

## EL PROCESO JURISDICCIONAL Y LA FORMACIÓN DEL ESTADO. EL ORIGEN DEL PROCESO ENTRE LOS GRIEGOS\*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La opinión tradicional.* 3. *Las paradojas y el rechazo de la tesis tradicional.* 4. *Ilíada XVIII, 497-598 y las controversias judiciales primitivas.* a) *El problema.* b) *El procedimiento de las 'legis acciones'.* c) *Propósito del procedimiento preliminar.* 5. *Los protagonistas y sus funciones.* 6. *El recurso a la autoridad.* 7. *La seguridad colectiva.* 8. *Análisis jurídico comparativo.* 9. *Persistencias y consecuencias.* 10. *Los Interdicta del derecho romano.* 11. *Ilíada XXIII y las condiciones del proceso.* 12. *Epílogo. Notas. Fontes. Bibliografía.*

*Zeus, or the human king on earth, is not a lawmaker but a judge*

GROTE

### 1. INTRODUCCIÓN

Para el jurista y el científico social una característica distintiva del derecho es la disponibilidad de un proceso jurisdiccional, cuya función consiste en resolver disputas entre los miembros de la comunidad.<sup>1</sup> La forma en la que el

\* Una previa versión inglesa de este trabajo, con el título *The Judicial Litigation in Early States and Its Impact on the Evolution of Political Organization*, fue sometido, para su discusión, al *Symposium: The Evolution of Political Systems*, dentro de los trabajos del *I Intercongress of the International Union of Anthropological and Ethnological Sciences*, celebrado en Amsterdam, del 22 al 25 de abril de 1981. Una revisada versión inglesa con el título: "The Judicial Litigation in Early State and The Evolution of the Legal Process. (The Homeric City)", se encuentra publicada en *Evolution of Political Organization*, Claessen, H. J. M., van de Velde, P. y Smith, S. (Eds.), La Haya.

Este trabajo en parte lo realicé en Oxford cuando disfrutaba de la invitación del profesor Ronald Dworkin y de la *Faculty of Law* de la Universidad de Oxford. La mayor parte de la información fue consultada en la biblioteca *Codrington de All Souls College*. Agradezco a Mr. Barry Britton y a Miss Norma Aubertin-Potter, bibliotecarios de *All Souls College*, su eficaz colaboración. Igualmente, doy las gracias a Denis Galligan *fellow and tutor of Jurisprudence de Jesus College* y a su gentil esposa Martha quienes hicieron muy agradable mi estancia en Oxford.

Quiero agradecer al Dr. José Tapia su colaboración en la confrontación de las fuentes griegas y a la maestra Ute Schmidt por la lectura y revisión de este trabajo, particularmente la revisión de las transcripciones griegas. Asimismo doy gracias a mi colega, Dr. Jorge Adame por sus brillantes comentarios sobre el derecho romano. Por último, agradezco a los doctores Rubén Bonifaz, Héctor Fix Zamudio e Ignacio Medina, quienes pacientemente leyeron este trabajo, todas sus sugerencias.

<sup>1</sup> En este sentido se pronuncia Alan Watson (*The Nature of Law*, Edimburgo, Edinburgh University Press 1977, *Prefacio*). Este autor señala que la presencia del proceso jurisdiccional es la única condición necesaria del derecho. Los juristas y los científicos sociales reconocen

proceso jurisdiccional termina una controversia es emitiendo una decisión dotada de autoridad.

No voy a discutir si este rasgo característico es una condición suficiente o necesaria para que un orden social sea considerado un orden jurídico. El único propósito que tenemos al considerar esta característica del derecho es producir alguna luz en el funcionamiento del proceso primitivo y mostrar en qué grado la existencia de instituciones sociales de este tipo contribuyó a la construcción de la organización estatal en los primeros estadios de la civilización.

No existen mejores escenarios para apreciar la evolución del derecho y, en particular, la evolución de las instituciones judiciales, que la antigua Grecia y la antigua Roma. Básicamente nos referiremos al proceso jurisdiccional entre los griegos de los tiempos homéricos. Haremos un estudio comparando este proceso con el derecho procesal romano de las *legis actiones*. Incidentalmente, haremos referencia a otros órdenes jurídicos primitivos (e.g. el derecho de Babilonia, de la India antigua, el derecho germánico).

Dos son los puntos que voy a defender: 1) el arbitraje privado y el proceso jurisdiccional no son dos estadios de un mismo proceso de evolución. Ambos se desarrollaron como fenómenos paralelos, pero básicamente diferentes. 2) El proceso gradual de evolución hacia el proceso jurisdiccional refleja la tendencia en toda comunidad a establecer un monopolio del uso de la fuerza. Previo al estadio de la ejecución de las decisiones por autoridades centralizadas, alcanzado únicamente en los tiempos históricos, existe un estadio de control sobre la defensa privada mantenido por ciertas autoridades que intervienen para conservar la paz de la comunidad. Estas autoridades mantenían la paz ordenando a los hombres desistir del uso privado de la fuerza *hasta que los méritos del caso fueran considerados*. Este estadio es típico de las ciudades homéricas antes de que las comunidades griegas se consolidaran como verdaderos Estados.<sup>2</sup>

## 2. LA OPINIÓN TRADICIONAL

Estudiosos de la historia del proceso generalmente sostienen que la administración de justicia se originó en el viejo hábito de resolver disputas entre los individuos por el voluntario abandono del uso privado de la fuerza y el sometimiento al arbitraje.<sup>3</sup>

Se cree que los litigantes fueron forzados por la costumbre y por el creciente poder de los gobernantes a abstenerse de pelear y buscar una decisión de la autoridad establecida. Los gobernantes, en virtud de su

también la existencia de otros rasgos característicos del derecho, *inter alia*; un conjunto de estándares (principios y reglas) que constriñen a los individuos a hacer o dejar de hacer algo. No discutiré cuál de esas características prevalece.

<sup>2</sup> Entendiendo por Estado aquellas organizaciones políticas que han alcanzado cierto grado de centralización institucional únicamente.

<sup>3</sup> Cfr. Calhoun, G. M. *Introduction to Greek Legal Science*, Aalen, Scientia, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford de 1944), p. 9.

preponderancia social y de su atractivo personal estaban predestinados, según esta opinión, a actuar como árbitros. En esta forma explica MacDowell el papel de los βασιλεις de los tiempos de Homero y de Hesíodo.<sup>4</sup> Una vez que el Estado se consolidó, la función arbitral de los gobernantes evolucionó y se convirtió en una institución jurídica, *i.e.*, la jurisdicción, la cual habría de pasar a los magistrados de la *polis* y, más tarde, a los tribunales populares.

Esta concepción tradicional se basa, en primer lugar, en el hecho de que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones judiciales parece haberse alcanzado en un estadio comparativamente tardío; en segundo lugar, en el importante papel que desempeñó el arbitraje en todas las épocas de la antigua Grecia.<sup>5</sup> Por último, esta concepción cree encontrar en la historia jurídica romana fundamento a sus afirmaciones. Moritz Wlassak, por ejemplo, veía el proceso romano esencialmente como una sumisión voluntaria de las partes al arbitraje.<sup>6</sup> Ésta es la opinión de Buckland y MacNair.<sup>7</sup> La misma idea ha sido propuesta para explicar las instituciones de otros sistemas jurídicos antiguos, *e.g.* el de Egipto, el de Babilonia, así como para explicar el derecho germánico.<sup>8</sup>

Dentro de este orden de ideas el profesor W. J. Jones sostiene que la evolución que va desde la venganza de la sangre a la jurisdicción obligatoria, pasó por tres etapas: arbitraje voluntario, arbitraje obligatorio y, finalmente, jurisdicción obligatoria.<sup>9</sup> Por su parte sir Paul Vinogradoff dice que la transición de un estadio a otro —desde el combate lícito al arbitraje y, en última instancia, hasta la instalación de una completa autoridad jurisdiccional— fue gradual.<sup>10</sup>

### 3. LAS PARADOJAS Y EL RECHAZO DE LA TESIS TRADICIONAL.

No obstante estos argumentos, ampliamente aceptados, esta gradual transformación del arbitraje en proceso jurisdiccional sustanciado ante jueces investidos de poder público, es muy difícil de aceptar.

<sup>4</sup> MacDowell, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, Londres, Thames and Hudson, 1978, pp. 13-16.

<sup>5</sup> *Cfr.* Calhoun, George, Miller, *Greek Legal Science*, *cit.*, p. 16.

<sup>6</sup> Wlassak, Moritz, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, Holder, 1921, p. 197, n. 4, citado por Jolowicz, H. F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (ed. por Nichols, B.), Cambridge, Cambridge University Press, 1978, p. 177.

<sup>7</sup> Buckland, W. W. y McNair, Arnold, *Roman law and Common Law* (ed. de Lawson, F. H.), Cambridge, Cambridge University Press, 1974, p. 400.

<sup>8</sup> Pollock, Frederick, *Introduction and Notes*, en Maine, Henry Sumner, *Ancient Law*, Pollock, F. (Ed) Londres, John Murray, 1927, p. 24; Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence I. Introduction, Tribal Law*, Nueva York, AMS Press Inc., 1971 (reimpresión de la edición de Oxford de 1920), pp. 350-351; Driver, G. R. y Miles, John, C., *The Babylonian Laws I. Legal Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1956, pp. 500-502.

<sup>9</sup> En este sentido: Jones, John Walter, *The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction*, Aalen, Scientia, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press de 1956), p. 257.

<sup>10</sup> Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence I. Introduction, Tribal Law*, *cit.*, p. 351. En este sentido Zulueta, F. de, *The Institutes of Gaius II. Commentary*, Oxford, Oxford

En efecto, la imagen de un proceso gradual de evolución del control, paralelamente con la transformación del arbitraje en proceso jurisdiccional, da una explicación equívoca y más bien idílica del problema. En el rechazo de esta tesis que llamo "idílica" vamos a seguir de cerca las explicaciones del profesor Hans Julius Wolff, quien, entre otras cosas, señala que sería prácticamente contrario a la naturaleza humana suponer que la fuerza de la costumbre y la opinión pública solas, pudieran eliminar el uso de la fuerza privada e inducir a los individuos a buscar arbitrajes privados y a someterse a los laudos.<sup>11</sup> En particular parece contrario a la naturaleza humana suponer que el relativamente fuerte, hubiera aceptado de inmediato ser colocado, mediante un proceso jurisdiccional, en el mismo nivel que el individuo relativamente débil.<sup>12</sup>

La evidencia histórica sobre el origen del proceso ofrece material para una hipótesis diferente, la cual constituye el indispensable punto de partida de este trabajo. Desde la aparición del primer volumen del *Geist des römischen Rechts* de Rudolf von Ihering, los estudios sobre el origen del proceso jurisdiccional han dado origen a otro tipo de teorías que constituyen lo que llamo "la tesis imperativa del origen jurisdiccional". De acuerdo con este tipo de teorías el proceso jurisdiccional es resultado de la imposición (coactiva) de límites, por parte del Estado, al régimen de la justicia privada, único medio conocido en los tiempos primitivos. A este respecto Ihering dice:

El primer movimiento del sentimiento del derecho lesionado, consiste, inevitablemente, en una violenta reacción contra la injusticia causada: la defensa privada y la venganza. Es ahí, en esta especie de justicia salvaje... donde todo derecho encuentra su origen. El derecho... no nace sino hasta que el Estado ha dominado esas explosiones de sentimiento jurídico... y creado órganos encargados de aplicar el derecho. El origen del derecho no data... sino de la época de la creación de las funciones judiciales: el orden jurídico y la administración de justicia por el Estado son, así, nociones sinónimas.<sup>13</sup>

"Las controversias y las disputas son —señala Macdowell— tan viejas como el género humano, o más". Más adelante señala: "el más primitivo método de resolución de disputas es que uno de los disputantes se imponga al otro por fuerza o intimidación".<sup>14</sup>

University Press, 1975, p. 227. La tradición romana es consistente con esta tesis: "... *omniaque manu a regibus gubernabantur*". (*D* 1, 2, 2, 1; *cfr.* también *D*, 1, 2, 2, 14, *in fine*).

