

La *iurisdictio* del pretor peregrino.

Por: Rodrigo de la Peza López Figueroa

Escuela Libre de Derecho

Resumen: *El propósito de este trabajo es explorar la hipótesis según la cual, el pretor peregrino diseñó el procedimiento formulario, a partir de diversas tradiciones desarrolladas desde la fundación de Roma. Esto permitiría afirmar que el pretor peregrino merece un lugar especial en la Historia, de extraordinaria relevancia para esta investigación conjunta, pues demostraría que dicho magistrado sentó la base para la aplicación de un derecho receptivo de tradiciones jurídicas de cualquier nación (unificado), aplicable a personas de cualquier nacionalidad (internacional), y en cualquier lugar del mundo entonces conocido (regional).*

Palabras clave: *Derecho romano, praetor peregrinus, procedimiento formulario, ius gentium*

Riassunto: Lo scopo della presente ricerca è esplorare l'ipotesi secondo la quale il pretore peregrino ha creato il procedimento formulare, basandosi su varie tradizioni sviluppate fin dalla fondazione di Roma. Ciò consentirebbe di affermare che il pretore peregrino merita un posto speciale nella Storia, di straordinaria rilevanza per questa ricerca congiunta, poiché dimostrerebbe che detto magistrato ha posto le basi per l'applicazione di un diritto ricettivo delle tradizioni giuridiche di qualsiasi nazione (UNIFICATO), applicabile a persone di qualsiasi nazionalità (INTERNAZIONALE), e in qualsiasi luogo del mondo allora conosciuto (REGIONALE).

Parole chiave: *Diritto romano, praetor peregrinus, processo formulare, ius gentium.*

Abstract: *The purpose of this work is to explore the hypothesis that the praetor peregrinus designed the formulary proceedings based on several traditions developed since the foundation of Rome. This would allow us to assert that the praetor peregrinus deserves a special place in history, of extraordinary relevance for this joint research, as it would demonstrate that said magistrate laid the groundwork for the application of a legal system, that was receptive of legal traditions from any nation (UNIFIED), applicable to individuals of any nationality (INTERNATIONAL), and in any place in the world that until then was known (REGIONAL).*

Keywords: *Roman law, praetor peregrinus, formulary proceedings, ius gentium*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Soluciones arcaicas para los conflictos con peregrinos. 3.- Creación del procedimiento formulario. 4.- configuración del nuevo *ius Gentium*. 5.- Canales abiertos por el legado del pretor peregrino.

1.- Introducción:

Remontémonos hacia la época de la República romana,¹ cuya esencia radicó principalmente en rechazar que el *imperium*, esa máxima potestad sobre los ciudadanos romanos, estuviera depositada en un único *rex*, y en asegurarse de que en cambio, dicho *imperium* se repartiera entre al menos dos magistrados, que ejercieran un control mutuo, esto es, un mecanismo de equilibrio de poderes que les impidiera convertirse en tiranos. A lo largo de los años, además, este *imperium* no solo se repartió entre varios magistrados, sino que además se dividió para su ejercicio, en *coercitio* y *iurisdictio*,² esto es, respectivamente, la facultad para imponer sanciones o medidas coercitivas sobre la persona y su patrimonio, y la facultad para decir el derecho, mediante la administración de juicios en los que las controversias entre privados, se conducían hacia una solución jurídica. Alrededor del año 367 a.C.,³ los cónsules delegan esta *iurisdictio* en un *collega minor*, el *praetor*.

Poco más de un siglo después, en el año 242 a.C.,⁴ en Roma se dispuso que esa *iurisdictio*, la ejercería no sólo ese *praetor* ya conocido, y al

1 Del 509 al 18 a.C., aproximadamente.

2 Para abundar sobre estos conceptos, vid. GIUSEPPE GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5^o Ed., Giappichelli Editore, Torino, 1965 [*Lezioni* (...)], i.a. pp. 158 ss., 181, 183 ss.

3 La creación de la magistratura del *praetor* se atribuye a una *Lex Licinia Sextia*, de ese año, esto es, del 143 de la República. Vid. WOLFGANG KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la 4^a Edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966 [*Historia* (...)], § 6, I, p. 83.

4 Es decir, el año 263 de la República. Según JOHANNES LAURENTIUS LYDUS, ese año se designó en Roma al pretor urbano, que se llamó así para distinguirlo del pretor peregrino, esto es, el que recibe a los peregrinos (*id est pe-*

que a partir de ese año se llamaría *praetor urbanus*; sino que además, los comicios por Centurias eligieron a un segundo pretor, que debía encargarse de la jurisdicción entre peregrinos y entre éstos y los romanos, y al que se llamó *praetor peregrinus*.⁵

2.- Soluciones arcaicas para los conflictos con peregrinos:

La primera cuestión que considero interesante explorar, versa sobre las razones que pudieron haber conducido a esta decisión de duplicar una magistratura, en una época en la que precisamente, por las limitaciones del presupuesto público, se evitaba aumentar el número de funcionarios –sobre todo en las provincias-, incluso cuando las circunstancias actuales lo requirieran.⁶ Esta pregunta es aún más relevante, si se toma en cuenta que, según parece, en ese tiempo, ya existían varios mecanismos para solucionar los conflictos entre romanos y extranjeros.

Una razón importante es la económica. La economía romana durante la monarquía latina,⁷ se basaba principalmente en el pastoreo y la

regrinos recipientem). De magistratibus republicae romanae, I,38,45. POMP. ench. sing., D. 1,2,28. Cfr. THEODOR MOMMSEN, calcula que la creación de la pretura peregrina se produjo en el año 511 de Roma (desde su fundación), esto es, el año 243 a.C. *Römische Geschichte*, 9ª Ed., Deutsche Buch-Gemeinschaft G.M.B.H., Berlin, 1902, [RG], 3, XI (Tomo I, página 790).

5 En ocasiones se atribuye la creación del pretor peregrino a una *Lex Plaetoria*, del 242 a.C.; sin embargo, como acertadamente apunta GUARINO, difícilmente un plebiscito (como lo era dicha ley, propuesta por el Tribuno de la plebe Marco Pletorio), podría haber implementado una reforma constitucional de esa naturaleza; sino que es más verosímil la interpretación de que en dicha ley, se precisó que el pretor urbano seguiría ejerciendo su jurisdicción para administrar justicia dentro de Roma, para los ciudadanos. ANTONIO GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, 12ª Ed., Editore Jovene, Napoli, 1998 [Storia (...)], § 22, 139, p. 300, 301.

6 MOMMSEN, RG, 3, XI (Tomo I, página 790).

7 754 a 616 a.C.

agricultura extensiva, y el sostenimiento de una familia no requería más que de un intercambio interno de bienes, con fines simplemente adquisitivos y no especulativos. Esto es, cada familia cultivaba una porción de tierra de manera consistente con sus características, e intercambiaba sus excedentes con otras familias por aquello que éstas cultivaran.

Esto cambió drásticamente durante la monarquía etrusca.⁸ El rey Tarquino Prisco comenzó a reorganizar a la sociedad Romana por clases socioeconómicas, tanto en las demarcaciones tribunicias de la ciudad como en los rangos militares, precisamente con el objeto de **transformar a Roma**, de una ciudad defensiva, en **una potencia militar** conquistadora. Cada vez con mayor frecuencia, **se difunde la agricultura intensiva**. Se destina la tierra al cultivo intensivo del olivo, y se explotan las minas para obtener hierro para la elaboración de armas. El resultado para las familias es un exceso en la producción de los bienes cultivados de manera intensiva, y una carencia de otros productos; así como el desarrollo de actividades artesanales. Esto hace que crezca la necesidad del intercambio externo, lo que significa el desarrollo de actividades comerciales con extranjeros. En las calles circundantes al foro romano, **se construyeron pórticos y tabernas**,⁹ precisamente con esa finalidad, y que debido a la privilegiada localización geográfica de Roma, fueron punto de encuentro fructífero para las relaciones comerciales.

Cuenta la leyenda que Servio Tulio, el segundo rey etrusco, además de organizar al ejército en centurias, fue el primero en emitir **moneda**;¹⁰

8 616 a 509 a.C.

9 LIVIO, *Ab Urbe condita*, 1, 35, 10. Vid. PIETRO CERAMI – ANDREA DI PORTO – ALDO PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*. Segunda edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004 [DCR], pp. 19 – 23.

10 “Llamavase yugada la tierra que vn par de bueyes podía arar en vn día y obrada el trecho q con un surco continuado podía vn buey llenar de vna vez, y esto era ciento y veinte pies; y duplicado en ancho haziavan una yugada. Eran do- nes grandísimos de los Capitanes Generales de los exercitos, y de ciudadanos valerosos, el espacio que vno pudiesse avar envidia, y tábié recibir del pueblo

y con ello comenzaron a desarrollarse **negocios de intercambio**, como la compraventa y el préstamo,¹¹ aunque de manera subsidiaria al principal eje de la economía romana, que todavía era el *ager publicus*, y los negocios relacionados con la agricultura protagonizadas por las familias patricias, que precisamente en esa época, comienzan a monopolizar el poder económico, militar, político y religioso.

Esto trae como consecuencia, que a principios de la República, existieran **suficientes relaciones comerciales con los peregrinos, para que su falta de regulación y la falta de solución de conflictos que derivan de ellas, comience a ser un problema.** Aquí se pone a prueba el Derecho Romano arcaico, y su capacidad para adaptarse a la nueva realidad.

Ahora bien, en la antigua Roma, la solución de conflictos entre los propios ciudadanos no se lograba mediante un solo mecanismo, derivado de una sola fuente jurídica; sino que por el contrario, existe una **gama amplia de mecanismos de solución** de mayor o menor eficacia, con las que los Romanos abordaban sus problemas, y dichas soluciones derivaban de muy distintas fuentes.

En este primer apartado, expondré algunos de los **diversos mecanismos** que primeramente **se emplearon para solucionar problemas entre ciudadanos** romanos (*cives*) y **extranjeros** (*hostes*), y que resultaron **insuficientes**, y por eso considero que esa insuficiencia demuestra que la posterior creación del pretor peregrino, y su labor, fueron un gran acierto de la Historia.

vna quarta, ò vna mina de farro, y de aquí tuvieron principio los primeros Sobrenombres (...) y el dinero mismo se llamava pecunia de pecore, (...). El primero que estampó en las monedas de cobre figuras de ovejas y de bueyes, fue Servio Rey." CAIUS PLINIUS SECUNDUS (PLINIUS MAIOR), Naturalis Historia, 18, 3. Versión en castellano antiguo, de 1624, dedicada el Rey Felipe IV, colección de la Universidad Complutense de Madrid, consultable en <https://archive.org/details/historianaturalo0osegogooq>.

