

4. EL PROCEDIMIENTO.

4.1. La defensa de los derechos.

En el procedimiento civil romano se dan naturalmente los dos componentes que inciden siempre en la organización procesal de la defensa de los derechos. Por un lado el elemento privatístico, el interés particular del titular, representado en la acción y por otro la intervención política del órgano adecuado.

Se puede afirmar que en el litigio romano clásico y que entendemos como más representativo, se manifiesta con mucha más primacía lo privado que lo público. Solamente en los últimos años del proceso romano, en el llamado procedimiento cognitorio se invierten los términos y la presencia política y estatal en el litigio empieza a ser lo más importante.

Históricamente, el procedimiento civil presenta dos épocas perfectamente diferenciadas:

I. A la primera, importante y larga, se le designa con el calificativo de *ordo iudiciorum privatorum* y a la segunda, cronológicamente más tardía y breve, se le conoce con el nombre de procedimiento cognitorio. Dentro del *ordo iudiciorum privatorum*, cuyo inicio podríamos remontarlo a épocas precívicas, cabe distinguir a su vez como dos períodos o sub-épocas.

En primer lugar, el sistema de las acciones de la ley, que constituye la más antigua manifestación arcaica y ritual del proceso romano, pero donde ya tomó éste su tipicidad y sus grandes líneas maestras y más tarde, abriendo la época preclásica, el procedimiento formulario o *per formulas*, donde se despliega para siempre toda la estructura jurídica del Derecho clásico. Esta segunda parte del *ordo iudiciorum privatorum* vendría a coincidir con los siglos más brillantes de la jurisprudencia romana, extendiendo su vigencia incluso en el alto Imperio.

II. A la segunda parte de la historia procesal romana, la ocupa el procedimiento cognitorio al cual se le califica también como procedimiento *extra ordinem* o extraordinario, sin que esta última denominación lleve implícita ninguna significación que pudiera entenderse como algo anormal o excepcional.

4.2. Protección jurídica extraprocesal.

Como medios complementarios al sistema romano de las acciones existieron otros instrumentos procesales que no se basaron en el ius iudicium del magistrado, sino en su imperium, con la finalidad principal de evitar un pleito y, si esto no era posible, cuando menos servirían para preparar mejor y garantizar la eficacia de la controversia futura.

No intervenía el juez sino solamente el magistrado y se trataba de procedimientos fuera del iudicium. Estos medios de protección jurídica extraprocesal fueron: interdicta, missiones in possessionem, estipulaciones pretoriae y restitutio in integrum.

a) Los interdicta eran órdenes de carácter provisional cuya validez definitiva dependía de la veracidad de las alegaciones presentadas por su solicitante. En consecuencia, no protegían derechos, sino situaciones jurídicas. En múltiples ocasiones evitaban un juicio, en otras lo preparaban.

Datan de fecha anterior a la Lex Aebutia, y surgieron para proteger a los vectigalistas (arrendatarios del ager publicus), puesto que no podían ejercitar la reivindicatio, por no ser propietarios.

El interdicto podía tramitarse bajo dos modalidades: per sponsionem y per arbitrium in factum conceptam. En la primera variante se realizaban tres estipulaciones, cada una de las cuales era recogida por una fórmula diferente.

Tratándose de interdictos restitutorios o exhibitorios, cabe la tramitación arbitraria, en la que el juez invitaba al reus a acatar la orden, actuando de conformidad con ella, antes de proceder a la condena en dinero.

Según el contenido, los interdictos pueden ser prohibitorios, restitutorios o exhibitorios. Por el plazo de solicitud, los edictos se clasifican en temporales (un año) o perpetuos. Por el objeto protegido, hay interdictos profanos o sagrados.

b) Las missiones in possessionem consistían en autorizaciones del magistrado a favor de un tercero para que se apoderara de los bienes e otra. Se trata de medidas coactivas para rectificar conductas casi delictivas y no leales. Eran

situaciones ante las que se utilizaba esta medida: la no comparecencia en juicio por el demandado, el mal comportamiento en el pleito de una de las partes, el fallecimiento del deudor sin haber dejado herederos, el propietario de una finca ruinosa colindante a otra que no prestaba la debida caución para el caso de que el daño se produjera.