<sup>11</sup> Wolff, Hans Julius, "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", en *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, Vol. IV, Nueva York, 1946, pp. 32-33.

<sup>12</sup> *Cfr.* Kelly, J. M., *Roman Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 3.

<sup>13</sup> Ihering, Rudolph, von, *L'Esprit du droit romain (Geist des römischen Rechts)*, trad. por O. de Meulenaere. París, 1884, t. I, pp. 119-120 (las cursivas son nuestras). En contra de esta tesis y particularmente de la postura de Ihering y de Luzzato, (*Procedura Civil romana*), véase: Lévy-Bruhl, H. *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, París, Sirey, 1934, p. 9 y ss; del mismo Henri Lévy-Bruhl: *Recherches sur les actions de la loi*, París, Sirey, 1960, pp. 6 y ss.

<sup>14</sup> MacDowell, D. M. *The Law of Classical Athens*, *cit.*, p. 10. La forma primitiva del proceso penal, en todo caso entre los semitas, fue la venganza de la sangre (*Bloodfeud*). Desde muy

A este respecto el profesor Leopold Wenger en sus *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* señala:

Siempre y donde sea, es muy natural que una persona, en caso de ilimitada pasión, consiga por sí mismo y para sí un derecho que tiene, o cree que tiene, si otro se lo niega. La autodefensa, ya sea del individuo, el cual se siente suficientemente fuerte, o del grupo de parientes, el que se encuentra a su disposición con sus fuertes brazos y confiables armas, es el medio más cercano tanto para protegerse de un ataque, como para efectuar una reclamación.<sup>15</sup>

Ahora bien, cabe preguntar: ¿van los hombres a someterse voluntariamente a un arbitraje pacífico? ¿Cómo se va a calmar este instinto natural de venganza (agresión) profundamente enraizado en el alma humana?

Provocar el comportamiento humano no es tarea fácil. Éste es resultado de numerosos motivos tan persistentes, que es muy difícil suprimir o, incluso, atenuar su función motivadora. Para hacer que ciertos individuos se comporten de conformidad con el deseo o voluntad de otro, es necesario que disponga de elementos enormemente persuasivos que permitan alterar el cuadro de las motivaciones de aquéllos.<sup>16</sup> Sobre este particular Kelsen observa: "En lo que a la organización de grupos se refiere, esencialmente sólo un método de provocación de conductas socialmente deseadas ha sido tomado en cuenta: la amenaza y la aplicación de un mal en caso de conducta contraria —la técnica del castigo".<sup>17</sup>

Que la técnica del castigo haya tenido una importancia mayúscula en la historia institucional se revela, más que nada, por el hecho de que la técnica

temprano tuvo sus propias reglas y fue gradualmente más y más limitado a medida que el gobierno central se fortalecía y aparecía el sentimiento de que era perjudicial para el bienestar de la comunidad. El Estado gradualmente impuso la composición y redujo el gusto por la venganza. Este proceso de limitación por parte del Estado fue extendiéndose lentamente: la parte afectada era sólo autorizada a llevar a cabo por sí misma la ejecución, pero bajo la supervisión de cierta autoridad, en algunas ocasiones únicamente se le permitía estar presente. (Cfr. Driver, G. R. y Miles, J. C. *The Babylonian Laws I. Legal Commentary*, cit., p. 497).

<sup>15</sup> Wenger, Leopold, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, trad. por Fisk, O.H., Nueva York, Veritas Press, 1940, p. 8.

<sup>16</sup> Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1976, p. 68. Para una más amplia explicación de estos problemas véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, "El uso de la violencia en el orden jurídico", en *Comportamiento y violencia. Más allá de Lorenz y de Skinner*, Genovés, S. y Passy, J. F. (Eds.), México, Editorial Diana, 1976, pp. 69-84. Este artículo es un resumen de su trabajo: *The Uses of Violence and the Legal Orders*, comunicación presentada al *34th Annual Meeting of the Society for Applied Anthropology*, Amsterdam, 19-22 de marzo, 1975. En cuanto al uso de la violencia en el ámbito del derecho internacional puede verse: Tamayo y Salmorán, R., *War, Its Causes and Correlates*, Nettleship, M. A., Givens, R. D. Nettleship, A. (Eds.), Mouton Publishers, La Haya, 1975, pp. 713-724. En relación con la coacción y las características del Estado, puede verse: Tamayo y Salmorán, R. "The State as a Problem of Jurisprudence", *The Study of the State*, Claessen, H. J. M. y Skalnik, p. (Eds.), Mouton Publishers, La Haya, 1981, pp. 387-407.

<sup>17</sup> Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Nueva York, Russell and Russell, 1961 (reimpresión de la edición de Harvard University Press de 1945), p. 18. Cfr. *idem*, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. García Máynez, E., México, UNAM, 1979, p. 21.

social más importante: el derecho, se sirve de este mecanismo de motivación.<sup>18</sup> La relación entre la aplicación de castigos, *i.e.* sanciones, y las instituciones judiciales no necesita ser explicada.

Según la tesis idílica los hombres se sometieron voluntariamente al arbitraje, abandonando el recurso a la violencia. Sin embargo, si tal éxito fue efectivamente logrado ¿por qué tenía el Estado que haberse molestado en poner su autoridad detrás de un sistema de arbitraje en funcionamiento? Si el establecimiento de una administración de justicia de carácter público hubiera sido hecha para hacer obligatorio el arbitraje y otorgar fuerza obligatoria a las decisiones arbitrales, la autodefensa habría desaparecido tan pronto como el Estado hubiera hecho del arbitraje un asunto público. Sin embargo, no sólo la autodefensa persistió en todos lados, en los tiempos históricos, sino que el propio arbitraje continuó siendo ampliamente usado al lado de la jurisdicción obligatoria. De esta forma, como señala Hans Julius Wolff, el origen y desarrollo de la composición de litigios ante tribunales investidos de poder público es todavía una pregunta pendiente.<sup>19</sup>

El propósito de este trabajo es, por tanto, esclarecer cómo fue que el poder público sometió el libre recurso de los individuos al uso de la fuerza en la composición de litigios y qué efectos produjo en la comunidad el establecimiento de dicho control.

#### 4. 'ILIADA' XVIII, 497-596 Y LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES PRIMITIVAS

##### a) *El problema*

Los griegos de los siglos V y IV a. de J.C. alcanzaron una muy desarrollada organización judicial así como instituciones procesales muy elaboradas. Conjuntamente representan uno de sus más grandes logros en cuanto a la organización de la sociedad. Para apreciar lo que los griegos de los tiempos históricos hicieron en el mejoramiento de la maquinaria judicial de la ciudad-Estado, necesitamos saber qué métodos de composición de litigios estaban ya en uso antes de que las comunidades griegas se consolidaran como Estados.

El más antiguo registro de un proceso jurisdiccional en la antigua Grecia es el que el dios Hefesto gravó en el escudo de Aquiles:

ἄσσοι δ' εἰν ἀγορῇ ἔσαν ἄθροοι· ἐνθα δὲ νεῖκος  
 ὤρωρει, δίο δ' ἄνδρες ἐνείκων εἰνεκα ποιῆς  
 ἀνδρὸς ἀποφθιμένου ὁ μὲν εὐχετο πάντ' ἀποδοῦναι,

<sup>18</sup> Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, Berkely, University of California Press, 1967, p. 30; *cfr. idem, Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Viena, Franz Deuticke, 1960, p. 31. Existe traducción española debida a Roberto J. Vernengo: Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1979 (segunda reimpresión: 1981), *cfr.*, p. 44.

<sup>19</sup> Wolff, Hans Julius, "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, p. 33.

500. δῆμῳ πιφαύσκων, ὃ δ' ἀναίνετο μηδὲν ἐλέσθαι  
 ἄμφω δ' ἴεσθην ἐπὶ ἴστορι κείραρ ἐλέσθαι.  
 λαοὶ δ' ἄμφοτέροισιν ἐπήπιον, ἄμφισ ἄρωγοί·  
 κήρυκες δ' ἄρα λαὸν ἐρήτυον οἱ δὲ γέροντες  
 εἶατ' ἐπὶ ξεστοῖσι λίθοις ἱερῶ ἐνὶ κύκλῳ,  
 505. σκῆπτρα δὲ κηρύκων ἐν χερσ' ἔχον ἠεροφώνων  
 τοῖσιν ἐπειτ' ἤσισον, ἀμοιβηδὶς δὲ δικάζον,  
 κείτο δ' ἄρ' ἐν μέσσοισι δύν χρυσοῖο τάλαντα,  
 τῷ δόμεν δς μετὰ τοῖσι δίκην ἰθύντατα εἶποι.

La gente estaba reunida en el lugar de asamblea. Aquí, una disputa había surgido y dos hombres disputaban sobre el precio de un hombre asesinado; uno, afirmaba haber pagado todo, exponiendo su caso al pueblo; mientras que el otro negaba haber recibido algún pago y ambos estaban dispuestos a obtener una resolución de manos de un componedor (ἴστωρ). La gente aclamaba a ambos, tomando partido de uno u otro lado y los heraldos estaban conteniéndoles atrás. Los viejos se encontraban sentados en asientos de piedra en solemne círculo y tenían en sus manos los bastones de los heraldos de fuerte voz. Entonces ellos se levantaban y pronunciaban su juicio, uno por uno. En el centro se encontraban dos talentos de oro para darlos a aquél de entre ellos, que pronunciara la decisión más justa.<sup>20</sup>

El pasaje describe un genuino proceso jurisdiccional de carácter primitivo. De hecho, la escena introducida por Homero se sitúa al inicio de la historia del proceso. El análisis de este testimonio nos permitirá determinar algunos rasgos relevantes del primitivo proceso jurisdiccional y describir los pasos de su inmediata evolución.

Analizaremos el texto homérico con ayuda de la historia jurídica comparada, *i.e.* en confrontación con instituciones similares de otros sistemas jurídicos. Sobre este particular es nuestra opinión que si la variedad de costumbres y de legislaciones permite pensar en la existencia de diferentes sistemas, la historia jurídica comparada nos señala el hecho de que aunque el derecho puede ser infinito en sus variaciones, sus temas son reducidos en número. No obstante la disimilitud de costumbres, de decisiones judiciales y de legislaciones, todos los sistemas jurídicos realizan la misma tarea en un limitado número de maneras; todos realizan las mismas funciones sociales.