11 Paulo, D.18, 1, 1, pr.

2.1.- *Ius commercii* con los extranjeros:

En la antigua Roma monárquica, todos los aspectos relevantes de la vida pública de los Romanos, se llevaban a cabo a través de rituales religiosos cargados de simbología. El pueblo Romano era muy religioso, y estaba convencido de que el éxito de cada decisión del rey, del senado, de la curia y de los colegios sacerdotales, pero también de **todos los actos de los particulares** con consecuencias sociales como un matrimonio, una venta, una adopción, además, por supuesto, de los ritos de culto, **únicamente producían sus efectos** si tenían la bendición de los dioses, para lo cual era esencial **cumplir** con el orden que ellos establecían, la *pax deorum*, del que derivaban estos **rituales solemnes**. Muy frecuentemente se debían pronunciar fórmulas solemnes en latín culto –los *carmina*–,¹² que por ser el lenguaje divino era lo único que lograba llamar la atención de los dioses para que acompañaran a los humanos en esos actos, y se lograran los fines buscados.¹³ **También en los juicios civiles**, que en aquel entonces se tramitaban mediante el sistema procesal que hoy conocemos como las acciones de la ley, la argumentación jurídica se expresaba a través de *carmina* diseñadas originalmente por el Colegio de los Pontífices, de manera que las partes no decidían –es más, ni siquiera comprendían– lo que estaban diciendo, sino que únicamente recitaban las *certa verba* sacramentales.¹⁴

Dichos rituales, solemnidades y formalidades se encontraban, en principio, **reservados a los ciudadanos** romanos, lo cual constituye cla-

12 PAUL JÖRS, WOLFGANG KUNKEL, Y LEOPOLD WENGER, *Römisches Recht*, 2^a Ed., Springer-Verlag, Gießen, 1987 [RR], p. 23.

13 Conforme a la Ley de las XII Tablas, producen efectos jurídicos los negocios que se celebren conforme a las formalidades. Tab. VI,1: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*.

14 GAIUS, *Instituta*. I. 4, 29. (En: FRANCIS DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, 1^a Ed., at the Clarendon Press, Oxford, 1946 [TIG], Tomo I, p. 244. En adelante, para citar a Gajo se hará referencia únicamente al número del pasaje).

ramente un impedimento para que un romano y un extranjero puedan celebrar un negocio solemne –que en aquella época, además, eran prácticamente todos-, o acudir a juicio.

Lo mismo puede decirse de los ordenamientos jurídicos de todos los demás pueblos de aquella época, a cuyas solemnidades, ceremonias y rituales religiosos, no tenían acceso los romanos, ni nadie excepto los ciudadanos de esa comunidad. Esto es, los **sistemas normativos arcaicos**, tenían únicamente un **ámbito personal de validez**, de suerte que el derecho perseguía al ciudadano a donde estuviera (**principio de personalidad**).¹⁵

Los romanos encuentran un primer mecanismo para superar este obstáculo, **reconociendo a los latinos** a través de un tratado internacional (*foedus*), el *conubium* y el *commercium*, esto es, respectivamente, la facultad de contraer matrimonio civil romano, y de celebrar negocios jurídicos del *ius civile* romano, con ciudadanos Romanos.

15 Vid. MAX KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2ª Ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993 [RRG], § 31, I, 2, a), p. 135. Según este autor, entre las relaciones que desde la época arcaica se daban entre romanos y miembros de las comunidades aledañas, no podía aplicarse el *ius civile* romano ni el derecho extranjero, pues conforme a la experiencia antigua, regía un principio de personalidad, según el cual una persona, donde quiera que se encontrara, debía ser juzgada según el derecho de la nación a la que perteneciera. Por tanto, tratándose de un conflicto derivado de un contrato entre un romano y un peregrino, no es posible aplicar a cada parte su propio derecho nacional.

Según el relato de Tito Livio,¹⁶ un *foedus* es un *pactum*¹⁷ entre naciones, basado en la buena fe (*fides*),¹⁸ que los Romanos celebraban por conducto del Colegio de los Feciales,¹⁹ siempre con las mismas formalidades,²⁰ que delinean su naturaleza como un acto ceremonial, religioso, mediante el cual Roma hace un juramento a Júpiter (y no a su contratante), y requiere para su validez que la contraparte lleve a cabo un ritual equivalente por parte de un colegio sacerdotal con idénticas

16 TITO LIVIO, *Ab Urbe condita*, 1.24.3-4. El historiador nos cuenta la leyenda según la cual, se planeaba una guerra entre Roma y Alba Longa, que podía ser letal para ambas ciudades, y que se resolvió sin mayor derrame de sangre, gracias a que mediante este tratado, se pactó que únicamente se enfrentarían los triates Horacios, por parte de Roma, y los triates Curiacios, de Alba Longa, y que la supremacía estaría del lado de los hermanos victoriosos.

17 (...) *pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est)*; [“pacto” viene de pacción (de donde procede también el nombre de paz]. Ulp. 4 ed., D. 2, 14, 1, 1.

18 No solo es *Iove* (Júpiter) quien vela por el cumplimiento del *foedus*, sino también la diosa *Fides*, que cuida todas las relaciones de fidelidad. Acerca de esta diosa, vid. *Infra*, §2.4.

19 Este es uno de los colegios sacerdotales que existían en la Roma antigua, y que precisamente tenía como principal función, el cuidado de que las relaciones con otras naciones, se llevaran a cabo de conformidad con el orden de los dioses.

20 El *verbenario*, uno de los Feciales, tras conformar con el rex que era su voluntad la celebración de un tratado, cortaba con el permiso de éste la hierba pura (*verbena*), y el rex lo investía con ella como mensajero regio del pueblo romano de los Quirites; y como tal, investía con la *verbena* a otro FeCIAL, el *pater patriatus*, quien a su vez recitaba una larga fórmula verbal misteriosa (*longum carmen*), daba lectura a las cláusulas del tratado, invocando a Júpiter a castigar al pueblo romano en caso de que fuera el primero en incumplir el pacto mediante una decisión pública y de manera dolosa, de manera proporcional a la fuerza con la que el propio *pater patriatus* golpeaba a un puerco con un cuchillo ritual de sílice. La lectura de las cláusulas y el sacrificio con el que se perfeccionaba la estipulación, se hacían ante el *pater patriatus* del otro pueblo, el cual llevaba a cabo un ritual con connotaciones similares.

funciones.²¹ Surge así la **posibilidad de relacionarse con extranjeros**, sin romper el principio de personalidad, pues el compromiso de ambos pueblos es con sus propios dioses, y no entre sí.

Resulta, entonces, que a principios de la República, en el año 493 a.C. se celebró el *foedus Cassianum*,²² un tratado de paz entre Roma y las ciudades del Lacio, que renovó la antigua Liga Latina,²³ que era una gran confederación de *gentes* y familias que existió al mismo tiempo, si no es que antes, de la fundación de la Ciudad, y con las que los Romanos tenían lazos culturales muy estrechos, como el lenguaje, la religión, las tradiciones, fiestas ceremoniales e incluso mitos y leyendas de antepasados y héroes comunes.

Mediante este tratado, al parecer, además de establecer de manera obligatoria un perenne estado de paz entre Roma y las ciudades Latinas, (i) se **otorgó a los ciudadanos de los pueblos latinos**, como se adelantó, **la capacidad de contraer matrimonio civil con ciudadanos romanos (*conubium*)**, así como para **celebrar negocios civiles con ellos (*commercium*)**, y para reunirse para decidir asuntos de política exterior (*concilia*); y (ii) se estableció que **los conflictos** derivados de contratos privados debían resolverse en un proceso que se llevara a cabo dentro de diez días, **en la ciudad en la que se hubieren celebrado**, así como alguna otra regulación de los contratos.²⁴

21 Ver el relato y la interpretación de la ceremonia en ALDO PETRUCCI, *Curso de Derecho Público Romano*, Porrúa, Ciudad de México, 2018 [*Curso (...)*], pp. 292 ss.

22 El nombre del tratado viene de uno de los magistrados que gobernaron ese año, Espurio Casio. LIVIO, *Ab Urbe condita*, 2.33.4.

23 TITO LIVIO, nos relata que durante el reinado de Tulio Hostilio se celebró un tratado con los latinos. *Ab Urbe condita*, 1.32.3. Quizás se haga referencia a un primer tratado de la Liga.

24 PETRUCCI obtiene esta conclusión a partir de la interpretación del relato de DIONISIO DE HALICARNASSO (*Antiquitates Romanae*, 6,95,2.), la definición de *nancitor* de FESTO (*de Verborum Significatione*), así como del relato de

Si los *Latini* con *ius commercii* podían celebrar negocios jurídicos como la *mancipatio* y la *sponsio*, para cuyo perfeccionamiento es indispensable la realización de rituales y el pronunciamiento de *carmina* sacramentales, entonces muy probablemente los procesos a los que se hace referencia, eran los juicios del derecho arcaico, en los que también debía actuarse a través de ademanes, palabras y conductas ceremoniales.

2.1.1.- Acceso a la capacidad jurídica romana. A partir de lo anterior, considero que esta solución romana al obstáculo derivado del principio de personalidad del derecho, es digna de mención por su trascendencia histórica. **A través de un tratado, se extiende la “capacidad jurídica”** de los ciudadanos romanos, a los extranjeros –aunque sólo a los Latinos–.

Sin embargo, esta medida **no prosperó** de forma permanente, pues por el contrario, como consecuencia de diversas guerras, Roma despojó a los Latinos estos beneficios, y en mi opinión, difícilmente los hubiera otorgado a otros pueblos, con los que –a diferencia de los Latinos– no compartía elementos culturales tan estrechos.

2.2.- Acceso a instituciones jurídicas y a la jurisdicción:

En efecto, no se tiene noticia de que Roma haya otorgado el *commercium* a los peregrinos.²⁵ Para ello existían al menos dos obstáculos, insuperables para aquella época: por una parte, el principio de personalidad

TITO LIVIO (*ab Urbe condita*, 8,14,10), esta última en sentido contrario, pues se narra cómo el Senado decide eliminar estas capacidades a los latinos. *Curso* (...), pp. 299, 375.

25 Los Romanos distinguen tres tipos de extranjeros: los *latini* (*veteres, coloniarum* o *iuniani*), los *peregrini* (*alicuius civitatis* o *dediticii*), y *barbari*. Vid. ÁLVARO D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª Ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1997 [*DPR*], §§17 y 189 (pp. 49 - 50).

hacia repugnante la idea de dar acceso a los extranjeros, a ceremonias tradicionales y a negocios solemnes, reservados a los ciudadanos romanos incluso desde un punto de vista religioso;²⁶ y por la otra, porque los negocios tienden a configurarse con elementos provenientes de la cultura jurídica de cada negociante, de manera que difícilmente, el negocio resultante puede adscribirse a alguna figura jurídica de los derechos nacionales, incluyendo al *ius civile* romano, además de que en todo caso, dichas nuevas figuras comerciales no son duraderas o inmutables, de manera que tampoco puede esperarse que sean recibidas en las costumbres o en las legislaciones nacionales.²⁷

El resultado de esto es que con aquellos extranjeros, ya fueran *peregrini* o *latini* que carecieran del *ius commercii* respecto de los romanos –y mucho menos con los *barbari*-, no era posible celebrar negocios solemnes.

Sin embargo, el pueblo romano está acostumbrado a un medio de convivencia donde se traslapen varios conjuntos de reglas de conducta a la vez,²⁸ y cuando el comercio lo requiere, **echan mano de algunas de las figuras jurídicas** de su preciado *ius civile* que quizás sean *un poco más seculares*, o bien, emplean alguna figura **omitiendo o sustituyendo alguna formalidad** que no sea indispensable, sólo para poder relacionarse comercialmente con los peregrinos, y después consideran –o fingen- que de todas maneras se produjeron los efectos buscados.