Podía ocasionar tal medida la entrega de todos los bienes de una persona, como sucede en la que se hace al acreedor respecto a los bienes del deudor insolvente, o bien, la entrega de bienes particulares y concretos.

c) Las *stipulationes pretoriae*, que eran contratos verbales en los que el pretor obligaba a realizar a las partes procesales compromisos relativos a comportamientos futuros. Se trataba, pues, de proteger situaciones futuras sin cobertura procesal.

Podían ser judiciales, cuando pretendía garantizar el resultado de un pleito o un acto del mismo - por ejemplo: para asegurar la devolución de la cosa con los frutos producidos en el intervalo; para asegurar la asistencia del juicio- y también podían ser extraprocesales –*rem pupillos salvam fore-*, para cuyo desarrollo hay que remitirse a la figura del usufructo, la propiedad o la tutela respectivamente.

Una vez realizada la *stipulatio*, si era incumplida, surgía una acción dirigida a exigir su cumplimiento –*actio ex stipulatu-*.

d) La *restitutio in integrum*, que constituyó la manifestación radical del *imperium* del magistrado con el fin de evitar las consecuencias injustas fruto del rigor exacerbado del *ius Civile*, de tal manera que se tenían por no celebrados determinados actos y quedan sin efecto con carácter retroactivo sus posibles consecuencias, volviendo a su estado jurídico anterior. Para ello debían de concurrir los siguientes requisitos:

- a) Graves perjuicios ocasionados a una de las partes por el rigor del *ius Civile*:
- b) La existencia de una causa expresamente fijada en el interdicto que justificara la adopción de la medida; y
- c) La inexistencia de otro recurso para evitar los perjuicios causados.

4.3. El procedimiento formulario.

Una manera de conocer al procedimiento formulario es realizando un ejercicio comparativo entre esta clase de procedimiento y el procedimiento de las acciones de la ley, llegándose a concluir que coinciden en algunos puntos, aunque por otra parte, se diferencia en otros tantos.

El procedimiento de las acciones de la ley y el procedimiento formulario coinciden en lo siguiente:

a) La primera característica que podríamos señalar es sin duda conflictiva y polémica, ya que no todos los especialistas del proceso romano coinciden en la -misma. Se puede observar que, no obstante la presencia cada día más clara del elemento jurisdiccional dentro del proceso romano, la acción se manifiesta siempre, tanto en las viejas acciones de la ley como en el agere per formulas, como el elemento más importante y característico.

b) La segunda característica común a las acciones de la ley y al procedimiento formulario, la podríamos concretar en la trascendencia que en todo el ordo iudiciorum privatorum manifiesta la litis contestatio, verdadero punto neurálgico del litigio y eje central de toda su tramitación.

Esta misión esencial de la litis contestatio es una consecuencia del papel primordial que en el litigio juegan los intereses particulares de los litigantes, sobre cualquier otro elemento. Por lo mismo, la sentencia y su valor como afirmación jurídica que sirve de base a la futura ejecución, tiene su principal apoyatura en la litis contestatio, verdadero acuerdo o convenio privado que existe siempre en todo litigio.

c) La tercera característica del ordo iudiciorum privatum y sin duda la más representativa y básica radica en la curiosa bipartición del litigio en dos fases: la fase in iure y la fase apud iudicem. La primera, que constituye propiamente el inicio del litigio, está presidida por el magistrado iudicente, auténtico representante del poder político y del interés público que todo proceso de algún lleva implícito. En esta fase se concreta el asunto litigioso, la pretensión del actor y la vía procesal adecuada según los casos. Por el contrario, en la segunda parte

que está presidida por el iudex, cuyo carácter, tanto difiere de los jueces actuales, ha de tener lugar la prueba de los hechos como base para la futura sentencia.

