estricto, la *exceptio doli mali* o excepción de dolo se introducía la discusión sobre la buena fe y su presencia en el juicio de derecho estricto de que se tratase hacía tornar la discusión y los márgenes del juez hacia este concepto, facultándose al sentenciador para la indagación respecto de estas circunstancias que rodearen el caso. De este modo, aun cuando –formalmente- el juicio se hubiera iniciado con una acción de derecho estricto, luego, al introducir en la fórmula esta *exceptio* se

---

<sup>59</sup> Sobre el *Bonae Fidae Iudicia* véase **SCHULZ, FRITZ**. Op. Cit. Pgs. 33 y sgtes.

volvía sencillamente un juicio de buena fe con las características indicadas en cuanto a las facultades del juez al dictar sentencia y establecer la condena.

### III. Según el origen de las acciones romanas.

La fuente, el origen de donde emana la acción determina que la actio romana pueda ser calificada o bien como **acción civil** o como **acción pretoria**, esta última también llamada **acción honoraria**.

El tratamiento de esta categorización de acciones es importante para identificar las vías de evolución y creación del derecho romano; como hemos venido anticipando a lo largo del presente capítulo, es particularmente a partir del desarrollo del **derecho pretorio**, del establecimiento de acciones pretorias y sus diversos tipos, en torno al cual comienza el crecimiento y magnitud de la labor creadora en el ejercicio de la jurisdicción del pretor.

Notemos, desde ya, que esta manera de dividir las acciones romanas atiende a la fuente u origen de la acción pero, intrínsecamente considerada en su naturaleza y siempre frente a la fuente de la cual emana, no resultando importante el criterio de si estaban o no inscritas las acciones en el albo pretorio o álbum del pretor. Esta última afirmación va hecha toda vez que debe tenerse presente que durante la vigencia del procedimiento formulario, todas las fórmulas, sean ellas civiles o pretorias, emanaban del pretor, él las confeccionaba y por lo mismo si se trataba de fórmulas de uso común o usuales estaban inscritas en el documento referido. De tal manera que la distinción entre acciones civiles y acciones pretorias no atiende a la inclusión o no de la acción en el albo pretorio.

Así, el criterio a atender es el indicado, esto es, el origen de la acción, su fuente.

#### III.1. Acciones establecidas por el ius civile: Acciones Civiles.

En primer término –e históricamente hablando- tenemos este tipo de acciones romanas, las acciones civiles que deben su nombre al derecho o corriente del derecho romano del cual son fruto: **el ius civile o derecho civil romano**. Precisamente estas acciones son aquellas que el derecho civil concedía, tenían su origen en el derecho civil romano y no en el derecho pretorio u honorario.

Siendo aquellas que el derecho civil concedía -y retomando una clasificación de la intentio en la fórmula romana que hemos mencionado<sup>60</sup>- estas acciones civiles llevaban siempre a una fórmula con una intentio ***in ius concepta*** pues, se basaban directamente en el derecho civil preexistente.

En cuanto a evolución misma de las acciones civiles romanas puede advertirse un trecho, relativamente extenso, a través del cual ellas fueron desarrollándose y – sobre todo- perfeccionándose. En efecto, en un primer momento ellas se encontraban establecidas en las fuentes tradicionales del derecho quiritorio romano: las antiguas costumbres o *mores maiorum* y la ley de las XII Tablas. Luego –ya en la era clásica- y como hemos ido apreciando, gracias a la labor

---

<sup>60</sup> Vid. Supra. Pg 58.

innovadora y adecuada de pretores y jurisprudentes, muchas acciones son renovadas, reestablecidas, remozadas, surgiendo incluso nuevas acciones que por efecto de la opinión de los jurisprudentes romanos pasan a formar parte e integrar el *ius civile*.

En este aspecto cabe recordar que en Roma el derecho civil está representado en primer término por las unidades normativas indicadas: *mores maiorum* y ley. Luego en segundo término el *ius civile* lo representan y lo crean, en definitiva, los jurisprudentes romanos, estos ciudadanos que en virtud de una verdadera tradición familiar o bien mediante una dedicación exclusiva a la ciencia jurídica, tienen el poder de crearlo, establecerlo, a través de su opinión e interpretación. En la era clásica, de este modo, el derecho romano se identifica fundamentalmente con la labor de la jurisprudencia romana.

Que una acción sea civil en Roma se traducirá en que el pretor *otorgará la fórmula* que a ella se refiera ***in ius conceptae*** y ello implica que el juez privado, para sentenciar, para resolver, deberá buscar el criterio de solución en las normas del *ius civile* constituido por las fuentes y expresiones que indicábamos. En la era clásica, la búsqueda de este criterio –atendida la dificultad de acceso directo a las fuentes antiguas del derecho civil- se traducirá en la consulta que el juez privado hará a los jurisprudentes romanos.

Interesa también destacar cual era la precisa labor que, respecto de este tipo de acciones, tocaba realizar al magistrado romano. La verdad es que frente a las fórmulas del derecho civil el magistrado romano es un ejecutor de lo que ya venía prescrito por las leyes y las otras fuentes –antiguas costumbres- el pretor tan solo aplica al caso concreto la relación tal cual ella estaba concebida por el derecho civil y dará la instrucción al juez para que éste indague respecto de la existencia de esa relación.

No hay, respecto de este tipo de acciones, una labor creadora mayor por parte del pretor. Ello tiene lugar tan solo en el sentido y con el método <sup>61</sup> indicado precedentemente en el apartado referente a la innovación pretoria en la era clásica y su método de creación.

### **III.2. Acciones establecidas por el derecho honorario: Acciones Pretorias.**

Al analizar este tipo de acciones romanas debemos detener nuestra marcha, fijar nuestra atención en lo que ellas representan desde el punto de vista de las fuentes del derecho y –antes que eso- desde el ángulo de la producción normativa no formal pero sí real.

Es importante pues si queremos hablar de espíritu del derecho romano, si queremos intentar su búsqueda, se hace inevitable conectar la labor del pretor con el hontanar<sup>62</sup> –uno de los varios- de las instituciones romanas.

El pretor fue un magistrado, el pretor estaba encargado de desempeñar la misión jurisdiccional -en una estructura particular de órganos que impartían jurisdicción<sup>63</sup>- el pretor fue esto pero fue mucho mas y fue mucho mas porque no dudó, no vaciló en crear, fue mucho mas porque creyó tal vez que la misión jurisdiccional importa –por sobre todo y ante todo- protección jurídica del ciudadano, amparo, resguardo frente a la arbitrariedad –del particular y del estado- y en tal cometido comprendió

---

<sup>61</sup> Vid. Supra. Pg 67 y sgtes.

<sup>62</sup> Sobre la tarea de descifrar tales hontanares o manaderos del derecho romano véase IGLESIAS, JUAN. Op. Cit. Pg.12.

<sup>63</sup> Sobre la estructura bipartita del proceso romano Vid. Supra. Pg.16 y sgtes.

que sin coherencia entre el sistema jurídico, el sistema del derecho y la realidad que le tocaba vivir y experimentar resultaba imposible realizar la jurisdicción.

Notable fue, por tanto, la labor llevada a cabo por el pretor romano y precisamente, al analizar estas acciones podemos comprender la técnica jurídica que detrás de ella se nos muestra, como un recordatorio de sensatez y precisión.

En efecto, las **acciones pretorias** o **acciones honorarias** son aquellas que concedía el pretor, que vieron su origen en el derecho honorario, no estando contempladas en el *ius civile*. Se deben así a la actividad desempeñada por el pretor en esta esfera jurídica quien creaba acciones en sus edictos.

Destaca, sobre todo, en el establecimiento de estas acciones, el pretor peregrino.

Las acciones que concedía el pretor son clasificadas de variadas maneras pues encontramos distintos tipos con diferentes fines y razones de su creación pero, todas ellas fueron en una sola dirección: adecuar el derecho privado romano a los criterios imperantes durante nuevas épocas sociales, culturales.

Desde el punto de vista formal, de estructura, podemos afirmar que las acciones pretorias, a diferencia de las acciones civiles, podían presentar una ***intentio in ius concepta o in factum concepta***, siendo estas últimas –como hemos visto- las que destacan por el papel novedoso que significaron.

La actividad del pretor en estas acciones pretorias es diametralmente distinta a la que desempeñaba respecto de las acciones civiles: lejos de ser un ejecutor de la regla y estructura fijada por la ley antigua y otras fuentes, en las acciones que él mismo establecía, por cierto que se convierte en un agente activo, desplegando directamente un poder propio y –derechamente- creando disposiciones jurídicas.

Resulta necesario, a continuación, para dar un orden a la exposición, presentar separadamente los tipos principales de acciones pretorias.

## **Clases de Acciones Pretorias.**

### **III.2.i. Acciones Útiles.**

Dentro de la clase de acciones pretorias algunas de ellas pueden tener o estar concebidas con un fundamento –directo o indirecto- en el *ius civile* y luego por ello tendrán su *intentio in ius concepta*. Pues bien, a este tipo de acciones pretorias corresponden las que analizaremos ahora: las acciones útiles.

Suele utilizarse, en las fuentes romanas, la expresión útil con variados sentidos para referirse a una acción y no siempre en el que estamos abordando ahora. Así, por ejemplo, se decía que una acción era útil si ella era eficaz<sup>64</sup>, es decir, utilizando la palabra en su sentido natural y obvio.

Pero por supuesto que nuestra referencia a las acciones útiles va mucho más allá.