La cuestión planteada por el poeta se refiere a la satisfacción o no satisfacción de un pacto sobre el derecho de venganza (por homicidio).<sup>21</sup> Las partes acordaron obtener una composición de manos de un ἴστωρ. La palabra ἴστωρ significa 'experto', 'el que sabe'.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> La traducción de este pasaje está tomada de la versión inglesa del profesor George Miller Calhoun (*Introduction to Greek Legal Science*, *cit.*, p. 76). Se confrontó con las versiones de A. Lang, W., Leaf, y E. Myers (*The Iliad of Homerus*, Londres, 1903), de S. Butler (*The Iliad*, Londres Johnathan Cape Limited, y la de A. T. Murray (*The Iliad*, Harvard University Press, 1971, The Loeb Classical Library Núm 171, pp. 324-327.)

<sup>21</sup> *Cfr.* Wolff, Hans, Julius, "The Origin of Judicial Litigation. Among the Greeks", *cit.*, p. 57; MacDowell, D. M. *The Law of Classical Athens*, *cit.*, p. 19.

<sup>22</sup> *Cfr.* Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*.

El texto homérico crea cierto grado de perplejidad. Por un lado, el poeta menciona, dos veces (503,505), que ciertos funcionarios, *i.e.* los heraldos (*κήρυκες*), intervenían en el procedimiento. Por otro lado se nos dice que los viejos (*γεροντες*) eran aquellos que efectivamente se pronunciaban sobre la cuestión, uno por uno (506). Inmediatamente surge un problema: Si los heraldos no son los que deciden ¿qué tipo de función realizan en el proceso? ¿Por qué hay dos diferentes tipos de autoridades? ¿Cuál es la relación entre los heraldos y los *gerontes*?

b) *El procedimiento de los legis acciones*

Una mirada al procedimiento de las *legis acciones* de los primeros romanos dará cierta luz sobre el papel que realizan los personajes mencionados en el texto. Estamos acostumbrados al hecho de que el proceso se desenvuelve, desde el principio hasta el final, ante un tribunal, siguiendo una misma secuela de procedimientos. En el procedimiento de las *legis acciones* encontramos en el mismo litigio dos diferentes autoridades en funciones judiciales. Esta bipartición del proceso romano es normalmente señalada como una característica peculiar (característica que, como más adelante veremos, es compartida por otros antiguos sistemas jurídicos). Sin embargo, esta característica del procedimiento de las *legis acciones* es la que, de cualquier forma, llama más la atención.

El procedimiento se divide en dos fases de acción; se desenvuelve ante diferentes autoridades —el *iudex* es un particular, en función de autoridad—, en diferentes lugares,<sup>23</sup> en diferente tiempo.<sup>24</sup> Esta división data de antigua fecha.<sup>25</sup> Como de costumbre, la reforma es atribuida a Servius Tullius.<sup>26</sup>

Chicago, 1930-1938, t. I, p. 35 n: MacDwell, D.M., *The Law of Classical Athens*, *cit.*, p. 13. Algunos estudiosos como Pollock (*Introduction and Notes*, *cit.*, p. 406) ve en el (*ιστωρ*). al funcionario que convoca y preside el consejo de *gerontes* —aunque la decisión tiene que ser de éstos—. Para otros, como R. J. Bonner y G. Smith (*The Administration of Justice, from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. I, p. 41), Hans Julius, Wolff (*The Origine of Judicial Litigation Among the Greeks*, *cit.*, pp. 40-41) o bien, Douglas M. MacDowell (*The Law of Classical Athens*, *cit.*, pp. 20-21), consideran, según el verso 508, que el *ιστωρ* es el *γερων* cuyo juicio es considerado el mejor por el pueblo. Varias consideraciones favorecen esta interpretación.

<sup>23</sup> Al principio el *rex*, luego el *consul*, luego el *praetor*; todos oficiaban, desde los primeros tiempos, en el *comitium* —el lugar en el *forum* de Roma donde tenía lugar la asamblea curial—. Ahí, para su participación en el proceso, estaba colocada *pro tribunali*, *i.e.*, sobre una plataforma elevada, la *sella curulis*; sentados en la cual despachaban los asuntos de su cargo, conjuntamente con las partes, las cuales se mantenían de pie ante ellos. El procedimiento ante el *iudex* se realizaba *in comitio aut in foro* (Cfr. Wenger, L. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, p. 76).

<sup>24</sup> Cfr. Wenger L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, pp. 23-24.

<sup>25</sup> El procedimiento de las *legis acciones* es, de acuerdo a la tradición, de muy antigua fecha: *Deinde ex his legibus eodem tempore fore actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet instituerent, certas sollemnesque esse colluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones* (D. 1, 2, 2, 6). Cfr. Cic. *De Rep.* 5, 2, 3. Nuestro colega Jorge Adame advierte la bipartición del proceso se introduce con la *legis actio per iudicis arbitrii postulationem*. Si ya se nombraba árbitro, entonces no hubiera sido necesaria la introducción de esta ley.

<sup>26</sup> Cfr. Girard, P. F., *Histoire de l'organisation judiciaire des romains I. Les six premiers siècles*

Como hemos señalado, el procedimiento de las *legis actiones* se caracterizaba por una manifiesta división en dos etapas. La primera, *in iure*, tenía lugar ante un magistrado (al principio, el *rex*; luego, el *consul*; después, el *praetor*) bajo cuya supervisión se sustanciaban todos los preliminares. En la segunda etapa, *apud iudicem*, la controversia se decidía. De esta forma, el procedimiento romano era un drama en dos actos. El acto primero tenía lugar ante el magistrado; su objeto era determinar la cuestión y nombrar un *iudex* que conociera del problema y lo decidiera. El acto segundo, tenía lugar, justamente, ante el *iudex*.<sup>27</sup> En la fase *in iure* se llevaban a cabo ante el *praetor* solemnes ceremonias, claramente descritas por Gayo,<sup>28</sup> las cuales terminaban hasta que un *iudex* era designado.<sup>29</sup>

Tales ceremonias constituían el prefacio necesario del antiguo proceso romano. Es, ciertamente, la dramatización del verdadero origen de la administración de justicia: el combate, la autodefensa: "En la primitiva administración de justicia los procedimientos eran una ceñida imitación de la serie de actos que con toda probabilidad habrían de realizarse en la vida privada por personas que disputaran, pero que, inmediatamente, veían que su contienda era calmada".<sup>30</sup>

Dos hombres armados disputaban sobre algo. El *praetor* se interponía y paraba el combate. Los combatientes rendían sus armas y participaban en un combate mistificado, al final del cual una decisión habría de ser pronunciada por un *iudex*.

Si el Estado prohíbe la autodefensa a aquel cuya vida y propiedad han sido amenazadas ofreciéndole el respaldo de la comunidad, tiene que hacerle saber, antes que nada, a qué persona debe dirigirse para sustanciar su reclamación. Asimismo, es necesario establecer la forma por la cual el individuo puede instrumentar su pretensión en forma de procedimientos regulados por el Estado.<sup>31</sup>

En el camino hacia la consolidación, los primeros Estados estaban en posibilidad de reservar para sí, y no habrían de permitir que se les privara de ello, el control sobre el uso de la fuerza en la resolución de controversias.

El magistrado disponía del *dare iudicem*, en tanto investía jueces; del *iudicare ubere*, la facultad de emitir el mandato de juzgar (en el verso 505 los *gerontes* sostienen los bastones que los heraldos habían puesto en sus manos), y, finalmente, la supervisión de la secuela del procedimiento *apud iudicem*.<sup>32</sup>

*de Rome*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, Arthur Rousseau, Editeur, 1910 (únicamente se publicó el primer tomo), p. 4 n. 1. En otra parte de su trabajo el profesor Paul Girard señala que el advenimiento de la República produjo la distinción entre *ius* y *iudicium* (p. ix). Véase: Zulueta, F. de, *The Institutes of Gaius*, cit., p. 227 n. 4; Wenger, L. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 24.

<sup>27</sup> Cfr. Zulueta, F. de, *The Institutes of Gaius*, cit., p. 223.

<sup>28</sup> 4, 13-20.

<sup>29</sup> Gayo, 4, 15.

<sup>30</sup> Maine, H. S., *Ancient Law*, Nueva York, E. P. Dutton and Co. 1977, Everyman's Library, Reimpresión de la edición de 1917 de la misma colección -Londres, J. M. Dent & Sons Ltd-, p. 220.

<sup>31</sup> Cfr. Wenger, L., *Institutes of the Law of Civil Procedure*, cit., p. 16.

<sup>32</sup> Cfr. Wenger, L., *Institutes of the Law of Civil Procedure*, cit., p. 27.

### C) *Propósito del procedimiento preliminar*

Una vez que termina el uso privado de la fuerza, los *adversarii* se someten a una ceremonia pública ritualizada, en la cual la función de la autoridad (rey o magistrado) consiste en determinar el método que debe ser usado. El carácter público de la ceremonia refleja el marcado interés de la comunidad. Los procedimientos judiciales en Roma son fundamentalmente públicos.<sup>33</sup> En cuanto al objetivo de la etapa preliminar, una cosa es clara, el funcionario impedía cualquier intento de lucha armada, y arreglaba y conducía el procedimiento. Él no pronunciaba la decisión; controlaba la, en principio, ilimitada autodefensa, aunque su control iba más allá de la mera interferencia. Esta función es congruente con la teoría de que el procedimiento romano, en su origen, tiene que ser entendido como una “recepción” de la autodefensa y su transformación en un ritual reglamentado por el derecho.<sup>34</sup>

## 5. LOS PROTAGONISTAS Y SUS FUNCIONES

Regresemos ahora a *Iliada*, XVIII, 497-508 y examinemos la función de los protagonistas. La participación de una autoridad emergente resulta obvia de la mera mención de los heraldos (*κήρυκες*) en los versos 503 y 505. A lo largo de toda historia griega los heraldos aparecen como servidores de la autoridad establecida. En los tiempos heroicos los heraldos tienen esta específica función: interferir y para los combates.<sup>35</sup> *μηκετι παῖδε φιλω πολεμίζετε μηδέ μαχεσθον* “No luches más... ni guerrees” dice al heraldo Ideaus, dirigiéndose a Aias talemonio y a Héctor.<sup>36</sup>

La tarea de los heraldos consistía en el mantenimiento del orden en la asamblea pública, impidiendo que la gente tomara partido. El verso 503 establece claramente que los heraldos mantenían el orden entre el público. No debemos esperar de esta asamblea primitiva la digna calma de un tribunal de los tiempos históricos.<sup>37</sup> La mención de los heraldos es prueba de la intervención del *imperium* de la autoridad gobernante en la preparación del proceso.

Los *gerontes* eran ciertos respetados representantes de la comunidad, posiblemente, cabezas de clanes, *i.e.* *φιλοβασιλείς*<sup>38</sup> los cuales habían sido

<sup>33</sup> ... *Subito omnes cum duodenis fascibus Prodiere. Centum viginti lictores forum implecerant. . . Indicia domi conflabant, pronuntiabant in foro.* (Titus Livius, 3. 36. 3-4 y 8. *Cfr. supra* nota 23).

<sup>34</sup> Luzzatto, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Vol. 73, pp. 29 y ss. citado por Kelly, J.M., *Roman Litigation*, *cit.*, p. 2.

<sup>35</sup> *Cfr. II*, VII, 274 y ss.

<sup>36</sup> *II*, VII, 279.

<sup>37</sup> El profesor H. J. Wolff compara la asamblea que refiere el texto homérico con la *Ding* o *Ting* germánica (*Cfr.* “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, *cit.*, p. 41) *cfr. infra*, nota 45.

