

# Consideraciones sobre la jurisdicción internacional en Roma antes de la institución del pretor peregrino.

por: Alessandro Cassarino

*Departamento de Derecho-Universidad de Pisa*

**Resumen:** Esta investigación plantea la cuestión de cómo el derecho de la Roma más antigua veía al extranjero (*hostis*) entendido como aquel que llegaba a la Urbe por sus propios negocios. En este contexto, resulta de mayor interés partir de las dos normas de las XII Tablas, que se refieren explícitamente al *hostis* (Tab. 2.2 y Tab. 6.4), y evaluar si pueden considerarse derivadas de las costumbres anteriores (*mores*), y luego fijadas por escrito, o bien si se inspiraron en lo que ya estaba presente en los tratados internacionales (*foedera*), con varias dudas en cuanto a los procedimientos que debían aplicarse. En tal período, la relación entre un romano y un *hostis* solía basarse en la *fides*, es decir, un tipo de conducta basada en la recíproca confianza. Sin embargo, necesita darse cuenta de cómo, en el marco del papel decisorio que se exige al órgano juzgador, dicho elemento no puede resultar equivalente a una norma técnica procesal, sobre todo en un sistema, como el romano arcaico, en el que el formalismo y el ritualismo parecen ser los criterios caracterizadores de un proceso.

**Palabras clave:** Derecho romano, *hostis*, peregrinus, *fides*

**Riassunto:** La presente ricerca pone la questione su come il diritto della Roma più antica vedeva lo straniero (*hostis*), da intendersi come colui che giungeva nell'Urbe per i propri affari. In tale contesto interessa maggiormente partire dalle due norme delle XII Tavole, che si riferiscono in modo esplicito all'*hostis* (Tab. 2.2 e Tab. 6.4), e valutare se possano ritenersi derivanti dagli antichi *mores* e poi riportate per iscritto, oppure se esse prendano spunto da quanto già era presente all'interno dei *foedera*, riguardo ai quali permane il dubbio sulle regole processuali da applicare. In questo periodo il rapporto tra un romano ed un *hostis* si risolve, solitamente, attraverso il richiamo alla *fides*, ovvero ad una tipologia di comportamento, che si fonda sull'affidabilità reciproca. Ci si renderà conto, tuttavia, come, nel quadro dell'indubbio ruolo decisionale richiesto all'organo giudicante, tale elemento non possa ritenersi equivalente ad una regola tecnica processuale, in un sistema, come quello romano arcaico, dove il formalismo ed il ritualismo appaiono gli elementi caratterizzanti di un processo.

*Parole chiave:* Diritto romano, hostis, peregrinus, fides

*Abstract:* This research raises the question of how the most ancient Roman law looked at a foreigner (hostis), to be understood as one who came to the Urbs for his own business. In such context, I focus on the two rules of the XII Tables, which explicitly refer to hostis (Tab. 2.2 and Tab. 6.4), in order to analyse if they derived from the ancient uses (mores) and then codified, or they had their origin in the international treaties (foedera), where so many doubts remain as concerns to the procedural rules to be applied. In this time the relationship between Romans and hostes is usually resolved by invoking the fides, that is a standard of conduct based on reciprocal trust. It may be realised, however, how, in the framework of the decision-making role of a judge, the fides cannot be considered as equivalent to a technical procedural rule, in a system, like the archaic Roman one, where ritualism and formalism appear to be the characterising elements of a trial.

*Keywords:* Roman Law, hostis, peregrinus, fides

*Sumario:* 1.- Premisa. 2.- Las normas de las XII Tablas en las relaciones con los extranjeros. 3.- ¿Influencia de los convenios internacionales? 4.- Breves notas sobre la magistratura con función jurisdiccional. 5.- Dudas sobre las normas procesales a aplicar antes la institución del pretor peregrino. 6.- Algunas conclusiones.

## 1.- Premisa:

La investigación, que vamos a desarrollar aquí, pretende abordar el tema de la jurisdicción internacional anterior a la creación de los pretores urbano y peregrino, los magistrados que, según las fuentes jurídicas, empezando por las isagógicas<sup>1</sup>, constituyen la figura institucional que, mediante la emisión de un edicto cada año, se consideraba como productor del derecho aplicable en campo procesal.

1 Gayo *Inst.* 1.2: «Constan ... los derechos del Pueblo Romano de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, edictos de los que tienen el derecho de emitirlos, y respuestas de los prudentes» (*Constant aitem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*).

Las cuestiones que plantearemos, siguen un mismo hilo conductor: ¿cómo el ordenamiento romano más arcaico daba protección a los derechos del extranjero, el *peregrinus* denominado en un origen *hostis*<sup>2</sup>, cuando llegaba a la Urbe por sus propios negocios, cuya naturaleza, con toda probabilidad, se adscribe al intercambio comercial?

Examinar los aspectos puramente sociales<sup>3</sup> queda fuera de nuestro alcance actual, ni tampoco nuestro análisis se ocupa del normal desarrollo de los negocios cuando no hagan surgir disputas.

En cambio, en una óptica procesal aquí nos interesa comprender si las dos reglas de las XII Tablas, que se refieren explícitamente a los extranjeros (*hostes*), *Tab. 2.2* y *Tab. 6. 4*, pueden suponerse derivadas de las costumbres anteriores (*mores*), y luego recogidas por escrito en dicha Codificación, o bien si relevan de lo que ya estaba presente en los tratados internacionales (los *foedera*); en ambos casos, tenía que desempeñar un papel fundamental la mutua *fides* entre los pueblos. Las dudas que surgen, conciernen las reglas procedimentales a seguir, dado que el proceso, en cualquier modo se interprete, pertenece al ámbito técnico de un ordenamiento jurídico, y la expectativa de una sentencia favorable fundamenta las pretensiones de quienes consideran vulnerados sus derechos por un tercero. Por lo tanto, también la presencia de un extranjero ante un tribunal se inserta muy bien en la lógica evolutiva de una determinada sociedad.

2 Para las fuentes y la doctrina que se han ocupado de la terminología *hostis* para indicar al extranjero y luego al enemigo, permítanme remitirme a la investigación, en particular, de F. Mercogliano, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 15 ss. Cf., también A. Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole. Qualche spunto di riflessione*, en *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, A. Petrucci (a cura di), G. Giappichelli editore, Torino, 2020, pp. 4 ss.

3 Sobre este punto, consultar a Mercogliano, *Hostes novi cives*, cit., pp. 39 ss.

Según la opinión más difundida en la doctrina moderna, la relación, de carácter procesal, entre un romano y un *hostis* solía solucionarse con base en la *fides*, es decir, la confianza recíproca<sup>4</sup>. Sin embargo, dicho elemento, en el marco del papel decisorio que se exige al órgano juzgador, no constituye por sí solo una norma técnica procesal, sobre todo en un sistema como el romano arcaico, en el que formalismo y ritualismo son los criterios caracterizadores de un juicio.

## 2.- Las normas de las XII Tablas en las relaciones con los extranjeros:

Ya tuve ocasión en el pasado de ocuparme de las dos normas del Código Decenviral<sup>5</sup>, que se concretaban, por un lado, en una ampliación del plazo de comparecencia en juicio, en caso de que una de las partes fuese extranjera (*Tab. 2.2*), y por el otro, en la garantía por evicción en una compraventa formal (*mancipatio*) que un romano debía prestar sin límites temporales, al *hostis*, ya que éste no podía ni adquirir la propiedad de la cosa comprada ni oponer su derecho a la reclamación de un tercero en contra de él (*Tab. 6.4*)<sup>6</sup>.