26 Según las creencias religiosas de los Romanos, el pronunciamiento de los *carmina* –palabras solemnes en latín culto- producía como efecto que los dioses pusieran atención y participaran en el acto ceremonial, de tal suerte que éste produjera sus efectos

27 GUARINO, *Storia* (...), § 22, 139, p. 301.

28 La misma fundación de la *civitas* deriva de un flujo y un intercambio cultural de familias y gentes, donde cada familia es una entidad política (núcleo monárquico) con un derecho consuetudinario propio (*mores*). Vid. GROSSO, *Lezioni* (...), p. 19 ss.

Por ejemplo, sustituyen el verbo sacramental *spondere* por *promittere* o algún otro verbo accesible a los extranjeros, incluso en otra lengua; y de esa manera el antiguo contrato de *sponsio*,²⁹ que puede emplearse para crear obligaciones de muy diversa índole, se convierte en el contrato de *stipulatio*, que funciona de idéntica manera y tiene efectos sin necesidad del verbo sacramental. O bien, se admite como forma civil de transmitir la propiedad, la *traditio ex iusta causa*, para bienes *nec mancipi*,³⁰ facilitando de esa manera la compra, venta e intercambio de esos bienes.³¹

Tratándose de la transmisión de la propiedad sobre bienes, existe un pasaje interesante en la Ley de las XII Tablas,³² donde se establece que el deber del vendedor, de garantizar al comprador la posesión pacífica de la cosa y responder por la evicción, que tratándose de ciudadanos romanos únicamente era exigible durante el tiempo necesario para que el comprador adquiriera por usucapición, debía entenderse a perpetuidad

29 Se trata de un contrato *verbis*, esto es, se perfecciona por el pronunciamiento de las palabras, y específicamente consiste en que entre presentes, una persona haga una pregunta a otra que plantea la creación de una obligación (*spondes daret X milia?*), y la otra responde de inmediato con el mismo verbo (*spondeo!*), creándose en el acto la obligación.

30 Paulo, fr. Vat. 47a: (...) *in re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrine tradatur: civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est*. En: OTTO LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2ª Ed. inalterada, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1960, I Paul., fr. 986.

31 Tratándose de bienes *mancipi*, considerados como los más preciados de una familia romana (esclavos, cuadrúpedos de carga, predios del suelo itálico y servidumbres de paso y de acueducto), únicamente puede haber transmisión de propiedad mediante los actos solemnes de *mancipatio e in iure cessio*, en principio inaccesibles para los extranjeros.

32 Tab. IV.4: *Adversus hostem aeterna auctoritas <esto>*. [Frente a un extranjero, la garantía para la evicción de la cosa vendida no tenga límite de tiempo]. Ver Traducción y explicación de este pasaje en PETRUCCI, *Curso* (...), p. 315.

tratándose de compradores extranjeros, con lo cual se protege tanto la validez del negocio jurídico, como la seguridad jurídica del peregrino.

Esta **extensión parcial de algunas figuras jurídicas** del derecho civil, fue suficiente por cierto tiempo para la existencia de relaciones comerciales entre romanos y extranjeros.³³

Incluso existe la hipótesis de que, para solucionar los conflictos derivados de estos negocios, tanto romanos como extranjeros **podían acudir a juicio bajo el sistema arcaico** del procedimiento civil.³⁴ Quizás esta haya sido una de las razones por las que, para ciertas causas *in personam*, se introdujo en la Ley de las XII Tablas la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, que es un *modus agendi* laicizado, al menos en comparación con el rito solemne y religioso del *sacramentum*,³⁵ y en el que el demandado solicitaba expresamente *in iure*, que se nombrara un juez o árbitro.

En efecto, en la Instituta de Gayo –jurista clásico del s. II d.C.–, se narra que en adición a la preexistente *legis actio per sacramentum in personam*, en las XII Tablas se creó la acción por petición de juez para demandas derivadas –precisamente– del contrato de estipulación, y para división de herencias; y además se expone cuáles serían los *carmina* a pronunciar.³⁶ Curiosamente, los *carmina* los pronuncia únicamente el

33 KASER, *RRG*, § 31, I, 2, b), p. 135.

34 GROSSO, *Lezioni* (...), i.a. p. 262, n. 4.

35 CERAMI –DI PORTO –PETRUCCI, *DCR*, p. 24.

36 GAIUS, *Instituta*. I. 4,17a. ... *qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO. ID POSTULO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIUE ARBITRUM POSTULO UTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat.* [el actor decía: “afirmo que derivado de una *sponsio*, debes darme diez mil sestercios. Te pregunto si lo afirmas o lo niegas”. El adversario negaba la deuda. El actor decía: “Como lo niegas, te pido a ti, pretor, que des un juez o árbitro”. Y de esta manera, en esta clase de acciones, podía negarse una acción sin penalización.]

actor, por lo que no es impensable que pudiera participar un peregrino en el juicio, al menos como demandado. Lo mismo podría decirse de la *legis actio per conductionem*, que según el testimonio del propio Gayo, se creó posteriormente mediante las leyes *Silia* y *Calpurnia*, para litigar *in personam* respecto de una cantidad cierta o una cosa cierta, respectivamente, y que funcionaba con frases solemnes muy parecidas, excepto porque se omitía señalar la causa del débito.³⁷

Un testimonio de esta hipótesis podría encontrarse en la misma Ley de las XII Tablas, donde se disponía que “el proceso solamente podía ser aplazado, en caso de enfermedad o por encontrarse una de las partes comprometida en otro litigio con un ciudadano de otra ciudad”;³⁸ de donde podría obtenerse la **posibilidad de que un peregrino fuera parte de un litigio del sistema arcaico**, bajo la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

Esta hipótesis parece más sostenible, si se toma en cuenta que conforme a los últimos descubrimientos arqueológicos, la introducción de la acción por petición de juez o árbitro, en la Ley de las XII Tablas, no sirvió realmente al propósito de dar acción para nuevos tipos de conflictos –pues parece que con la acción por apuesta (*per sacramentum in*

37 I. 4, 17b-18. *Per conductionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORUM X MILLIA DARE OPORTERE. ID POSTULO ALIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, IN DIEM TRICENSIMUM TIBI IUDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO.* [Se actuaba por *condictio* (emplazamiento) de la siguiente manera: “afirmo que debes darme diez mil sestercios: te pregunto si lo afirmas o lo niegas”. El adversario decía no deber. El actor decía: “Como lo niegas, te emplazo a comparecer ante un juez dentro de treinta días.”

38 Tab. II, 2. (...) *morbis sonticus* (...) *aut status dies cum hoste* (...) *quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto.* (CICERO, *de off.* 1, 12, 37). Traducción de VICENZO ARANGIO-RUIZ, *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945 [*Las Acciones* (...)], p. 31.

personam), podía litigarse respecto de *sponsiones*, acciones divisorias y cualquier otra pretensión personal-³⁹ sino que más bien, se trata de una **reforma profunda** del sistema procesal civil, que dota al juez o al árbitro de una función realmente judicial –pues realmente **condena por el oportere** (responsabilidad), y no solamente declara al ganador de una apuesta-, y parte en dos etapas el procedimiento, la parte *in iure*, en la que el Magistrado dicta el derecho que debe aplicarse, y la etapa *apud iudicem*, donde el litigio es decidido por un particular, que debe acatar la norma jurídica decretada por el Magistrado en la *litiscontestatio*, pero es libre para decidir sobre el juicio en uno u otro sentido.⁴⁰

Esto es, el **nuevo diseño del procedimiento civil**, podría haber generado una **ventaja para los peregrinos**, aunque sea marginal,⁴¹ consistente en la **posibilidad de litigar** contra romanos, **sin tener que cumplir con rituales** reservados a los *cives*, y además, de ser juzgados por una persona ajena a la estructura estatal romana, sobre todo si se trata de un árbitro.

2.2.1.- Acceso a las instituciones y a la jurisdicción, independencia judicial.

Si esta hipótesis es correcta, podríamos estar ante un **enorme paso evolutivo**, contenido en la Ley de las XII Tablas: el **acceso a ciertas instituciones y a la jurisdicción civil** romana por parte de los peregrinos

39 El propio Gayo plantea la duda acerca de la razón por la cual se creó la acción por emplazamiento, si las mismas deudas se podían litigar con la acción por apuesta y la acción por petición de juez. I. 4, 20.

40 Estos descubrimientos se contienen en un pergamino encontrado en el Cairo por la papirologa Norsa, en 1933, que incluye textos de las Institutas de Gayo, que complementan lagunas que existían en las versiones previamente obtenidas. Vid. JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, p. 518 – 519.

41 Existe cierto consenso en la doctrina, en el sentido de que la bipartición del proceso obedeció a la necesidad del pretor de delegar al menos parte de su carga de trabajo. Vid. i.a. MOMMSEN, *RG*, 3,XI (Tomo I, página 790), y KUNKEL, *Historia (...)*, § 6, II, pp. 85.

nos, que abarca una norma jurídica dictada por el Magistrado, y una sentencia dictada por un árbitro independiente.

Sin embargo, esta solución tuvo el principal defecto, en mi opinión, de que el peregrino es sometido a un **procedimiento en el que no necesariamente comprende** la trascendencia lo que se discute en la etapa *in iure*, por estar en un lenguaje ajeno y por **no poder argumentar ni añadir nada** en el mismo. En este aspecto, si el acceso a la jurisdicción del pretor era voluntaria para los extranjeros –como parece derivarse de la naturaleza arbitral de la etapa *apud iudicem*-, **muy probablemente eran pocos** los peregrinos que quisieran someterse a ella, y quizás esa es la razón por la que las fuentes digan tan poco acerca de este fenómeno.

2.3.- Juicios ante los Recuperadores:

Con el fin de llevar a cabo relaciones comerciales con los peregrinos, y para resolver el problema antes expuesto, relativo al **principio de la personalidad** del *ius civile* romano –y de los demás derechos locales-, es probable que desde inicios de la República, los **comerciantes romanos hayan acudido a una figura** derivada de las costumbres romanas **arcaicas** (*mores*), consistente en someter el conflicto a una suerte de “arbitraje comercial internacional”, esto es, a un **colegio de recuperadores**, que se componía de un número impar de comerciantes de distintas ciudadanías, normalmente un número igual de compatriotas de ambas partes, y al menos uno de una ciudadanía neutral.⁴²

En sus orígenes, el juicio de los *recuperadores* no estaba supervisado por algún magistrado investido de *iurisdictio*, porque su ámbito de aplicación no era resolver un problema privado, sino que tenía por objeto

42 ARANGIO-RUIZ, *Las Acciones (...)*, p. 52, n.1. Según este autor, la palabra *recuperadores* (originalmente, “*reciperatores*”), se derivaba “de su función que era la de hacer recobrar sus bienes al demandante.”

la reparación de daños de la guerra,⁴³ esto es, en la antigüedad la *reciperatio* podría haber sido un mecanismo del *ius bellum*, consistente en la inclusión de una cláusula en algún tratado de paz (*foedus*)⁴⁴ entre el pueblo romano y otros reyes, naciones, y ciudades peregrinas, para recuperar las cosas indebidamente sustraídas como botín de guerra, y devolverlas a sus dueños.⁴⁵

Parece entonces que los **comerciantes rescatan la figura arcaica** de la *recuperatio*, para aplicarla al derecho comercial, pues obtienen la posibilidad de encomendar a un colegio de *recuperatores*, **conformado por comerciantes**, la facultad para conocer y resolver controversias relacionadas con la ejecución de contratos celebrados entre mercaderes romanos y peregrinos.⁴⁶

Quizás esta fue la solución derivada del primer *foedus* celebrado entre Roma y Cartago, apenas nacida la República, en el 509 a.C. En dicho tratado, se establece una relación de amistad entre ambas naciones, y aunque los patricios romanos renuncian al comercio marítimo, al aceptar que los navíos romanos no podían pasar de cierto punto geográfico, a cambio se establece el deber de los cartaginenses de abstenerse de participar en actos hostiles contra Roma y sus aliados, así como de establecer fortalezas o siquiera asentamientos en territorio latino, y sobre todo, obtienen plena libertad comercial con los cartaginenses en tierra. Dicho tratado hacía referencia a los contratos de compraventa,

43 KUNKEL, *Historia (...)*, § 6, II, pp. 84 ss.

44 Vid. *Supra*, § 2.1.

45 “*Reciperacia est: cum inter civitates peregrinas lex convenit : ut res privatae reddantur singulis reciperentur.* [La recuperación es: el pacto celebrado con ciudades peregrinas, con el fin de devolver a cada quien las cosas privadas que han sido recuperadas.]” SEXTUS POMPEIUS FESTUS, *De verborum significatione*, sub voce “reciperacia”. Consultado en @Misc{BVMC:259950, url: {<https://www.cervantesvirtual.com/obra/de-verborum-significatione>}. Traducción libre.