<sup>38</sup> En los casos de homicidio que competían al *πρωτανειόν* cuya competencia (conocer de homicidios cometidos por personas desconocidas, animal o cosa inanimada) hacía que el

investidos por la autoridad del poder de decisión. Los *gerontes* sostenían los bastones que los heraldos habían puesto en sus manos: *σκηπτρα δὲ κηρύκων ἔν χερσὶ ἔχον ἡεροφώνων*. Con la designación de los “jueces” el procedimiento *in iure* terminaba.

Ciertamente el texto homérico no se refiere a un sólido y consolidado sistema judicial. Sin embargo, no podemos interpretar el verso 501 como un sometimiento voluntario al arbitraje. Aunque de carácter primitivo, Homero describe un verdadero proceso jurisdiccional. Lo anterior se revela por cierta incuestionable evidencia: el carácter público de la ceremonia, la participación activa de la gente y la *πρυτανεία*, i.e. los talentos de oro mencionados en el verso 507. Podemos decir con sir Federich Pollock: “*we are confronted with an ancient Greek blood-feud in an interesting stage of transition*”.<sup>39</sup>

En cuanto al carácter público del procedimiento, cabe señalar que éste se revela, primeramente, por el hecho de que se lleva a cabo en el lugar de reunión: *Λαοὶ δ' εἶν ἀγορῇ ἔσαν ἄθροοι*. Homero sitúa esta ceremonia en el lugar consagrado a la discusión y resolución de las cuestiones públicas, propias de la *polis*. El *ἀγορά* es tan sagrada para los griegos, como lo era el *comitium* para los romanos.<sup>40</sup> MacDowell está en lo cierto cuando afirma que la razón por la que las decisiones eran pronunciadas en el *ἀγορά* era porque, precisamente, las decisiones tenían que estar de acuerdo con los sentimientos del pueblo ahí reunido.<sup>41</sup> *Odisea, XII, 439-440* sugiere que los *gerontes* se reunían en el *ἀγορά* con mayor o menor regularidad para decidir controversias durante el curso del día.

Insistiendo en el carácter público del proceso permitásenos consignar la opinión del profesor Levy-Bruhl. El proceso jurisdiccional –sostiene– implica la intervención del grupo social. Todo proceso expresa la opinión del grupo a través de la decisión judicial que constituye su terminación normal. Es aquí –señala Levy-Bruhl– donde se marca la diferencia entre el proceso, propiamente dicho, y el arbitraje privado.<sup>42</sup>

El público no era una masa de espectadores mudos. La gente se reunía para algo. Su necesaria participación se evidencia por el hecho de que las partes, durante sus alegatos, se dirigían al público, no a los *gerontes*. Así dice el poeta en el verso 500. La presencia de la gente, como señala Mac Dowell, no es incidental, sino es un concomitante esencial del proceso en Homero.<sup>43</sup> Esto no es sino prueba de la función de control que ejercía la comunidad sobre el proceso.

Los *gerontes* pronunciaban sus decisiones, uno por uno (verso 506) . Pero ¿cuál era la decisión que prevalecía? Dos talentos de oro habrían de entregarse a aquel cuya decisión fuera estimada como la más justa. ¿Quién va

procedimiento fuera un mero ritual, reminiscencia de tiempos lejanos; el *βασιλεύς*, el cual preside todos los casos de homicidio, integra el tribunal con los cuatro *φίλοκασίεις*

<sup>39</sup> Pollock, F., *Introduction and Notes, cit.*, p. 406.

<sup>40</sup> La participación activa del pueblo en los procesos puede verse en *D. 1, 2,2, 16 y 29* los cónsules no podían infligir la pena de muerte a un ciudadano romano sin la decisión del pueblo.

<sup>41</sup> *Cfr.* MacDowell, D. M., *The Law in Classical Athens, cit.*, p. 18.

<sup>42</sup> *Cfr.* Lévy-Bruhl, H., *Recherches sur les actions de la loi, cit.*, p. 5.

<sup>43</sup> *Cfr.* MacDowell, D. M., *The Law in Classical Athens, cit.*, p. 17.

a determinar cuál es la decisión más justa? ¿Las partes? Inconcebible. ¿Los heraldos? Ellos no tienen poder para decidir disputas. La decisión final era tomada por el pueblo ahí reunido. Esta solución ha sido sugerida por sir Henry Summer Maine: los dos talentos de oro debían ser entregados a aquel cuya decisión fuera *most of the satisfaction of the audience*.<sup>44</sup> Frente a varias decisiones, pronunciadas ante el público, la decisión final era aquella que recibía la mayor aclamación.

Difícilmente se puede decir que el público tuviera una especial habilidad en materia de derecho. Sin embargo, lo que sí tenía era poder. Es difícil para un individuo desafiar la autoridad del órgano central emergente, pero lo es aún más desafiar a toda la comunidad.

Si la última decisión es pronunciada por el público, es fácil entender por qué las partes, al exponer sus argumentos, se dirigían a él y no a los *gerontes*.

Instituciones muy similares del derecho germánico hacen menos singular la escena grabada en el escudo. El profesor Wolff menciona que las fuentes del derecho noruego —el más primitivo de los derechos germánicos— hacen referencia a un *sacramentum* entre jueces, el cual debía hacerse cuando sus decisiones diferían. La última decisión pertenecía al *Ding*.<sup>45</sup> Si las decisiones finales corresponden a la comunidad, entonces existe cierto grado de control público. (Este es el soporte fundamental de la autoridad central emergente.)

Los dos talentos de oro son contribución de las partes, una recompensa para los “jueces”. Aun si la *πρωτασία* debía entregarse a los “jueces”, nada impide suponer que dicho “depósito” era un prerrequisito del proceso. Quizás, como señala sir Frederick Pollock, era *a special fine for breaking the peace*.<sup>46</sup>

En un estadio posterior de desarrollo del proceso es natural, sugiere Maine,<sup>47</sup> que la “recompensa”, en vez de adjudicarse a uno de los “jueces” por aclamación popular, debía de ser pagada, ciertamente, a la comunidad. Es natural, por tanto, que en el procedimiento de las *legis actiones*, los *sacramenta*, en vez de ser adjudicados a uno de los jueces por aclamación, eran entregados a la *civitas*: *nam qui victus erat summan sacramenti praestabat poene nomine eaque in publicum cedebat*.<sup>48</sup> Puede agregarse, en confirmación de esta opinión, que muchos estudiosos de los primitivos sistemas jurídicos de Europa han señalado que las multas aplicadas por los tribunales eran originalmente *sacramenta*.<sup>49</sup>

La escena de la *Ilíada* describe un rasgo característico del Estado en etapa embrionaria. Si el texto de Homero no describe un sistema judicial consolidado (propio de la ciudad-Estado), sí muestra que el control de la autoridad sobre el uso privado de la fuerza ha dado un paso decisivo: el individuo amenazado de un ataque inminente puede pedir la protección de la comunidad.

<sup>44</sup> Maine, H. S., *Ancient Law*, cit., pp. 221-222.

<sup>45</sup> Wolff, H. J., “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, cit., p. 42.

<sup>46</sup> Pollock, F., *Introduction and Notes*, cit., p. 407.

<sup>47</sup> Maine, H. S., *Ancient Law*, cit., p. 222.

<sup>48</sup> Gavo, 4, 13, *in fine*.

<sup>49</sup> *Cfr.*, Maine, H. S., *Ancient Law*, cit., p. 222.

## 6. EL RECURSO A LA AUTORIDAD

El profesor Wolff llama nuestra atención sobre el hecho, aparentemente sorprendente, de que es el “demandado” el que se dirige primero al público.<sup>50</sup> El verso 499, precisamente, muestra, conjuntamente con otros datos, el estadio específico alcanzado en cuanto a la composición judicial de litigios, así como sobre el control del uso de la fuerza en los tiempos homéricos. Del verso 499, se sigue que el procedimiento era instituido por iniciativa del “demandado”. Esta interpretación, señala Wolff, recibe fuerte apoyo de una institución paralela prevista por las leyes de *Hammu-rabi*. Ahí, es también el “demandado” el que lleva el caso al tribunal, cuando no está dispuesto a someterse a la pretensión de su oponente de forma privada y sin intervención pública. Igualmente existe en el derecho babilonio evidencia documental de la aprehensión del deudor por parte del acreedor, forzando al deudor a someterse, o bien, a pedir la intervención del tribunal.<sup>51</sup>

De lo anteriormente expuesto se sigue que la escena del escudo se refiere a un estadio en el cual aquel que cree tener un derecho contra otro, no tiene otro medio para hacerlo efectivo que el uso de la fuerza; puede aprehenderlo o matarlo. Que un acto de autodefensa procede a los procedimientos judiciales que narra Homero, se sigue, sin lugar a dudas, de los versos 498-499. Aunque la exigencia de un derecho era aún garantizada por el uso de la fuerza, la comunidad había establecido una maquinaria “centralizada” para proteger al individuo, de modo que no fuera víctima de un uso ilícito de la fuerza.

Presumiblemente el “actor” no abandonaría su ventaja, garantizada por su acto de fuerza. En esta forma la oportunidad del “demandado” de recurrir a la *autoridad*, sería inútil si no estuviera respaldada por la fuerza pública impidiendo al “actor” llevar la ejecución a su fin. Esto supone una autoridad dotada del poder de intervenir en una ejecución privada ya en marcha. La existencia de una autoridad de este tipo es, como hemos apuntado, evidente; se sigue de la mención de los heraldos, cuya función consistía en asegurar la paz y el orden, de manera que el procedimiento judicial pudiera efectuarse sin llegar a una contienda general. En las leyes de *Hammu-rabi* esta función es realizada por el *redum* —el que arrastra malhechores<sup>52</sup> y convoca testigos.<sup>53</sup> No hay nada que indique que sus funciones fueran otras que las de mantener el orden y convocar personas al tribunal.<sup>54</sup>

La función de la autoridad es clara: protege a un miembro de la comunidad amenazado de fuerza privada; interviene para suspender el uso de la fuerza; hace los arreglos para que la disputa sea resuelta por una decisión judicial y supervisa la asamblea ante la cual se lleva a cabo el procedimiento. Pero,

<sup>50</sup> Cfr. Wolff, H. J., “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, *cit.*, p. 44.

<sup>51</sup> Cfr. Wolff, H. J., “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, *cit.*, pp. 44-45.

<sup>52</sup> Cfr. *Cod. Ham.*, 18, 63, 109 y 33.

<sup>53</sup> Cfr. *Cod. Ham.*, 13-20.

<sup>54</sup> Cfr. Driver, G. R. y Miles, J. C. *The Babylonian Laws*, *cit.*, p. 494 n. 2.

como hemos indicado anteriormente, no interviene en la decisión. El procedimiento *in iure* —extendiendo el argumento del profesor J. F. Jolowicz— no tiene como finalidad pronunciar una decisión, sino, únicamente, señalar el *modus judicanti*.<sup>55a</sup> Su finalidad, como es fácil observar, es el mantenimiento del orden en la comunidad; actúa en beneficio de la paz; en suma; pacifica a la comunidad.

