

EL ORIGEN DEL PROCESO ENTRE LOS GRIEGOS*

Hans Julius WOLFF**

SUMARIO: *Introducción. I. Naturaleza y propósito del proceso jurisdiccional en época primitiva. 1. El escudo de Aquiles. 2. El proceso griego. 3. El campamento homérico.*

INTRODUCCIÓN¹

LOS ESTUDIOSOS de la historia del proceso² jurisdiccional griego generalmente sostienen que la administración de justicia se originó en el hábito prehistórico de resolver disputas entre individuos, renunciando voluntariamente a la autotutela y recurriendo al arbitraje.³ Se

* *The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks*, en *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, Kuttner, Stephan y Strittmater, Anselmo (eds.), vol. IV., Nueva York, Cosmopolitan Science & Art Service Co. Inc., 1946. Una versión previa del presente trabajo formó parte de una colección de manuscritos dedicados al Profesor Ernst Rabel [1874-1955] por amigos y discípulos en su septuagésimo aniversario. Enero 28 de 1944. (*Vid.*, *Tulane Law Review*, vol. 19, 1944). Traducción y notas por el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la UNAM. Agradezco profundamente a la maestra Laura Velázquez Arroyo su gentil y desinteresado apoyo en la revisión de esta traducción de tan erudito ensayo. Los errores que subsisten son sólo míos. [Los textos entre corchetes son míos. NT.].

** [Hans Julius Wolff (1902-1983), célebre romanista y, sin duda, el más destacado estudioso de derecho griego y de papiros ptolemaicos, nace en Berlín en el seno de una familia judía culta. Educado para las ciencias naturales, Wolff se interesó por la antigüedad, estudios que emprendió en Berlín en 1920, de ahí nació su interés por el derecho. En cuanto a historia y papirología, fue discípulo de Shubart Wolff y de U. Wilcken. En derecho estudió con J. Partsch (1882-1925) y Ernst Rabel (1874-1955), célebres romanistas e historiadores del derecho. Concluido su doctorado en Berlín, fue profesor asistente en Gotinga y Berlín. Fue juez visitador en el Tribunal Imperial (1931-1933). Cesado ese último año, consiguió ser miembro del *Thesaurus Linguae Latinae* de Munich. En 1935 escapó a Panamá, donde fue profesor en la Universidad Nacional. En 1939 Wolff dejó Panamá y partió para Estados Unidos, donde sobrevivió sin plaza, haciendo trabajos ocasionales, hasta 1945 en que fue nombrado profesor de derecho en la Universidad de Kansas.

¹ [En el original esta sección no tiene subtítulo. NT.].

² [En lo sucesivo, cuando me refiera al proceso jurisdiccional voy a evitar la expresión 'jurisdiccional'. NT.].

³ *Vid.*, *principaliter*: Steinwenter, A., "Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und vergleich nach griechischen Rechte", en *Munchner Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, t. VIII, Múnich, 1925, pp. 3 y ss.; en lo principal aprobado

supone que esta antigua costumbre se desarrolló gradualmente en un sistema bajo el cual se negaba a las partes el derecho a buscar la realización de sus pretensiones (*claims*) por [sí mismos] mediante el uso privado de la fuerza y eran obligados a someter sus casos a las autoridades designadas e investidas de facultades para conocer de sus pretensiones y pronunciar resoluciones obligatorias (*binding judgements*).

Se cree que los litigantes fueron forzados por la presión, siempre creciente, de la opinión pública, así como por el acrecentamiento del poder de los gobernantes, a abstenerse de la lucha armada y de la venganza de la sangre y buscar la decisión de los príncipes que, en virtud de su preponderancia social y personal, estaban predestinados a actuar como árbitros.