Cuando hablamos de estas acciones, en estricto sentido, estamos refiriéndonos a una categoría de acciones creadas por el pretor romano, basadas en relaciones o situaciones contempladas y reguladas por el derecho civil –*intentio in ius concepta*- pero, estas acciones vienen a regular relaciones o situaciones de hecho

---

<sup>64</sup> SCIALOJA, VITTORIO. Op. Cit. Pg. 468.

que no obstante no ser coincidentes con esa misma relación regulada por la norma del *ius civile*, sin embargo guardan con ella una semejanza, una analogía tal, que llevó al pretor a extender la protección jurídica, otorgando también la acción a quien reclamara ésta en petición de su potestad jurisdiccional<sup>65</sup>.

De tal manera que se caracterizan las acciones útiles por representar una extensión de la protección jurídica, mediante el otorgamiento de acción efectuado por el pretor al particular reclamante, y el ejercicio creativo que detrás de ellas existe se traduce en el uso del método analógico y entonces, donde existe una misma razón el pretor otorgaba una misma solución.

Interesante resulta la aplicación de la analogía para lograr regular una situación no contemplada por el antiguo *ius civile* y la palabra útil, entonces, que nombró este tipo de acciones tendría su razón de ser en la utilidad que, por razones de orden público o bien de orden privado, representaba regular estas realidades emergentes<sup>66</sup> en la base social y ello así, habría terminado obligando al pretor a asimilar un caso a otro.

La extensión que producen las acciones útiles fue importante, ellas representan así un caso de extensión de las fórmulas antiguas, las que contenían la acción directa, es decir, la acción que regulaba la situación o relación originariamente y que representaban el pensamiento puro y primitivo del legislador romano. Las fórmulas de las acciones útiles del pretor romano, en cambio, representan el amplio desarrollo de la evolución posterior que este pensamiento tuvo, gracias al esfuerzo llevado a cabo por el pretor.

Como ejemplo clásico de fórmula con acción útil se cita el referido a la extensión de la acción otorgada en virtud de la *Lex Aquilia* a otra acción pretoria por utilidad. En efecto la citada ley –perteneciente al derecho civil- confería acción al dueño de una cosa para reclamar por el daño causado por otro a dicho bien que le pertenecía. Ahora bien, en virtud de la norma legal romana, el dueño sólo podía reclamar el resarcimiento del daño causado al bien de su propiedad si demostraba que éste fue cometido por el ofensor con alguna parte de su cuerpo y que había además tenido lugar la destrucción de algo. Ocurría entonces que si el dueño de un esclavo, por ejemplo, quería reclamar el resarcimiento por la muerte del mismo debía demostrar que fue el demandado quien, sin lugar a dudas le ocasionó la muerte, pero la situación en la cual el esclavo se arrojaba al río y perecía escapando de la persecución del demandado no se encontraba amparada y no contaba con acción entonces el dueño.

Frente a esta última situación el pretor otorga una acción útil que se basó en la *Ley Aquilia* –la que consagraba la acción directa al propietario en el supuesto indicado- y permitió amparar también esta última situación.

Además de ello otra acción útil que tuvo su base, su fundamento en esta misma ley del *ius civile* fue la otorgada extensivamente al usufructuario de una cosa: La acción directa de la norma civil otorgaba acción al dueño, no al usufructuario, pero en virtud de la labor pretoria también se concedió acción a este último.

Todo lo anterior con el método extensivo de la analogía, asimilando un caso al otro.

Siendo así una de las acciones creadas por el pretor y pertenecientes al derecho honorario que tenían una *intentio* basada en el derecho civil –*intentio in ius concepta*- éstas representan la labor creadora del pretor efectuada de manera indirecta, es decir, existiendo, ciertamente, creación jurídica y novedad pero, sin

---

<sup>65</sup> SCHULZ, FRITZ. Op.Cit. pg. 30.

<sup>66</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pg.68.

embargo, el método empleado para la construcción novedosa encuentra siempre su base directamente en el ius civile romano, en la norma civil y en la situación de hecho por ésta regulada, ubicándose dentro de la primera alternativa presentada en el apartado referido a la labor innovativa del pretor y su método<sup>67</sup> y permitiéndonos apreciar un especial modo en el pretor para hacer congruente el derecho con la realidad y no olvidar la norma base en la labor creadora, permitiendo, a su vez, que el derecho romano privado cambiara permaneciendo<sup>68</sup>, obra esta última, de una admirable certeza y convicción respecto de lo perdurable y lo perfeccionable.

### III.2.ii. Las Acciones Ficticias.

Continuando con el análisis de las acciones pretorias con un fundamento en el derecho civil, las acciones ficticias representan una clase de ellas que el pretor también utilizó como método para extender la protección jurídica a casos no contemplados anteriormente en su integridad, por el derecho civil romano.

De este modo, este tipo de acciones del derecho pretorio también serán concedidas por el pretor con una *intentio in ius concepta*, pudiendo el juez privado, en tal sentido, buscar el criterio de solución en la norma respectiva del ius civile romano.

En esta última apreciación referente al tipo de *intentio* que presentan estas fórmulas romanas, tanto la acción ficticia como la acción útil se asemejan a las acciones civiles y podríamos situarlas en un punto intermedio entre las acciones civiles y las acciones pretorias *in factum*.

Al hablar de acciones ficticias hablamos de aquellas fórmulas creadas por el pretor romano en las cuales éste, en un afán de ampliar la protección jurídica otorgada por el ius civile –*actio directa*– otorgaba acción para proteger situaciones o hechos recurriendo para ello, no solo al criterio analógico sino, aquí además el pretor usa la ficción<sup>69</sup> para dar por cumplidos o por concurrentes determinados supuestos o requisitos, sin los cuales la acción civil no permitía darles cobertura y protección, pero ahora, con la labor pretoria y en virtud de la ficción éste instruye al juez privado en la fórmula ordenándole que de a la relación determinada de que se trate- de la que el derecho civil no sacaría la consecuencia de la condena- un tratamiento similar a como habría que tratar la relación del derecho civil y que sí traería la condena.

El ensanche en la aplicación de la acción civil se produce, entonces recurriendo el pretor no solo a la analogía sino también a la ficción, para dar existente una determinada calidad o requisito, que en la realidad no existe, pero cuya ficción permite al juez privado condenar como si esa calidad o requisito concurrieran verdaderamente.

En las acciones ficticias existirá, por parte del juez, una investigación de derecho, pues éste debe indagar cuales son los elementos y los efectos de aquella relación de derecho civil a la cual el pretor quiere asimilar la otra relación, aquella relación que el pretor trata de defender con la fórmula, ello pues, precisamente, la relación

---

<sup>67</sup> Vid. Supra. Pág. 58 y sgtes.

<sup>68</sup> Sobre este rasgo que asombra del derecho romano, el cambiar permaneciendo, *Tradición y Progreso véase IGLESIAS, JUAN. OP. CIT. Pg.75. Punto 3.*

<sup>69</sup> **SAMPER, FRANCISCO.** Op. Cit. Pg.82.

que el pretor trata de defender con la fórmula no pertenece al derecho civil y según éste no produciría la condena.

Es el pretor quien da la orden al juez privado de condenar en el caso de que, agregando a los elementos verdaderamente existentes en la relación de que se trate, otros elementos ficticios o bien detrayendo por ficción algunos elementos que existen –y que por derecho civil impedirían la condena- se tuviera así por el juez una relación que indujera a la condena, no obstante la realidad y no obstante carecer –en estricto sentido- la relación de que se trate de una configuración que permitiera su protección conforme al *ius civile romano*.

Como afirma Scialoja<sup>70</sup>, en esta aspecto, en la ficción hecha por el pretor romano, no parece acertada la opinión de algún autor que ha referido las ficciones como *mentiras legales* y no lo parece pues, –y concordando con el citado autor- precisamente, en este caso la ficción no conlleva dar a entender que los elementos o requisitos inexistentes efectivamente existan, sino, por el contrario, el pretor advierte al juez privado en la fórmula que los dichos requisitos no se dan, pero sin embargo ordena a éste que trate la relación que requiere protección jurídica como si ellos – los elementos o requisitos faltantes- existieran. Es un *hacer como que* sabiendo que ello no tiene lugar. No hay mentira jurídica o mentira legal alguna en este método.

Las acciones ficticias del pretor romano mas importantes y presentes hasta hoy en legislaciones y sistemas de derecho privado son, entre otras, la acción de hurto o *actio furti* que fue concedida al peregrino considerándolo como si fuera ciudadano romano o la *actio pauliana* concedida a los acreedores para anular los actos de los deudores realizados en perjuicios de sus créditos como si fueran ellos partes en los convenios o actos celebrados.

De vital importancia, al vincularse con un instituto trascendental en la estructura del sistema de derecho privado como lo es la posesión, resultó la *actio publiciana* o acción publiciana otorgada al poseedor que se encontraba en vías de usucapir pero que, por faltar aún el requisito del transcurso del tiempo, no era dueño aún. Esta *actio*, de gran utilidad, permitía al poseedor utilizar –procesalmente- una batería de defensas con similares efectos a los previstos para la acción de dominio o acción reivindicatoria y era otorgada así a quien no era dueño y se ordenaba al juez privado en la fórmula a tratar la relación como si fuera de dominio.

Expuesta así la técnica de las acciones ficticias, resulta evidente la preocupación pretoria por alcanzar soluciones mas justas, mas conformes a la equidad o *aequitas*, y ello materializado en la extensión en la aplicación de una serie de principios provenientes ya del derecho civil forjado en la antigüedad y que ahora podían también tener vigencia en situaciones nuevas, siempre cambiantes.

Nuevamente, se observa una estrecha relación entre este tipo de acciones pretorias, las que recurrieron a la ficción para brindar protección jurídica a situaciones que carecían de ella, y el rasgo vital, trascendente del derecho romano que permitió a éste cambiar permaneciendo y mezclar, fusionar, de manera casi imperceptible, tradición y progreso.