Así como existen coincidencia también se dan divergencias entre los dos tipos de procesos, ellas son las siguientes:

a) En primer lugar, el sistema procesal de las acciones de la ley, como sucede con todo el ordenamiento romano arcaico, fue entendido de modo nacionalista y propio. Del mismo modo que la religión, la estructura familiar o el lenguaje, el pueblo romano como cualquier otro pueblo de la antigüedad entendió que todo aquel sistema de ritos y palabras, sacral y efficacísimo y que constituía un verdadero sistema organizado de litigios, sólo podía ser utilizado por los propios quirites ciudadanos romanos. Por el contrario, el procedimiento de las fórmulas, nació ya con un signo mucho más universal y en donde esta idea nacional y exclusivista había quedado totalmente superada por una sociedad múltiple y variada que exigía un tipo de proceso que fuese apto para todos. Tal vez incluso -al menos dentro de la teoría más tradicional-, el procedimiento formulario ideado por los pretores, viniera a la vida jurídica precisamente como una respuesta al estímulo social que supuso la insuficiencia de aquel viejo tipo arcaico de ordenamiento procesal apto tan sólo para los romanos y que fueron las acciones de la ley.

b) Otra gran diferencia entre los dos grandes sistemas procesales que constituyen el ordo iudiciorum privatorum la constituían sus respectivas exigencias formales. Así, mientras que las acciones de la ley presentan un formalismo rígido y peligroso, precisamente por su carácter eminentemente sacral, el procedimiento formulario ofrece ya unos requisitos de forma más humanos y más técnicos. Por lo mismo, al centrar el proceso antiguo el éxito de las reivindicaciones en el cumplimiento exacto del rito, todo podía quedar sin valor a causa del descuido o error más pequeño en el uso de las palabras y gestos, cosa que lógicamente no era tan grave en el procedimiento de las fórmulas desprovistas prácticamente de todo aquel viejo valor arcaico.

También en el litigio clásico, los litigantes debían someterse al cumplimiento de una serie de actos procesales, pero éstos no tenían ya un fundamento puramente

formal sino el propio de cualquier organización procesal, ya que la misma seguridad y garantía de los derechos en litigio requiere siempre un mínimo de actuación externa en cuya observancia radica precisamente la legitimidad de los actos litigiosos.

c) Finalmente, mientras las acciones de la ley se nos muestran dentro de su arcaísmo como un sistema pobre de acciones, el procedimiento formulario aparece ya, en sus orígenes, muy rico y con un gran espectro de posibilidades y vías procesales propias.

Frente al viejo sistema legal en donde cualquier reclamación tenía que ser necesariamente encajada en un par de acciones, el procedimiento formulario, aun partiendo históricamente de una analogación de las viejas acciones, logró un rico y amplísimo sistema de vías litigiosas tan variado y una base procesal tan extensa que a él prácticamente se le debe toda la admirable riqueza del Derecho romano clásico.

Abundando en el tema, hay que decir, que la pretura peregrina: Creada en 242 a. C., estaba dirigida al conocimiento de asuntos entre peregrinos y de éstos con los romanos, sin ajustarse al formalista sistema de las *legis acciones*, al que no accedían los no ciudadanos. El pretor con toda libertad, desarrolló un tipo de proceso que, en lo general, seguía el esquema de arbitraje obligatorio de las *legis acciones*, con sus dos etapas: la *in iure* y la *apud iudicem*.

En lugar de formulaciones solemnes, previa información, consulta, discusión y asentimiento de las partes, el pretor peregrino plasmó por escrito con las partes la controversia deducida de la institución romana y extendida a los peregrinos del principio de la *bona fides*.

De aquí la expresión de "*actuar per concepto verbal*", es decir, dar lugar al *iudicium* con palabras adaptadas en cada caso a la concreta controversia; ello, en contraposición con las *certa verba* (palabras determinadas), siempre las mismas, según la acción genérica que se ponía con el procedimiento de las *legis aetioms*. Se originó así la fórmula, alma del nuevo procedimiento que tomaría su nombre.

Cuando el pretor urbano fue incorporando en su *iurisdictio* las nuevas instituciones y criterios del *ius gentium*, consagrados en el tribunal del pretor peregrino, fue

imitando esas formas más libres, más funcionales, con que éste organizaba el proceso.