Después de la consolidación del Estado, su jurisdicción, de conformidad con esta teoría dominante, devino una institución jurídica y pasó, después de la abolición de la antigua monarquía, a los magistrados de la ciudad aristocrática y, posteriormente, en las democracias, a los tribunales populares.⁴ Por el tipo de sociedad conocida en *Los trabajos y los días* de Hesíodo se ha sugerido, como etapa intermedia, la existencia de un sistema de ‘arbitraje obligatorio’, hecho efectivo indirectamente por la desaprobación pública hacia aquellos que no se sometieran a él.⁵

por Paul Koschaker, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (SZR)*, vol. 47, 1927, p. 598 y por M. San Nicolò, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Ztschr. f. vgl. Rechtswiss.)*, vol. 43, 1928, p. 294; Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, Chicago, 1930-1938, t. I, pp. 29 y ss. y 42 y ss. *Vid. pariter*: Gilbert, G., en *Jahrbuch für classische Philologie (Jahrb. f. Class. Philol.)*, Suppl. núm. 23, 1897, pp. 458 y ss.; Bréhier, Louis, en *Revue historique*, vol. 84, 1904, pp. 27 y ss. y 32, vol. 85, 1905, 11 y ss y 21; Lipsius, J. H., *Das Atische Recht und Rechtsverfahren*, Leipzig, 1905-1915, p. 6; Boner, R.J., en *Classische Philologie (Class. Philol.)*, vol. 7, 1912, p. 17; Latte, K., *Heiliges Recht*, Tubinga, 1920, pp. 2 y ss.; Smith, G., *The Administration of Justice from Hesiod to Solon*, (Dissertatio), University of Chicago, 1924, pp. 1 y 9; Düll, R., *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, Múnich, 1931, pp. 112 y ss.; Calhoun, George M., *Introduction to Greek Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1944, p. 9. *Vid. pariter*: Ehrenberg, Victor, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, Leipzig, 1921, pp. 57 y 72 y ss. Quien también [piensa que] el proceso civil del periodo histórico deriva de una costumbre originaria de resolver controversias mediante arbitraje, pero sugiere que los reyes del periodo heroico administraban justicia *ex autoritas* en virtud de sus *themistes* [θεμιστες] (*cf.*: pp. 4, 8 *et al.*).

⁴ *Vid.* Steinwenter, A., “Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte”, *cit.*, pp. 29 y ss., 42 y 54 n. 2; Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. I, p. 43; Calhoun, George M., *Introduction to Greek Legal Science*, *cit.*, pp. 16-17 y 31.

⁵ *Vid.* Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. I, pp. 44 y ss., especialmente, pp. 48 y ss. y en *Class. Philol.*, vol. 40, 1945, p. 11.

El soporte de esta teoría del origen del proceso jurisdiccional se ha encontrado [en primer lugar], en el hecho de que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las sentencias judiciales parece haber sido alcanzado sólo hasta un momento comparativamente tardío, así como[, también,] en el importante papel que jugó el arbitraje en la historia jurídica griega.⁶

Además de estos argumentos obtenidos de la historia del derecho griego, la teoría, supuestamente, se confirma por la historia jurídica comparada; en particular por el nuevo y más profundo entendimiento del proceso romano que debemos a Moritz Wlassak (1854-1939). En base a su descubrimiento de que la *litis contestatio* era un acuerdo de las partes [tanto] sobre la cuestión [como sobre] su sometimiento al *iudex* para su resolución, este académico llega a la conclusión —la cual había sido brevemente propuesta por Rudolf von Ihering (1818-1892)—⁷ que el proceso civil romano había nacido del arbitraje privado consuetudinario, más tarde adquirido por el Estado y revestido con autoridad pública.⁸ La idea de que una administración de justicia obligatoria (*compulsary*) se desarrolló orgánicamente a partir de la solución privada de controversias y del arbitraje, ha sido también sostenida por otros sistemas jurídicos,⁹ y se cree que este proceso es un rasgo típico, quizás universal.¹⁰

⁶ *Vid.*, Steinwenter, A., “Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte”, *cit. passim*, especialmente, pp. 38 y ss. 60 y ss., 197 y 198; Düll, R., *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, *cit.*, pp. 111 y ss.

⁷ *Cfr.*: *Geist des römischen Rechts*, t. I, Lepzig, 1891, pp. 117 y ss.