### **III.2.iii. Acciones In Factum o Acciones En Hechos.**

---

<sup>70</sup> SCIALOJA, VITTORIO Op. Cit. Pg. 462.

En un afán quizás algo presuntuoso, he intentado encontrar una denominación propia para esta clase de acciones, una denominación más castellanizada, que nos permita asociar inmediatamente lo medular de este tipo formulario en cuanto a método creativo. Opté, a lo largo del estudio hecho, simplemente por nominarlas en mi mente como *acciones en los hechos* o *acciones en hechos*.

Esta denominación me permitió profundizar en el carácter principal de este tipo de acciones: que ellas se fundan única y exclusivamente en circunstancias de hecho que el pretor ordena al juez privado comprobar y a las cuales va asociada la condena, la que va mencionada en la misma fórmula por tratarse de situaciones inéditas y nunca antes contempladas en el derecho civil romano, de tal manera que sería imposible buscar la condena que corresponde de acuerdo al derecho de los quirites o el derecho civil.

Hechos y solo hechos, puros hechos. A ellos se refería la labor realizada por el pretor en estas acciones *in factum*, a ellos se avocaba y ellos eran así incorporados a la vida jurídica, al mundo normativo, por vez primera. Hechos y solo hechos que el pretor decidía regular, normar, contando con la fórmula como medio de expresión jurídica y con su potestas o imperium como fundamento constitucional o político. No olvidemos que el derecho –y la norma jurídica por tanto- siempre se están refiriendo a hechos, sin embargo, en esta categoría de norma creada por el pretor romano no hay vinculación alguna con fundamento jurídico anterior y el hecho mismo se incorpora de manera enteramente nueva al orden normativo, a fin de que esta situación fáctica pase a formar parte del mundo de lo jurídico, desde allí y en adelante.

En estas acciones *in factum* no hay fundamento o base en el *ius civile* romano, no hay criterio ubicable en las fuentes del *ius civile*, el juez privado no podría buscar el criterio de solución en tales fuentes. Acá todo es novedad, acá todo parte en el pretor y su consilium de jurisprudentes y por lo mismo la condena, las consecuencias, también terminan por describirlas ellos mismos. Aquí ya todo es paso nuevo.

Por estas razones, el interés que revisten estos tipos de fórmulas es mayor. Representan el método innovador de la labor pretoria – y de las fuentes jurisprudenciales romanas- en su máxima expresión, en su máximo desafío. Un desafío máximo precisamente porque al referirse estas acciones *in factum* simplemente a situaciones de hecho nunca antes contempladas ni incorporadas por el derecho civil a la vida jurídica, ni el juez en la fase *in iudicio* ni el pretor en la fase *in iure* podrán recurrir a los fundamentos del *ius civile*, a sus criterios de solución. La *intentio*, por cierto, en ellas será siempre *In factum concepta* y no podrá nunca ser *in ius*. Es a partir de esta clase de acciones pretorias de la cual arranca la clasificación *in ius concepta* o *in factum concepta*.

Hechas todas estas afirmaciones previas, podemos dar un concepto de acciones *in factum*: Se trata de una acción propia de la época clásica del derecho romano, creada por el pretor y con fundamento en el poder de mando o imperium que la misión jurisdiccional es éste conlleva y caracterizada por representar la regulación de materias inéditas carentes, hasta entonces, de toda regulación, basadas totalmente en situaciones de hecho nuevas no previstas por el derecho civil.

En nuestro tema, el de la conexión entre el procedimiento civil romano clásico –en su estructura, en su construcción- con la creación jurídica de época, este tipo de acciones tiene especial interés pues es en ellas en donde se despliega la mayor

actividad creadora, el mayor poder de creación de los magistrados y jurisprudentes romanos.

Reiterando que estas acciones carecían de todo fundamento posible en el *ius civile*, ellas vinieron a colmar lagunas, a pintar los vacíos espacios –siempre presentes- en el derecho de los privados en Roma. Allí donde no había regulación alguna y en la medida que el sentimiento de justicia y equidad de la época hicieran recomendable una protección regulada, el pretor –en conjunto con su consejo de jurisprudentes- actuaba y hacía de la fórmula un verdadero *súmmum* de la expresión clásica jurídica romana<sup>71</sup> tal cual ella ha sido descrita por los procesalistas modernos.

En cuanto a su estructura, las fórmulas *in factum* tendrán los elementos propios de la fórmula romana –*intentio*, *demonstratio*, *condemnatio*- pero ameritando, en la gran mayoría de los casos, una fórmula especial, en el sentido de que, por una sutileza de lenguaje del pretor, en ella la *demonstratio* y la *intentio* aparecían confundidas o mas bien fundidas, fusionadas.

El pretor no sólo se ocupa de la sanción en estas fórmulas – la que deberá mencionar con absoluta claridad y precisión al no existir posible referencia al derecho civil romano- pero además –y antes de ello- el pretor debe ser preciso y claro en la descripción del hecho que amerita tal sanción si éste es comprobado in iudicio. Y esta parte de la fórmula *in factum*, la referida a la descripción del hecho, constituye la parte más importante de ella.

La importancia del hecho descrito en esta fórmula *in factum* radica en lo que hemos venido afirmando: a partir de tal descripción en el documento de la fórmula, ese hecho, antes inexistente para el derecho, antes ausente en el mundo normativo, ahora se configura por vez primera como una situación jurídica. A través de la fórmula *in factum* el pretor ampara, defiende, situaciones, hechos insertos hasta ese momento en mundos diversos, ya sea el mundo ético moral o económico y que hacían, por su relevancia, necesaria una acabada regulación y amparo mediante la concesión de una *actio*.

De esta manera se produjo en Roma el reconocimiento de una serie de situaciones jurídicas novedosas, algunas de ellas ubicadas en el mundo de lo ilícito y por tanto prohibidas o penadas, como por ejemplo los nuevos delitos pretorios dentro de los cuales estará **el dolo**, es decir, este hecho o actuar fraudulento que provoca un daño patrimonial revestido de engaño. El dolo fue sancionado por vez primera por vía del pretor a través de una *actio in factum*; la *actio de dolo*.

Otras de estas situaciones jurídicas nuevas, incorporadas vía acciones *in factum*, representan actos situados en la esfera de la licitud, y específicamente se tratará de figuras, negocios, convenios, inéditos en la época y de suma importancia para el tráfico y el mundo de las relaciones de intercambio. Así, una serie de contratos que hoy identificamos como convenios clásicos romanos tuvieron su primera sanción jurídica por la vía pretoriana, siendo carentes de regulación en un comienzo.

Durante la era clásica avanzada ya se reconocen una serie de convenios y contratos nuevos, los que perdurarán y mantendrán su vigencia y aplicación hasta el día de hoy en el derecho privado de los Estados, pero se advierte por los autores<sup>72</sup> que muchos de estos tipos contractuales no fueron reconocidos en el ordenamiento jurídico privado romano en los primeros momentos de su historia

---

<sup>71</sup> Vid. Supra. Pg. 50.

<sup>72</sup> TOPASIO, ALDO. OP. Cit. Pg.64 y sgtes.

jurídica. El desarrollo de estos tipos contractuales se produjo paulatinamente, gradualmente y por las dos vías jurisprudenciales que venimos indicando: La vía de la Jurisprudencia romana que representaba el *ius civile* y por tanto determinaba los criterios y principios que conformaban el derecho en Roma y luego la vía pretoria, a través del Edicto del magistrado romano, el pretor.

De tal modo que es en esta segunda vía en donde debemos ubicar a estas acciones *in factum* del pretor y a propósito de ellas destaca significativamente el pretor peregrino quien estuvo vinculado al desarrollo y la aplicación misma del derecho de gentes, aquél derecho que fue construido para ser aplicado tanto a ciudadanos romanos como a peregrinos.

El pretor tuteló así, en sus edictos y a través del otorgamiento de acciones, una gran cantidad de negocios y tipos contractuales que carecían de regulación por el antiguo *ius civile* y que tampoco habían sido incorporados a los criterios renovados del mismo que, cada cierto tiempo y paso a paso, iba estableciendo y uniformando la jurisprudencia romana.

Destaca, como notable ejemplo de estas figuras inéditas que encontraron amparo en las acciones pretorias *in factum*, el convenio en el cual una persona se comprometía a custodiar, por un determinado período de tiempo, cosas muebles o mercaderías que otra persona le entrega. Este convenio fue identificado en tal época como **contrato de depósito** y a partir de la actuación pretoria tuvo sanción jurídica y por tanto pudo ser reclamable ante la justicia –en el evento de infracción de su contenido- y dejó de ser una situación desamparada por el derecho privado romano. En el otorgamiento de acción por el pretor a quien reclamaba de este tipo de convenios se encuentra su juridicidad, desde ese momento el convenio adquiere su juridicidad, desde el otorgamiento de acción por el magistrado romano.

Otras –muchas- categorías contractuales se reconocen mediante las acciones *in factum*, por ejemplo el préstamo de una cosa determinada para su uso por otro conocido como **contrato de comodato** o bien aquella convención que tendrá por objeto satisfacer una necesidad de aseguramiento del crédito mediante la entrega de una cosa corporal que el deudor de una deuda determinada realiza a su acreedor a fin de que éste la retenga en caso de incumplimiento de la obligación a que se encuentra obligado el deudor.

De esta manera, durante la era clásica, toda una gama de situaciones, de convenios, de requerimientos sociales inéditos, va, gradualmente obteniendo un amparo jurídico basado en la labor creadora de los órganos jurisdiccionales romanos, del pretor, para ser más precisos. El pretor se mostró siempre atento a los nuevos requerimientos que la base social mostraba y enderezó su actividad a dar satisfacción a tales demandas del mundo privado.