En especial, empezó a utilizar la fórmula en ocasión de juicios basados no en el *ius civile*"; en esos casos no debía emplear el rígido y sistema de las *legis actiones*, sometiendo a su *imperium* controversias sobre instituciones del *ius gentium*, pero en las que eran partes ciudadanos romanos que voluntariamente aceptaban aquel procedimiento *per formulas*.

Alrededor del 130 a.C. la *lex Aebutia* autorizó al pretor urbano a utilizar ese procedimiento, a pedido de las partes, también en todas las controversias sobre instituciones del *ius civile*. Las *legis acciones* cayeron rápidamente en desuso y en el nuevo procedimiento halló el pretor un más adecuado instrumento para una actividad jurisdiccional más libre de las formas y contenidos del viejo *ius civile*.

Hasta ese momento el pretor urbano se habría limitado a ejercer su *iurisdictio* en la nueva forma del procedimiento formulario sólo para tutelar relaciones jurídicas consagradas por el *ius civile* o fundadas en la *bona fides* como criterio obligatorio sancionado por su colega pretor peregrino. En ambos casos se trataba de normas ya existentes, consagradas antes de su intervención. Pero el camino estaba abierto para una más libre actuación: su *imperium* no estaba trabado por el formalismo de las *legis acciones* y de su arbitrio dependía la existencia y el contenido de la fórmula, que era ley para el juez.

El pretor, en posesión de todos los recursos procesales y extra procesales, se lanzará a una profunda renovación, creación y desarrollo de instituciones jurídicas que convertirá a la *iurisdictio* en la fuente más original del Derecho Romano.

Con la *denegatio actionis* y la inserción de *excepciones* paralizará pretensiones basadas en principios ya obsoletos o chocantes del viejo *ius*; con las *acciones ficticias* o las *acciones útiles* o las con transposición de sujeto extenderá a situaciones antes no previstas la aplicación de normas y existentes; por último, hasta podrá dar lugar, con las *formulae in factum conceptae*, a la tutela de relaciones hasta entonces no consideradas jurídicamente.

La decadencia de las *legis acciones* se patentizará con la *lex Iulia iudiciorum privatorum* de Augusto, que las suprime casi totalmente y las sustituye con el

sistema de las fórmulas, al que "legaliza" en el sentido de que, de ahí en adelante, todo juicio -sea basado en el antiguo *ius civile*, o en la *bona fides*, sea en una situación fáctica digna de tutela por razones de equidad- será considerado *iudicium legitimum*, siempre que se den estas tres condiciones –no de fondo, sino de forma procesal-:

- 1) Que las partes sean ciudadanos romanos,
- 2) Que se celebre en Roma y,
- 3) Que el arbitraje se someta a un único juez.

(Gayo, IV, 30):

Pero todas estas "legis acciones" se volvieron odiosas en forma paulatina, pues a causa de la precisión exagerada (ex nimia subtilitate) de los antiguos que en ese entonces crearon estos derechos (iura), llegó esto a tal punto que el menor error hacía perder la litis.

Fue así que por la ley Aebutia y las dos Lulias fueron abolidas estas "legis acciones" permitiendo que litigáramos por palabras redactadas (per concepta uerba), es decir, por "fórmulas" (per fórmulas).

Lo que establece Gayo, provoca dudas. Por de pronto, atribuye la decadencia del primitivo sistema a la "*precisión exagerada de los antiguos*" (*ex nimia subtilitate ueterum*), por la cual se llegó a tal punto "*que el menor error hacía perder la litis*". El texto, nos podría llevar a la idea de que el rigorismo ritual se fue acentuando con el tiempo, lo cual no es exacto. Lo propio de los ritos es que no cambian, continuando su rigorismo en el futuro. La aparición de la *postulatio* y la *condictio*, significan una evidente simplificación de las viejas formas.

En ese tiempo, las "*legis acciones*" fueron utilizadas y aceptadas porque el procedimiento se adecuaba para esa época. Así, la vivencia de un contexto religioso místico, resultaba adecuado para una sociedad que estaba predispuesta para ello. Prueba de esto, es el *sacramentum* en su versión primitiva. Ocurre que, a medida que se pierden esas vivencias, los ritos se muestran cada vez menos soportables, careciéndose de la inteligibilidad de los gestos y de las palabras.