4 Cf., en doctrina, véase R. Fiori, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, en *Modelli teorici e metodologie nella storia del diritto privato*, 3, R. Fiori (a cura di), Jovene editore, Napoli, 2008, pp. 237 ss.

5 Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole*, cit., pp. 1 ss. y pp. 8 ss.

6 En particular, en Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole*, cit., pp. 1 ss. y pp. 8 ss., analicé la garantía por evicción 'eterna' (*aeterna auctoritas*), prevista en la *Tab. 6.4*, cuya interpretación doctrinal común consiste en considerarla como una garantía que el ciudadano romano debía prestar al extranjero (y no viceversa), con el que había celebrado una compraventa formal (*mancipatio*) de una *res*, ya que éste no podía gozar de la plena propiedad, según las normas del *ius civile* (el derecho exclusivo para los ciudadanos). En este contexto, dado que la adquisición de la propiedad por el 'uso' (*usus*) era un modo propio del ciudadano romano, un extranjero, sin una adecuada garantía por evicción, habría obtenido sólo una *possessio na-*

Al tratar del tema, ya pude destacar, en la estela de la doctrina más acreditada<sup>7</sup>, cómo el aplazamiento del día de comparecencia del extranjero debía atribuirse a la relación de *fides*, entendida como corrección y

*turalis*, hoy correspondiente a una detención. Véase, además, a propósito de esta garantía E. Calore, *Aeterna auctoritas adversus hostem: una soluzione per lo straniero alla logica cittadina del meum esse*, en *Roma e America*, 40, 2019, pp. 321 ss. Según Gayo (*Inst.* 2.40), entre los extranjeros sólo existe un único derecho de propiedad, por el que una persona puede considerarse o no propietaria de un bien. Lo mismo había ocurrido en un origen, también en Roma, donde alguien o era propietario por derecho de los Quirites o no era reconocido como tal; luego hubo la distinción entre dos formas de propiedad: una para los ciudadanos y otra accesible también a los extranjeros: «Enseguida recordemos que ciertamente entre los peregrinos (los extranjeros) existe un solo dominio: en efecto, o bien cada uno es dueño, o bien no es entendido dueño. En un tiempo también el pueblo romano utilizaba este derecho, ya que con base en el derecho de los Quirites, cada uno era dueño, o bien no era entendido dueño. Pero después el dominio recibió una división, que alguno pueda ser con base en el derecho de los Quirites dueño, otro tener la misma cosa *in bonis*» (*Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere*). La entrega de una cosa por tradición (*traditio*), explica Gayo (*Inst.* 2.65), es propia del derecho natural, a diferencia de los actos formales de *mancipatio*, *in iure cessio* y la usucapición que pertenecían al *ius civile*: «Consecuentemente, con base en lo que dijimos es evidente que algunas cosas son enajenadas por tradición, otras por el derecho civil; en efecto el derecho de la *mancipatio* e *in iure cessio* y usucapición es propio de los ciudadanos romanos» (*Ergo ex his, quae diximus, apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili: nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum*).

7 F. Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1. *Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene editore, Napoli, 2006, p. 65 s. y, en particular, pp. 266 ss.

lealtad necesarias para defenderse o solicitar la protección del ordenamiento en cuyo ámbito se originaban las controversias.

Siguiendo la composición estructural del Código Decenviral, tal y como ha sido reconstruido<sup>8</sup>, leemos en la *Tab. 2.2*:

«... Una enfermedad grave ... o un día fijado con un extranjero ... si una de estas cosas le ocurre al juez o al árbitro o al llamado en juicio, se debe aplazar el día de comparecencia».

*(Morbus soticus ... aut status (conductus) dies cum hoste ... quid horum fuit vitium iudici arbitrove reove eo dies diffusus esto).*

En la norma se afirma que si hay una enfermedad grave (*Morbus soticus*), o si se fijó un día de comparecencia con un extranjero (*aut status (conductus) dies cum hoste*), o si una tal situación le haya ocurrido al juez, al árbitro o al demandado (*quid horum fuit vitium iudici arbitrove reove*), se aplaza este día (*eo dies diffusus esto*).

Las dos hipótesis relatadas en el texto se mueven según un único denominador común, que podríamos considerar tanto fáctico como propiamente procesal: la exclusión de un juicio en contumacia por una de las partes que, en el momento de la promulgación de las XII Tablas, no era admisible, así como tampoco la ausencia de un juez o árbitro elegido para solucionar la controversia.

Si, por un lado, la norma parecería referirse al procedimiento formal por el cual se pedía al magistrado el nombramiento de un juez o árbitro (*legis actio per iudicis arbitrave postulationem*), pudiendo ser explicativa en este sentido la expresión '*iudicis arbitrive*' (de un juez o un árbitro), por el otro, la opinión más común entre los modernos, excluye su apli-

8 S. Riccobono, *Fontes Iuris Romani Ante Justiniani*, I, Barbera, Florentia, 1968, pp. 31.

cación a los extranjeros *tout court*, con motivo de que el *ius civile* no se extendía a los que no eran ciudadanos (*cives*)<sup>9</sup>.

Sin embargo, como señala otra parte de la doctrina, 'en la perspectiva romana, ciertamente desde tiempos remotos, las relaciones con los extranjeros no son menos jurídicas que las que se dan entre ciudadanos'<sup>10</sup>, y en consecuencia, necesitaba para un correcto desarrollo comercial, conceder las oportunas garantías procesales aplicables a ambos litigantes. Si Roma, incluso la más arcaica, no hubiera reglamentado el tema de las formas de protección que debían otorgarse también a quienes no pertenecían a la Urbe, el resultado habría sido un grave cierre económico y social de la comunidad, dejándola a un ámbito embrionario desprovisto de toda tendencia expansionista, únicamente con una economía agrícola-pastoral de subsistencia<sup>11</sup>.

La referencia al *iudex* y al *arbiter* parece valer, por ende, para 'todas las figuras posibles de la fase *apud iudicem*' (la fase procesal ante al juez o el árbitro encargados de pronunciar un fallo)<sup>12</sup>, sin una limitación al procedimiento de la *legis actio* específica.

9 Cf. por ej., B. Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palumbo, Palermo, 1987, pp. 17 ss.

10 Las palabras son de R. Fiori, *Il processo privato*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M. F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 84.

11 Cf., F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pacini editore, Pisa, 1989, pp. 4 ss.

12 Así Fiori, *Il processo privato*, cit., p. 82. Del papel atribuido al juez y al árbitro habla Cicerón en su oración *pro Q. Roscio* (4.10-11), en que se afirma que en presencia de un juez, habría un juicio 'seguro', a comparación del poder 'incierto' del árbitro («... porque una cosa es un juicio, otra cosa un procedimiento arbitral. Un juicio tiene por objeto dinero cierto, un procedimiento arbitral incierto. Venimos a un juicio así, para ganar o perder todo el litigio; llevamos un asunto en un procedimiento arbitral con la idea que podríamos conseguir o nada o bien una cantidad inferior a la que pedimos»... *propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae*,

Si así es, el *hostis* en Roma arcaica no habría encontrado, por lo menos en el plano normativo, obstáculos para reclamar en juicio sus derechos procedentes de relaciones con ciudadanos locales. El punto que queda más difícil a solucionar, sin embargo, sigue siendo qué tipo de proceso se aplicaría, teniendo en cuenta que en el consecuente de las ‘acciones de la ley’ (*legis actiones*), el riguroso formalismo implicaba que como también subraya el propio Gayo (4.10-11)<sup>13</sup>, el pronunciamiento inexacto de los términos precisos previstos significaba la pérdida del juicio.

*arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur*). Para un comentario del paso, cf., R. Ortu, *Alle origini del ‘iudicium privatum’*, en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, L. Garofalo (a cura di), Cedam, Padova, 2012, pp. 143 ss.

- 13 Nos remitimos a los textos de Gayo *Inst.* 4.10 («Además entre las acciones hay unas que se forman como acciones de la ley, y otras que llevan en sí mismas su fuerza y su poder. Para mayor claridad de esta materia, parece-nos conveniente tratar en primer lugar de las acciones de la ley». *Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur*) y, en particular, 4.11, en el que se relata el caso de la pérdida del litigio cuando hay un error en los términos del mismo, como la tala de un árbol («Las acciones que usaron los antiguos, se llamaban acciones de la ley, bien porque provenían de las leyes, pues que entonces no existían los edictos del pretor que introdujeron otras muchas acciones, o bien porque estando arregladas al texto mismo de las leyes, eran tan invariables y tan observadas como ellas. Así es que, supuesto el caso de que uno al reclamar sus cepas cortadas, hubiese usado en la acción la palabra cepas, han decidido los jurisconsultos que habría perdido la cosa reclamada, fundados en que debiera haber empleado la palabra árboles, porque la ley de las Doce Tablas, de donde en este procedía la acción, habla en general de árboles cortados». *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges*

Según informa Serrao<sup>14</sup>, cuando una parte procesal era un extranjero, tanto en la fase ante el tribunal del magistrado (*in iure*), así como en aquella presidida por un juez/ árbitro (*apud iudicem*), el juicio se estructuraba de formas muy libres dependiendo del ejercicio de la *iurisdictio* del magistrado ‘(y en un tiempo ya, tal vez, del rey)’. Sin embargo, ¿a quién le correspondía la tarea de pronunciar la sentencia: un juez (*iudex*) o árbitro o, ‘más probablemente’ a un órgano juzgador formado por un colegio de tres personas de distinta nacionalidad, denominadas *recuperatores*?

En efecto, considerando el papel desempeñado por la *fides*<sup>15</sup>, se supone comúnmente que cualquier disputa sería decidida por un panel imparcial, compuesto por tres miembros, dos de los cuales representaban a los sujetos implicados, uno romano y otro ‘extranjero’, mientras que el tercero era un juez ‘neutral’, es decir, no perteneciente a ninguna de las comunidades de las dos partes<sup>16</sup>.

Pero, si nos atenemos a la letra de las XII Tablas, y en particular al contenido de la *Tab. 2.2*, se habla de un juez, de un árbitro o del llamado en juicio. En mi opinión, en la época del Código Decenviral, el texto normativo presenta términos muy precisos, y no tan vagos como muchas

*observabantur. unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur*). En doctrina, cf., por último, M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, pp. 11 ss.

14 Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., p. 269.

15 V. A. Guarino, *Storia del diritto romano*, 8º ed., Jovene, Napoli, 1990, p. 282. Agréguese también Fiori, *Fides e bona fides*, cit., pp. 237 ss.

16 Sobre la composición y el papel de los *recuperatores* cf., por ejemplo, L. Gagliardi, *I collegi giudicanti: ‘decemviri’, ‘centumviri’, ‘septemviri’, ‘recuperatores’. Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, L. Garofalo (a cura di), Cedam, Padova, 2012, pp. 371 ss.

veces ocurre en los derechos modernos, por lo tanto si falta la mención de un colegio de *recuperatores*, la razón probable es que no se quiso mencionarlo<sup>17</sup>. Por lo que, si dicha afirmación resultara comprobada, podríamos concluir por la exclusión de tal colegio, de la previsión de la norma decenviral, que únicamente contemplaría un solo juez o árbitro.

### 3.- ¿Influencia de los convenios internacionales?:

A la luz de lo expuesto en el apartado anterior, cabe preguntarse ahora si las dos reglas de las XII Tablas, en particular la relativa al aplazamiento del día de comparecencia en juicio, pueden considerarse el reflejo de una transmigración de remedios previstos en tratados internacionales, más o menos contemporáneos, así como el primero entre Roma y Cartago del año 509 a.C., y el tratado Casiano (*foedus Casianum*) del año 493 a.C.

Si observamos con más detenimiento algunas cláusulas de los tratados que acabamos de mencionar, encontramos que en aquel entre Roma y Cartago, se indicaban las garantías que debían darse en las compras “internacionales” celebradas en Libia, Cerdeña y Sicilia, y en aquel entre la Urbe y los latinos (el tratado Casiano), que se hacía referencia al lugar donde debía celebrarse el juicio y el plazo dentro del cual celebrarlo, en caso de litigios procedentes de contratos entre particulares romanos y latinos.

17 Baste remitirse aquí a la *Tab.* 12.3, donde encontramos explícitamente la referencia a una tríada de árbitros, que sólo pueden nombrarse si el ‘pretor’ quiere («Si alguien haya conseguido injustamente la concesión de un bien <objeto de un litigio>, si el pretor quiere, podrá atribuir tres árbitros, a cuyo juicio el será condenado a resarcir los daños pagando el doble de los frutos» *Si vindiciam falsam tulit, si velit is <prae>tor arbitros tris dato, eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decedito*). Cf. sobre este tema, véase M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, II, M.F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 590 nt. 189.

Para el tratado entre Roma y Cartago, nuestra fuente principal es el historiador griego Polibio (*Historiae* 3.22.1 y 4-13), que entorno a la mitad del II siglo a.C., aún había podido leer su contenido en el foro de Roma. En la parte que nos interesa aquí, Polibio comenta:

«... Los que vienen a comerciar no hagan negocios sino en presencia de un heraldo o de un escriba de la ciudad. Para las cosas que se venden en su presencia, que el precio sea garantizado para el vendedor por la fe pública, si se vendieron en Libia o Cerdeña. Si alguno de los romanos llega a la parte de Sicilia sobre la que gobiernan los cartagineses, que tenga en todo iguales derechos que los demás ...».