46 CERAMI –DI PORTO –PETRUCCI, *DCR*, p. 24.

estableciendo una garantía del precio en favor del vendedor. Podría interpretarse, entonces, que el **vendedor podría hacer valer la garantía del precio**, mediante una *actio ex foedere*,⁴⁷ esto es, un mecanismo para **instaurar un juicio** que probablemente se llevaba en forma de **arbitraje ante los recuperadores**, en vista de que en aquella época, en territorio cartaginense no se impartía la jurisdicción de ningún pretor, y dentro de Roma, los peregrinos cartaginenses no podrían acceder a dicha jurisdicción –salvo por lo que se menciona en el apartado 2.2. que antecede.

Con esta nueva perspectiva, la función del colegio de *reciperatores* podría haber consistido en que, con base en sus propias costumbres comerciales, decidiera *“si alguna de las partes se había apartado, y en qué medida, de los criterios objetivos de honestidad y rectitud usualmente reconocidos como vinculantes en las relaciones de negocios, y estableciendo en consecuencia, si acaso y en qué medida, una de ambas partes tenía una razón para recuperar alguna cosa de la otra.”*⁴⁸

2.3.1.- Abstracción de reglas comerciales locales. Si esta hipótesis es correcta, creo advertir aquí otro **paso evolutivo interesante**. Los *recuperadores*, aun desde el plano simplificado de las costumbres mercantiles, contraponen, comparan y **concilian diversas reglas de conducta pertenecientes a culturas jurídicas distintas**, lo cual es posible gracias a la naturaleza del derecho mercantil, en el cual son notas esenciales la velocidad, la distancia y la posibilidad de lograr que las mercancías crucen las fronteras. Cualquier mercader comprende la importancia de abandonar los formalismos y de buscar una solución efectiva y rápida para los conflictos.

Sin embargo, esta medida tiene la **desventaja** de que se basa en la costumbre como única fuente del derecho, y **carece de una discusión**

47 POLIBIO, *Historiae*, 3,22.1 y 4-13; En: Editorial digital Titivillus ePub base r1.2 [*Historiae* (...)]. Ver la interpretación de este tratado en PETRUCCI, *Curso* (...), pp. 297 s., y CERAMI –DI PORTO –PETRUCCI, *DCR*, p. 23.

48 GUARINO, *Storia* (...), § 22,139, pp. 301, 302. Traducción libre.

y **argumentación** entre expertos del derecho. Por lo tanto, aunque es muy funcional para conflictos mercantiles básicos, se vuelve **insuficiente** cuando dichos **conflictos** se hacen **más sofisticados**.

En efecto, la república romana comenzó a tener una expansión comercial en Italia y en el Mediterráneo, que fue la consecuencia principal de su acelerada expansión territorial, sobre todo tras la primera guerra púnica (que termina en 241 a.C.), con la que dicha expansión y la imposición de un imperialismo político y económico romano sobre la península itálica y sus islas, y sobre todo el Mediterráneo, se hace exponencial.

2.4.- El escrutinio de la diosa Fides:

Desde la fundación de Roma, existió la *consecratio* como **uno de los más arcaicos** mecanismos de solución de conflictos. Consistía en que **cualquier ciudadano podía dar muerte** impunemente a aquella persona que hubiera cometido un crimen que ofendiera a los dioses, y hubiera sido declarado culpable (*homo sacer*) de manera incontestada y unánime por el pueblo –reunido frecuentemente en una asamblea sobre alguna de las colinas de Roma-; pues se creía que con ello se consagraba la vida del *homo sacer* en favor de la deidad que hubiera resultado ofendida por el crimen cometido.

Como ya se ha expuesto, el pueblo Romano es intensamente religioso, y todos los actos de la vida pública están encarnados en una profunda simbología. En su cultura, es muy importante agradar a los dioses, cumplir el orden universal que ellos establecen. Ahora, algo que define a la religión Romana, es que a **cada dios** se atribuyen características humanas complejas, y al mismo tiempo, la personalidad de cada dios se va perfilando a través de leyendas y mitos, hasta convertirse en un **estereotipo** de los atributos que esa deidad representa, y lo que odia y lo que ama de los seres humanos. Estos estereotipos no son más que **categorías** creadas por el ser humano para entender al mundo y a la sociedad, y sirven **para determinar la conducta** que en cierta circunstancia, debería tener una persona o toda la comunidad.

Sin duda, una de las deidades más importantes para el *ius civile* es Júpiter, cuya simbología condena la debilidad y la cobardía, ensalza la valentía y la dominación, y castiga el incumplimiento de los juramentos, y por eso inspira varios conceptos jurídicos que representan el dominio del hombre sobre la tierra, las cosas, y los demás seres humanos, el poder de mando y el castigo de la desobediencia o del perjurio. Sin embargo, **de manera paralela e incluso por fuera del *ius civile***, existe una diosa que acompaña a Roma durante toda su historia, y condiciona **con la misma fuerza** la conducta de los Romanos, **la diosa *Fides***, y buena parte de las *consecrationes* se llevaban a cabo para purgar ofensas contra esa diosa, esto es, contra actos de *infidelitas*.

2.4.1.- Consecratio: Sin duda, se trata de un mecanismo que termina con el conflicto, pues termina también con la vida del *infidelis homo sacer*.

Es **obvia la desventaja** de este mecanismo de resolución de conflictos, propia de una época sangrienta y menos civilizada. Sin embargo, sirve para puntualizar la importancia que poco a poco va desarrollándose en el ideario cultural romano, el valor de la *fidelitas*, del cumplimiento a los designios de la diosa *Fides*.

La **mitología de la diosa de la fidelidad** es fascinante. Se cuenta que el rey Numa quiso construir para ella un santuario en el Capitolio, junto al de Júpiter,⁴⁹ donde durante siglos se erigió su imagen para que todos los ciudadanos sintieran su presencia, su mirada, ostentando su mano derecha de manera destacada;⁵⁰ pues el **verdadero templo** de la diosa

49 LIVIO, *Ab Urbe condita*, 1, 19. CICERÓN hace también referencia a dicho templo, ubicado junto al de Júpiter: "...quam in Capitolio vicinam Iovis optimi maximi, ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt." [a quien nuestros antepasados, como dice Catón, colocaron en el Capitolio al lado de Júpiter] *De off.*, 3,104.

50 "Cuius imagine ante oculos posita uenerabile fidei numen dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat. quam semper in nostra ciui-

se encuentra constantemente allí **donde se estrechan las manos de los hombres**, tan es así que el rey ordenó que para el culto solemne a *Fides*, el colegio sacerdotal de los *Flamines* tras hacer procesión hacia el templo con un carro cubierto tirado por dos caballos, celebraran la ceremonia con las manos cubiertas hasta los dedos, para indicar la custodia del templo de *Fides*.⁵¹

Lo anterior indica que, conforme a la religión romana, el **interés de la diosa *Fides* descansa en la amistad, la armonía y el pacto** entre los hombres, simbolizado con las manos estrechadas; y si *Fides* está satisfecha con este comportamiento humano, su mano diestra es la **“prenda de la salud humana”**,⁵² esto es, la garantía de la prosperidad, del florecimiento económico y cultural, de la paz entre las naciones, por lo que cada vez que se usa la mano derecha, debe hacerse en veneración a la diosa *Fides*.⁵³ Puede entenderse entonces, que si *Fides* no está satisfecha con el comportamiento de los hombres, permitirá todo aquello que acabe con la *salus humana*.

tate uiguisse et omnes gentes senserunt (...) [puesta su imagen, venerable, ante los ojos, la Fe ostenta su diestra, ciertísima prenda de la salud humana] VALERIUS MAXIMUS, *Factorum et Dictorum Memorabilium* [*Factorum (...)*], 6. 6. init.

51 “*Ad id sacrarium flamines bigis curru arcuato vehi iussit manuque ad digitos usque inuoluta rem divinam facere, significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse.*” [Sus flamines debían trasladarse hacia dicho santuario, sobre una carroza de dos ruedas, bajo una cubierta cóncava, y al hacer los sacrificios debían llevar la mano cubierta hasta los dedos, con lo cual significaban, que debemos respetar la Fe y llevar su templo santificado en nuestra diestra] *Ab Urbe condita* 1, 21.

52 “*certissimum salutis humanae pignus*” [ciertísima prenda de la salud humana], MAXIMUS, *Factorum ...*, 6.6.init.

53 “*fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse.*” [que debemos respetar la Fe y llevar su templo santificado en nuestra diestra] LIVIO, *Ab Urbe condita*, 1, 21.

El estereotipo de *Fides* genera una **evolución normativa** del comportamiento romano, pues aunque no haya nada preestablecido, al surgir en un caso concreto la pregunta sobre qué comportamiento le gustaría a *Fides*, la respuesta se da con gran naturalidad, al menos en un rango vasto de casos, debido a la **claridad de las virtudes y preferencias** de la diosa.⁵⁴ A lo largo de la historia van surgiendo relaciones que se encuentran custodiadas por *Fides*, y su contenido se va desarrollando de manera contundente, pues por lo general es muy claro lo que tiene que hacer y lo que no debe hacer cada quién para actuar conforme a la *fidelitas*.⁵⁵

Se trata de deberes que en la antigüedad **no podían hacerse valer en juicio**, ni mediante algún otro mecanismo del *ius civile*, pero que los romanos cumplen, no sólo por el miedo a ser declarados *homo sacer* por una *infidelitas* –ofensa contra *Fides*–, sino porque la nitidez de esos deberes los convence de la **necesidad de cumplirlos**, sobre todo porque constantemente se sienten **observados por la diosa**, con esa mirada penetrante y claramente amenazante ante la menor tentación de romper con el vínculo de las manos estrechadas.