Ello es lo que provoca el "odio" (*in odio uerenerunt*), del cual nos habla Gayo. El nuevo régimen reemplazó las "*certae et sollemnia uerba*" de las "*legis acciones*"

por los "*concepta uerba*", palabras convenidas, respecto de las cuales el pretor es el que tiene la última palabra, redactando la "*fórmula*", un breve documento escrito dónde se reseña la cuestión y como debe resolverse el pleito.

Cómo aparecieron estas "*formulae*", no está totalmente aclarado, discutiéndose si fue un procedimiento generado desde dentro del "*ius civile*", o si fue tomado por imitación de algunas reformas provenientes del "*ius gentinium*". La opinión prevaleciente indica su vinculación con la aparición del pretor peregrino, en una esfera que no resulta de la aplicación del "*ius civile*". Así, en determinados casos que sucedían entre extranjeros o un extranjero y un romano, parece que se utilizó el procedimiento de que el pretor estableciera la "*fórmula*" para ordenar el pleito, y decir finalmente su solución por medio del "*iudex*".

El empleo de "*formulae*" aparece en la ley latina de Bantia. También en Sicilia, un procedimiento por escrito sometido a jueces elegidos por sorteo. Igualmente en las ventas de los esclavos en tiempos de Plauto y de Catón el Viejo. Se conjetura que estuvieron vinculadas con la actividad de los *recuperatores* característica por celeridad de su procedimiento (Gayo: I, 20), comunes en el actuar del *praetor peregrinus* y ocasionalmente en el del *praetor urbanus*.

De manera generalizada se ha aceptado que el nuevo procedimiento fue introducido por la *Lex Aebutia*. Girard, la ubica el año 149 a. C., aceptándose que debió ser de la primera mitad o mediados del siglo II a. C.

Cicerón que en su tiempo todavía se usaba el *sacramentum in rem* y la *iudicis postulatio* a su vez, la *lex coloniale Genetivae Iuliae* (año 44 a. C.) nos habla de la *manus iniectio* como vigente; y Varro nos habla también de la *pignoris capio*.

La mayoría de los romanistas enseña la tesis de Wlassak retomada por Girard, según la cual la *lex Aebutia* no abolió directamente el sistema de las "*legis actiones*", sino que durante más de un siglo, dejó a la elección de los litigantes optar o no por el procedimiento "*formulario*". Se puede objetar que si la opción era dada a los litigantes, no se ve por qué razón no se adoptó directamente el nuevo sistema, más elástico y simple, en lugar del proceso ritual de las "*legis actiones*".

Cicerón, en su "pro Murena" se cansa de establecer bromas mordaces sobre las "*legis actiones*" que, evidentemente, continuaban en uso en su época. Para otros; habría habido una superposición entre las "*legis actiones*" y las "*fórmulas*".

Las partes iban ante el pretor presentando su caso en forma oral, lo que luego se vuelca por escrito en una "*fórmula*". Tras esta etapa previa, se procedía a los ritos de la "*legis actio*" respectiva. Sin embargo, como dice Girard una de dos: o la "*legis actio*" era esencial, para que exista la "*fórmula*"; o es necesaria la "*fórmula*", para que exista la "*legis actio*".

Una posición anterior, sostenida por Eisele, adoptada por Pfluger, Cuq y mas actualmente por Kaser, la *lex Aebutia* no habría substituido los viejos ritos de las "*legis actiones*" por la "*fórmula*", sino en la materia de la "*condictio*".

Se le ha reprochado que no resulta creíble que la "*legis actio*" modificada haya sido precisamente la última en aparecer. Pero el argumento es más de efecto que sustancial. La "*condictio*" se aplica, principalmente, a los casos más numerosos y agudos, siendo estos más que el reclamo de una certa res; el de una suma cierta de dinero. La *lex Aebutia* habría permitido reemplazar por una fórmula escrita, el corto y sintético rito oral de la "*legis actio*" donde se planteaba la existencia de la deuda, clarificando un aspecto del mundo litigioso como las deudas, tan ligado a la vida de todos los ciudadanos.