En la doctrina moderna<sup>18</sup>, se plantea la cuestión de cómo debe entenderse la cláusula de garantía: ¿se alude exclusivamente a una fe pública sobre el precio, en el sentido de una garantía de parte de las autoridades públicas cartagineses, una vez que el vendedor haya cumplido con su obligación, o bien la *fides* indica un instrumento procesal, de carácter arbitral, en el caso de que nazcan controversias o distintas interpretaciones de las voluntades, que las partes se intercambiaron en la compraventa?<sup>19</sup> Cabe señalar que en aquel tiempo, la fuerza de Cartago era mucho mayor que la de Roma y su posición debía considerarse de dominio, ya que esta última ‘se encontraba aún en una condición más débil’<sup>20</sup>. Por lo que parece preferible la primera interpretación en relación con los contratos celebrados en Libia y Cerdeña, mientras que

18 F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, 2<sup>o</sup> ed., Jovene, Napoli, 1973, pp. 70 s.

19 En mi opinión, de hecho, un problema que se plantea, es qué ocurriría en caso de que se hubiera celebrado un contrato en ausencia de un heraldo o escribano de la ciudad. La consecuencia parecería ser sólo una: la exclusión de algún tipo de garantía o asistencia procesal. Sin embargo, esto llevaría a una contradicción en cuanto a la aplicación práctica de la *fides*, entendida como imparcialidad o garantía por parte de quien fuera considerado digno de confianza (cf. Fiori, *Fides e bona fides*, cit., pp. 237 ss.).

20 De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, cit., p. 71.

en Sicilia, los comerciantes romanos gozaban de los mismos derechos de los demás pueblos que comerciaban con los cartagineses allí.

Lo que se desprende del tratado Casiano (*foedus Cassianum*) que los romanos concluyeron con las ciudades latinas en 493 a.C., es distinto bajo el perfil jurisdiccional, puesto que en este caso, era un tratado equitativo entre partes iguales (*foedus aequum*)<sup>21</sup>. Su texto es reproducido por otro historiador griego, Dionisio de Halicarnaso (*Antiquitates Romanae* 6.95.2), que con referencia a las cláusulas incluidas en el tratado que nos interesan más, dice:

«Que haya paz mutua entre los romanos y todas las ciudades de los latinos mientras el cielo y la tierra estén donde están. ... los juicios relativos a contratos privados se decidirán en diez días en las ciudades donde se celebraron...».

Según la interpretación común de los modernos, es en esta cláusula final sobre la relación entre romanos y latinos, que probablemente debió originarse el procedimiento de la ‘recuperación’ (*reciperatio*), para ‘asegurar mediante tribunales de jueces de distintas nacionalidades la ejecución de los contratos celebrados entre romanos y extranjeros’<sup>22</sup>.

A diferencia del tratado con Cartago, en donde la reciprocidad ‘está implícita’<sup>23</sup>, y la igualdad se refiere únicamente a los que comerciaban en Sicilia, con una equiparación jurídica de todos independientemente de la nacionalidad, el tratado con los pueblos latinos responde a la idea conceptual y sustancial de igualdad, entre los participantes.

21 Sobre los diferentes tipos de tratados, cf., A. Petrucci, *Curso de derecho público romano*, Porrúa, México, 2018, pp. 296 ss.

22 De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, cit., pp. 71 s.

23 En cambio en el segundo tratado con Cartago de 348 a.C., la reciprocidad se ‘expresa’, como subraya De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, cit., p. 70. Cf. también Petrucci, *Curso de derecho público romano*, cit., p. 301 s.

Pero para el procedimiento de ‘recuperación’, la fuente más detallada es el gramático Festo, que al citar al jurista Elio Gallo (*Aelius Gallus*) que vivió en el siglo I a.C., da la siguiente definición:

«Se da la ‘recuperación’ (*reciperatio*), como afirma Elio Galo, cuando entre el pueblo romano y los reyes y las naciones y las ciudades extranjeras un acuerdo establece en qué modo, mediante árbitros (*recipitatores*) se restituyan y recuperen los bienes y se obtengan los bienes de los privados en las relaciones entre ellos».

*(Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per recipitatores redderentur res reciperenturque, res privatas inter se persequantur)*<sup>24</sup>.

Como se deduce claramente del pasaje<sup>25</sup>, se entendía por *reciperatio*, según el pensamiento de Elio Galo (*ut ait Gallus Aelius*), un sistema procesal basado en el acuerdo (*lex*) entre el pueblo romano y los reyes, las naciones y ciudades extranjeras (*inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas*), por el que se creaban árbitros para dirimir los litigios, en el ámbito público, sobre la restitución y la recuperación de bienes entre las partes (*quomodo per recipitatores redderentur res reciperenturque*), y para solucionar las controversias entre particulares en tema de pertenencia de cosas (*res privatas inter se persequantur*).

Conforme a dicha definición, el sistema de la *reciperatio* presupondría necesariamente un acuerdo internacional entre dos ‘naciones’, con la finalidad de instituir órganos juzgadores para la resolución de litigios públicos y privados que se referían a bienes.

En esta óptica, por un lado, encuentra una confirmación la opinión de quienes hacen una distinción entre dos categorías de extranjeros, los que regulaban sus relaciones con Roma con base en un tratado (*foedus*), y los que tenían relaciones comerciales fuera de convenios inter-

24 *De verborum significatione* s.v. *Reciperatio*, ed. Lindsay, p. 342.

25 Cf. el comentario de Gagliardi, *I collegi giudicanti*, cit., pp. 375 ss.

nacionales<sup>26</sup>. Por el otro, resulta evidente que a estas últimas se refiere el Código Decenviral, en donde en las dos reglas examinadas, no hay mención de un tratado con la 'nación' del extranjero, ni hay indicios que puedan hacerlo pensar. Entonces la previsión de un juez o árbitro, y no de un colegio de jueces, presente en la norma de la *Tab. 2.2*, excluye su aplicación al procedimiento de 'recuperación' (*reciperatio*)<sup>27</sup>.

#### 4.- Breves notas sobre la magistratura con función jurisdiccional:

Puesto que en la *Tab. 2.2* no se hace referencia a los *recuperatores* y al relativo procedimiento<sup>28</sup>, dos cuestiones necesitan una respuesta: ¿quién se encargaba de la fase *in iure* (ante el tribunal), y cómo debía desarrollarse el juicio?

Reenviando la segunda cuestión al próximo apartado, para tentar de responder a la primera, parece oportuno partir de un supuesto seguro: en la época que estamos tomando en consideración todavía no había sido instituida la magistratura del pretor, cuyo origen lo conocemos siguiendo el *iter* descriptivo que las pocas fuentes de que disponemos, nos ofrecen.

La primogenitura fue del pretor urbano instituido en 367 a.C., y luego hubo la creación del pretor peregrino en 242 a.C., casi al final de la

26 Cf. Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., pp. 266 s.

27 Debemos subrayar aquí cómo en un tratado, se preveía un acuerdo o intercambio de consenso entre las partes, algo que, en la *Tab. 2.2*, ciertamente no se encuentra. Ni tampoco me parece probable que los Pontífices como órgano colegiado encargado de la interpretación del derecho, hubieran podido proponer una aplicación de la *Tab. 2.2* tan extensa que incluyese a los *recuperatores* aunque no indicados en la letra de la norma.

28 Cuando las XII Tablas quieren mencionar más árbitros, lo hacen explícitamente, como se ve en *Tab. 12.3* (cf. nt. 17).

primera guerra púnica (241 a.C.)<sup>29</sup>. Antes, en las relaciones con los extranjeros, es probable la hipótesis, planteada por Serrao<sup>30</sup>, aunque de forma dubitativa, de una competencia primitiva ya del *rex*, al que correspondían todos los poderes de gobierno incluso el *ius dicere*, como se afirma en un fragmento del manual del jurista Pomponio<sup>31</sup> (*l.s. ench.*) en D. 1.2.2.13 - 14:

«13. Después de haber conocido el origen y el desarrollo histórico del derecho, seguimos conociendo las denominaciones y el origen de las magistraturas, porque como expusimos, la efectividad del derecho se realiza solamente por medio de quienes son nombrados para la jurisdicción: en efecto, qué importa que en una ciudad, haya el derecho, si no existen quienes tengan el poder de gobernarlo? ... 14. En lo que concierne a las magistraturas, en el inicio de esta ciudad es sabido que los reyes tenían toda potestad».