Bueno, pues de entre las relaciones que desde tiempos arcaicos se encuentran bajo el escrutinio de *Fides*, son el *hospitium* y la *amicitia*, que son relaciones de reciprocidad, de mutua hospitalidad. Aunque es difícil encontrar en las fuentes una definición clara de estas figuras, parece que existieron por una parte, **contratos** considerados como relaciones de *amicitia*, y por lo tanto custodiados por *Fides*. Mucho antes de que el Derecho Romano clásico desarrollara un concepto de contrato y la división entre contratos *re, verba, litteris y consensu*,⁵⁶ existieron **nego-**

54 KASER, *RRG*, § 31, I, 3, p. 136.

55 Por ejemplo, es muy fácil determinar que el tutor que roba del patrimonio del pupilo, o el *familiae emptor* que compró el patrimonio entero del testador, que no cumple con el encargo de entregarlo después de su muerte al heredero, comete una *infidelitas*.

56 GAIUS, I, 3, 89, -92, -128 y -135.

cios jurídicos que se celebraban y cumplían espontáneamente, como resultado de la práctica comercial entre romanos y peregrinos.

Tenemos, en efecto, referencias expresas a la existencia de contratos de compraventa entre romanos y cartaginenses en el **primer foedus** celebrado entre Roma y Cartago, apenas nacida la República, en el 509 a.C. En dicho tratado, como se ha mencionado, **se regulaba de manera estricta los contratos de compraventa** entre ciudadanos de las dos naciones, condicionando su validez a la presencia de un subastador y un funcionario registrador, y estableciendo una garantía del precio en favor del vendedor. Además, reconocía a los comerciantes romanos los mismos derechos reconocidos a otros extranjeros. En el **segundo foedus**, del 348 a.C., se permite expresamente a los **romanos hacer y vender** en aquella parte de Sicilia gobernada por Cartago, con la misma libertad que un cartaginense.⁵⁷

2.4.2.- Cumplimiento espontáneo. Aunque no es propiamente un mecanismo de solución de conflictos, merece una especial mención la **espontaneidad en el cumplimiento** de las transacciones comerciales. Debido a la propia inercia y empuje que tiene el comercio, la gran mayoría de los negocios mercantiles se cumplen espontáneamente, reduciendo la necesidad de acudir a una instancia de resolución de conflictos. Al menos en el pensamiento romano, esto se debe en buena parte al **valor de la fidelidad**, que dota de contenido a los contratos y a las obligaciones que surgen de ellos, inclusive sin que se pacten expresamente;⁵⁸ que llega hasta nuestros días como el **prin-**

57 POLIBIO, *Historiae* (...), 3,22,8, -24,12.

58 A lo largo de los siglos se van desarrollando reglas de interpretación contractual derivadas del principio de la buena fe, como que lo pactado debe cumplirse, que ante la oscuridad de las palabras, debe elegirse la opción menos dañina, la más benéfica para las partes, la que conduzca al cumplimiento de la finalidad del contrato, etc.; así como reglas para la solución de

cipio de buena fe, y que el pueblo romano enarbola como una de las **principales banderas** de su expansión comercial.⁵⁹

Sin embargo, debe decirse también, que ese número –aunque reducido– de casos en los que no existe cumplimiento espontáneo, se quedan sin respuesta.

Ahora bien, en el **segundo tratado de Cartago** ante mencionado, se determinó que las violaciones al mismo no podrán resolverse mediante la venganza privada, sino que deberán considerarse como **crímenes públicos**, de lo cual puede deducirse que, al menos si este conflicto se produce en Roma, el magistrado que lleve a cabo el juicio público –quizás el *quaestor perduellionis*–, podrá sentenciar a quien vulnere un contrato celebrado entre un romano y un cartaginense, con alguna **condena corporal pública**.

2.4.3.- Juicio público. Se trata de un avance, el hecho de que pueda acusarse en público a quien, al incumplir un contrato de compraventa,

controversias, como el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual.

59 Al respecto, AULIUS GELLIUS nos narra lo siguiente, citando al jurista Sexto Cecilio, en *Noctes Atticae*, 20,1. En: Noches Áticas, trad. de Francisco Navarro y Calvo, El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1955 [*Noctes (...)*], p. 540:

“La práctica constante de todas las virtudes fue la que hizo pasar tan rápidamente al pueblo romano de la debilidad de su origen al esplendor de su grandeza. La virtud que mejor practicó fue la buena fe, siendo sagrada para él en las relaciones privadas lo mismo que en los asuntos públicos, llegando, por no violarla, hasta entregar a los enemigos ilustres cónsules. (...)

Nuestros padres quisieron establecer esta buena fe, no solamente en la reciprocidad de deberes, sino que también en las relaciones comerciales, y sobre todo en el préstamo, creyendo que la indigencia pasajera en que todos pueden encontrarse quedaría privada de socorros, si el deudor podía, con poco riesgo, burlar al acreedor.”

deba considerarse violador de un *foedus*, y que resulte indistinto si el acusado es romano o peregrino.

Sin duda, con este tratado se alcanza una solución menos brutal que la *consecratio*; sin embargo, esta solución propia del derecho arcaico **sigue siendo rudimentaria**, principalmente porque mediante la misma, **no puede hacerse cumplir el contrato**.

Por otra parte, cobran especial relevancia las **relaciones de *hospitium***, custodiadas por *Fides*, que se refieren propiamente a las relaciones de Roma frente a los peregrinos.

Existen casos de *hospitium publicum*, derivados normalmente de la celebración de un de un tratado internacional o *foedus*,⁶⁰ en donde se establecía esta relación entre Roma y los ciudadanos de otra nación, otorgando a éstos el derecho de residir libremente en territorio romano, el derecho de recibir hospedaje ya sea bajo el cuidado de una ciudad o de un particular, así como el derecho a recibir donativos públicos. Por otra parte, llegaron a existir casos de *hospitium privatum*, derivados normalmente de una concesión por parte del Senado, en favor de determinados ciudadanos de otra nación –por ejemplo, por prestar a Roma ayuda valiosa durante la guerra-; y a dichos ciudadanos se les conceden varios privilegios, como la exención de impuestos, así como también, el derecho a la hospitalidad.⁶¹

Este **deber de hospitalidad**, se encuentra no solamente en las figuras del *hospitium*, y también en las relaciones de amistad –*amicitia*- entre romanos y extranjeros, y tiene por objeto “el cuidado del huésped, pero se extiende además a la gestión de sus negocios, a la **tutela judicial**, y, en resumen, abarca en general la fidelidad.”⁶²

60 Vid. *Supra*, § 2.1.

61 PETRUCCI, *Curso (...)*, pp. 310 – 314.

62 FRITZ SCHULZ, *Principien des römischen Rechts*, 2ª Ed. inalterada, Duncker & Humboldt, Berlin, 2003; pp. 157 - 160. Para Schulz, el derecho civil romano

Es aquí donde podemos encontrar, en mi opinión, **otro mecanismo arcaico de resolución de conflictos** relativos a peregrinos, que parece haber sido muy común entre todos los pueblos de la antigüedad, pero que desde el punto de vista romano, tiene sustento en la buena fe.

En efecto, parece que en cumplimiento a los deberes de hospedaje, ya sea derivado de una figura de *hospitium* público o privado, o bien, de una relación de *amicitia*, el ciudadano Romano que fungiera como **anfitrión, podría haberse hecho cargo de los negocios de su huésped peregrino**, como si se tratara de un **patronato** o una clientela. El *patronus* o anfitrión protector (*Gastfreund*), se constituiría en **procurator**,⁶³ esto es, haría suyo el litigio, para litigarlo como ciudadano conforme a Derecho civil,⁶⁴ y posteriormente, tras recibir las **resultas del juicio, las transferiría** al peregrino que se encontrara bajo su protección.⁶⁵

no podría entenderse sin en el número y en la fuerza de los vínculos extra-jurídicos basados en la amistad, y para sostenerlo presenta un par de ejemplos, como el de la carta que Cicerón escribió a su mujer desde el exilio, diciéndole que podrá en lugar de vender sus bienes para superar la desgracia, se confiara en sus amigos, porque si éstos actuaban conforme a sus deberes, no le faltaría dinero. Asimismo cita la famosa frase del propio Cicerón, en *Laelius*, 6,22: “*non aqua, non igni, ut aiunt, locis pluribus utimur quam amicitia*” [nada es de más ayuda que la amistad, ni el agua, ni el fuego]. PAULO identifica este deber como el origen del mandato, y señala que de ahí deriva su esencia de gratuidad. D.17,1,4.

63 GAIUS, I.4.84.

64 FERDINAND WALTER, *Geschichte des Römischen Rechts. Bis auf Justinian*, Eduard Weber, Bonn, 1840, 54 s., 234 s. Según Ulpiano, “Procurador es el que administra asuntos ajenos por mandato del titular. (...) El valerse de un procurador es muy necesario para aquellos que no quieren o no pueden atender por sí mismos sus asuntos puedan demandar o ser demandados por otros.” D.3,3,1 pr., 2.

65 MAX KASER, *Derecho Romano Privado*, 2ª Ed., Reus, Madrid, 1982 [DRP], página 369.

2.4.4.- Representación procesal. Si esta hipótesis se admite, puede encontrarse aquí **otro paso importante** en la evolución hacia la superación del principio de personalidad. Los ciudadanos romanos, en uso de su propia capacidad, pueden **hacer suyos los litigios de los peregrinos, litigarlos** conforme al derecho civil, **y luego transferir las resultas** del juicio a los peregrinos, todo ello en obediencia a un deber de fidelidad derivado de una **relación recíproca** entre romanos y peregrinos, custodiada por la diosa *Fides*, quien otorga a dichas relaciones validez y fuerza obligatoria, y de la que surgen deberes de contenido específico, normalmente de cooperación y ayuda mutua.

Sin embargo, esta medida tiene como principal desventaja, que **no en todos los casos un peregrino encontrará un *patronus* romano** que litigue por él en cumplimiento a un deber de fidelidad.

3.- Creación del procedimiento formulario:

Debido a la falta de información de fuentes confiables, existe una discusión casi infranqueable acerca del **origen del procedimiento formulario**;⁶⁶ pero en mi opinión, su existencia debe encontrarse antes de la *Lex Aebutia* (ca. 130 a.C.), que parece versar precisamente sobre su aplicación.

Esta ley también es un misterio, y ha provocado grandes debates en cuanto a la fecha de su emisión,⁶⁷ y en cuanto a su contenido. Las únicas

66 JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, pp. 524 ss.

67 MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO compara dos procedimientos para determinar la fecha de la ley. Por una parte, se hace remisión a Ebucio, un tribuno de la plebe de la época de los Gracos, que probablemente fue el *rogator* de la ley; y por la otra parte, sigue el procedimiento de Girard, consistente en recoger todos los indicios históricos que demuestren que aún no existía la ley, de lo que resulta un período entre el 149 y el 123 a.C.; y de ambos concluye la probabilidad de que la *Lex Aebutia* sea aproximadamente del año

fuentes que la describen, las encontramos en las Institutas de Gayo, y en las narraciones de Aulio Gelio.