⁸ Véase esta formulación en “Anklage und Streibefestigung im Kriminalrecht der Römer”, en *Sitzungsberichte der Wiener Akademie*, 184, I, 1917, Viena. *Vid. pariter*: Koschaker, P., *SZR*, Vol 37, 1916, p. 356; Betti, Emilio, *Diritto romano*, Padua, 1935, t. I, p. 451. Para una información general, véase: Wenger, Leopold, *Institutes of Roman Law of Civil Procedure*, trad. por O. H. Fisk, Nueva York, Veritas Press, 1940. donde los escritos de Wlassak están citados especialmente en las pp. 5, 24, 175 y ss. El propio Wenger cree en la fusión de una emergente administración de justicia obligatoria (*authoritative*) de los reyes con la antigua costumbre de arbitraje privado, ambas instituciones —asume Wenger— debieron existir una al lado de la otra en el periodo prerrepública. Véase su ensayo en *Festschrift für Gustav Hanausek* (Graz, 1925), especialmente pp. 6 y ss. y *Id. Institutes of Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, p. 25 n. 13.

⁹ Literatura referente a Egipto, a Babilonia y a Asiria es citada por R. Düll (*Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, *cit.*, pp. 110-111). En cuanto a los derechos germánicos, véase: Steinwenter, A., “Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte”, *cit.* pp. 9 y ss. y los autores citados por él; *Vid. pariter*: Beyerle, F., “Das Entwicklungsprobleme im germanischen Rechtsgang” (en *Deutschrechtliche Beiträge*, 20, II, Heidelberg, 1915, pp. 272 y ss. y 333 y ss.). En cuanto al derecho inglés, véase: Sir Frederick Pollock (en *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Boston, 1907, I, p. 95).

¹⁰ Pollock, Sir Frederick, *A First Book of Jurisprudence* (Londres, 1929, p. 24).

Sin embargo, no obstante estos aparentemente convincentes argumentos, este proceso gradual e ininterrumpido de consolidación y transformación de arbitraje privado en un proceso obligatorio ante jueces públicamente investidos es difícil de concebir. Sin duda, el recurso voluntario al arbitraje efectivamente jugó parte importante en la sociedad primitiva y no falta documentación al respecto. Pero, sería contrario a la naturaleza humana suponer que ni siquiera la más fuerte presión de la opinión pública por sí sola podría jamás eliminar efectivamente el uso de la fuerza y producir un orden jurídico satisfactorio que indujera a los litigantes a buscar un arbitraje pacífico y atenerse a los resultados.¹¹ No tenemos ninguna razón para asumir que una tendencia hacia el arbitraje en la sociedad primitiva hubiera sido más exitosa para suprimir la anarquía que los esfuerzos similares en las relaciones internacionales modernas.¹²

Si, por otro lado, tal éxito siempre se hubiera logrado, no puede verse ningún fundamento para que el Estado se hubiera molestado en poner su autoridad detrás de un sistema de arbitraje privado funcionando sin problema.

Estas consideraciones psicológicas están respaldadas por la situación jurídica que efectivamente existía. El recurso al arbitraje implica la renuncia a la autotutela y a atenerse, voluntaria y pacíficamente, a los resultados. Si el aparato de la administración de justicia hubiera querido nada más hacer obligatorio el arbitraje privado e investir el resultado con auto-

Vinogradoff, Sir Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence* (Oxford, Oxford University Press, 1920, p. 351); Steinwenter, A., "Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte", *cit.*, pp. 3-4; Düll, R., (*Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, *cit.*, nota 110); Pantapoulus, J., en *Festschrift für Paul Koschaker* (Weimar, 1939, III, 199); *vid. pariter*: Berneker, E., (*ibid.*, p. 268). Objeciones fueron planteadas por G. Beseler, *SZR*, vol. 50, 1930, p. 443.

¹¹ *Vid.*: Wenger, Leopold, en *Festschrift für Gustav Hanausek*, *cit.*, p. 7; *Id.*, *Institutes of Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, p. 24 n 10; *Id.*, *SZR*, vol. 60, 1940, p. XXVI. R.J. Boner (en *Class. Philol.*, vol. 7, 1912, p. 17) sugiere que: 'los griegos de tiempos homéricos dieron un segundo paso al diseñar un sistema de desafíos y cauciones para inducir al oponente reacio a someterse al arbitraje. Los desafíos y las cauciones ciertamente jugaron sus partes en la resolución de controversias entre los primeros griegos, como lo hicieron en todo sistema primitivo; sin embargo encuentro difícil ver cómo podrían usarse para hacer que alguien aceptara el arbitraje en contra de su voluntad, a menos que el disputante tuviera el respaldo de algún tipo de autoridad pública con el derecho y la facultad de emplear medios de coacción.