Un tema que aparece en las obras de manera frecuente es aquél que indaga en la fórmula *in factum*, respecto de si ella contendría o no el elemento de la *intentio* en su estructura. A objeto de ser honestos con la exposición, debo mencionar este debate pero, podrá advertirse ya, que la posición nuestra al respecto ha quedado mas que establecida habiendo discurrido sobre la base de su existencia en toda la exposición sobre las fórmulas *in factum*.

La polémica sobre el tema habría iniciado en la expresión ambigua usada por Gayo en un texto del cual se podría inferir: que en estas fórmulas hay una *intentio* pero con caracteres distintos a una fórmula *in ius* o bien que es fórmula carece de toda *intentio*.

Autores como Ortolán<sup>73</sup> fundamentan la inexistencia de intentio en este tipo de fórmulas con una explicación de evolución jurídica en cuanto a los elementos constitutivos de la fórmula romana: A la época de creación de la fórmula in factum no se habría llegado aún a la distinción de intentio, demonstratio y condemnatio en el pensamiento jurídico romano y entonces, de toda lógica sería que la intentio en las acciones in factum sencillamente no exista y no siendo correcto, para ellos, que sea como suele afirmarse respecto de que en ellas la intentio y la demonstratio se confundan.

Opiniones hay muchas y con acento en diversos aspectos, pasando por quienes afirman incluso que si las fórmulas in factum carecen de intentio habría que entender que este tipo de fórmula romana estaría reducida simplemente a una cuestión de hecho, sin contenido jurídico alguno, toda vez que la cuestión jurídica misma en una fórmula romana está contenida sólo en la intentio de ella<sup>74</sup>.

Finalmente y en la otra posición, la de aquellos que estiman que no habría razones para quitar la concurrencia de intentio en estas fórmulas Pastori<sup>75</sup> ha explicado, con precisión que, en su opinión, el tema es tan profundo como aceptar o no la existencia de derecho pretorio en el derecho romano. De tal modo si resulta lícito –explica- hablar de derecho pretorio en Roma entonces esta opinión de quienes sólo ven intentio en las fórmulas in ius conceptae resulta totalmente inexacta, toda vez que en las fórmulas in factum también se hace valer una razón, un deseo concreto pero éste fundado en el ius honorarium y no en el ius civile.

### **Acciones in Factum y Jurisdicción.**

Tantos son los temas, los destacados -algo así como los grandes momentos- del procedimiento civil romano que hoy nos interesa poner en relieve que, a medida que fijamos la atención en ellos caemos en cuenta que, su importancia, hace que no sea posible su tratamiento acabado en esta ocasión. Este es, tal vez, uno de ellos.

Teniendo siempre presente el tema central de esta memoria de grado, la vinculación del procedimiento civil romano y la creación jurídica, nos parece que ésta es una reflexión en la que vale la pena detenerse. La relación del concepto de la jurisdicción –y su misión esencial- con la posibilidad de crear acciones, tal como el pretor romano lo hizo.

Hoy en día, con los conceptos mas depurados, con una dogmática que nos llena de conceptualizaciones en torno a los más distintos temas de la ciencia del proceso, no es difícil entender lo que en sí es la jurisdicción.

Así, se nos habla del poder- deber, de una potestad que corresponde a ciertos órganos estatales para resolver conflictos, sean estos entre los particulares entre sí, o entre estos y el Estado, y a continuación se desparraman una serie de funciones y misiones de la función jurisdiccional: conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La ciencia procesal moderna está limpia en conceptos, cada vez más puros todos ellos. Pero me parece que falta énfasis en algunos componentes esenciales de la misión jurisdiccional.

---

<sup>73</sup> Citado por CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pg.65.

<sup>74</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pg 66.

<sup>75</sup> TOPASIO, ALDO. Op. Cit. Pg. 96.

Quizás a más de alguien le resulte de un fanatismo encubierto si menciono la palabra pasión o arte, a propósito de la misión jurisdiccional. Pero a mi ni me asusta ni me cohibe tal posibilidad. Ofrezco mis disculpas si parece exagerado o si alguien pudiera pensar que extendiendo el contenido de esta exposición a áreas más bien emocionales o sensibles.

Pero sí, el tema que me inquieta pasa por la falta de énfasis, de ahínco, de decisión en el tratamiento de la misión jurisdiccional y, en particular, en la posibilidad de adecuar su cometido a la creación jurídica. Creo que la jurisdicción impone a quien la ejerce, la necesidad de enderezar su labor en tal sentido, la creación.

No pretendo desconocer el efecto relativo de las sentencias ni mucho menos, pero en cada sentencia, en cada pedazo de jurisprudencia el agente tiene la posibilidad de crear, de extender, en el marco de las posibilidades pero siempre tratando de ir mas allá.

El mundo moderno del derecho –altamente estatizado- dista mucho del mundo clásico romano, por estructura política, en primer lugar y por estructura de fuentes si lo vemos desde el ámbito jurídico puro.

Pero hay un punto de convergencia, que nunca acabará, hay un lugar en donde el tiempo parece dejar atrás su paso y éste es quizás el de la misión jurisdiccional.

En la esencia de dicha misión se encuentra la necesidad de lograr congruencia entre la realidad y sus elementos con el derecho y los suyos.

En tal dirección se orientó la labor del pretor romano y junto a él, de la jurisprudencia romana clásica y luego, la obra que lograron edificar fue, el derecho romano clásico.

Probablemente las fórmulas in factum del pretor romano fueron parte fundamental de la base de esa construcción, una base que fue siempre movilizable en distintas vías.

Procedimiento y Derecho Sustantivo o de Fondo fueron en un desarrollo conjunto en Roma, sus agentes los montaron juntos pero nunca perdiendo de vista el peso de cada uno para la construcción misma.

La realización de esta misión esencial de la función jurisdiccional probablemente encuentra sus raíces mas profundas en aptitudes y cualidades propias del ciudadano romano, del rasgo latino, pero en cuanto a instrumentos jurídicos se trata, el procedimiento creado y los tópicos que podemos observar en él, como las acciones in factum por ejemplo, se constituyeron en el tallo incipiente que daría lugar, mas tarde, al tronco vital: un derecho romano clásico empinado en el mundo.

➤ **Partes Accesorias de la Fórmula Romana: La exceptio.**

Si al poner el mundo del derecho de fondo, de las situaciones de la vida real, en movimiento y en acción jurídica se puede ir éste desarrollando y mostrando nuevas maneras de comprenderse y de renovarse es porque la vida se hace en marcha y no sólo en contemplación. Responde esto, sencillamente, a una regla de vida.

En el derecho -que se refiere a la vida misma- no ocurre lo contrario.

Y de eso mismo es muestra el procedimiento judicial de cualquier pueblo, de diversas maneras y con distintos caracteres. En Roma el procedimiento civil fue una clara muestra de cómo la vida de los ciudadanos avanza y el pensamiento jurídico lo hace a su vez.

Así, otra figura que emerge como novedad en el marco del procedimiento establecido para Roma en la era clásica es la exceptio o excepción.

Y nos resta hablar, en tal sentido, de las partes accesorias de la fórmula romana, es decir, partes de ella que en algunas ocasiones podían ir insertas y éstas son dos: las praescripciones y la exceptio.

La referencia a las prescripciones será breve, por mantener ellas simplemente un valor histórico pero no directamente relacionado con el tema de esta memoria.

En cambio el tratamiento que haremos de la exceptio tendrá una mayor explicación por la importancia fundamental que en la estructuración del proceso moderno juega.

### **Las Praescriptio Romanas o Prescripciones.**

Otras partes de la fórmula romana, de las que Gayo habla en diversos lugares, son las prescripciones y las excepciones. Y lo cierto es que ambas se incluyen en ella con el objeto de obtener una mayor determinación del contenido de la litis en este documento que posteriormente será dirigido al juez privado. Pero acaso un fin más importante que cumplieron estas partes accesorias de la fórmula fue el de introducir una esencial modificación a la fórmula romana.

Este último objetivo parece justificar la existencia de prescripciones y excepciones en la fórmula romana del período clásico.

La praescriptio o prescripción<sup>76</sup>, la primera de estas partes accesorias que podía presentar la fórmula, como su nombre lo indica se escribía antes, de tal modo que correspondía a una parte de la fórmula que se antepone a la misma y que servía para determinarla y para limitar su contenido, permitiendo especificar la contienda a un determinado aspecto o cantidad de la acción que se deduce, con el objeto de poder ser ésta nuevamente empleada en el futuro para aquello que no se ha especificado.

En cuanto a esta función de limitación que cumplían las prescripciones ella podía ser de diversa índole, existiendo limitaciones a favor del actor y otras a favor del demandado. La anterior definición se enfoca, de manera principal, a las prescripciones Pro actor.

---

<sup>76</sup> SAMPER, FRANCISCO. Op. Cit. Pg. 84 y 85.

Las prescripciones a favor del demandante que existieron en Roma tuvieron su fundamento en la necesidad de evitar el efecto extintivo que el momento procesal de la *litiscontestatio* producía respecto de la acción en su totalidad. Así, por ejemplo el pretor incluía en el encabezamiento del texto de la fórmula y como una consideración previa que el juez debía de tener presente frases como la siguiente: “Trátese este litigio sólo respecto de las deudas de plazo vencido”. Gracias a la inclusión de esta frase el demandante podría, mas tarde, cobrar las cuotas vencidas de la deuda pactada a plazo, cuotas que no podía cobrar en el momento mismo del juicio pero que, en virtud del efecto extintivo o consumativo que la *litiscontestatio* en el procedimiento civil producía, se perdían en su totalidad.