En esta última fuente, el noble erudito del s. II d.C. nos relata la conversación que tuvo con un jurista en el foro romano, a quien le preguntó sobre la antigua diferencia entre un asiduo y un proletario, a que se refiere la Ley de las XII Tablas;⁶⁸ y el jurista en un tono despectivo, respondió que “*la antigualla de las Doce Tablas vive aún, gracias a la Ley Aebucia, en las informaciones legales de las causas centunvirales, donde, en último caso, duerme.*”⁶⁹

Por su parte, en la primera fuente, el jurista Gayo afirma que dicha ley, en conjunto con las *Leges Iuliae (iudiciorum privatorum)*, abolieron las acciones de la ley, que gradualmente se habían vuelto impopulares, por las excesivas solemnidades (*nimia subtilitae*) de los antiguos creadores del derecho, que eran llevadas a tal extremo, que quien cometía el menor error, perdía el caso. Señala asimismo, que en dichas leyes, se estableció la posibilidad de litigar (de que litiguemos) mediante palabras adaptadas (*concepta verba*), es decir por fórmulas.⁷⁰

Existe **cierto consenso** en el sentido de que, tomando en cuenta que en la época de Cicerón **coexistían el procedimiento formulario y el li-**

130 a.C. *Casuismo y Jurisprudencia Romana (Responsa)*, II. Acciones y casos, 3ª Ed., Ediciones Académicas, S.A., Madrid, 2006 [CJR], p. 64 n. 59.

68 Se hace referencia a la regla según la cual, el asiduo (esto es, el terrateniente), sólo podía tener por *vindex* (un fiador que garantiza la presencia del demandado en el juicio) a otro asiduo; mientras que de un proletario, puede ser *vindex* quien quisiera serlo. Tab. I, 4.: *assiduo vindex assiduus esto. proletario iam civi quis volet vindex esto.*

69 GELLIUS, *Noctes* (...), 16,10, p. 452.

70 GAIUS, I, IV, 30. *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, último uel qui minimum errasset litem perderet. itaque per legem Aebutia, et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*

tigio por las acciones de la ley, puede presumirse que la Ley *Aebutia* permitió a los ciudadanos romanos,⁷¹ elegir el primero de manera alternativa a las segundas, al menos para ciertos supuestos,⁷² y que fueron las leyes *Iuliae Iudiciorum* las que abolieron definitivamente las acciones de la ley.⁷³

Esto explicaría que la *lex Aebutia*, que convierte algunos de esos juicios por fórmulas en *iudicia legitima* –pues la alternativa de acudir al procedimiento formulario se sostiene en una ley, y no en el *imperium* del magistrado–, haya sido tan bien recibida, al grado que a partir de su entrada en vigor, comenzaron a proliferar los juicios tramitados mediante el procedimiento formulario.

De las fuentes podemos obtener como conclusión, que en los litigios que eran sometidos a la jurisdicción del pretor urbano, existía una

71 Considero que Gayo usa el verbo *litigaremus* para referirse a los ciudadanos romanos. Esto, aun considerando las diferentes versiones del texto latino: *Litigaremus* según Kübler, corregido en el Código Veronés del anterior *litigatores*; *litigemus* según Krüger; pues ambas versiones indican el uso de la primera persona plural, de donde puede inferirse que Gayo se refiere a su propio *status civitatis*, es decir a los ciudadanos romanos. Vid. ZULUETA, *TIG*, Tomo I, p. 244.

72 GARCÍA GARRIDO, *CJR*, p. 64 n. 60. Este autor sostiene que la *Lex Aebutia* únicamente permitía a los ciudadanos romanos litigar por fórmulas, aquellos asuntos que anteriormente se litigaban mediante la acción de la ley *per conductionem*; es decir, las pretensiones *in personam* que versaran sobre cierta cantidad de dinero (*certa pecunia*) o sobre una cosa determinada (*certa res*). Entre otras razones para sostenerlo, señala que en el siglo II a.C., las obligaciones más frecuentes eran las derivadas de contratos de mutuo por cierta cantidad de dinero, y que por tanto, al abundar los litigios sobre dichas obligaciones, es natural que se simplificara el procedimiento para estas reclamaciones.

73 Esto, salvo en los casos en que se demande por el delito de *damnum infectum* y en los casos que resuelvan los centunviros, según relata el propio Gayo en I, 4, 31. Vid. ZULUETA, *TIG*, Tomo II, p. 215.

necesidad, hasta una avidez, por dejar atrás el decrepito sistema de las acciones de la ley, y usar el procedimiento formulario. Guarino⁷⁴ señala que inclusive, el pretor urbano ya había comenzado a desarrollar varios aspectos del derecho honorario, como los medios complementarios de su jurisdicción,⁷⁵ bajo la idea de que ésta no se deriva únicamente del *ius civile vetus*, sino de su *imperium*;⁷⁶ y que también ya había tenido la idea de tramitar juicios sustentados en su propio *imperium* (*iudicia imperium continentia*), además de los *iudicia legitima* tramitados con fundamento en la ley; pero que para ello afrontaba dos obstáculos: primero, las partes debían estar de acuerdo entre sí y con el pretor, de tramitar un juicio mediante un procedimiento semejante al que había introducido el pretor peregrino, y con base en reglas del *ius civile novum* –distintas y derogatorias del *ius civile vetus*–; y segundo, que el *iudex* debía emitir su sentencia antes de que el pretor en turno terminara su cargo anual. Esto evoca la siguiente pregunta: ¿por qué ante el pretor urbano existían obstáculos para emplear un procedimiento sustentado en el *imperium* del pretor, y no para el pretor peregrino?

La respuesta más verosímil⁷⁷ es que fue el pretor peregrino quien creó el procedimiento formulario, precisamente para cumplir con el

74 GUARINO, *Storia* (...), § 22,139, pp. 309 ss.

75 Se trata de órdenes que da el pretor, principalmente para que los juicios se desarrollen en mejores condiciones de eficiencia y orden, como los *interdicta*, las *in integrum restitutiones*, las *missiones in possessionem*.

76 De la diferencia entre estas dos fuentes del derecho, nace la distinción entre derecho civil y derecho honorario: las reglas de conducta derivadas de las antiguas *mores*, esto es, del derecho consuetudinario de las familias y gentes que fundaron la ciudad, plasmadas posteriormente en la Ley de las XII Tablas, son *ius civile (vetus)*; mientras que las reglas de conducta generadas por disposición de uno de los magistrados de la república, que en su conjunto heredaron el *imperium* del *rex* cuando se abandonó la monarquía, constituyen el *ius honorarium*.

77 JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, p. 525.

encargo para el cual fue creado, que era ejercer la *iurisdictio* entre peregrinos, y entre éstos y los ciudadanos romanos.

Esta hipótesis parece encontrar confirmación en las **características que distinguen** a los juicios legítimos de los juicios fundados en el *imperium*, que subsisten en la época de Gayo, pues las características distintivas son las que hacen estos últimos juicios **más accesibles a los peregrinos**: que una de las partes o el propio juez sea peregrino, que se pueda llevar más allá de la primera milla alrededor de la ciudad, y que en lugar de un *iudex unus*, pueda someterse la etapa *apud iudicem* a un colegio de *recuperatores*.⁷⁸

En efecto, el pretor peregrino frecuentemente ordenaba el nombramiento de un **colegio de recuperatores** en lugar de un *iudex unus*, principalmente por la dificultad del juicio, pero también, por la **desconfianza** que podría generar en las partes, pertenecientes a diversos países, el sometimiento de su causa a un juez que no fuera de su propia nacionalidad.

La hipótesis también explica que el pretor peregrino tuviera mayor libertad para implementar *iudicia imperium continentia*, pues los peregrinos no tenían acceso a los *iudicia legitima*, y esto explica también, que el procedimiento formulario desde su forma más básica, aunque estaba creado a semejanza de los modelos de las acciones de la ley, tenía una **primera gran diferencia: carecía de formalidades** religiosas y solemnes que condicionen su validez; y precisamente **por eso es accesible** no solo a los ciudadanos romanos, sino también a los peregrinos.⁷⁹

78 I. 4, 104, -105 y -109.

79 En este sentido KASER, *DRP*, página 356: “Este procedimiento no se limita en su aplicación personal a los ciudadanos romanos, sino que es también accesible a los peregrinos. Fue tal vez creado para los litigios habidos entre romanos y peregrinos o entre peregrinos, y tuvo su cumplido desarrollo en la práctica del *praetor peregrinus* creado en el año 242 a. de J.C. al lado del hasta la fecha único pretor.” El propio KASER, en *RRG*, § 31, I, 3, p. 136, señala

El resultado es un procedimiento en el que el pretor peregrino ofrece su jurisdicción, no para imponer un derecho aplicable, pues no existía tal; sino más bien para facilitar un medio para encontrar y aplicar un criterio resolutorio razonable y equitativo, siempre y cuando las partes se sometieran a su autoridad. Se trata de un procedimiento con la misma estructura bipartita del proceso civil romano; pero con las siguientes diferencias:⁸⁰

3.1.- Es arbitral, en cuanto las **partes no están obligadas a someterse** a la jurisdicción del pretor peregrino, ni a acogerse a la “regla de juicio” que él propusiera. Sin embargo, en la mayoría de los casos las personas accedían a este servicio público, sobre todo los extranjeros, pues la alternativa normalmente implicaba la imposibilidad de resolver el conflicto, haciendo valer razones propias. Además, dicho sometimiento se da al final de la etapa *in iure*, al momento de firmar la *formula*,⁸¹ que es el documento en el que se contiene la esencia de la Litis y las instrucciones de cómo el juez debe resolverla; lo cual **permite a las partes conocer** la forma en que podrá resolverse el juicio, y con base en ello **decidir si se someten al mismo**.

que el procedimiento formulario se origina en la jurisdicción para los peregrinos, o al menos fue impulsada por dicha jurisdicción de manera esencial.

80 Esta interpretación es de GUARINO, *Storia (...)*, § 139, p. 302.

81 Este momento es equivalente a la *litiscontestatio*, que en el sistema de las acciones de la ley era un acto final en el que el actor recita al demandado (o a petición del actor, el pretor dicta al demandado) el *iudicium*, esto es, el criterio –elaborado durante la etapa *in iure* tras una extensa discusión y sucesivas argumentaciones– con base en el cual debía dictarse una resolución, en un sentido o en otro; y el demandado aceptaba el *iudicium* frente a testigos. Este acto, que se denomina “*dictare et accipere iudicium*”, posteriormente será por escrito, en un documento llamado *formula*, que precisamente da su nombre al procedimiento formulario.

3.2.- ES ARGUMENTATIVO. El pretor no decreta una solución indelegable, sino que colabora con las partes en la investigación y el diseño del criterio resolutorio contenido en la fórmula. Esto lo convierte en el único procedimiento romano de aquella época, en que se litiga por los argumentos, y no por la vigencia personal del derecho de la nación a que pertenezca alguna de las partes, como se ha señalado (principio de personalidad), o del cumplimiento de solemnidades sagradas. Para lograrlo, el Pretor Peregrino dispone un **parámetro argumentativo en tres gradas**:

- a) **Primero**, se reconstruye la regulación concreta a la cual las partes alegan que hubieran querido atenerse. Esto da origen a un **método asociativo**,⁸² que caracterizará a la posterior jurisprudencia clásica: se invoca un ordenamiento jurídico, un precedente, una opinión de algún jurista emitida en otro juicio, etc.
- b) **A continuación**, se realiza una **inducción**, para determinar si acaso y en qué medida, esta regulación invocada por las partes podría ser **compatible con la *bona fides***; y
- c) **Por último**, se lleva a cabo una **deducción**, para diseñar la “**regla de juicio**” más adaptada para la resolución del caso concreto sometido a jurisdicción.