(13. *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate*

- 29 Sobre el papel del pretor en la creación de derecho 'honorario' (*ius honorarium*), cf. la obra de F. Gallo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 53 ss. Sobre este magistrado también véase la voluminosa investigación en dos volúmenes, de T. Corey Brennan, *The praetorship in the Roman Republic*, 1, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 58 ss., en particular, pp. 85 ss. Para la 'práctica comercial en el área mediterránea' y la función del pretor 'peregrino' (*praetor peregrinus*), cf., R. Cardilli, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 84 ss.
- 30 Serrao, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, cit., p. 269. Como Pomponio no deja de señalar en su manual (*l.s. ench.*, en D. 1.2.2.14), antes de proceder a la descripción de la institución de las distintas magistraturas, todo el poder le correspondía a los reyes: véase la primera parte de tal pasaje en el cuerpo del texto.
- 31 Un recién estudio específico sobre el manual de Pomponio es el de F. Nasti, *L'enchiridion di Sesto Pomponio. Una ricostruzione*, en *Scriptores Iuris Romani. Subsidia*, 3, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2023.

*esse, nisi sint, qui iura regere possint? ... 14. Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse).*

Tras tratar sobre el origen y el desarrollo del derecho hasta su época (*Post originem iuris et processum cognitum consequens est*), Pomponio siente la necesidad de informar sobre cada magistratura (*ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus*), porque el derecho se aplica y se hace efectivo únicamente a través del ejercicio de la función de *ius dicere* (*quia ... per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur*), hasta al punto de que se duda de la misma existencia de un derecho sin alguien que lo gobierne (*quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint?*). En tal contexto, se observa cómo ya al principio de la ciudad de Roma, a los reyes les pertenecía el poder sobre todo (*Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse*).

Después de la caída de la monarquía, la competencia del *ius dicere* en los procedimientos, incluso en presencia de un extranjero, se transmitió a los supremos magistrados republicanos (los cónsules)<sup>32</sup>, que la ejercían en el tiempo en que fueron aprobadas las XII Tablas, cuando la *res publica* ya había alcanzado sus primeros sesenta años de vida. Tal evolución es confirmada por el manual de Pomponio cuando habla de la institución de la magistratura del pretor. Escribe en D. 1.2.27:

«Y como a los cónsules los llamaban a las guerras fronterizas, y no había quien en la ciudad pudiera administrar el derecho, se determinó que se creara además un pretor, que se llamó urbano, porque administraba el derecho en la ciudad».

*(Cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet).*

32 Pomponio (*ls. ench.*) en D. 1.2.2.16: «Expulsos los reyes, fueron instituidos dos cónsules, en cuyas manos se aprobó con ley que estaba el poder supremo» (*Exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est*).

Como se ve, el nacimiento de la magistratura del pretor sencillamente se describe como una mera necesidad práctica, ligada a la ausencia continuada de cónsules. Estos últimos, instituidos tras la expulsión de los reyes, por estar inmersos en guerras con los pueblos vecinos (*consules avocarentur bellis finitimis*), no garantizaban la administración del derecho en Roma (*neque esset qui in civitate ius reddere posset*) y por ello, necesitó crearse la figura del pretor, al que se denominó urbano por administrar la jurisdicción (el *ius dicere*) en la ciudad (*factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet*)<sup>33</sup>.

A este pretor, para los juicios en donde uno de los litigantes fuera extranjero, se añadió en seguida otro pretor, llamado peregrino, porque se le atribuyó una función jurisdiccional a causa de la multitud de extranjeros que afluían a la Urbe. Tanto el historiador Livio, en las *Periochae* (libro 19), una recopilación 'epitomizada' de su famosa historia de

33 En realidad, la introducción de la magistratura del pretor urbano no obedeció única y exclusivamente a puros intereses generales de administración del derecho y la justicia en ausencia de cónsules, sino también a un equilibrio constitucional en Roma entre patricios y plebeyos, a causa de la aprobación de las leyes *Licinia Sextiae* de 367 a.C., una de las cuales introdujo la norma de que uno de los cónsules debía ser plebeyo (véase la historia de Liv. 6:35.4-5: «... la tercera ley establecía que en la elección de los cónsules, uno debía ser plebeyo» [*tertiam, ne tribunorum militum comitia fierent consulumque utique alter ex plebe crearetur*]). Por esta razón, continúa el historiador latino de Padua (Liv. 6.42.11), fue concedido por los plebeyos a los patricios que se creara un pretor, únicamente elegido entre ellos, para administrar el derecho en la Urbe («se concedió por la nobleza <los patricios> a la plebe la elección de un cónsul plebeyo, y por la plebe a la nobleza la elección entre los patricios, de un pretor para la jurisdicción en la ciudad» [*concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio, a plebe nobilitati de praetore uno qui ius in urbe diceret ex patribus creando*]). Cf., Corey Brennan, *The praetorship in the Roman republic*, 1, cit., 58 ss.

Roma (*ab Urbe condita*), así como Pomponio en su manual (en D. 1.2.28), atestiguan su creación.

Según leemos en los resúmenes de la obra del historiador latino, que vivió en torno a la época de Augusto (entre final del I siglo a.C. e inicio del I d.C.):

«... entonces (en 242 a.C.) por la primera vez fueron elegidos dos pretores».

(... *duo praetores tunc primum creati sunt*).

Como señala el propio Serrao<sup>34</sup>, 'la pérdida del decimonoveno libro de la historia liviana reduce nuestros conocimientos a 'lacónicas y esqueléticas menciones'. Que el año de referencia fuera el 242 a.C., sin embargo, parece cierto, porque puede reconstruirse con precisión gracias a la labor de modernos intérpretes y comentaristas del texto liviano que, procediendo al análisis temporal de los acontecimientos relatados dicho libro, sitúan la creación del pretor peregrino precisamente en ese lapso de tiempo<sup>35</sup>.

Más detallado aparece el relato de Pomponio (*l.s. ench.*) en D. 1.2.28, en el que se afirma que:

«Después, transcurridos algunos años, no bastando aquel pretor, porque también gran número de extranjeros acudía a la ciudad, se creó otro pretor, que se llamó peregrino, en razón a que ordinariamente administraba el derecho entre extranjeros».

(*Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*).

34 F. Serrao, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 7.

35 Véanse por ejemplo, los traductores modernos de Livio, así como Livio, *Ab Urbe condita, XIII, libri XLIV-XLV e Periochae*, trad. e note M. Mariotti, Milano, 2003, p. 630.

Por ende, al cabo de algunos años (*¡sic!*), un solo pretor ya no era suficiente (*Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore*), puesto que una multitud de extranjeros había llegado a Roma (*quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret*), y por tal motivo fue necesaria la institución de otro pretor, que tomó el nombre de ‘peregrino’ (*qui peregrinus appellatus*), ya que ejercía su jurisdicción sobre todo entre los extranjeros (*quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*). Sin embargo, Pomponio no precisa los contornos temporales de su introducción, al utilizar la expresión ‘después de algunos años’ (*post aliquot deinde annos*), con una evidente vinculación estructural al § 27.