## 7. LA SEGURIDAD COLECTIVA

Estas observaciones son consistentes con la tesis de Kelsen sobre la instrumentación de la seguridad colectiva a través del derecho, la cual hemos comentado en otro lado.<sup>55b</sup> Señala Kelsen que el desarrollo del orden jurídico, desde sus orígenes primitivos hasta el estadio actual en los Estados modernos, muestra, en lo que al uso de la fuerza se refiere, una tendencia que es común a todos los órdenes jurídicos: la tendencia constante a delimitar el uso de la fuerza a la ejecución de sanciones socialmente organizadas. En efecto, subraya Kelsen, existe la tendencia, que aumenta gradualmente de prohibir el uso de la fuerza llevada a cabo por un individuo contra otro miembro de la comunidad.<sup>56</sup>

Al determinar las condiciones bajo las cuales y los individuos por los cuales la fuerza puede ser usada, el orden jurídico de la comunidad establece un sistema de seguridad colectiva; protege a los individuos contra el uso ilícito de la fuerza por parte de otros individuos. Expresamente Kelsen señala:

Quando esta protección ha alcanzado un cierto mínimo, hablamos de seguridad colectiva, puesto que la seguridad se encuentra garantizada por el orden jurídico en tanto orden social. Este mínimo de protección contra el uso de la fuerza física puede existir aun cuando el monopolio del uso de la fuerza se encuentre descentralizado, *i.e.* cuando la autodefensa aún prevalece. Es posible considerar tal estadio como el de más bajo grado de seguridad colectiva. Sin embargo, podemos hablar de seguridad colectiva en un sentido mucho más reducido: cuando el monopolio de la fuerza de la comunidad jurídica ha alcanzado un mínimo de centralización donde la autodefensa es, en principio, excluida. Esto acontece cuando, al menos, la decisión sobre la cuestión de si en un caso concreto ha tenido lugar una violación del derecho y de quién es responsable de ella, les es retirado a los sujetos que son partes inmediatas en el conflicto y trasladada a un órgano especializado: un tribunal independiente. Es decir cuando la cuestión de si

<sup>55a</sup> Jolowicz, H. F., "Procedure *in iure* and *apud iudicem*" en Congreso Internationale de Diritto Romano, II, Bologna, 1934. París, Prem. Tipografía Successori, Flli Fusi, 1935, pp. 57-81.

<sup>55b</sup> Cfr. Tamayo y Salmorán, R., *Sobre el sistema jurídico y su creación*, cit., pp. 72-76; *idem*, "War and Peace in International Law", cit., pp. 716-722; *idem*, "El uso de la violencia en el orden jurídico", cit., pp. 80-84; *idem*, "The State as a Problem of Jurisprudence", cit., pp. 387-407.

<sup>56</sup> Cfr. Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, cit., p. 36; *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 37; *idem*, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 49-50.

el uso de la fuerza constituye un ilícito o bien un acto imputable a la comunidad, en el caso una sanción, puede ser decidida objetivamente.<sup>57</sup>

No estamos en posibilidad de determinar con precisión qué tanto la interferencia pública en los conflictos privados llegó a desarrollarse en los tiempos homéricos. Nada nos dice sobre si las actuaciones extrajudiciales se habían formalizado como en el caso de las leyes de *Hammu-rabi*. Ciertamente, el estadio representado por el más antiguo procedimiento romano conocido, en que la autoridad interfería desde la "acción" del "actor", forzándolo a llevar el caso a un tribunal,<sup>58</sup> aún no se había alcanzado. Funcionalmente, el procedimiento romano representa un sistema más avanzado que el babilonio. Sin embargo, no sabemos si fue precedido por un sistema análogo al babilonio o si se desarrolló en forma original cuando las autoridades públicas empezaron a interferir en el uso privado de la fuerza.

## 8. ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO

Primitivo como hubiera podido ser, el proceso que refiere Homero permite observar que un individuo podía poner en marcha la "maquinaria" judicial mediante un llamado a la autoridad emergente. Sin lugar a dudas, del texto se sigue que el "demandado" se las arreglaba para encontrar refugio en la comunidad la cual le garantizaba protección *hasta que la cuestión sobre el pago por el homicidio fuera decidida*. Una vez decidida en favor del "actor", muy bien podemos imaginar al mismo reasumiendo su ataque, ahora perfectamente lícito. Esto ocurría bajo las leyes de *Hammu-rabi*. Drivers y Miles precisamente refieren que la ejecución en cualquier caso se dejaba a la parte agraviada, a sus parientes, o bien, a sus vecinos. Posiblemente era efectuada, como señala *Cod. Ham.*, parágrafo 127, en presencia de los jueces, quienes, en esta forma, vigilaban que la sentencia pronunciada por ellos no fuera ejecutada en forma excesiva.<sup>59</sup>

Cualquiera que haya podido ser el grado de evolución alcanzado por el derecho en el tiempo que refiere el texto homérico, el principio que subyace detrás del procedimiento es obvio: la autoridad pública actúa en beneficio de la paz. No tanto por ponerse a disposición de aquellos que buscan el arbitraje como solución pacífica de sus diferencias, sino prestando su protección a un miembro de la comunidad que es atacado, hasta que el derecho del agresor, al uso de la fuerza, sea públicamente establecido.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 38-39. Hemos abandonado la traducción de Max Knight por inexacta y hemos preferido traducir del original alemán. Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 51-53.

<sup>58</sup> *XII tabulae*, 1, 1-2.

<sup>59</sup> Cfr. Driver, G. R. y Miles, J. C., *The Babylonian Laws*, cit., p. 494.

<sup>60</sup> Esta tesis ha sido sugerida por el profesor Hans Julius Wolff (cfr. "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", cit., p. 47).

El derecho de la ciudad-Estado alcanzó un alto grado de desarrollo. Sin embargo, señala Hans Julius Wolff, algunas reminiscencias del procedimiento homérico aún persisten en el siglo V.<sup>61</sup> Así, en el *Euménides* de Esquilo podemos observar ciertos rasgos ahora familiares. Permítasenos comentar los pasajes del *Euménides* que, a nuestro juicio, son relevantes para nuestro trabajo.

Una venganza perpetrada por las Irinnas<sup>62</sup> en contra de Orestes tiene lugar. Orestes busca protección y se refugia en el templo de Palas Atenea, pidiéndole un juicio que lo libre de sus males: "Reina Atenea... acoge a este perseguido... Oh diosa, aquí me quedaré y me someteré al resultado de mi juicio".<sup>63</sup> A la llegada de las Irinnas,<sup>64</sup> Orestes apremiantemente ruega a Palas que lo libere de su infortunio.<sup>65</sup> De lo anterior se desprende que es Orestes, el "demandado", el "deudor", quien reclama la intervención de Atenea —en su papel de reina o magistrada— para obtener un proceso que suspenda provisionalmente la "ejecución" de las Irinnas. Las Furias, por su parte, quieren proseguir con la "ejecución"; consideran que Orestes no tiene derecho a un proceso, sino que debe ser objeto de un acto de venganza.<sup>66</sup> Atenea, no obstante la pretensión de las Irinnas, atiende la petición de Orestes, le protege y comienza el procedimiento preliminar.<sup>67</sup> Palas hace saber que no le es lícito decidir un litigio<sup>68</sup> y manifiesta que enviará el caso a un tribunal:

<sup>61</sup> Cfr. Wolff, H. J., "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, p. 47.

<sup>62</sup> Esquilo nos cuenta del oficio de la Irinnas en los versos 299-396. Ellas mismas proclaman:

Aquellos que mantienen limpias sus manos, ninguna cólera de nosotros les asaltaré y a salvo pasarán todos sus días. Pero aquellos que cometieron pecado [delito], como éste [Orestes] lo hizo, y esconden sus manos manchadas de sangre, comparecemos como rectas testigos del asesinado y, como vengadoras del derramamiento de sangre, actuamos contra él hasta el final (*Eum.*, 313-320).

... este es el oficio que la Moira (Μοιρα), que todo le determina, nos asignó tener a nosotras, de forma inalterable, cuando midió el hilo de nuestras vidas: que sobre aquellos mortales sobre los cuales haya caído el inexcusable homicidio de parientes, a ellos debemos seguir hasta que descendiendo bajo la tierra: y aún después de la muerte no tendrán más libertad (*Eum.*, 334-340).

Durante el procedimiento preliminar, al ser cuestionadas por Atenea sobre su oficio, las Irinnas responden: "nosotras arrojamos a los asesinos de hombres fuera de sus casas" (*Eum.*, 421).

<sup>63</sup> *Eum.*, 235-236, 241-243.

<sup>64</sup> Cfr. *Eum.*, 245 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. *Eum.*, 299.

<sup>66</sup> Las Irinnas recitan en coro:

Él [Orestes] pretende someterse a un proceso por su acto de violencia. Pero eso no puede ser...

No, tú estás obligado en pago de sufrir que chupemos los rojizos hilos de sangre de tus miembros...

Agotaremos tu fuerza y te arrastraremos vivo al mundo subterráneo ahí tu podrás pagar la recompensa por la agonía de tu madre asesinada (*Eum.*, pp. 260, 261, 264-265 y 267-268).

<sup>67</sup> Cfr. *Eum.*, 397, 409-412.

<sup>68</sup> Cfr. *Eum.*, 471-472.

ἐπεὶ δὲ πρᾶγμα δεῦρ' ἐπέσκηψεν τόδε  
 φόνον δικαστᾶς ὀρκίους, αἴρουμεμένη  
 Θεσμον τον εἰς ἅπαντ ἔγω Θήσω χρόνον

puesto que esta causa se me ha sometido, designaré jueces de homicidio y estableceré un tribunal que dure por siempre.<sup>69</sup>

Una vez terminada la fase *in iure*, Atenea ordena: κήρυσσε, κηρυξ, καὶ στρατὸν κατειργατοῦ “heraldo, da la señal y contén a la gente”,<sup>70</sup> iniciando con ello la segunda etapa del proceso, la fase *apud iudicem*. Esta se lleva a cabo bajo la supervisión de Atenea, en su papel de βασιλεία. Una vez que las partes y los testigos (el testigo Apolo) han sido oídos, Atenea declara “visto” el proceso<sup>71</sup> y dirigiéndose a los *areopagitas* dice:

κλύοιτ' ἄν ἤδη Θεσμον. . .  
 ὀρθουσθαὶ δὲ χρῆ και ψηφον αἴρειν  
 καὶ διαγνῶναι δικην αἰδουμενους  
 τὸν ὄρκον

jueces que conocen de esta causa . . . levántense de sus asientos, produzcan su voto, y conforme a su juramento, pronuncien un justo veredicto (fallo).<sup>72</sup>

El proceso de Orestes muestra un parecido notable con el que aparece grabado en el escudo de Aquiles. A este respecto el profesor Wolff señala que nada es tomado de Homero y, sin embargo, la consonancia es absoluta. Esto lleva el dramático episodio de Esquilo más allá de la fantasía poética y permite considerarlo como evidencia indirecta de una costumbre que efectivamente existía en tiempos primitivos.<sup>73</sup>

Todos estos argumentos contradicen seriamente la idea común que otorga al rey, *i.e.* βασιλεύς de los tiempos heroicos, además del liderazgo en cuestiones militares y asuntos religiosos, la función de resolver o arbitrar controversias privadas. Su función no consistía en resolver disputas, sino simplemente, en mantener la paz en la comunidad. En la escena representada en el escudo de Aquiles, son los *gerontes* los que juzgan (en el *Euménides*, los

<sup>69</sup> *Eum.*, 482-484. Véase, también, versos 684-687. Cuenta Esquilo que ese tribunal habría de funcionar en una roca. En ese lugar las amazonas habían ofrecido sacrificios al dios Ares, por lo que la roca tomó el nombre de *Areópago* (Ἄρειος πάγος) (*Cfr. Eum.*, 689-690). De ahí que sus miembros fueran llamados *areopagitas* (Ἄρεοπαγῖται).