3.3 Es PRIVADO. El juicio no se decide por el magistrado en la etapa *in iure*, sino que se **encomienda** en la etapa *apud iudicem*, a un ***iudex* o *arbiter*** –generalmente un **panel de recuperatores**–, que no son funcionarios públicos, y que emiten la *sententia*, adoptando una de las opciones que el pretor haya plasmado como *iudicium* en la *fórmula*.

82 KASER, *RRG*, p. 172.

4.- Configuración del nuevo *ius gentium*:

Observemos a continuación cómo se pone en práctica el procedimiento diseñado por el pretor peregrino.

Para dar inicio a un *iudicium legitimum*, debía llevarse a cabo cierto acto solemne, al cual en el lenguaje arcaico, se le llamaba *actus* o *actio*, y que si se practicaba correctamente, tenía como efecto lograr la ejecución de una sentencia (*manus iniectio*) o de algún otro derecho indubitable (*pignoris capio*), o bien, para lograr la decisión de un punto controvertido (*sacramentum*, *postulatio iudicis* o *condictio*), y como dichas solemnidades estaban establecidas en alguna ley –al menos a partir de la emisión de la Ley de las XII Tablas-, se les llamó **acciones de la ley**, *legis actiones*. En este sentido, una *actio* es “*aquel[...]* acto[...] *con [el] que se constituye y se introduce un juicio ante el magistrado, que después deberá, según los casos, decidir o remitir al juez*”.⁸³

Este significado de la palabra *actio*, es al que se refiere siglos después Justiniano como *el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se nos debe*,⁸⁴ esto es, como una herramienta procesal que sirve para dar inicio a un juicio, y que en nuestro lenguaje actual podríamos definir como un **derecho adjetivo** cuyo ejercicio, permite a su titular el **acceso al servicio público de administración de justicia**.

83 Ver la definición y la explicación del significado de la palabra, en VITTORIO SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano, Ejercicio y Defensa de los Derechos*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 96. Es especialmente interesante la definición elaborada por este autor, que tras advertir que la palabra tenía muchos significados, señala que “(...) *la palabra a c t i o (...)* puede significar (...) *en el antiguo sistema de las l e g i s a c t i o n e s, sobre todo aquella parte del procedimiento que se desarrollaba ante el magistrado antes de acudir a presencia del juez; a c t i o entonces viene a contraponerse a i u d i c i u m, que es la segunda parte del desarrollo del proceso.*”

84 JUSTINIANO, *Institutiones*, 4.1.

Desde esta perspectiva, considero que la libertad que de pronto alcanzó el pretor peregrino para implementar *iudicia imperium continentia*, gracias a su creciente *auctoritas*,⁸⁵ debió implicar a su vez una plena libertad sustentada únicamente en su *imperium*, para **admitir que los peregrinos, en lugar de ejecutar una *actio* llena de solemnidades inaccesibles para ellos, pudieran ejercer la *actio*, simplemente solicitando que les diera juicio, mediante la descripción de su pretensión jurídica;** y aunque quizás al principio, el pretor también requirió ciertas formalidades en la expresión de esas palabras –las *concepta verba*, o “palabras adaptadas” a que se refiere Gayo-⁸⁶ este cambio es el primer paso hacia una de las principales características del procedimiento formulario, y que consiste en que **la razón por la que el pretor otorga o deniega una acción, así como el contenido de la fórmula que se elabore en relación con la misma, radica principalmente en el contenido de los argumentos** de las partes, en el análisis del fondo jurídico contenido en el caso práctico a resolver, y no en el cumplimiento de requisitos formales.

Este podría ser el origen, a su vez, de **otra de las características** del sistema formulario, en el que no solamente existen cinco acciones para dar comienzo a cinco tipos de procedimiento, dentro de los cuales pudieran hacerse valer respectivamente todas las pretensiones que pudieran ser materia de un juicio, sino **que existe una *actio* para cada pretensión**, diseñada precisamente en función de su contenido.

Sabemos que en su versión más desarrollada, este aspecto del procedimiento formulario funciona a través de la inclusión de cada *actio* –y otras herramientas procesales- en el edicto del pretor. Así pues, si es creíble la teoría según la cual, dicho sistema procesal nació en manos

85 La autoridad es un conocimiento socialmente reconocido. En el caso del pretor peregrino, la capacidad de impartir jurisdicción de manera conveniente para quienes tienen un conflicto.

86 En opinión de JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, pp. 524, las *conceptae verba* del nuevo procedimiento formulario, al principio no necesariamente eran menos peligrosas o fastidiosas que las *carmina* del sistema de las *legis actiones*.

del pretor peregrino, no es difícil suponer que **quizás las primeras acciones se publicaron en el edicto del pretor peregrino**, porque al menos aquellas fórmulas relacionadas con acciones que condujeran a juicios entre peregrinos o entre éstos y ciudadanos romanos, se contenían exclusivamente en el edicto peregrino.⁸⁷

Entonces, **quizás la primera *actio*** que se estableció en el edicto del pretor peregrino, fue la *actio ex stipulatu*, para el nuevo procedimiento accesible a romanos y extranjeros por igual, para hacer valer obligaciones derivadas de la *stipulatio*.⁸⁸ Se habla incluso de una *stipulatio iuris gentium*, esto es, aquel antiguo contrato originalmente reservado a los ciudadanos en forma de *sponsio*, pero que al sustituir el verbo sacramental por otro equivalente no sacramental, se había hecho accesible a los peregrinos.⁸⁹

87 „Nahe liegt aber die Vermutung, dass allein im Album des Peregrinenprätors diejenigen Formelbildungen standen, die auf die Prozessführung von und mit Peregrinen berechnet waren. ...“ OTTO LENEL, *Das Edictum Perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2ª Ed. mejorada, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1907, Cap. 1, Einleitung, p. 3.

88 GUARINO, *Storia* (...), § 140, p. 304. Ver también KUNKEL, *Historia* (...), § 5, I, pp. 75 ss; y ÁLVARO D'ORS, *DPR*, § 74, p. 118. Según este último autor, la prueba de la existencia de una fórmula derivada de una *stipulatio* entre extranjeros, antes de la *Lex Aebutia*, podría encontrarse en *Rudens*, la comedia de TITUS MACCIUS PLAUTUS (254 a.C. – 184- a.C.). He aquí el pasaje:

DÉMONES: ¿Por qué se comprometió a darte el dinero?

GRIPO: Él juró darme un talento de plata bien pesado si conseguía devolverle la posesión del baúl.

LÁBRAX: Designa a algún representante para ir al juez. [1380] A ver si tú has estipulado con mala fe o si yo tengo ya veinticinco años.

GRIPO: (Señalando a DÉMONES.) Trata con éste.

LÁBRAX: Tiene que ser otro.

DÉMONES: (A LÁBRAX.) ¡No voy a permitir que te lleves el baúl antes de comprobar que éste (Señalando a GRIPO.) es culpable! ¿Le prometiste el dinero?

LÁBRAX: Lo admito.

89 KASER, *RRG*, § 31, I, 2, c), p. 136, 137.

Este acto del pretor peregrino, quizás por primera vez, constituye un **paso gigantesco** en la evolución histórica hacia el surgimiento del derecho de gentes (*ius gentium*), pues el magistrado actúa dentro de su competencia formal, ejerciendo el *ius edicendi*⁹⁰ para establecer una disposición basada en su *imperium* (por lo tanto de *ius honorarium*, y no de *ius civile*), pero con las siguientes innovaciones:

- (I) LEGITIMACIÓN AD PROCESSUM. El pretor admite la **capacidad jurídica plena de los peregrinos** para acceder a la jurisdicción. El pretor peregrino quizás se atrevió a esto, por el probable antecedente histórico de que se admitiera a los extranjeros a participar en un juicio derivado de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, y es posible que los primeros juicios ante el pretor peregrino no hayan sido muy distintos de aquel precedente. Quizás la diferencia fuera que el peregrino podía actuar también como actor, y no solamente como demandado.
- (II) LEGITIMACIÓN AD CAUSAM. El pretor, ya de manera oficial, reconoce en su edicto la **capacidad jurídica del peregrino para celebrar válidamente el contrato** —lo cual seguramente era una práctica de mucho tiempo atrás—, pues de lo contrario no procedería el juicio. Además, la validez de dicho contrato no se sustenta ya en el pronunciamiento de una *carmen* (el verbo *spondere*) sino en el pronunciamiento de un verbo cualquiera, que significara la promesa o compromiso de obligarse, en lengua común (como *promittere*) o inclusive en una lengua extranjera; con lo cual queda plasmado expresamente en el edicto del pretor peregrino, que el sustento de los derechos y obligaciones derivados del contrato, de manera clara y abier-

90 El *ius edicendi* es la prerrogativa de todo magistrado de la república, para emitir un edicto, que es un documento que inicialmente sirve para rendir cuentas sobre el desempeño de su encargo, pero también para determinar las órdenes que imparta y que cobran vigencia durante dicho encargo.

ta, ya no es la voluntad de los dioses, sino la voluntad de los contratantes.

Quisiera precisar este último punto. La admisión de la *actio ex stipulatu* ejercida por un peregrino, no significa que el pretor peregrino haya logrado la laicización del derecho contractual de la noche a la mañana. El proceso de separación entre *fas* y *ius* es una evolución de varios siglos. Lo que sucede es que como se ha precisado,⁹¹ el acuerdo de voluntades en que se sustentan algunos contratos, el *consensus*, está protegido por la diosa *Fides*; y como esa diosa regula las relaciones de *amicitia* entre romanos y extranjeros, es con base en dicha protección, que los contratos adquieren validez. Es cierto que la estipulación es un contrato verbal, y como tal, su existencia se perfecciona con el pronunciamiento del verbo solemne, pero es importante observar que ese verbo ya no es un *carmen*, un encantamiento que hace descender a los dioses para que produzcan el efecto jurídico, sino que se trata de una formalidad, para manifestar un acuerdo de voluntades. En otras palabras, en la ideología romana, la diosa *Fides* desciende no porque se le invoque con una palabra sagrada, sino porque su perenne intención es **cuidar el cumplimiento de la palabra dada**, ese valor de *fidelitas* que otorga a los romanos esa fama que les permitió relacionarse comercialmente con peregrinos, con una expansión exponencial.

Pero la *stipulatio* no fue la única forma contractual con los peregrinos, por lo que el siguiente paso, quizá fue la **creación e inclusión en edicto peregrino, de las acciones *empti*, *venditi***, esto es, las derivadas de la compraventa (*emptio venditio*); seguidas de las *acciones pro socio*, *locati*, *conducti*, y *mandati*, esto es, aquellas derivadas de la sociedad (*societas*), del arrendamiento (*locatio conductio*) y del mandato (*mandatum*),⁹² o al menos de una primera versión rudimentaria de las mismas; pues se trata de negocios contractuales **consensuales**, que no tienen su

91 Vid. § 2.4.

92 GUARINO, *Storia* (...), § 140, p. 304.

antecedente en una figura del *ius civile* romano, sino que fueron surgiendo espontáneamente en la práctica comercial entre romanos y peregrinos.