A pesar de la fecha exacta que condujo al nacimiento de una u otra magistratura, la reconstrucción ‘histórica’ oferta por Pomponio, nos permite deducir cómo: a) la elección del pretor peregrino se debió a la multitud de extranjeros presentes en Roma; b) anteriormente el derecho civil más antiguo (el *ius civile*), aunque propio de los romanos, tenía que regular también actos y procedimientos, en los que estaban involucrados los que eran presentes en Roma, pero no tenían la ciudadanía romana.

Con referencia a los actos, no quiero retomar el discurso en torno a la garantía por evicción que un vendedor romano debía prestar a su contraparte extranjera<sup>36</sup>, como expresa la norma de *Tab. 6.4* del Código Decenviral<sup>37</sup>. Me limito a recordar únicamente lo que el grande roma-

36 Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole*, cit., pp. 8 ss.

37 La necesidad de excluir un plazo a la garantía por evicción hacia un extranjero es atribuible, en mi opinión, al hecho de que el *hostis* no podía adquirir la plena propiedad de la cosa comprada, jurídicamente hablando, según la disciplina del dominio *ex iure Quiritium*. De ahí la regla de la *Tab. 6.4* deja claro que el ciudadano debe garantizar al extranjero el goce de lo que compró para siempre (*aeterna auctoritas*). Ya expresé en otro lugar (Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole*, cit., pp. 11 ss.), mis dudas sobre la interpretación del lema *ius commercii* otorgado al extranjero o extranjeros que venían a comerciar a Roma, permitiéndoles la celebración de actos pro-

nista italiano Arangio-Ruiz<sup>38</sup> calificó de ‘pequeño enigma’, puesto que la ausencia de un plazo para tal garantía no podría que referirse a la compraventa de cualquier tipo de cosa, no sólo *res nec Mancipi* sino también *res Mancipi*.

## 5.- Dudas sobre las normas procesales a aplicar antes la institución del pretor peregrino:

En cambio, nos interesa la cuestión del desarrollo del procedimiento basado en las normas decenvirales para la protección de los extranjeros: ¿estaba vinculado con las costumbres anteriores (*mores*) de Roma, o bien se inspiraba aun en las legislaciones griegas, conocidas gracias al envío de la delegación de decenviros a Atenas y otras ciuda-

pios del *ius civile*, ya que la fuente que lo afirma resulta tardía respecto de los años a los que aquí nos referimos (se trata de los *Tit. Ulp.* 19.4: «La *mancipatio* <la compraventa formal propia del *ius civile*> tiene lugar entre ciudadanos romanos y latinos de las colonias y Junianos y aquellos extranjeros a los que fue dado el *ius commercii*» [*Mancipatio locum habet inter ciues Romanos et Latinos colonarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est*]). Además, si ‘el derecho de comerciar’ se confiere con base en un convenio internacional, con la probable presencia de un colegio de *recuperatores*, encargado de la resolución de litigios entre las poblaciones o las particulares partes del tratado, su ausencia determinaría la inexistencia de este tipo de *ius commercii*. En cambio, como vimos *supra* § 2, las dos normas decenvirales de *Tab. 2.2* e *Tab. 6.4* parecerían aludir a un extranjero procedente de una comunidad que no había celebrado tratados con Roma. En doctrina, véase I. Pontoriero, *La nozione di commercium in Tit. Ulp. 19.4-5*, en *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori, II, Auctores – Negotia*, G. Purpura (a cura di), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 131 ss.

38 V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, II, rist., Jovene, Napoli, 1980, p. 317 nt. 2.

des de Grecia?<sup>39</sup> Al respecto falta una respuesta segura, y únicamente se han manejado meras hipótesis<sup>40</sup>.

Para intentar una respuesta, una buena indicación podría provenir de las finalidades que determinaron la realización de las XII Tablas. Seguimos, una vez más, las palabras del manual de Pomponio (*enchiridion*) en D. 1.2.2.4 y 6.

Así leemos en el § 4:

«... se dispuso que se constituyeran con autoridad pública diez hombres, por los que se buscasen leyes en las ciudades griegas, y la ciudad de Roma se fundara en leyes, que escribieron en tablas de marfil, y pusieron en el foro, ante los *rostra*, para que más claramente pudieran conocerse ... ellos mismos advirtieron que algo faltaba a estas primeras leyes; y por esto el año siguiente añadieron otras dos a las mismas tablas, y así por este accidente se llamaron leyes de las Doce Tablas».

(... *placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi ... qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum ...*).

Por decisión pública se creó un colegio de diez hombres<sup>41</sup> (*placuit publica auctoritate decem constitui viros*), cuya función principal era redactar un cuerpo de leyes, inspirado también en el derecho griego (*per*

39 Cf. C. Cascione, *Il contesto storico della legislazione decemvirale*, en *XII Tabulae*, I, cit., pp. 1 ss.

40 Justificadas por el hecho de que el comercio entre individuos, aunque sólo a través del trueque, se remontaba a tiempos inmemoriales, con un particular desarrollo durante la época de los reyes etruscos (VII-VI siglos a.C.). Sobre este punto, véase Serrao, *Diritto privato economia e società*, cit., pp. 110 ss.

41 Según la historia de Livio (*Ab urbe cond.* 3.9.5), la idea original era nombrar a una comisión de cinco hombres, cuya tarea era redactar normas para frenar el poder de los cónsules. Luego en el año 451 a.C., patricios y plebeyos

*quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus*), y transcrito en tablas de marfil (?) expuestas en un lugar público (*quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt*), para que cualquiera pudiera conocer su contenido (*ut possint leges apertius percipi*). Como la propia magistratura decenviral consideró que lo que se había escrito en estas tablas, estaba incompleto, se añadieron dos más, y por eso se había denominado la ‘codificación’ como las ‘leyes de las Doce Tablas’ (*qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum*).

La narración que el jurista propone, por lo tanto, claramente destaca las razones que llevaron a la publicación de estas Tablas, que se identifican en la necesidad del conocimiento público de las normas contenidas en ellas, y al mismo tiempo, revela el carácter incompleto de este *corpus*, que se intentó solucionar con la añadida de las últimas dos tablas<sup>42</sup>.

A continuación, de la lectura del § 6 del mismo manual nos enteramos, por lo que más nos interesa, de un detalle que, en mi opinión, puede definirse como realmente interesante:

«Después, casi al mismo tiempo se formaron de estas leyes las acciones, por las que los hombres litigasen entre sí; cuyas acciones, para que el pueblo no las instituyese a su arbitrio, quisieron que fueran ciertas y solemnes, y a

llegaron al compromiso de crear la magistratura de los decenviros con la finalidad de compilación de las leyes (*Ab urbe cond.* 3.32- 34).