Todas las posiciones coinciden en que *lex Aebutia* no abolió el sistema de las "*legis actiones*". Le corresponderá este papel a las dos *legis Iuliae*: la *lex Iulia de iudicis publicis* y la *lex Iulia de iudicis privatis* de los años 17 y 16 a. C.⁴⁷

4.4. El procedimiento extraordinario.

Como se dijo este tipo de procedimiento estuvo vigente y formó la segunda parte de la historia procesal romana. Se le denominó también procedimiento cognitorio. El término procedimiento extra ordinem o extraordinario no quiere decir, que sea un procedimiento anormal o excepcional.

⁴⁷ El tema fue tomado textualmente de: LÁZARO, Héctor Eduardo; El proceso romano; consultado en: <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Acciones%20%20de%20la%20ley-Dr.%20Lazaro.pdf>

Dentro de lo puramente litigioso, extra ordinem, al menos literalmente, no quiere decir más que algo que está situado fuera del ordo, es decir procesos diferentes dentro de las características propias del ordo iudiciorum privatorum. Eso es exactamente lo que supone el procedimiento cognitorio del bajo Imperio, que se extiende hasta la época final del ordenamiento romano llegando incluso al Derecho Justiniano y que por su especial estructura, nada o muy poco tiene que ver ya con la organización clásica de los litigios. Naturalmente el procedimiento extraordinario que sustituyó al ordo iudiciorum privatorum no supuso nunca una derogación de lo anterior ni una ruptura abierta y manifiesta con el sistema clásico, por el contrario, el nuevo modo de litigar convivió durante mucho tiempo -varios siglos-, con el procedimiento formulario solapándose uno y otro durante un largo período de años.

El procedimiento extra ordinem tuvo ya sus primeras manifestaciones en el alto Imperio, siendo realmente muy difícil poder precisar con exactitud cuándo sería su momento inicial. Sin embargo, sea cual fuera el origen de este modo de litigar, tanto si derivó de los actos magis imperii quam iurisdictionis del propio pretor urbano como si nació como consecuencia de los litigios tramitados ante los gobernadores o praesides de las provincias imperiales lo cierto es que ambos sistemas litigiosos, el viejo y clásico del ordo iudiciorum privatorum y el nuevo proceso cognitorio, convivieron juntos dentro de la misma legalidad procesal, posible seguramente a instancia de los interesados, litigar válidamente por cualquiera de los dos sistemas. Teóricamente incluso, el proceso clásico estuvo en vigor hasta el siglo IV.

Cognición oficial, proceso extra ordinem o procedimiento cognitorio son los nombres con los que se suele designar al sistema procesal del bajo Imperio, si bien probablemente ya debió este existir mucho antes, en plena época clásica, coincidiendo incluso con el procedimiento formulario. Tal vez incluso a fines del siglo II y sobre todo en el siglo III, el procedimiento cognitorio fuera ya el único vigente, quedando el procedimiento de las fórmulas más o menos trasnochado como un mero recuerdo especulativo, objeto tan sólo del estudio y del interés de los juristas. La característica más notoria del procedimiento cognitorio, al menos si

lo comparamos con el proceso tradicional, es sin duda su tramitación en una sola fase, lo cual supone necesariamente que la iurisdictio deberá estar presente no sólo como antes, en la previa preparación del litigio, sino también en el momento de dictar la correspondiente sentencia. Antes, cuando en la organización procesal se daban las dos fases tradicionales no era fácil la acción política ni la influencia del poder público de las magistraturas sobre el órgano judicial. Ahora en cambio, cuando un mismo representante del poder va a estar encargado tanto de "conocer" -ese es el significado de cognitio -, como de juzgar, comenzará a sentirse la necesidad de una separación de los poderes propios del Estado, uno de los problemas más agudos de la sociedad del antiguo régimen, fenómeno en cambio que no se hizo notar en la época en que estuvo vigente el ordo iudiciorum privatorum desde el momento en que el "poder judicial" no lo detentaba ninguna magistratura estatal sino un simple paterfamilias elegido por las partes al principio del litigio.