<sup>70</sup> *Eum.*, 566.

<sup>71</sup> *Cfr. Eum.*, 674.

<sup>72</sup> *Eum.*, 681, 708-710. Checar en Loeb en *Aeschilus*, pp. 328 y ss. (aprox.). En la época de Esquilo la decisión de los jueces era final.

<sup>73</sup> *Cfr. Wolff, H. J.*, “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, *cit.*, p. 47.

*areopagitas*). En esta forma podemos admitir que en la comunidad homérica, otras personas, diferentes al βουλευός son los que deciden las disputas.

En las leyes de *Hammu-rabi* el rey generalmente remite las cuestiones que han de ser juzgadas, a un tribunal.<sup>74</sup> Las fuentes del derecho hindú señalan que el rey designaba a sus jueces (*Prāḍavivāka*<sup>75</sup> o *Dhamikah*) y a asesores (*Sabhyās*), facultados para decidir toda cuestión litigiosa.<sup>76</sup> Los *Smṛti*, i.e. *Manusmṛti* (*Manu*) VIII, 1-2, y los digestos en derecho *Smṛti* insisten en que el rey no puede dispensar justicia por sí solo, sino que debe hacerlo con la guía y ayuda de otros.<sup>77</sup> *Manu*, VIII, 1 precisamente señala que el rey que quiera intervenir en litigios tiene que llegar al tribunal, i.e. *Dharmādthikarana* acompañado de *Bṛhmanas* y consejeros expertos i.e. *Sabhyās*.<sup>78</sup> Al igual que *Manu* VIII, 1-2, *Nārada Smṛti* I, 35 establece que el rey tiene que conformarse con la opinión del juez (*Prāḍavivāka mate Sthitah*).<sup>79</sup> En el mismo lugar *Nārada Smṛti* establece:

De acuerdo con los libros de derecho [*Dahrmastūtras* y *Dahrmasastras*]<sup>80</sup> y adhiriéndose a la opinión de su *Prāḍavivāka* [Juez mayor], dejémosle (al rey) conocer de juicios en debido orden y gran cuidado.<sup>81</sup>

Con respecto a las funciones judiciales *Bṛhaspati Smṛti* I, 4-10 señala que los jueces, *Dhamikah* o *Sabhāsadas*, investigan los méritos del caso; *Prāḍavivāka* (el juez mayor) decide y el rey aplica los castigos. Otros

<sup>74</sup> Drivers, G. R. y Miles, J. C., *The Babilonian Laws, Legal Commentary, cit.*, p. 490.

<sup>75</sup> "Un juez es denominado *Prāḍavivāka* o *Prāḍivāka*, porque *Prāḍ* (*Pracchati iti Prāḍ*) significa el que interroga a las partes y a los testigos en una disputa y *Vivāka* (*Vivecayati yat tasmāt iti vivāka*) significa el que discute las cuestiones o analiza la verdad (*Das, Sukla. Crime and Punishment in Ancient India, c. 300 A.D. to 1100 A.D.*, New Delhi, Abhinav Publications, 1977, p. 100). Como el experto cirujano que tiene que extraer la espina de la herida, el *Prāḍavivāka* tiene que extraer la injusticia en el litigio mediante búsqueda e investigación. Baste decir que el término connota la persona que examina y repregunta, investiga todo el caso y pronuncia una decisión (Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India. On the Basis of Dharmasastra Literature*, New Delhi, Abhinav Publications, 1978, p. 35).

<sup>76</sup> Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India, cit.*, pp. 17-18.

<sup>77</sup> Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India, cit.*, p. 19.

<sup>78</sup> Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India, cit.*, p. 24.

De acuerdo con *Yājñavalkya II, I*, el rey debe penetrar el tribunal acompañado de escolásticos *Brahmanas* y ministros con experiencia y decidir los casos de conformidad a las reglas del *Dharmasastra* (Das, Sukla, *Crime and Punishment in Ancient India, cit.*, p. 98) "Kālidāsa hace clara la cuestión de que, aun si el rey era completamente erudito, él no podía decidir el caso por sí mismo, puesto que era injusto (*Mālavikāgnimitran*, I, *Sṛvajñasyapyekakine nirṇayābhyupagame desaya*, [The Complete text of Kālidā's Works, S. C. Chakravarti, Calcuta, 1916, citado por Das, Sukla, *Crime and Punishment in Ancient India, cit.*, pp. 98 y 129]).

<sup>79</sup> Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India, cit.*, p. 20.

<sup>80</sup> *Dharmasūtra: Gautama, Bauddhāyana, Ampastamba, Vasistha* (de 500 a 300 a.C.); *Dharmasastra: Manu* (200 a.C. a 100 d.C.), *Viṣṇu, Yājñavalkya* (ambos de 100 a antes de 300 d.C.), *Nārada* (de 100 a antes de 400 d.C.), *Bṛhaspati* (de 300 a antes de 500 d.C.) y *Kātyāyana* (de 400 a antes de 600 d.C.) (Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India, cit.*, p. 4).

<sup>81</sup> Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India, cit.*, p. 19; Das, Kukla, *Crime and Punishment in Ancient India, cit.*, p. 98.

funcionarios, los *Peruša*, los cuales se asemejan al *redūm* babilonio o a los heraldos griegos, convocan a las partes, a los testigos y a los asesores y mantienen a los acusados bajo custodia.<sup>82</sup>

El proceso homérico no había evolucionado al grado de que las *acciones* sirvieran el interés de las partes. Su único propósito, menos idílico, era la protección del orden interno de la comunidad y el establecimiento de cierto grado de control público sobre la autodefensa que era, aún, el único medio disponible para implementar una reclamación jurídica.

### 9. PERSISTENCIAS Y CONSECUENCIAS

La intervención de la autoridad para interrumpir el combate hasta que éste fuera resuelto por una decisión judicial, marcó hondamente las etapas sucesivas de la evolución del proceso y de la organización judicial: *una decisión judicial es necesaria para remover la barrera, levantada por el Estado, para proteger a aquellos que son amenazados o son víctimas del uso de la fuerza por parte de otros miembros de la comunidad*. Por otro lado, la división del proceso y de la organización judicial en una rama de la supervisión, ejecución, coerción, *i.e. in iure*, y una rama de la decisión, *i.e. apud iudicem*; así como las actuaciones preliminares y los procedimientos sumarios, encuentran su antecedente en un tipo de proceso como el descrito en el escudo de Aquiles.

Los reyes (homéricos, babilonios, hindúes) y los magistrados, así como los heraldos griegos, el *redūm* babilonio, el *peruša* indio y, muy particularmente, el *pruotor* romano, participaban en la administración de justicia en su función de autoridades, de gobernantes, *no de jueces*. Ellos conducían el curso del procedimiento, recibiendo *acciones*, ejecutando decisiones y decidiendo únicamente cuestiones incidentales.

En los siglos V y IV a. de J.C. encontramos en Atenas un procedimiento preliminar: la *ἀνάκρισις*, el cual guarda un extraordinario parecido con el procedimiento romano *in iure*. En él se perciben aún los rasgos del procedimiento homérico. La *ἀνάκρισις* era un procedimiento sumario sustanciado ante el magistrado. Éste decidía si la acción era admisible. Sobre el particular, así como sobre otras cuestiones, el magistrado podía pronunciar decisiones incidentales (*e.g.* podía pedir la aclaración de la demanda). Finalmente, el magistrado turnaba el caso al tribunal que correspondiera y convocaba a sus integrantes.<sup>83</sup>

### 10. LOS INTERDICTOS DEL DERECHO ROMANO

Ciertos rasgos del proceso homérico no desaparecieron con la consolidación de un sistema judicial. Por lo contrario, el procedimiento preliminar probó ser

<sup>82</sup> Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India*, cit., pp. 15 y 19.

<sup>83</sup> Cfr. Jones, W. J., *The Law and Legal Theory of the Greeks*, cit., p. 299; Wolff, H. J., "The

tan eficiente que llegó a ser el modelo de la protección interdictal. Si observamos con atención el funcionamiento de los *interdicta*, podemos considerarlos como instrumentos para obtener la protección administrativa a través de rápidos procedimientos (como medidas de policía). El carácter administrativo (o gubernativo) del *interdictum* no desaparece cuando es usado para la protección del interés particular. Esto demuestra lo que es parte esencial de nuestro argumento: *el control sobre la autodefensa y el mantenimiento de la paz es condición previa para la solución jurisdiccional de las controversias*. El procedimiento interdictal data, por lo menos, del tiempo de las *legis actiones*.<sup>85</sup>

El genio romano había de hacer de los *interdicta* uno de los medios más eficaces para la terminación de controversias. Con impresionante claridad Gayo señala: *Certis igitur ex causis praetor aut preconcul principaliter auctoritatem suam finiendis controversis interponit . . . Et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet*.<sup>86</sup>

El *interdictum* emanaba, observa Félix de Zulueta, de la alta facultad ejecutiva del *praetor* (como la *missio in possessio*, la *restitutio in integro*, etcétera), no de su jurisdicción.<sup>87</sup> El magistrado que otorgaba el *interdictum* no era meramente un agente que aprobaba lo que las partes acordaban. Por detrás de un *interdictum*, se encontraba, como dice Leopold Wenger, “un magistrado que mandaba”.<sup>88</sup> De ahí que, en claro contraste con la *formula*, el *interdictum* se redactaba como un orden dirigida a las partes.

Ninguna institución procesal muestra con la claridad con la que el *interdictum* lo hace, que el control sobre la autodefensa, por parte de la autoridad, es condición necesaria para la solución jurisdiccional de las controversias entre particulares. Los *interdicta*, sin embargo, no resuelven la controversia: *Nec tamen, cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit statim per actum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresue itur . . .*<sup>89</sup> El objeto inmediato del *interdictum* es el mantenimiento de la paz pública y la protección del individuo que es víctima del uso de la fuerza. A este respecto es muy significativa la expresión *vim fieri veto*<sup>90</sup> en la fórmula de los *interdicta prohibitoria*.

Al mantener o restablecer la paz, el *interdictum* no resuelve la controversia ni prejuzga sobre los derechos de las partes. En el procedimiento interdictal la fase propiamente interdictal concluye con la decisión del *praetor* que niega o

Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, *cit.*, pp. 67-68; Vinogradoff, P., *Outlines of Historical Jurisprudence, II, The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford, Oxford University Press, 1922, p.145.

<sup>84</sup> En ciertos *interdicta* el carácter administrativo parece determinante, como puede observarse en los *interdicta* para la protección del uso común del *flumina publica* (Cfr., D. 43, 12, 1; 43, 12, 1; 43, 14, 1).

<sup>85</sup> Cfr. Wenger, L., *Institute of the Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, p. 246.

<sup>86</sup> Gaius, 4, 139.

<sup>87</sup> Cfr. Zulueta F. de, *The Institute of Gaius*, *cit.*, p. 288.

<sup>88</sup> Cfr. Wenger, L., *Institutes of Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, p. 246.

<sup>89</sup> Gayo, 4, 141.