42 Es interesante, en este contexto, observar cómo las dos últimas Tablas se recuerdan por contener normas sumamente injustas, como nos señala Cicerón *de rep.* 2.63. Por ejemplo, en la *Tab.* 11, estaba incluida la prohibición de contraer un matrimonio válido por el *ius civile*, entre patricios y plebeyos, quitándoles el requisito del recíproco *conubium*. Esta norma fue derogada posteriormente por el plebiscito Canuleyo de 445 a.C. En doctrina, cf., I. Piro, *Il matrimonio e la condizione della donna*, en *XII Tabulae*, I, cit., pp. 172 ss.

esta parte del derecho se la llama acciones de la ley, esto es, acciones legítimas ...».

*(Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones ...).*

Leemos cómo, casi por la misma época, a partir de las prescripciones de las XII Tablas, se compusieron acciones (*Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt*), para que los hombres pudieran disputar entre sí (*quibus inter se homines disceptarent*), pero evitando que el pueblo procediera a crear normas procesales a su arbitrio (*quas actiones ne populus prout vellet institueret*). Por eso se quiso que estas acciones fueran exactamente establecidas y solemnes (*certas sollemnesque esse voluerunt*), y se denominaron 'acciones de ley', es decir, 'legítimas' (*et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones...*)<sup>43</sup>.

Un primer dato del comentario de Pomponio, que salta a la vista es que las normas incluidas en el Código Decenviral no pueden considerarse de naturaleza procesal, tal y como correctamente interpreta parte de la doctrina<sup>44</sup>, dado que, si lo hubieran sido desde el principio, no se

43 Para un análisis de cada una de estas acciones, véase la recién obra de Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., pp. 29 ss.

44 Me refiero en particular a Cursi, *Introduzione*, en *XII Tabulae*, I, cit., pp. XIII s., que critica la interpretación de M. Humbert, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, en *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti*, M. Humbert (a cura di), Iuss Press, Pavia, 2005, pp. 28 s., según el cual existían en las XII Tablas normas de carácter procesal. Añadiría, por mi parte, entre los muchos ejemplos que podrían mencionarse, cómo la regla sobre el derecho de sepultura no se ocupaba de la tutela judicial del derecho, sino de la prohibición de utilizar un fundo puesto en la ciudad, tanto para la sepultura como para la posible incineración. *Tab. 10.1*: «un hombre muerto no se debe ni enterrar ni quemar en la ciudad» (*hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito*). Cf. al respecto A. Cassarino, *Diacronia 'giurisprudenzia-*

explicaría por qué las ‘acciones de la ley’ (*legis actiones*), que regulaban el formalismo y la ritualidad de la tutela judicial de los derechos, se aprobaron no sólo con posterioridad, sino también en dependencia de las XII Tablas.

La referencia textual del manual del jurista, puede confrontarse con otra fuente sobre el origen de las *leges actiones*. Se trata de las Institutas de Gayo (4.11), en que se afirma:

«Las acciones que los antiguos tenían, se llamaban acciones de la ley (*legis actiones*) o porque habían sido introducidas por leyes, puesto que en aquel tiempo, todavía no se utilizaban los edictos del pretor, por los cuales fueron introducidas muchas acciones, o bien porque eran adaptadas a las palabras de las mismas leyes, y en consecuencia eran inmutables y se observaban como si fueran leyes».

*(Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur).*

El jurista comenta que las acciones que los antiguos utilizaban, tomaban el nombre de acciones de ley o porque fueron introducidas por varias leyes (*Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant*), teniendo en cuenta que ni el pretor ni sus edictos que incluían muchas acciones, aún no existían (*quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur*), o bien porque se adaptaban a las palabras de las leyes que las introducían, volviéndose inmutables del mismo modo que el dictado normativo (*vel ideo quia ipsarum legum*

*le': note a margine di una recente interpretazione della Corte di Cassazione in tema di sepolcro gentilizio ed ereditario, en Roma e America, 42, 2021, pp. 320 ss.*

*verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur).*

La comparación entre los textos de Pomponio y Gayo, suscita algunas reflexiones. La primera parte del comentario de este último, cuando habla de acciones introducidas por ley, parecería estar en contradicción con lo que afirma Pomponio sobre la exclusión del pueblo (y por lo tanto de las asambleas populares, que aprobaban las leyes) de la creación de las acciones. Sin embargo, se trata de una contradicción más aparente que real: las más antiguas acciones de la ley probablemente nacieron de las costumbres (*mores*), y luego fueron modeladas por el colegio de los Pontífices (que seguían manteniendo la interpretación de la ley incluso después de la aprobación de las Doce Tablas<sup>45</sup>), con base en la disciplina procesal procedente de las normas por ahora codificadas. Juntos con los Pontífices no debemos olvidar el papel de los cónsules, los magistrados que en su poder de imperio (*imperium*), en aquel tiempo tenían la función jurisdiccional, indispensable para dar seguridad en términos procesales, a la aplicación concreta de los derechos reconocidos por el Código Decenviral. En cambio las *legis actiones* más recientes, como atestigua el propio Gayo, fueron introducidas por leyes entre el final del III y el inicio del II siglo a.C.<sup>46</sup>

45 Cf. Petrucci, *Curso de derecho público romano*, cit., pp. 183, 201 s.

46 Si se acepta la solución que propongo en el texto, ambos pasajes de Pomponio y Gayo nos ofrecerían una imagen en la que las más antiguas *legis actiones* no fueron introducidas por una ley pública, sino que al poder legislativo se sustituyó la obra conjunta de los Pontífices y los magistrados con un poder judicial. Para una visión crítica del texto de Gayo remito a M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006, pp. 59 s. Sobre la interpretación de cómo debe entenderse el término '*lex*', referido al proceso, en su totalidad, véase, a Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., pp. 11 ss. Las Instituciones de Gayo hablan de una ley Licinnia para la aplicación de la *legis actio per iudicis postulationem* a la división de cosas comunes (4.17 a), una ley Silia y una ley Calpurnia para la introducción de la más recién de las *legis actiones*, la *per conditionem* (4.19).

Por el contrario, la segunda parte del comentario de Gayo coincide con las palabras de Pomponio en D. 1.2.2.6: las *actiones* así creadas eran rígidas e inmutables, expresas con palabras solemnes como si fueran aquellas utilizadas en las leyes. En cambio, no hay datos que puedan indicarnos influencias de normas griegas.

## 6.- Algunas conclusiones:

Ahora llegamos a la respuesta hipotética a la pregunta de cómo se llevó a cabo el proceso con un extranjero en el derecho romano más antiguo.

Con base en lo que vimos, creo que no haya dudas que las normas que conocemos en la sistemática de las XII Tablas como *Tab. 2.2* y, por asociación, *Tab. 6.4*, surgieron de la práctica del comercio, dominada por la simplicidad de los intercambios entre un *civis* y un *hostis* fuera de específicos tratados internacionales. Sin embargo, también en estos casos necesitaba administrar la justicia para solucionar las controversias procedentes de sus relaciones aunque básicas. De hecho, ya en tal época la idea de justicia (*iustitia*)<sup>47</sup>, de la que deriva el término *ius*, implicaba la equidad en las relaciones con terceros, especialmente en presencia de una parte más débil en cuanto extranjera<sup>48</sup>.

La protección a otorgar para dicha finalidad, dependía de la mera relación de *fides* que, a través de su aplicación en contextos prácticos, identificaba lo que era justo/*ius* (la realización de sus propios intereses,

47 Ulpiano (1 *inst.*) in D. 1.1.1 pr.: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum ...* ( Quien vaya a dedicarse al Derecho debe saber primero de dónde viene el nombre de Derecho (*ius*). Pues bien, <el derecho> se llama <así porque deriva> de la justicia).