Respecto de las prescripciones *Pro reo* o a favor del demandado Gayo, al tratarlas, indica que en su tiempo ya no existían, pero que habían tenido, sin embargo un uso anterior. Y no existían ya las *praescriptio Pro reo* en tiempos de Gayo pero bajo esa precisa forma procesal, mas sí existían como figuras jurídicas sólo que habían pasado a transformarse en excepciones.

Como ejemplo clásico de prescripción en beneficio del demandado tenemos aquella que dio nombre al instituto jurídico que en el derecho moderno llamamos Prescripción. Así en esta *praescriptio Pro reo* el magistrado advierte al juez privado en orden a que antes de entrar a conocer el fondo del asunto sometido a su decisión éste examinare si ya había transcurrido el tiempo que el ordenamiento jurídico concedía para ejercitar la acción. En el evento de que el tiempo ya hubiere transcurrido, la *praescriptio* ordenaba al juez que éste no llevara adelante el análisis respecto al fondo.

Finalmente, como hemos anticipado, las *praescriptio Pro reo* terminaron por asimilarse a las excepciones y en el lenguaje post clásico, el término *praescriptio* se utiliza como sinónimo de la *exceptio* para referirse a toda defensa opuesta por el demandado a la demanda.

### **La Exceptio.**

Si bien hemos anticipado bastante ya respecto de la función de este elemento procesal romano –y a ello sumado el evidente anticipo que su nombre nos indica pues no difiere de lo que hoy entendemos por tal- nos resta precisar algunos aspectos en torno a la *exceptio romana*, construcción netamente novedosa que, por supuesto, fue producto de la labor pretoria y jurisprudencial.

La verdad es que dentro de las partes accesorias de la fórmula romana, ésta resulta mucho más interesante que la referida a las prescripciones, toda vez que tiene aplicaciones mucho más extensas y además sus efectos son gravísimos y determinantes desde el punto de vista del derecho civil.

En la labor intuitiva llevada a cabo por el pretor, éste, a lo largo del desarrollo del derecho romano, pudo, rápidamente ir percibiendo que el estricto y rígido *ius civile* requería de la introducción de un elemento que permitiera al demandado introducir objeciones o defensas frente a lo expresado por el demandante en su pretensión ante el magistrado. El derecho civil antiguo no permitía este juego de argumentaciones, quedando el demandado privado de cualquier posible defensa o discusión, permitiéndosele, simplemente, la negación rotunda de la relación o supuesto que constituía la base de la demanda.

La evolución de los tiempos condujo así al pretor a desarrollar también el área de la defensa del demandado y lo hizo a través de la *exceptio*. Por tanto, podemos afirmar que la actividad creadora e innovadora del pretor romano no fue propia

solo del campo de la acción, sino, se extendió además al ámbito de las defensas u objeciones del demandado.

La estructura de la exceptio, formalmente hablando, nos presenta una redacción absolutamente esperable atendido su nombre: se traducían en frases agregadas por el pretor como una segunda condición a la que quedaba supeditada la condena posible del juez privado, frases tales como un “salvo que” o “excepto que” o “a menos que” la constituían también como un elemento de limitación del contenido de la fórmula, pero ahora y siempre, a favor del demandado.

En efecto, la fórmula romana se caracterizaba por una construcción condicional y el pretor con la frase “si consta que” “si paret” condicionaba la condena, como una consecuencia necesaria frente a la comprobación de todo lo establecido en la demonstratio e intentio de la fórmula. Pero podía ocurrir que constaba todo lo contenido en ellas y sin embargo, en ciertos casos, no obstante habría que condenar por el juez, esta condena se muestra contraria a la equidad y justicia que el pretor debía procurar, siendo así la condena una inicua consecuencia de las premisas contenidas en la fórmula y el pretor para evitarla introducía la excepción y lo hacía del siguiente modo: “si es verdad esto, condena, siempre que no sea verdad también esto otro”.

Así estructurada en lo formal, la exceptio consistía en una alegación del demandado que, no constituyendo una negación del negocio o causa alegada por el demandante sin embargo sí señalaba una o varias circunstancias que venían a eliminar la eficacia de la demanda. En este sentido ha sido definida como una cláusula que restringe el poder del juez de condenar y subordina la condena a una segunda condición y, precisamente, esta segunda condición se traduce en que no resulta probada la excepción opuesta por el demandado.

En la práctica romana, las excepciones, así como las fórmulas de las acciones ordinarias o comunes, así también ellas, las excepciones más comunes se proponían por el pretor en el edicto y estaban escritas en la última parte del mismo, así, de este modo, mientras el actor demandaba “concédaseme esta acción” designándola directamente con el dedo sobre el edicto correspondiente del pretor, el demandado, a su turno, decía “quiero que se incluya esta excepción” señalándola de la misma manera.

Sin embargo, otras excepciones se daban caso por caso; el pretor, llegando a conocer una causa mediante su estudio, determinaba que resultaba equitativo concederlas caso a caso.

### **Clasificación de las excepciones romanas.**

Durante el período clásico del derecho romano y durante la vigencia del procedimiento clásico surge la clasificación de las excepciones o defensas del demandado que se mantiene hasta los tiempos actuales en la ciencia procesal, pero, con significado diverso en su origen al que actualmente tienen.

Esta clasificación distinguió las excepciones en dilatorias y perentorias<sup>77</sup>.

Gayo señala, para referirse a esta clasificación, que *perentorias son las que valen perpetuamente y no se pueden evitar, como las que por causa de miedo o de dolo malo, o lo que se ha hecho contra la ley o lo que se ha hecho contra la ley o un senadoconsulto o de cosa juzgada.. y luego nos dice que dilatorias son las*

---

<sup>77</sup> Sobre las *Exceptio Perpetuae* y *Exceptio Temporaliae* véase SCHULZ, FRITZ. Op. Cit. Pgs 54 y 55.

*excepciones que valen durante algún tiempo, como la del pacto convenido que se hizo, por ejemplo, de no pedir durante un quinquenio; pues transcurrido ese tiempo, la excepción no tiene lugar.*

De tal modo que, como puede apreciarse, excepciones perentorias son en Roma aquellas que se pueden oponer perpetuamente y que una vez comprobadas destruyen en su totalidad la acción a la que se oponen, como lo era por ejemplo la importante *exceptio doli mali* o excepción de dolo malo y éstas privan definitivamente de eficacia la pretensión del demandante.

A su turno, la excepción dilatoria en Roma – como lo es también hoy- representa aquella alegación del demandado que, no afectando al fondo de la acción interpuesta por el demandante, sin embargo privaba de eficacia la acción por cierto tiempo y por ello estas excepciones sólo podían oponerse durante cierto tiempo. Un ejemplo claro en la roma clásica, de este tipo de excepciones lo constituye un pacto concebido de tal modo que se estipule que no se reclame el dinero debido durante un período de cinco años y concebido así el pacto, la excepción dilatoria que podrá reclamar el demandado tiene valor sólo durante estos cinco años desde convenido y una vez transcurrido dicho plazo el demandado no podrá hacer valer esta defensa.

Debe dejarse mencionado, sin embargo y no obstante la evidente presencia que estas nociones tienen en la actualidad, que la manera en que fue concebida la excepción dilatoria romana fue diversa, en sus efectos, de la manera en que hoy es concebida la misma institución.

En efecto esta diferencia esencial radica en que mientras en la actualidad la interposición de una excepción dilatoria en el proceso determina un aplazamiento de la condena, en el derecho romano la oposición de la misma determinaba un aplazamiento de la acción en el proceso. Ello pues si en nuestros tiempos actuales se interpone una excepción dilatoria no se puede obtener la condena en dicho momento procesal pero, una vez transcurridos los términos durante los cuales la excepción vale, podrá tener lugar la condena sin problema alguno. Ello no acontecía de igual modo en Roma.

En Roma en cambio, si se interponía una excepción dilatoria, ella iría incluida en la fórmula que otorgaba el pretor al término de la fase *in iure*, momento en el que se produce la *litiscontestatio* y sus efectos fundamentales en el proceso, dentro de dichos efectos aparece el de la consumación de las acciones y defensas, que se traduce en que una vez producido este momento procesal en el procedimiento civil romano clásico, deducido el derecho una vez ya en juicio, no podía deducirse éste nuevamente en modo alguno de ahí en adelante, la acción se consumaba por efecto de haberse producido la *litiscontestatio*.

Por esta última consideración si el actor quería proceder, no obstante la oposición mediante una excepción dilatoria, de su demandado, y entonces se hacía conceder la fórmula por el pretor en la que iba inserta la excepción dilatoria interpuesta, el juez, luego tendría que absolver al demandado por virtud de la dicha excepción, si ella encontraba fundamento, y luego, esta absolución resultaba definitiva y el actor perdía así definitivamente su derecho y no podía luego, una vez vencido el término durante el cual tiene valor la excepción dilatoria, volver a intentar su acción válidamente, ello en virtud del efecto consumativo que hemos referido. Por esta razón, en Roma, y durante la vigencia de este procedimiento, aquél a quien se oponía una excepción dilatoria debía diferir su acción en el tiempo, y ello debería hacerlo hasta el momento en que la excepción no tuviera ya valor, se encontraba en la necesidad de realizar este aplazamiento de la acción si no quería perderla para siempre una vez dictada la sentencia que absolvía al demandado en virtud de esta excepción dilatoria.

Esa es la diferencia esencial que observamos entre el concepto de excepción dilatoria en Roma y el que notamos en los tiempos actuales.

Esta clasificación de las excepciones presente en el derecho romano ciertamente trascendió y es hoy implementada en los derechos modernos, sentándose, de esta manera en el período clásico romano, una base fundamental en la construcción de nociones procesales fundamentales, como será *la bilateralidad de la audiencia o principio del contradictorio*, hoy en día elevado en su proyección como componente esencial de la garantía constitucional del *debido proceso de derecho o due process of law*.