<sup>90</sup> *Uti eas eades, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* (D., 43, 17, 1, pr.).

concede el *interdictum*. El *praetor* al conocer del interdicto abre una *causae cognitio* sumaria; acto seguido concede el *interdictum* dando por ciertos los hechos afirmados por el peticionario, sin examinar previamente si tal estado de cosas realmente existe. La orden es, por tanto, condicional.<sup>91</sup>

En muchos casos el *interdictum* pone fin a la controversia sin requerir de un procedimiento ulterior. Este procedimiento se hace necesario si la persona a la cual se dirige el *interdictum* no se conforma. Existen dos tipos de procedimientos para examinar si las condiciones requeridas por el *interdictum* se dan o no: el procedimiento *per sponsionem* y el procedimiento *per formula arbitraria*.<sup>92</sup> En las *sponsiones* cada una de las partes prometía a la otra una suma de dinero si resultaba que lo que alegaba no era cierto. En casos de *interdicta restitutoria* o *exhibitoria* el afectado podía evitar esta *sponsio*, pidiendo la designación de un árbitro. El *praetor*, en tales casos, presentaba a las partes una *formula arbitraria*, haciendo que el peticionario del *interdictum* la aceptara o bien no esperara ninguna otra protección del derecho.<sup>93</sup>

El *interdictum*, consecuentemente, no compone un litigio (aunque puede impedirlo). El *vim fieri veto* es un acto de *imperium* del *praetor* que testimonia el grado de control que la autoridad ha establecido sobre el uso privado de la fuerza (condición necesaria para la resolución judicial de controversias). El *praetor* al otorgar el *interdictum* no resuelve jurídicamente la controversia, ordena que se preserve la paz de la comunidad ofreciendo a las partes esta opción: *conformarse con los términos del interdictum o aceptar un proceso*.

El genio romano produjo un impresionante número de *interdicta*.<sup>94</sup> Sin embargo, es innegable que todos, en mayor o menor grado, eran instrumentos de control y vigilancia de la paz pública. Algunas veces servían predominantemente el orden público: protegían la *res divini iuris* y la *res publica* (e.g. control público sobre caminos y uso de aguas). Otros, protegían, preponderantemente, el interés privado, procurando que no asomara el uso de la fuerza en la resolución de controversias. Pero, como quiera que sea, los *interdicta* van

<sup>91</sup> Véase, por ejemplo *D* 43. 17. 1. *pr.* (*loc. cit.*). El carácter condicional (y provisional) del *interdictum* lo distingue de otras medidas gubernativas y de policía. Es necesario insistir que la descripción de los *interdicta* como órdenes administrativas, aunque, básicamente correcta, sería incompleta si no tiene presente su aspecto procesal. En primer lugar el *interdictum* no es una orden administrativa que dependa de la voluntad unilateral del magistrado. En este sentido no es, estrictamente, una medida discrecional de policía. El *interdictum* es promovido por un individuo que es (o cree que es) objeto de una interferencia ilícita en sus derechos; el particular supone, por tanto, una controversia entre particulares. De acuerdo con lo anterior resulta que el *interdictum* es un *recurso* que se interpone con objeto de suspender la autodefensa (*vim fieri veto*). Por lo demás, el *interdictum* es una medida provisional que deja la decisión final del conflicto a la sentencia judicial.

<sup>92</sup> *Cfr.* Gavo, 4, 141.

<sup>93</sup> *Cfr.* Gavo, 4, 163.

<sup>94</sup> El profesor Adolf Berger enumera cincuenta y ocho tipos de *interdicta* (Berger, A., "Interdictum", en *Realencyclopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, vol. 9. pp. 1630 y ss. citado por Wenger, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, p. 24 n. 48). El propio profesor Berger dedica 69 voces para referirse al tema de los *interdicta* en su *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law* (Transaction of the American Philosophical Society). The American Philosophical Society, Philadelphia, 1968 pp. 507-512).

más allá de los intereses privados en conflicto. A este respecto permitasenos decir, parafraseando al profesor Leopold Wenger, que los *interdicta* trascienden los limitados confines del interés privado; nos conducen a donde surge el Estado (la autoridad central) y presentan una imagen muy instructiva de la administración de las comunidades antiguas.<sup>95</sup>

## II. 'ILIADA' XXIII Y LAS CONDICIONES DEL PROCESO<sup>96</sup>

En comparación con *Iliada*, XVIII, 497-508, en que el poeta describe un proceso jurisdiccional, en el libro XXIII, una disputa es resuelta de manera diferente. Cuenta Homero que en ocasión de los funerales de Patroclo se llevó a cabo una carrera de carros. Terminada la carrera y viendo que Eumelo llegaba en último lugar, Aquiles, por compasión, decide otorgarle el premio del segundo lugar.<sup>97</sup> Antiloco quien efectivamente llegara en segundo lugar, reclama el premio y apoderándose de él por un acto de autodefensa manifiesta:

τὴν δ' ἐγὼ οὐ θάσω. περὶ δ' αὐτῆς πειρηθήτω  
ἀνδρῶν ὅς κ' ἐθέλησιν ἐμοὶ χεῖρεσσι μάχεσθαι

“... la yegua no la entregaré; por ella dejemos a cualquier hombre que quiera, trate de luchar conmigo...”.<sup>98</sup> Aquiles accede al reclamo de Antiloco y concede a Eumelo otro premio.<sup>99</sup> En ese momento Menelao interviene; reclama el premio, acusando a Antiloco de haberle arrebatado la victoria tramposamente.<sup>100</sup> Menelao no acepta el desafío de Antiloco, pide a los líderes de los *argivos* que establezcan el derecho. Luego, cambiando de opinión, manifiesta su intención de establecer *él mismo* el derecho, proponiéndole a Antiloco un juramento.<sup>101</sup> Antiloco admite su falta y entrega el premio a Menelao,<sup>102</sup> terminando con ello la controversia

Desde el punto de vista de la historia del proceso es importante resaltar, como lo hace Hans Julius Wolff, que la controversia se mantiene durante todo el tiempo dentro del marco de la autocomposición.<sup>103</sup> Antiloco se apodera del

<sup>95</sup> Cfr. Wenger L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 254.

<sup>96</sup> Sobre este particular seguiremos de cerca las explicaciones del profesor Hans Julius Wolff tal y como las expone en su célebre trabajo “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks” (cit., pp. 56-57 y 83).

<sup>97</sup> Cfr. *Il.*, 532-538.

<sup>98</sup> *Il.*, 553-554. Hemos traducido de la versión inglesa de Loeb Collection y cotejamos con la versión de A. Lang, W., Leaf y E., Nayers, *The Iliad of Homerus* (cit., p. 466).

<sup>99</sup> Cfr. *Il.*, pp. 558-562.

<sup>100</sup> Cfr. *Il.*, 566-570.

<sup>101</sup> Cfr. *Il.*, 570-585.

<sup>102</sup> Cfr. *Il.*, 586-597.

<sup>103</sup> Cfr. Wolff, H. J., “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, cit., p. 57.

premio mediante un acto de justicia privada y no encuentra otra razón para dejar ir el premio que su derrota en combate, cuando el premio se convierta, justamente, en botín del vencedor. La controversia entre Antíloco y Menelao se resuelve sin combate. Pero, sin duda, éste se hubiera producido si Antíloco no hubiera aceptado prestar juramento. Sin embargo, el conflicto no es resuelto mediante un proceso, sino por autocomposición.

En la composición del conflicto de la carrera de carros no existe indicio del rasgo más característico que encontramos en el proceso grabado en el escudo de Aquiles: *la existencia de una autoridad sobre ambas partes que pudiera intervenir e impedir el inicio de una lucha abierta, forzando a los combatientes a someter el conflicto a la decisión de un tercero imparcial*. Si en un momento Menelao pide la intervención de los líderes de los *argivos*,<sup>104</sup> no lo hace porque considere que éstos constituyen un órgano investido de facultades para resolver los litigios que puedan surgir entre los aqueos. La prueba de ello es que, inmediatamente, Menelao cambia de actitud y decide resolver él mismo el conflicto, invitando a Antíloco a una autocomposición pacífica.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso del escudo de Aquiles, en el conflicto de la carrera de carros el público se mantiene inactivo –como si la paz interna de la comunidad no se hubiera roto. Nadie, ni el mismo Agamenón, trata de intervenir y retirar el asunto de las manos de las partes. Por todo lo anterior podemos decir con el profesor Wolff, que la escena descrita en el escudo de Aquiles es un proceso jurisdiccional, los sucesos narrados en el libro XXIII, no lo son.<sup>105</sup>

Supongamos que Menelao no cambia de opinión y mantiene su petición de que sean los líderes de los *argivos* los que establezcan el derecho. Este simple hecho no suspende el acto de autodefensa de Antíloco, ni convierte en autoridad jurisdiccional a los líderes. Para ello hubiera sido necesario un *compromiso*, i.e. era menester la voluntad de Antíloco para primeramente abandonar la autodefensa y luego someterse al veredicto de un cuerpo de árbitros. Muy probablemente los líderes de los *argivos* hubieran podido arrancar el premio a Antíloco, poniéndose del lado de Menelao; pero eso no hace que el conflicto rebase el marco de la autodefensa.

Como puede observarse, las condiciones requeridas para un proceso como el grabado por Hefesto, son sustancialmente diferentes a las requeridas para la celebración de un arbitraje. El arbitraje es un fenómeno paralelo, pero distinto del proceso (como lo son también las formas autocompositivas). Ciertamente, el arbitraje puede presentarse y de hecho se presenta, ahí donde existe control sobre la autodefensa. Sin embargo, el campo más propicio para el arbitraje (así como para las formas de autocomposición) es ahí donde el proceso no puede darse: en una comunidad desprovista de una confiable “maquinaria” para la supresión de la autodefensa (como lo puede ser, por ejemplo, la comunidad internacional). Este hecho revela justamente, la inconsistencia del argumento que quiere ver en el arbitraje el antecedente

<sup>104</sup> Cfr. II., 573-574.

<sup>105</sup> Cfr. Wolff H. J., “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, *cit.*, p. 57.

necesario del proceso jurisdiccional. La tesis que establece una línea de evolución que va desde la mediación al arbitraje voluntario y, luego, hasta el proceso jurisdiccional, es fundamentalmente errónea. Fue el control de la autoridad emergente el elemento decisivo en el creciente control sobre la autodefensa.

#### EPÍLOGO

Una de las principales conclusiones<sup>106</sup> de este trabajo es que el proceso aparece no por la gradual transformación del arbitraje voluntario; aparece gracias a la sustitución de la autodefensa ilimitada por el control de la autoridad sobre la autodefensa. El control sobre el uso privado de la fuerza fue logrado, desde los tiempos homéricos, cuando la organización política había apenas alcanzado el estadio del *early state*, i.e. la más temprana y verdaderamente primaria forma del Estado.<sup>107</sup>

Difícilmente puede dudarse de que la idea de separar la facultad de juzgar (de los jueces, por ejemplo) del oficio policiaco del magistrado gobernante fue alcanzada desde temprana época, i.e. en el tiempo en que se describe el proceso homérico.

Una vez que la maquinaria para la supervisión de la autodefensa fue inventada y efectivamente puesta en movimiento, fue abierto el camino que conduce a un ordenado sistema jurídico y a un proceso jurisdiccional. Fue posible abolir el principio de la venganza privada y construir, determinando el dominio de la responsabilidad, el derecho de las obligaciones. El creciente poder del Estado trajo consigo la prohibición de la autodefensa en el inicio del proceso y restringió el uso de la fuerza sólo a la ejecución de sanciones.

<sup>106</sup> Prácticamente habremos de concluir en la forma en que lo hace Hans Julius Wolff (*Cfr.* "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, pp. 82, 84-85).

<sup>107</sup> Khazanov, Anatolii, M., "Some Theoretical Problems of the Study of Early States" in *The Early State*, Claessen, H. J. M. y Skalnik, P. (Eds), La Haya, Mouton Publishers, 1978. pp. 77.