¹² En cuanto a la naturaleza e historia de tales esfuerzos, véase: Schuman, F.L., *International Politics* (Nueva York y Londres, 1941, pp. 181 y ss.). *Vid. pariter*: los señalamientos importantes del profesor Hart (*Proceeding of the American Society of International Law* (en *XIXth Annual Meeting*, 1925, p. 113).

ridad pública, la autotutela hubiera desaparecido completamente, tan pronto como el Estado hubiera logrado hacer del arbitraje un asunto público de carácter obligatorio. Sin embargo, es de compartido conocimiento, que realmente la autotutela persistió fuertemente arraigada en todo lugar durante el periodo histórico y que continuó aplicándose legítimamente tanto al comienzo del juicio como en la ejecución de la sentencia, cuando los litigios sustanciados ante tribunales investidos por el Estado de conformidad con procedimientos jurídicamente establecidos, habían largamente existido. En la ‘acción basada en la desalojo (*ejectment*)’ (δίκη ἐξούλης) el derecho clásico de Atenas proveía protección para la autotutela jurídicamente permitida.¹³

De esta manera, la cuestión del origen del proceso ante tribunales [debidamente] investidos de autoridad pública debe considerarse todavía abierta. En el presente ensayo la intención es resolver el problema para el mundo griego. Aquí, las fuentes son particularmente favorables toda vez que nos permiten, por lo menos, vislumbrar un proceso realmente arcaico.

Si este proceso se interpreta a la luz de los hallazgos logrados con respecto a otros sistemas jurídicos comparables, así como de su contexto [compuesto] de condiciones sociales y psicológicas, este proceso nos permitirá formarnos una idea de [cómo fue] la forma más temprana de someter controversias privadas al conocimiento del control público.

Las siguientes investigaciones se dividirán en dos secciones. La primera tratará sobre la naturaleza y propósito del proceso primitivo. Las conclusiones que habrán de alcanzarse aquí están sustancialmente de acuerdo con la teoría propuesta por Ernst Rabel¹⁴ hace treinta años.¹⁵ Las conclu-

¹³ *Vid.*, Rabel, E., *SZR*, vol. 36, 1915, pp. 340 y ss. *Vid. pariter*: Paoli, U.E., en *Studi in memoria de Aldo Albertoni* (Padua, 1937, t. II, pp. 314 n. 4 y 330-331). Paoli ha mostrado las limitaciones del recurso a la autodefensa en el derecho clásico de Atenas impuesto por la δίκη βιαιών puesta contra todo acto de violencia y por la formalización de los actos de ἐξαγωγή y ἐξάρσεις. Igualmente, la más reciente explicación de δίκη ἐξούλης por Max. Kaser (*SZR*, vol. 64, 1944, pp. 19 y ss.) se encuentra básicamente de acuerdo con las conclusiones de Ernst Rabel.

¹⁴ *Cfr.*, *SZR*, vol. 38, 1917, p. 315. En lo que respecta al derecho romano, véase: Koschaker, Paul, *SZR*, vol. 37, 1916, p. 356. *Vid. pariter*: Juncker, J., *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, Berlín, 1927, pp. 203 n. 1 y 212; Düll, R., en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (*SZR*), vol. 55, 1935, p. 9. En forma más general, esta idea también es expresada por Hans Kelsen en *The legal Process and International Order* (Londres, 1935, p. 20) y en el *Symposium [of] World Organization* (Washington, 1942, p. 393) y, siguiendo a Kelsen, *vid.*, Hostie, J., en *Aujourd'hui*, (1940, p. 16). E. Weiss (*Rhein Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, vol. 11, 1921, pp. 1-49) encuentra el motivo determinante para el crecimiento del procedimiento judicial en el esfuerzo del Estado por frenar la venganza privada sustituyéndola en forma gradual y,

siones se confirman en la segunda sección mediante una investigación de la función del magistrado judicial durante el periodo en que prevalecía esta concepción arcaica. Nuestro problema central residirá la cuestión de [saber] cómo sometió la autoridad estatal (pública) el libre uso de la fuerza privada a su control y a qué resultados condujo el establecimiento de ese control. Se observará con claridad que el arbitraje privado y el procedimiento ante jueces investidos por el Estado no son dos momentos de un mismo proceso de evolución, sino fenómenos jurídicos básicamente diferentes que evolucionaron de forma paralela —no obstante que los métodos de obtención de pruebas y de alcanzar la resolución son más o menos idénticos en ambos casos—. En la tercera sección, el resultado global de las dos secciones precedentes recibirá más respaldo del derecho comparado.