### **III. Aspectos Procedimentales del Procedimiento Clásico Romano.**

En primer término debo excusarme por la brevedad que el presente apartado tendrá. En él destacaré algunos de los muchos temas que –procesalmente- atraen nuestra atención del procedimiento en comento, pero lo haré de un modo breve y será, prácticamente, una simple referencia a ellos.

Lo anterior se ha decidido teniendo en cuenta dos factores; primero, el objeto y énfasis que esta memoria de grado presenta –la creación jurídica y su vinculación con el proceso- el cual no se encuentra directamente relacionado con los temas netamente procedimentales que el procedimiento formulario representa. En efecto la naturaleza jurídica de la *Litiscontestatio romana* o el efecto de la *Res Iudicata* y otros temas procesales, poco pueden aportar en la verticalidad que, el tratamiento del tema de esta memoria, requiere. En esencia, por lo demás, nos parece que lo medular en cuanto al procedimiento formulario y su aptitud instrumental para posibilitar la creación jurídica romana, ha quedado ya expuesto y desarrollado en los apartados anteriores de este mismo capítulo referido a él.

Y, por otro lado, el segundo factor que nos hace desistir de un desarrollo extenso de los siguientes temas dice relación con la seriedad y dedicación que los mismos requieren. Se trata de aspectos sumamente interesantes desde el punto de vista de la dogmática procesal, áreas de inicio, lugares de partida de conceptos y principios fundamentales en el contenido de la ciencia del proceso actual, de tal modo que, requieren una extensión e investigación a profundidad. Dicha tarea exige, para realizarla con mediano éxito, un tratamiento aparte.

Por otro lado, no puedo dejar de reconocer que la inclinación que, personalmente, tengo hacia todos estos temas procesales, me hizo verme tentada a realizar un desarrollo intenso de ellos. Y es que ¿cómo no hacerlo? Si despiertan una curiosidad inevitable al advertir en muchos de estos aspectos el comienzo de toda una construcción de siglos para esta ciencia de los valores formales, que es el derecho procesal.

Pero si algo he aprendido con la elaboración de esta memoria de grado es que hay que ceder, no puede abarcarse todo de una vez, no podemos pensar que es este el único momento, el único lugar, el único tiempo para la escritura e investigación. Quiero creer que es así.

Por todas estas consideraciones, reitero mis excusas si puede parecer una exposición pobre y poco acabada. Procuré esforzarme, sí, para utilizar las citas apropiadas a fin de que quienes lo deseen puedan profundizar en estos temas.

### **Valor del Proceso Romano frente al Derecho Procesal Moderno.**

Antes de las referencias indicadas – a los diversos institutos de las fases del procedimiento formulario- quisiera anotar algunas ideas respecto del valor, del rescate con que el proceso romano puede ser considerado desde la actualidad y específicamente por la ciencia procesal moderna.

Como ya ha quedado expuesto a lo largo de esta memoria de grado y es, por lo demás, consabido por muchos, el derecho romano y los jurisconsultos romanos – en específico- nunca pretendieron elaborar una ciencia jurídica, nunca fueron asiduos visitantes del área de los conceptos y principios. En Roma el mundo jurídico, el riquísimo mundo del pensamiento jurídico romano, no fue reducido a principios ni elaboraciones abstractas.

Ello, en lo que hemos revisado hasta ahora, se advierte ya en todos los apartados en donde hemos hecho referencia al tema de la actio romana y su especial configuración frente al derecho subjetivo. Vuelvo a citar acá a Riccobono quien tanta razón tuvo al afirmar que el derecho romano fue un *sistema de acciones*. En efecto, el derecho romano se hizo siempre en la marcha, en el tiempo, en la vida misma.

Este rasgo del derecho romano siembra muchas consideraciones –desde la actualidad- respecto de la certeza de su derecho, respecto de la posibilidad de considerar, por ejemplo, el proceso romano como una ciencia histórica de categorías jurídicas o –en el otro extremo- tenerlo, sencillamente, como un proceso que careció de principios, pragmático y utilitario, como un mero mecanismo procedimental.

En efecto la valoración del proceso romano es objeto de discusión y las dos posiciones antes referidas – como una ciencia histórica con categorías o un simple mecanismo procedimental- se mueven en estos dos extremos.

Se ha afirmado que, frente al pragmatismo romano, habiendo ellos carecido de un sentido normativo del derecho, habiendo ignorado la filosofía de los valores jurídicos, difícilmente podemos encontrar un sistema de derecho en Roma, en lo que respecta al derecho procesal romano, mucho menos.

Entre quienes habrían sustentado esta posición –Stein, Weismann, Rosenberg, Prieto Castro y otros- la valoración del proceso romano se reduce, sin más, a afirmar que en él observamos una carencia de principios, observamos un proceso que se limitó a satisfacer una inmediata necesidad de justicia. El proceso romano no es más que mecanismo procedimental, no pudiendo valorarse como un método científico ni mucho menos considerarlo como un sistema abordable con las categorías actuales.

Sin duda, en Roma –más que en ningún otro mundo jurídico- nos alejamos de las construcciones abstractas, sin duda ellos carecieron de un sentido normativo del Derecho y –sospecho- acaso haya sido esto mismo lo que permitió la congruencia que como sistema, el derecho romano tuvo.

Precisamente, desde la otra vereda, en la otra posición, quienes ven en el proceso romano una ciencia, una ciencia histórica, sí, pero susceptible de entregarnos categorías jurídicas – Degenkolb, Wach, Wenger, Goldschmidt, Chiovenda, Riccobono, Biondi, De Francisci, Arangio Ruiz, Álvarez Suárez, Cuenca y tantos otros- en el derecho romano, y en lo tocante a su proceso, podemos observar algo más que mero procedimiento.

La idea romana –del proceso, la actio, la intentio, la defensa misma- bulle, palpita, pervive en las líneas de los ordenamientos actuales como un gran ingrediente, como materia prima, como un germen. Germen, a partir del cual –según Cuenca- se irradia la ciencia procesal moderna con sus propias categorías y conceptos<sup>78</sup>.

En esta línea estamos, concordamos, plenamente, con la opinión que ve, en el proceso romano clásico, un verdadero sistema, si bien, los romanos, carentes de sentido normativo del derecho, si bien pragmáticos, no por ello menos certeros.

Efectivamente, nos hacemos eco de la advertencia de Cuenca<sup>79</sup>: ¡que no se diga que en Roma carecieron de sistema! pues, el derecho clásico romano es el mejor exponente de un todo armónico de sabiduría jurídica, si hay un instituto romano que brindó sistematización, que envolvía profundamente ello, este instituto fue el proceso romano.

Finalmente, puede afirmarse, que en las categorías romanas de la actio, la exceptio, en el edicto y la fórmula<sup>80</sup>, en la forma que se tuvo de comprender la jurisdicción –como un poder de creación jurídica – se encierran los materiales secretos para, hoy en día, comprender, valorar, desarrollar el proceso y su finalidad esencial: la resolución de un conflicto entre seres humanos.

➤ **Aspectos Procesales Relevantes de la Fase In iure del Procedimiento Formulario.**

---

<sup>78</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pg 29.

<sup>79</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pg 28.

<sup>80</sup> Sobre la actio y la pretensión véase SCHULZ, FRITZ. Op. Cit. Pg. 24.

Al igual que el procedimiento anterior, éste, al pertenecer a los juicios del *ordo iudiciorum privatorum*, presentaba una doble fase o doble instancia. La primera de ellas, desarrollada ante el magistrado o pretor<sup>81</sup> contemplaba una serie de trámites o actos.

Estos actos se denominaron –sucesivamente- *in ius vocatio* o citación, *vadimonium* o fianza de comparecer en juicio, *editio actionis* y *litiscontestatio*. A ellos podían sumarse o no actos de prueba que podían tener lugar en el curso de los mismos, estos actos de prueba, de tener lugar podrían ser una *interrogatio in iure*, una *confessio in iure* o el juramento ante el magistrado<sup>82</sup>.

A ello debemos agregar que, no debe olvidarse, el pretor, en esta búsqueda de la equidad, había incorporado al terreno de la fórmula la posibilidad de incluir una *exceptio* del demandado o bien una *praescriptio* y frente a ellas, podía tener lugar una respuesta del actor mediante el acto de la *replicatio* y luego, el demandado a su vez podía realizar su descargo a través de la *duplicatio*<sup>83</sup>.

Todos estos actos o trámites, propios de la fase in iure, son momentos netamente de procedimiento, así, la *in ius vocatio*, por ejemplo, constituía el acto inicial del procedimiento y consistía en la citación o llamamiento a juicio que el actor hace al demandado para que comparezca ante el magistrado junto a él. Luego, se indica el *vadimonium* como un trámite que dice relación con la necesidad que existía en Roma de asegurar la comparecencia en juicio del demandado y en tal sentido se otorgaba una fianza.

En el acto de la *Editio Actionis*, por su parte, se destaca que una vez que el demandado comparece ante el pretor con el demandante, se sucedían tres situaciones dentro de este mismo acto: la solicitud de la fórmula o *actionis postulatio*, la concesión de la fórmula o *actionis impetratio* que sitúa al pretor en la alternativa de conceder o negar la misma y luego, el tercer acto, la escogencia o *editio actionis* propiamente.

En este momento, y a propósito de la *editio actionis* destacamos que para algunos autores procesalistas, en la *actionis postulatio* del actor, es decir, en el poder de solicitar la fórmula que éste tiene, se observa un germen de la acción tal y como la ciencia procesal moderna la entiende, es decir, la petición que provoca la actividad jurisdiccional del magistrado y lo determina a conceder o denegar la fórmula.