48 Otra norma de las Doce Tablas que se ocupa de un sujeto más débil es la de *Tab. 8.21: patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto* («un patrón, si ha hecho algo fraudulento a un cliente, es susceptible de ser matado por consagración»).

así como la obtención de una *res* adquirida), de lo que era injusto/*contra ius* (la ausencia de toda forma de asistencia jurisdiccional).

Falta una referencia al procedimiento arbitral de los *recuperatores* en la norma de *Tab. 2.2* por las razones que explicamos, a las que se puede agregar el siguiente comentario: 'en el siglo V a.C., no creo que pudiera existir todavía un sistema clasificatorio que presupusiera, por un lado, el esquema *genus-species* y, por otro, el conocimiento de categorías conceptuales jurídicas abstractas'<sup>49</sup>. Por eso sería incoherente con esta época suponer la referencia a un colegio de jueces o árbitros, dándole a la norma de *Tab. 2.2* un valor general y abstracto, más proclive a una interpretación moderna que se desvincula de cualquier criterio práctico<sup>50</sup>.

Entonces, una vez excluida la intervención de un colegio arbitral (los *recuperatores*), necesitaba otro remedio para concretar la relación de *fides* en la hipótesis de disputas contractuales con los extranjeros. En mi opinión, sigue siendo lo más probable lo que supone aquella parte de la doctrina<sup>51</sup>, según la cual para estas disputas se debería proceder al nombramiento de un árbitro, como resultaría del inciso *iudicis arbitrive*<sup>52</sup>, que no valdría sólo para la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* de la que habla Gayo 4.17, sino se extendería a todos los casos en que alguien se elegía para emanar una sentencia declarativa.

49 Las palabras son de O. Diliberto, *La palingenesi decemvirale*, en *XII Tabulae*, I, cit., p. 33.

50 Como comentamos *supra*, nt. 17, si los decenviros hubieran querido indicar un colegio o un cierto número de juzgadores, ciertamente no habrían omitido hacerlo.

51 Ortu, *Alle origini del 'iudicium privatum'*, cit., p. 158, que señala cómo la teoría de M. Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, en *Festschrift zum Doc-tor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windshied, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1888, 55 ss., sobre un origen arbitral de todas las sentencias de Roma arcaica no debe descartarse por completo.

52 Fiori, *Il processo privato*, en *XII Tabulae*, I, cit., pp. 81 ss.

A pesar de la incapacidad jurídica del extranjero para acceder a las *legis actiones*, que no es necesario retomar aquí, no cabe duda de que, para concretar la recíproca confianza (la *fides*) en normas procesales, desempeñaron un papel fundamental por un lado, los Pontífices gracias a su labor de interpretación del derecho, y por el otro, los magistrados titulares del *imperium* con función jurisdiccional (en aquel tiempo los cónsules), que así podían modelar de la forma más conveniente los juicios de que era parte un extranjero<sup>53</sup>.

Si así es, a mi parecer, el magistrado romano no habría hecho otra cosa que aplicar las reglas que él mismo conocía, adecuándolas a la presencia de un extranjero con base en el elemento de la *fides*. No podemos, por tanto, que llegar a la conclusión que a la *fides* le correspondió un papel decisivo tanto en la organización del proceso como, en particular, en la fase más propiamente decisoria.

### **Bibliografía:**

- Albanese, B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palumbo, Palermo, 1987.
- Arangio-Ruiz, V., *La compravendita in diritto romano*, II, rist., Jovene, Napoli, 1980.
- Calore, E., *Aeterna auctoritas adversus hostem: una soluzione per lo straniero alla logica cittadina del meum esse*, en *Roma e America*, 40, 2019, pp. 317-333.
- Cardilli, R., *Fondamento romano dei diritti odierni*, Giappichelli, Torino, 2021.

53 Según la interpretación de M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 299, la resolución del problema tuvo lugar 'mediante el ejercicio del poder del magistrado jurisprudente, a saber, el *imperium*'. También Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., p. 269 afirma que: 'el juicio debía desarrollarse en una forma bastante libre, creada, en la época republicana, por el magistrado según su poder discrecional, eventualmente según las líneas de las *legis actiones* en vigor entre los ciudadanos'. Cf., Mercogliano, *Hostes novi cives*, cit., pp. 21 ss.

- Cascione, C., *Il contesto storico della legislazione decemvirale*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M.F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 1-30.
- Cassarino, A., *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole. Qualche spunto di riflessione*, en *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, A. Petrucci (a cura di), G. Giappichelli editore, Torino, 2020, pp. 1-20.
- , *Diacronia 'giurisprudenziale': note a margine di una recente interpretazione della Corte di Cassazione in tema di sepolcro gentilizio ed ereditario*, en *Roma e America*, 42, 2021, pp. 311-330.
- Corey Brennan, T., *The praetorship in the Roman republic*, 1, Oxford University Press, 2000.
- Cursi, M.F., *Gli illeciti privati*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, II, M.F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 561-646.
- De Martino, F., *Storia della costituzione romana*, II, 2° ed., Jovene, Napoli, 1973.
- Diliberto, O., *La palingenesi decemvirale*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M.F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 31-44.
- Fiori, R., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, en *Modelli teorici e metodologie nella storia del diritto privato*, 3, R. Fiori (a cura di), Jovene editore, Napoli, 2008, pp. 237-259.
- , *Il processo privato*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M. F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 45-149.
- Gagliardi, L., *I collegi giudicanti: 'decemviri', 'centumviri', 'septemviri', 'recuperatores': Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad alberto Burdese*, II, L. Garofalo (a cura di), Cedam, Padova, 2012, pp. 341-384.
- Gallo, F., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1997.
- Guarino, A., *Storia del diritto romano*, 8° ed., Jovene, Napoli, 1990.
- Humbert, M., *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, en *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti*, M. Humbert (a cura di), Iuss Press, Pavia, 2005, pp. 3-50.
- Marrone, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006.

- Mercogliano, F., *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Jovene, Napoli, 2017.
- Nasti, F., *Lenchiridion di Sesto Pomponio. Una ricostruzione*, in *Scriptores Iuris Romani. Subsidia*, 3, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2023.
- Ortu R., *Alle origini del 'iudicium privatum'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, L. Garofalo (a cura di), Cedam, Padova, 2012, pp. 131-160.
- Petrucci, A., *Curso de derecho público romano*, Porrúa, México, 2018.
- Piro, I., *Il matrimonio e la condizione della donna*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M. F. Corsi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 151-188.
- Pontoriero, I., *La nozione di commercium in Tit. Ulp. 19.4-5*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA). Studi preparatori, II, Auctores – Negotia*, G. Purpura (a cura di), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 131-142.
- Riccobono, S., *Fontes Iuris Romani AnteJustiniani*, I, Barbera, Florentia, 1968.
- Serrao, F., *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Giuffrè, Milano, 1954.
- , *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pacini editore, Pisa, 1989.
- , *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1. *Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene editore, Napoli, 2006.
- Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990.
- Varvaro, M., *Lineamenti di procedura civile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023.
- M. Wlassak, M., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doc-tor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windshied, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1888.