El sorprendente paralelismo entre las más antiguas formas de procedimientos judiciales y los más modernos métodos internacionales de solución pacífica de controversias se hará evidente.

II. NATURALEZA Y PROPÓSITO DEL PROCESO JURISDICCIONAL EN ÉPOCA PRIMITIVA

1. *El escudo de Aquiles*

El más antiguo espécimen de un proceso en el mundo griego es el juicio grabado en una secuencia de imágenes en el legendario escudo de Aquiles, descrito en el Libro XVIII de la *Iliada*, versos 497-508. La escena atestigua, como veremos, un genuino proceso jurisdiccional, pero de carácter tan primitivo que estamos en posibilidad de considerar los versos como fuente que esclarece el verdadero comienzo del control social sobre las

eventualmente, eliminarla. Sus argumentos derivan de la forma por la cual esta lucha se manifiesta en la evolución de ciertas ramas del derecho sustantivo en distintos sistemas jurídicos, especialmente en robo y adulterio. En el presente ensayo el problema es abordado desde el ángulo procesal. Me complace declarar que básicamente estoy de acuerdo con E. Weiss, sólo que su artículo llegó a mi conocimiento cuando este ensayo estaba terminado en su mayor parte. También me complace encontrar que mis conclusiones sobre la naturaleza del proceso primitivo coinciden substancialmente con la teoría expuesta por L. Gernet (*Archives d'histoire du droit oriental*, vol. 1, 1937, pp. 111-114). El artículo de Gernet [lamentablemente] también llegó a mi conocimiento después de haber concluido la parte respectiva de mi manuscrito.

¹⁵ [Este ensayo apareció, como se indica en la nota de créditos, en 1946. NT.]

disputas privadas, ejercido conforme a derecho. Un análisis de este testimonio de derecho primitivo nos coloca en tierra firme para poder delimitar el procedimiento descrito ahí frente, incluso, a otras formas más primitivas¹⁶ de solución, sin recurrir a la mera fuerza bruta y, trazar las líneas que nos conduzcan hacia el proceso civil completamente desarrollado de la ciudad clásica.

Ningún acuerdo se ha alcanzado en cuanto al carácter y significado del juicio homérico. Sin embargo, la rica literatura que se ha acrecentado¹⁷ nos prestará mucha ayuda. Algunos rasgos que necesariamente se mantendrían oscuros en tanto la solución, con algunas excepciones, se buque sólo en los textos homéricos, serán esclarecidos con el método de la historia jurídica comparada.

Una observación general sobre el espíritu en el que este método será empleado no puede estar fuera de lugar. La interminable disputa que ha largamente continuado con respecto a la escena [descrita] en el escudo, es prueba de que el enigma de nuestra fuente no puede ser resuelto sólo por medios filológicos. Cuando se aborda exclusivamente con un método

¹⁶ No necesariamente anteriores en sentido cronológico. Puesto que estas formas más primitivas pueden, en su ámbito, haber estado aún en uso cuando, dentro de la comunidad organizada tales procesos, como el descrito en nuestra fuente, estaban a la orden del día. Cabe subrayar, sin embargo, que el poema del escudo es considerado por la mayoría de las autoridades una de las últimas partes de la *Iliada*. (Vid., Fanta, A., *Der Staat in der Ilias und in der Odyssee*, Innsbruck, 1882, p. 3 [siguiendo a Lachman]; Lipsius, J. H., *Das Atische Recht und Rechtsverfahren*, cit., p. 3 n. 6; Busolt, G., "Griechische Staatskunde", en *Müller Handbuch der classischen Altertumswissenschaft*, IV, 1, 1920, Múnich, p. 332; Ehreberg, Victor, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, cit., p. 55; Westeup, C. W., en *Mélanges Paul Fournier* (París, 1920, p. 774 n. 46; Steinwenter, A., "Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte", cit., p. 34; aunque algo diferente: Wilamovitz-Moellendorf, U., *Von Die Ilias und Homer*, Berlín, 1920, p. 164). Sin embargo, J. H. Lipsius y otros rehúsan considerar la posibilidad de que la información jurídica encontrada en varias partes del poema pueda reflejar, respectivamente, condiciones sociales y políticas diferentes. Tomando una posición opuesta, no pretendo [sin embargo] respaldar la tesis de H. J. Treston (*Poine*, Londres, 1923, pp. 13-24) de atribuir cada rasgo particular a cualquiera de los dos grupos raciales que, en completa separación entre sí, se supone, conforman la estructura social de los tiempos heróicos, a saber: la nobleza aquea y las masas pelaegian. El primero, formando una sociedad individualista y, el último, organizado de forma tribal. Vid. *pariter*: Leaf, W., *Homer and History* (Londres, 1915, pp 243 y ss.). Las cuestiones históricas sobre el origen y desarrollo del sistema político homérico y de las relaciones entre la aristocracia y la gente común no se encuentran dentro de la perspectiva de este ensayo.