### **Litiscontestatio Romana.**

Dentro de la fase in iure un tema procesalmente ineludible es éste. Si bien no nos extenderemos en los diversos cuestionamientos que al respecto ha habido – en cuanto a su naturaleza jurídica<sup>84</sup>- sin embargo resulta necesario, al menos, dejar anotada su importancia.

Una vez que en el procedimiento formulario ya han quedado fijadas las posiciones de las partes y el asunto litigioso, quedando precisado el contenido y el objeto de la acción y , si es procedente, de la excepción del demandado, llega el momento de instituir el litigio, de concretarlo y en ese momento se procedía por el pretor al

---

<sup>81</sup> Respecto del valor de esta fase en la creación jurídica Vid. Supra. Pg.53.

<sup>82</sup> Sobre los actos o trámites de esta fase in iure véase **SCIALOJA, VITTORIO**. Op. Cit Pg 206 y sgtes; **ALVAREZ SUAREZ, URSICINO**. *Instituciones de Derecho Romano II. Derecho Procesal Civil*. Edit----- Madrid, 1973. Pgs. 55 y sgtes.

<sup>83</sup> **CUENCA, HUMBERTO**. Op. Cit. Pg 73.

<sup>84</sup> **SCHULZ, FRITZ**. Op. Cit. Pgs 72 y 73.

nombramiento del juez o jueces privados así como a la confección y redacción de la fórmula en donde se reflejará todo el contenido del litigio y se inserta el mandato al juez de condenar o absolver.

Pero un acto fundamental de las partes es el que cierra la etapa *in iure* y este lo constituye la *litiscontestatio*, un acto esencial del proceso ya que representa el acto a través del cual las partes se comprometen a someterse a la decisión del *iudex*.

Sin la *litiscontestatio* no existía litigio. Se trata de un acto de suma trascendencia en el proceso formulario.

La función e importancia de la *litiscontestatio* es la que hemos expresado, sin embargo su naturaleza y contenido han sido objeto de vivas discusiones en la doctrina romanista, surgiendo como primera teoría –largamente aceptada por un buen transcurso de tiempo- la de Wlassak para quien este acto consistía en un contrato formal y privado entre las partes, celebrado por ellas y mediante el cual éstas se comprometen a someterse a la decisión del juez, como hemos indicado y éste se realiza mediante la entrega del documento en el que se recoge la fórmula dada por el magistrado, hecha esta entrega por el demandante al demandado.

Esta fue la teoría ampliamente aceptada por mucho tiempo, pero, ha sido objeto de numerosas críticas y luego, las consecuencias que cada una de las nuevas teorías<sup>85</sup> produce, incluso para el derecho procesal moderno como efecto reflejo en el influjo del pensamiento doctrinario, son tremendas y larguísimas de enumerar y tratar acá.

Simplemente digamos que, autores procesalistas modernos, vieron en la teoría contractual de la *litiscontestatio* –que se tradujo en una teoría contractual del proceso durante larguísimo tiempo- un influjo negativo en el desarrollo y avance del derecho procesal como ciencia autónoma y muchos alzaron la voz propugnando una relatividad de tal teoría contractual que muchos vieron en el proceso romano y en la doctrina romanista, advirtiendo que tal naturaleza contractual de la *litiscontestatio* no existía y que sólo aparecería en ciertos momentos de la misma.

### **Efectos de la Litiscontestatio Romana.**

Según se desprende de lo expuesto por Gayo, la *litiscontestatio* en el sistema formulario opera un doble efecto o bien, derechamente, dos efectos distintos: uno consuntivo y otro creativo o novatorio.

Desde este punto de vista la *litiscontestatio* tiene el efecto de **transformar** el derecho que pudiera tener el litigante antes del acto y lo vuelve, a partir de ella, un derecho nuevo.

Por este doble efecto de la *litiscontestatio*, se dice que Gayo asimiló el proceso, una vez que había tenido lugar este acto esencial, a **un contrato** y en cuanto a la transformación que produce de un derecho anterior a un derecho nuevo, a **una novación**.

El **Efecto Consuntivo o Extintivo** se traducía en que, una vez redactada la fórmula y aceptada ella por las partes, la acción perdía toda posibilidad de ser nuevamente deducida en un juicio por los mismos litigantes. Por tanto, una vez

---

<sup>85</sup> Sobre la Naturaleza y contenido de la *Litiscontestatio Romana* véase **ALVAREZ SUAREZ, URSICINO**. Op. Cit, Pg. 66 y sgtes; **CUENCA, HUMBERTO**. Op. Cit. Pg. 75 y sgtes; **TOPASIO, ALDO**. Op. Cit. Pgs 87 y sgtes.

utilizada la acción y llegado el procedimiento en el que ella se usó a la litis contestatio esta acción se *consume*, se agota.

Posteriormente, ya en el procedimiento post clásico este efecto extintivo o consuntivo se desplazará a la sentencia y será propiamente uno de sus efectos, dando paso a uno de los aspectos actuales con que se comprende el instituto de la cosa juzgada o *res iudicata*.

Por su parte, el **Efecto Novatorio o Creador** de la litiscontestatio surge como un necesario efecto frente al anterior. Así, por lo mismo, muchos autores han calificado a esta novación de Gayo para la Litiscontestatio como una **novación necesaria**, ya que es forzosa frente a la extinción de la acción producida en virtud de la producción de la contestación.

Así, una vez producida la extinción de la acción, extinguido más bien, el derecho anterior, el que tenía el litigante antes de la litiscontestatio, en el porvenir nadie podrá ejercitarlo mediante una acción, y por ello se producía, según Gayo, un cambio en el objeto de la obligación, una nueva situación.

De tal modo que una vez extinguida esta obligación originaria y la correspondiente acción que la tutelaba en virtud de esta contestación de la litis, el deudor no podía estar más obligado por la misma acción, ya que ella se extinguió. Así, la única manera de entender que, no obstante haberse producido la litiscontestatio, el deudor permaneciera obligado aún, era aceptando que había ahora otra causa que lo constreñía y esa nueva causa correspondía al contrato procesal de la litiscontestatio que lo obliga a cumplir con lo resuelto por el iudex.

Esta es, a grandes rasgos, la teoría contractual de la litiscontestatio en el proceso romano clásico, teoría que ha sido objeto de discusiones infinitas tanto en el ámbito romanista como en el procesal moderno<sup>86</sup>.

### ➤ **Aspectos Procesales relevantes de la Fase In iudicio del Procedimiento Formulario.**

Desarrollada ante el iudex o juez privado romano, esta fase tiene por objeto la exposición de los planteamientos de las partes, sus alegaciones y – lo más importante- la rendición de las pruebas ante el juez a objeto de formar su convicción respecto de la solución del caso.

De tal modo que es en esta fase procesal en donde encontramos las actividades probatorias y de juzgamiento o decisión, la sentencia romana.

La mayor parte de los aspectos procesales relevantes de esta fase pasan por el tema probatorio<sup>87</sup>; la prueba y los problemas que ésta suscita.

Reiterando la advertencia de brevedad que tendrá la exposición misma, pasemos a la revisión de algunos de estos principales.

En primer término destacamos que, en el procedimiento romano clásico, si quisiéramos pensar la materia desde una terminología moderna y preguntarnos por el sistema probatorio vigente durante este procedimiento, debiéramos afirmar que el procedimiento probatorio romano se encontraba regido por dos principios

---

<sup>86</sup> CUENCA, HUMBERTO. Op. Cit. Pg.77 y sgtes.

<sup>87</sup> SAMPER, FRANCISCO. Op. Cit. Pgs. 107 y sgtes.

fundamentales – siempre desde la terminología moderna- ellos fueron el principio de la inmediación y el principio de la libertad de prueba.

Ello pues en Roma y en la fase in iudicio del procedimiento clásico, las pruebas todas debían verificarse ante el juez, éste intervenía personalmente en todos los actos probatorios, él mismo interrogaba a las partes, examinaba a los testigos, recorría los lugares.

El juez privado romano tenía la función de juzgar íntegramente en sus manos y lo haría además según su libre convicción.

En este último sentido, además de la inmediación referida, el procedimiento probatorio romano se caracterizó por presentar una libertad en materia de prueba. En tal sentido podían aportarse por las partes litigantes todos los medios probatorios que fueran aptos para reproducir un hecho o suceso y que permitieran formar la convicción del juez romano, siendo los medios probatorios más usados los que hasta hoy mantenemos como pilares de nuestro sistema probatorio en el procedimiento civil: testigos, confesión, documentos, inspección del juez, dictamen pericial etc.

Además la libertad probatoria se proyectaba en el área de la valoración de la prueba o forma en como el juez romano determina el poder de convicción que cada medio probatorio ante él desplegado posee para fundar su juicio. En Roma y durante la vigencia del procedimiento formulario no existió prueba tasada o reglada – en terminología moderna- sino un sistema de libre convicción, siendo libre el iudex para apreciar este valor probatorio de acuerdo a su opinión y apreciación personal.

Esta libertad romana en el sistema probatorio del procedimiento formulario durará mientras persista la vigencia del mismo. Posteriormente con el advenimiento del procedimiento privado del período post- clásico se erigirá la *lege imperial* como fuente determinante del derecho, presenciándose un derecho mucho más estatizado y encontrando de tal modo, en materia de prueba y apreciación de la misma, la regla legal que determina anticipadamente el valor y fuerza probatoria que el juez-funcionario deberá tomar para fundar su sentencia. Nació así la prueba legal tasada que pervivirá para el procedimiento privado durante muchos siglos.

Además de la prueba, en esta fase procesal encontramos **la sentencia**<sup>88</sup> del juez privado romano. Respecto de ella destacamos que se trata de una época del derecho romano en donde aún se dictaba sentencia en forma oral, previa citación a las partes para oír sentencia.