Ahora bien, la referencia más antigua que se tiene de estas acciones en las fuentes,⁹³ se remonta a la época de Quinto Mucio Scaevola –jurista republicano, cónsul en 95 a.C.-, y para entonces ya eran acciones civiles.⁹⁴ Sin embargo, esto se debe a que con fundamento en la *lex Aebutia*, el pretor urbano concedió estas acciones ya como *iudicia legitima* para pleitos entre romanos, pero se tiene noticia de que cada una de estas acciones tuvo su origen en el derecho de gentes.⁹⁵

Así, según Paulo, la compra y el arrendamiento son de derecho de gentes, y por eso pueden contraerse mediante el mero consentimiento;⁹⁶ y según Gayo, lo es también la sociedad –siempre que, igualmente, se contraiga por el mero consentimiento-.⁹⁷

93 Cic. de off. 3,17,70. *Por cierto, Q. Escévola, pontífice máximo, decía que suma fuerza había en aquellos arbitrios en los cuales era añadido "según la buena fe", y existimaba que el nombre de la buena fe manaba latísimamente, y que él se encontraba en las tutelas, las sociedades, los fideicomisos, los mandatos, las cosas compradas, las vendidas, las alquiladas, las colocadas, en las cuales se contenía la sociedad de la vida; que en ellas el estatuir la necesidad era de un magno juez, principalmente cuando en la mayor parte, existieran juicios contrarios, qué era oportuno que cada uno garantizara a cada uno, por lo cual las astucias deben ser quitadas, y la malicia, por cierto, parezca que ella es prudencia, pero está ausente y dista muchísimo de ésta.*

94 ZULUETA, *TIG*, Tomo II, p. 147.

95 Vid. i.a. Hermog. 1 iur. Epit.: *Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se elevaron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos, y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil.* En D. 1, 1, 5.

96 D. 18, 1, 2., D. 19, 2, 1.

97 I. 3, 154.

Por lo demás, existen referencias a la celebración de estos contratos consensuales de buena fe, desde inicios de la república; pues como se ha señalado, los tratados primero y segundo que Roma celebró con Cartago hacían referencia expresa al contrato de compraventa entre romanos y cartagineses.⁹⁸

Si esta interpretación es correcta, estamos ante la **primicia de las acciones *in factum conceptae***, esto es, inspiradas en los hechos del caso, y no en algún juicio que hubiera podido tramitarse bajo el antiguo sistema de las acciones de la ley; y además, de las **primeras acciones que dieron origen a *bona fide iudicia***, esto es, a juicios en los que el objeto de la eventual condena se basará en deberes derivados de la responsabilidad del deudor, a los que se hace referencia como *dare facere oportere ex fide bona*.

En mi opinión, esto es un gran paso evolutivo en el sistema procesal romano,⁹⁹ pues otorga al juez un **margen de acción mucho mayor** para adaptar distintos tipos de conocimiento y procesamiento de información al caso concreto: ya no tiene que limitarse a sentenciar conforme a lo que el magistrado define como la responsabilidad civil que puede atribuirse al demandado (el *oportere* del *ius civile*), sino que debe sentenciar, en caso de condena, a **todo aquello que según la buena fe, el demandado debe dar o hacer** (*quidquid dare facere oporteret ex fide bona*).

98 Ver § 2.4.

99 Cfr. JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, p. 525. En esta obra parece sostenerse que el cambio inicial en el momento de la creación del procedimiento formulario, se reduce en realidad a una estilización objetiva del programa procesal y su integración en el documento en el que se empodera al juez para resolver, lo cual sustituye la *litiscontestatio*, que consistía en la transmisión oral de dicho programa que realizaban los testigos que habían presenciado la etapa *in iure* ante el magistrado, ante el juez, en la segunda etapa del juicio, *apud iure*.

Si añadimos a esto, que en su mayoría estos juicios se someten al arbitraje de un panel de *recuperatores*, cobra mayor importancia facultad, que no tenía antes ningún juez, pues el resultado es la **aplicación de una fuente mutable del derecho**, que puede derivar de la valoración de lo acordado por las partes, de su comportamiento,¹⁰⁰ de los usos y costumbres de un lugar, de los criterios objetivos de honestidad y rectitud derivados de la practica mercantil,¹⁰¹ o los criterios de *fidelititas* que se derivan del principio de la buena fe, que dota de contenido a los contratos surgidos espontáneamente de la práctica comercial entre romanos y extranjeros,¹⁰² y que se va desarrollando a lo largo del tiempo.

Llegamos, a partir de todo lo anterior, a la cuestión sobre qué es el *ius gentium*. Hay que tomar en cuenta que en la paralela historia del mundo oriental, se había producido un **derecho panhelénico**, y más, una **idea estoica de un derecho natural** aplicable a todos los seres humanos y en todos los lugares. Este derecho se basa en la afinidad de todos los ordenamientos jurídicos griegos, y evolucionó en la práctica de manera sumamente elástica, caracterizándose por el uso de la escritura para los negocios jurídicos de importancia, y que había simplificado el tráfico jurídico precisamente con el comercio de ciudadanos de comunidades diversas.¹⁰³

Un par de siglos después de la aportación del pretor peregrino, Cicerón se hizo esa pregunta, y crea una categoría con todas las instituciones accesibles a los peregrinos, **llamándola *ius gentium***, señalando que a diferencia del *ius civile*, es aplicable a todos los pueblos. Cicerón sostiene que el *ius gentium* se hace descansar en la *naturalis ratio*, y bajo esta perspectiva tiene un encuentro con el *ius naturale*.¹⁰⁴

100 GUARINO, *Storia* (...), § 139, p. 302.

101 Ver § 2.3.1.

102 Ver § 2.4.2.

103 KUNKEL, *Historia* (...), § 5, I, pp. 75 ss.

104 CIC. *de off.*, 3, 17, 69. Interpretación en KASER, *RRG*, § 31, I, 2, c), y II, p. 137, 138.

Esta explicación es entendible viniendo de Cicerón, que además de abogado era filósofo, y le interesaba mucho el estudio de la metodología empleada por sus amigos juristas. Además, es más fácil ver desde fuera, para quien no es jurista, el evidente surgimiento de un derecho supranacional, y llamar *ius gentium*, al conjunto de nuevas instituciones creadas gracias a la actividad del pretor peregrino. Sin embargo, coincido con Guarino, cuando señala que **para los juristas contemporáneos**, en cambio, no se trata sino de un nuevo sector particular del derecho civil romano; y que a pesar de que posteriormente, los juristas clásicos tratan estas instituciones dentro de un nuevo plano jurídico, siguen entendiendo que se encuadran **dentro del *ius civile Romanorum***, y muy pronto aplicables también a negocios análogos entre romanos, a los que el pretor urbano permitió elegir entre el sistema de las viejas acciones de la ley, o bien, al procedimiento más flexible inventado por el pretor peregrino.¹⁰⁵

Esto es, en mi opinión el *ius gentium* no es un derecho para extranjeros, ni un derecho concebido en la razón natural, o en algún otro concepto filosófico abstracto. Se trata de un conjunto de acciones creadas por el pretor –las primeras de ellas, según la hipótesis de este trabajo, por el pretor peregrino-, que por tanto son parte del sistema jurídico romano –que tratándose de las acciones de buena fe, admite un enriquecimiento con elementos de derecho extranjero para la valoración judicial-, pero que a través del procedimiento formulario, es accesible a extranjeros y romanos por igual.

5.- Canales abiertos por el legado del Pretor Peregrino:

Si lo hasta aquí expuesto es cierto, creo que el **legado que nos deja el pretor peregrino** es invaluable, pues combinando elementos culturales muy valiosos, madurados a través de los siglos en la experiencia jurídica

105 GUARINO, *Storia* (...), § 140, p. 303.

romana (2.1.1. los *foedera* integradores, 2.2.1. la apertura de las instituciones y del procedimiento civil, 2.3.1. el arbitraje de los *recuperatores*, y 2.4. el principio de la buena fe), logró establecer un **procedimiento innovador, accesible a romanos y extranjeros** (elemento internacional), que serviría por una parte como un **vaso comunicante entre la experiencia romana, y los ordenamientos o costumbres locales** de otras naciones, interpretadas y aplicadas mediante el principio de la **buena fe como eje guía** (elemento unificador del derecho), estableciendo la base para la posterior expansión del servicio de administración de justicia o *iurisdictio* **para que fuera accesible** en cualquier lugar del territorio romano (elemento regional).

Por otro lado, y en mi opinión de manera más importante, el sistema procesal que fue fruto de la labor del pretor peregrino, fue **tierra fértil para la labor jurisprudencial** del derecho clásico, porque dio la pauta para que los juicios pudieran resolverse con base en la argumentación.

Creo por lo tanto, que sin el legado del pretor peregrino, no podría hablarse de la jurisprudencia clásica, y por consiguiente, tampoco de la compilación justiniana, que fue el puente que comunicó la alta Edad Media con la baja Edad Media, y sin la cual, por ende, tampoco hubiera existido la escuela de los Glosadores y Postglosadores, el fenómeno de la recepción del Derecho Romano en toda Europa, el humanismo, la escuela del Derecho Natural, la Codificación europea y del resto del mundo románico, incluyendo a América Latina, y a la postre, la Unificación del Derecho Europeo.

Bibliografía:

- Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- Cerami, Pietro –Di Porto, Andrea –Petrucci, Aldo, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*. 2ª Ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2004.
- de Zulueta, Francis, *The Institutes of Gaius*, 1ª Ed., at the Clarendon Press, Oxford, 1946.

- D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 9ª Ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1997.
- García Garrido, Manuel Jesús, *Casuismo y Jurisprudencia Romana (Responsa)*, II. *Acciones y casos*, 3ª. Edición, Ediciones Académicas, S.A., Madrid, 2006.
- Grosso, Giuseppe, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5ª Ed., Giapichelli Editore, Torino, 1965.
- Guarino, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, 12ª Edición, Editore Jovene, Napoli, 1998.
- Jörs, Paul, Kunkel, Wolfgang, y Wenger, Leopold, *Römisches Recht*, 2ª Ed., Springer-Verlag, Gießen, 1987.
- Kaser, Max, *Derecho Romano Privado*, 2ª Ed., Reus, Madrid, 1982.
- Kaser, Max, *Römische Rechtsgeschichte*, 2ª Ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993.
- Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la 4ª Ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.
- Lenel, Otto, *Das Edictum Perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2ª Ed. mejorada, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1907.
- Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2a. Ed. inalterada, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1960.
- Mommsen, Theodor, *Römische Geschichte*, 9a Ed., Deutsche Buch-Gemeinschaft G.M.B.H., Berlin, 1902.
- Petrucci, Aldo, *Curso de Derecho Público Romano*, Porrúa, Ciudad de México, 2018.
- Schulz, Fritz, *Principien des römischen Rechts*, 2a. Ed. inalterada, Duncker & Humboldt, Berlin, 2003.
- Scialoja, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano, Ejercicio y Defensa de los Derechos*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- Walter, Ferdinand, *Geschichte des Römischen Rechts. Bis auf Justinian*, Eduard Weber, Bonn, 1840.

**Segunda Parte:
Historia del Derecho
(Derecho común).**