En el mismo lugar el profesor soviético señala que el *early State* es el inmediato sucesor de la "desintegración de la sociedad primitiva". Los *early states* –continúa Khazanov– marcaron un nuevo estadio en el desarrollo histórico del género humano y constituyeron el primer eslabón en la larga o corta cadena de la continuidad estatal. Las tendencias básicas asociadas al desarrollo de los *early states* fueron: el esfuerzo por descartar su herencia primitiva, en cuanto a la estructura social y política, y reforzar su estructura gubernamental (*Cfr.* Khazanov, Anatolii, "Some Theoretical Problems of the Study of Early States", *cit.*, p. 78).

Sobre la posición del profesor Khazanov puede consultarse: Tamayo y Salmorán, R., "El estudio de la formación del Estado según Anatolii M. Khazanov", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XII, Núm. 35, mayo-agosto de 1979. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 497-512. Sobre el tema de *early state* puede consultarse: *The Early State*, obra editada por H. J. M. Claessen y P. Skalnik, ya citada; particularmente el trabajo de estos últimos: "The Early States: Theories and Hypotheses" (pp. 3-29). Sobre este trabajo puede consultarse: Tamayo y Salmorán, R., "Comentario sobre *The Early State: Theories and Hypotheses* de H. Claessen y P. Skalnik", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XII, Núm. 35, mayo-agosto de 1979, *ul. cit.*, pp. 533-540.

Sobre el pensamiento del profesor H. J. M. Claessen puede consultarse su libro *Antropología política. Estudio de las comunidades políticas (Una investigación panorámica)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM, 1978.

Eventualmente el Estado podía encargarse de la ejecución de las decisiones judiciales. En el principio el control consistía en disuadir a aquellos que de otra manera hubieran cometido actos de fuerza puesto que el peligro de quedar sin protección de la autoridad, hacía que estuvieran más dispuestos a dirimir sus controversias pacíficamente bajo el control de la autoridad central.

En el curso de nuestra exposición hemos podido comparar en diferentes ocasiones, el derecho procesal de la Grecia arcaica con otros sistemas jurídicos. En esta comparación se aprecia una extraordinaria similitud entre las ideas que se encuentran detrás del nacimiento del derecho procesal en Grecia y las ideas rectoras del derecho procesal romano de las *legis actiones*. Para el profesor Wolff sería aún más importante, desde el punto de vista de la historia jurídica comparada, el hecho que hayamos podido establecer una clara relación entre los primitivos métodos procesales griegos, descritos en el escudo de Aquiles, con el proceso de los antiguos derechos de Babilonia e India, con el primitivo derecho germánico, así como con posteriores procedimientos griegos y con el sistema interdictal romano. Estos argumentos justifican la conclusión de que los métodos que usan los griegos en sus primeros intentos por poner bajo control el ilimitado uso de la fuerza, puede ser considerado, en gran medida, una forma típica por la que el creciente poder político en una comunidad busca controlar y limitar el uso de la fuerza privada en la composición de controversias.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN\*\*

#### FONTES

- Bruns, C. G., *Fontes iuris Romani antiqui*, 7e. ed., Tubingen, 1909 (Reimpr. anst., Aalen, 1958).
- Ciceron, 'De Republica' en *De Re Publica. De legibus*. Ed. de Clyton W. Keyes, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1970 (Loeb Classical Library, 213).
- Código de Hammu-rabi*, i.e. C.H. en *The Babylonian Laws, II Transliterated Text, Translation, Philological Notes Glossary*, Ed. Driver, G. R. y Miles, J. C., Oxford, Oxford University Press, 1955.
- Esquilo, *Euménides* en *Aeschylus II*. Ed. Weir Smyth, H. y Lloyd-Jones, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press (The Loeb Classical Library, 146).

\*\* Investigador de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Estado en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Licenciado en Derecho (1967, Universidad Nacional Autónoma de México); *Dr. iur.* (1970, *Faculté de Droit et Sciences Economiques, Université de Paris*).

- Gai Institutionum* en *The Institutes of Gaius, Part I. Text with Critical Notes and Translation*, Ed. Zulueta, F. de, Oxford University Press, 1976.
- Homero, *The Iliad* en *The Iliad I y II*, Ed. Murray, A. T. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971 (The Loeb Classical Library, 170 y 171).
- Homero, *The Odyssey*, en *The Odyssey, I y II*, Ed. Murray, A. T. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1966 (The Loeb Classical Library, 104 y 105).
- Iustiniani Digesta* en *Corpus Iuris Civilis I, Institutiones. Digesta*, Ed. Krueger, P. y Mommsem, T., Weidmann, Dublin-Zürich, 1973.
- Iustiniani Institutiones*, en *Corpus Iuris Civilis I, op. ul. cit.*
- XII Tabulae* en Riccobono, S. y Arangio Ruiz, V. *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, Florence, 1940-1943 (Reimpr. anast. 1968).
- Tito Livio, 'Annales III'. en *Livy II (Books III and IV)*, Ed. Foster, B. O., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1967, Loeb Classical Library, 133).

## BIBLIOGRAFÍA

- BERGER, Adolf, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia, The American Philosophical Society, 1968.
- , "Interdictum", en *Reale-zyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*. Vol. 9, citado por Leopold Wenger en *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, trad. de O. H. Fisk, New York, Veritas Press, 1940.
- BONNER, R. J., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, por R. J. Bonner y G. Smith, Vol. I, Chicago, 1930/1938.
- BUCKLAND, W. W., *Roman Law and Common Law*, 2nd. ed. por W. W. Buckland y Arnold D McNair, ed. rev. por F. H. Lawson, Cambridge, Cambridge University Press, 1974.
- BUTLER, S., *The Iliad*. London, Johnathan Cape Ltd.
- CALHOUN, George Miller, *Introduction to Greek Legal Science*, edited by Francis de Zulueta, Reprint of the Oxford edition 1944. Aalen, Scientia, 1977.
- CLAESSEN, Henri J. M., *Antropología política. Estudio de las comunidades políticas (Una investigación panorámica)* México, UNAM, 1978.
- , ed. *The Early State*, edited by H. J. M. Claessen and Peter Skalník. The Hague, Mouton Publishers, 1978.
- CHAKRAVARTI, S. C., "The Complete Text of Kālidā's Works", Calcuta, 1916, citado por Das Sukla en *Crime and Punishment in Ancient India*, 300 A.D. to 1100 A.D. New Delhi, Abhinav Publications, 1977.
- DRIVER, Godfrey Rolles, *The Babylonian Laws. I. Legal Commentary*, por G. R. Driver y John C. Miles. Oxford, Oxford University Press, 1956.
- GIRARD, Paul F., *Histoire de l'organisation judiciaire des romains. I. Les six*

- premiers siècles de Rome*. París, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1901.
- HOMERO, *The Iliad*, edited by A. T. Murray. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1966.
- IHERING, Rudolf von, *L'Esprit du droit romain (Geist des Römischen Rechts)*, tr. por O. de Meulenaere. París, Chevallier-Marescq, 1886/1888.
- JOLOWICZ, H. F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, edited by Barry Nichols. Cambridge, Cambridge University Press, 1978.
- , "Procedure in iure and apud iudicem" en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano II*, celebrado en Bologna 1934, Pavia Prem. Tipografia Successori, Flli. Fusi 1935.
- JONES, John Walter, *The Law and Legal Theory of the Greeks, An Introduction*. Reprint of the Oxford edition 1956. Aalen, Scientia, 1977.
- KEISEN, Hans, *General Theory of Law and State*, reimpresión de la edición de Harvard University Press de 1945. New York, Russell and Russell, 1961.
- , *The Pure Theory of Law*. Berkeley, University of California Press, 1967.
- , *Reine Rechtslehre*, 2 Aufl. Wien, Franz Deuticke, 1960.
- , *Teoría pura del derecho*, tr. por Roberto J. Vernengo. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979 (2a. reimpresión: 1981).
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. de Eduardo García Máynez. México, UNAM, 1979.
- KELLY, J. M., *Roman Litigation*. Oxford, Oxford University Press, 1966.
- KHAZANOV, Anatolii M. "Some Theoretical Problems of the Study of Early States", en H. J. M. Claessen y Peter Skalnik, eds. *The Early State*. The Hague, Mouton Publishers, 1978.
- LANG, A., *The Iliad of Homer*, by A. Lang, W. Leaf and E. Myers. London, 1903.
- LEVY-BRUHL, Henri, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*. París, Sirey, 1934.
- , *Recherches sur les actions de la loi*. París, Sirey, 1960.
- LUZZATO, G., "Zeitschrift der Savigny für Rechtsgeschichte" vol. 73, citado por J. M. Kelly en *Roman Litigation*. Oxford, Oxford University Press, 1966.
- MACDOWELL, Douglas M., *The Law in Classical Athens*. London, Thames and Hudson, 1978.
- MAINE, Henry Sumner, *Ancient Law*, edited by F. Pollock. London, John Murray, 1927.
- , *Ancient Law*. New York, E. P. Dutton and Co., 1977.
- POLLOCK, Frederick, "Introduction and Notes", en Maine, Henry Sumner, *Ancient Law*, edited by F. Pollock. London, John Murray, 1927.
- SHARAN, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India. On The Basis of Dharmasastra Literature*. New Delhi, Abhinav Publications, 1978.
- SUKLA, Das, *Crime and Punishment in Ancient India 300 A.D. to 100 A.D.* New Delhi, Abhinav Publications, 1977.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "Comentario sobre 'The Early State:

- Theories and Hypotheses de H. Claessen y P. Skalnik" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XII, No. 35, mayo-agosto 1979, México.
- , "El estudio de la formación del Estado según Anatolii M. Khazanov", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XII, No. 35, mayo-agosto 1979, México.
- , "El uso de la violencia en el orden jurídico", en S. Genovés y J. F. Passy, eds. *Comportamiento y violencia. Más allá de Lorenz y de Skinner*. México, Ed. Diana, 1976.
- , *Sobre el sistema jurídico y su creación*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- , "War and Peace in International Law", en A. Nettleship y R. D. Givens, eds. *War. Its Causes and Correlates*. The Hague, Mouton Publishers, 1975.
- , "The State as Problem of Jurisprudence", en H. J. M. Claessen y P. Skalnik, eds. *The Study of the State*. The Hague, Mouton Publishers, 1981.
- , "The Uses of Violence and the Legal Order", en *Proceedings 34th Annual Meeting of the Society for Applied Anthropology, Amsterdam, 19-22 March 1975*. Amsterdam, Society for Applied Anthropology, 1975.
- VINOGRADOFF, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence. I. Introduction. Tribal Law*. New York, AMS Press Inc., 1971.
- , *Outlines of Historical Jurisprudence. II. The Jurisprudence of the Greek City*. Oxford, Oxford University Press, 1922.
- WATSON, Alan, *The Nature of Law*. Edinburg, Edinburg University Press, 1977.
- WENGER, Leopold *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, tr. by O. H. Fisk. New York, Veritas Press, 1940.
- WLASSAK, Moritz, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*. Wien, Hölder, 1921.
- WOLFF, Hans Julius, "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", en S. Kuttner y Strittmatter, eds. *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History. Thought and Religion*, vol. IV. New York, Cosmopolitan Science and Art Service, Co., Inc., 1946.
- ZULUETA, Francis de, *The Institutes of Gaius. II. Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 1975.