En cuanto al contenido de la sentencia romana debe recordarse la clasificación de las acciones según las facultades que se otorgaban al juez para fallar, siendo diverso el posible contenido de la sentencia según se tratara de un juicio de derecho estricto o de un juicio de buena fe<sup>89</sup>.

Además debe tenerse presente que en la época del procedimiento formulario no se establecía aún un sistema recursivo desarrollado y la *apellatio* –base de la apelación actual- sólo tendrá aparición una vez entrado el tiempo del procedimiento extraordinario del período post clásico del derecho romano.

---

<sup>88</sup> DÓRS, ALVARO. Elementos de Derecho Privado Romano. Op. Cit. Pgs. 80 y 81.

<sup>89</sup> TOPASIO, ALDO. Procedimiento Civil Romano. Op. Cit. Pgs. 102-106.

❖ Conclusión y Reflexiones.

Esta conclusión más que concluir es bastante probable que comience. Y no. No se trata de partir eternamente de nuevo, con datos, relecturas, institutos. Nada de eso.

El comienzo se refiere al despertar del interés. Y el comienzo –al fin- de las ganas. Ganas de comprender quizás lo que nos faltó por profundizar, ganas de empaparse de ideas y valores para las ciencias humanistas.

Esa es –nada menos- la conclusión que puedo entregar: La necesidad de explorar, la necesidad de valorar lo que –tantas veces- desvaloramos y arrinconamos. Como el derecho romano y su enorme aporte en la formación de juristas agudos capaces de construir norma, de crear escenario para la obra del derecho.

¿Qué podemos entregarnos a nosotros mismos, como sociedad, como alumnos, como juristas, a partir del estudio de un derecho como lo fue el romano? La respuesta está en la inspiración, el regalo maspreciado que los seres humanos podemos darnos y que –gracias a los cielos- no es tan solo un obsequio humano. Es naturaleza misma. La inspiración está en todo lugar, pero ahora está en lo que fue este sistema jurídico de la antigüedad.

Si hay algo que palpita tras esta memoria –al investigar, al realizarla- es la certeza de que algo hay más allá de una exposición de ideas e instituciones de aquél u otro ordenamiento jurídico -en este caso el ordenamiento jurídico romano- hay algo más allá de los datos, de la técnica creativa, de la manera de entender la autoridad, de los conceptos de derecho, en fin. Hay algo más.

Y este algo más es esa inspiración que produce creer en el Derecho. En el derecho como una obra de amor entre los hombres, tal y como el fallecido profesor Juan Iglesias lo entendía.

El núcleo de esa inspiración romana, que me llevo al finalizar esta memoria de grado, está en el valor de la congruencia jurídica, de la congruencia del derecho con la realidad. Y está, también, en la idea de la creación aplicada al derecho. Crear en un mundo jurídico, tantas veces áspero, tantas veces seco. Creer y crear.

Esto último ha representado toda una revolución para una mente formada al frío de un sistema pulcro en sistematización, lleno de conceptos pero falto de creatividad. Ha sido intenso remontarse a Roma y hacer una comparación –inevitable- con la realidad continental que alcanzo a percibir.

Por eso la inspiración es un tremendo obsequio que nos deja el derecho romano, un derecho que se mantiene vigente mas que por aplicación de sus institutos y estructuras formales porque flota en el aire y espera que sean rescatados sus valores y –sobre todo- su *espíritu* por quienes vean en sus cimientos bases sólidas para la construcción de un orden honesto, sincero, apto.

Pensar en la honestidad de una comunidad, de sus instituciones, de la norma jurídica por supuesto que resulta inspirador. Y hace falta inspiración en estos días.

Fuera de las reflexiones abstractas –que pueden resultar más concretas que todo el cuerpo de capítulos precedente- esta memoria de grado concluye con el *concepto del derecho* dando vueltas, haciendo ruido, como queriendo decirnos algo. También concluye con una tremenda reflexión crítica respecto del mérito de aquellos personajes e instituciones a quienes estamos hoy encargando la misión de elaborarnos la primerísima fuente actual del derecho: la ley. Crear el derecho

es una tarea que necesitamos se haga con sensibilidad e intuición. Necesitamos construir mecanismos mas congruentes, mas aptos a nuestra cultura, mas de nosotros mismos. Identidad.

Dentro de todo el estudio llevado a cabo aparecieron autores que – con un vigor casi místico- golpearon la mesa para situarnos en la necesidad de prestar atención a sus reflexiones. Pienso en el fallecido profesor español Juan Iglesias, en nuestro profesor Aldo Topasio, en el mismísimo Rodolfo Hiering. Todos tienen tanto que entregar en sus páginas y lo siguen haciendo para desentrañar lo que por tiempos y tiempos se nos olvida.

En esa búsqueda de información me encontré con la siguiente manera de entender el derecho y si me es permitido –ahora sí a modo de conclusión- voy a dejarla plasmada en estas páginas pues encierra todo lo que he intentado exponer como motivación y –en fin- el porqué decidí concluir mis estudios de pregrado con este tema de memoria:

*Sólo una cosa puede ser el Derecho. Sólo puede ser arte de lo justo, tal como lo entendían los romanos.*

*Sólo a un fin puede apuntar el Derecho, y tal es la realización de la justicia. Lo que queda al margen, por fuera de la justicia, sobra y, lo que es peor, daña.*

*Daña el empalago conceptual de la hora presente o, si se quiere, la fabricación de conceptos sin empalme con la realidad vital, de la que es pregonera el lenguaje, portador de la cultura, esto es, del estilo de vida del espíritu que viene de atrás y marcha hacia delante.*

*Daña la hipertrofia legislativa, el cúmulo salvaje de leyes en las que, tantas veces, no han tenido participación los juristas y, dentro de éstos, los profesores o maestros del Derecho.*

*Daña la ineducación, en punto a lo jurídico y sus aledaños, de los más de los ciudadanos.*

*Daña la irreligión del pueblo en orden a la política, con la consecuencia de una participación sólo imaginaria, sólo ficta, en el regimiento de la comunidad.*

*Daña toda prédica falsa de la libertad, que debe ser entendida como aptitud superior para la renuncia voluntaria a algo que está permitido por la ley. Pues en ese hacer menos de lo autorizado, por decisión del propio sujeto libre, estriba el secreto de la libertad.*

*Daña, en fin, cuanto atente a la idea de que el Derecho es arte excelso, arte que lleva a que los más de los hombres vivan mejor entre sí, en alianza que procura la justicia. Arte que lleva a más, y esto es, a procurar la propia retirada del Derecho ante el avance de la ley de la que es subrogado y que no es otra que la ley del amor.*

*Y no hay sermoneo barato en lo que queda dicho, si es cierto que la verdad Derecho lleva en sí un mensaje de salud humana.*

*Es triste decirlo. Es triste decir que hoy forman legión los juristas a quienes les ciega el brillo del vestido nuevo, del ropaje nuevo, sin advertir que es en el viejo donde viene envuelto lo esencial –lo espiritual en su frescor- de lo jurídico.*

Juan Iglesias. *Arte del Derecho*. Estudios.  
Seminario de Derecho Romano, Madrid, 1985.

## **Bibliografía.**

1. **TOPASIO, ALDO.** *Procedimiento Civil Romano.* Edeval, Valparaíso, 1992.
2. **SCIALOJA, VITTORIO.** *Procedimiento Civil Romano.* Trad. de Sentís Melendo y Ayerra Redin. Ediciones Europa América Latina. Buenos Aires, 1954.
3. **AVILA MARTEL, ALAMIRO.** *Derecho Romano. Organización Judicial y Procedimiento.* Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1962.
4. **IGLESIAS, JUAN.** *Espíritu del Derecho Romano.* Edit. Universidad Complutense, Facultad de derecho. Tercera edición inalterada. Madrid, 1984.
5. **IGLESIAS, JUAN.** *Las Fuentes del Derecho Romano.* Edit. Civitas, primera edición. Madrid, 1989.
6. **IGLESIAS, JUAN.** *Estudios. Historia de Roma-Derecho Romano- Derecho Moderno.* Universidad Complutense, Madrid, 1985.
7. **ARIAS RAMOS.** *Derecho Romano I. Parte General.* Edit. Revista de Derecho Romano. Madrid, 1963.
8. **ALVAREZ SUAREZ, URSICINO.** *Curso de Derecho Romano. Tomo I.* Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
9. **SAMPER, FRANCISCO.** *Derecho Romano.* Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, 2003.
10. **ALVAREZ SUAREZ, URSICINO.** *Instituciones de Derecho Romano II. Derecho Procesal Civil.* Edit. Uned. Madrid, 1973.
11. **KUNKEL, WOLFGANG.** *Historia del Derecho Romano.* Edit. Ariel. Barcelona, 1981.
12. **D'ORS, ALVARO.** *Elementos de Derecho Privado Romano.* Edit. Gómez. Pamplona, 1960.
13. **SCHULZ, FRITZ.** *Derecho Romano Clásico.* Trad. de José Santa Cruz. Edit. Bosch. Barcelona, 1960.
14. **CUENCA, HUMBERTO.** *Proceso Civil Romano.* Ediciones Jdcas. Europa América. Colección Ciencia del Proceso. Buenos Aires, 1957.
15. **TOPASIO, ALDO.** *Estudios de Derecho Romano.* Edeval, Universidad de Chile. Valparaíso, 1975.
16. **ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO.** *La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho. Una perspectiva procesal.* Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2004.
17. **SCHULZ, FRITZ.** *Principios del Derecho Romano.* Trad. de Manuel Abellán Velasco. Edit. Civitas. Monografías. Madrid, 1990.
18. **TOPASIO, ALDO.** *Derecho Romano.* Edit. Latinoclásica. Primera Edición. Valparaíso, 1992.