¹⁷ La mayor parte de ella se encuentra enlistada en Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, cit., t. 1, p. 31 n. 5. La demás literatura que no se encuentra ahí, será citada en las notas siguientes.

filológico, sus numerosas ambigüedades son, por necesidad, capaces de variar ampliamente la interpretación o mantenerse completamente inexplicables. Por otro lado, creo firmemente que éste es uno de los casos en que el método comparado es el camino para esclarecer un relato que no ha sido contado con suficiente precisión para admitir un juicio definitivo en tanto [el texto] se considere aisladamente. El método comparativo, el cual descansa en el hecho [firmemente] establecido de que en cuestiones jurídicas la mente humana está construida de tal manera como para buscar [siempre] soluciones similares para situaciones similares bajo condiciones análogas, no necesita ninguna justificación. Es un probado instrumento para esclarecer conjeturas y expresiones equívocas cuyo verdadero significado no puede ser entendido dentro del contexto en que aparecen.

El texto homérico en discusión está lleno de conjeturas [y expresiones] de este tipo.

Por supuesto estoy consciente del hecho de que no puedo proporcionar una prueba matemática para mi teoría, como tampoco lo pudieron hacer mis predecesores. La fuente siendo como es, nunca nadie podrá hacerlo.

Pero, si la solución aquí ofrecida tiene que mantenerse hipotética, es una hipótesis que toma en consideración todos los rasgos de la escena y, al mismo tiempo, libera al juicio del escudo, de la mayor parte, si no de todas, las singularidades desconcertantes por las cuales, hasta ahora, parece haber sido caracterizado. Todos los anteriores intentos de explicación han fracasado en una u otra de estas direcciones. Tanto como las ambigüedades de nuestra fuente *puedan*,¹⁸ desde el punto de vista filológico, ser explicadas en la forma aquí sugerida –aun si el método filológico pudiera admitir también otras explicaciones– el resultado que acabo de mencionar debería hablar fuertemente a favor de la teoría propuesta. Más aún, esta teoría encaja con lo que, siento, puede afirmarse con respecto al desarrollo poshomérico del proceso judicial hasta el periodo clásico, otra vez, con el respaldo de fenómenos análogos bien conocidos de otros sistemas jurídicos. Todos los resultados alcanzados en este ensayo se prestan mutuo respaldo, por lo que ruego al lector juzgar a cada uno a la luz de todos ellos.

Con esta observación metodológica general otro problema más específicamente referido a nuestra fuente está relacionado. ¿Qué tanto estamos en condición de considerar la descripción del juicio como fuente genuina del derecho griego histórico? Ha habido cantidad de debate en cuanto a si el poeta está describiendo o nos está presentando un mero producto de

¹⁸ [Las cursivas aparecen en el original. NT.].

su imaginación.¹⁹ En mi opinión esta cuestión arqueológica es tan irrelevante para nuestro propósito, como lo es la cuestión filológica de si la escena representa a un temprano o tardío estrato en la composición del poema.

Aún si nunca hubiera habido un escudo del tipo descrito por Homero, la escena del juicio no puede ser una pieza de pura fantasía. *A priori*, podemos considerarla como no menos cierta que la escena de la boda que se supone es descrita en otra parte del escudo. Por supuesto, es imposible decidir si el poeta describe una costumbre conocida por él por su propia observación o si meramente narra recuerdos de épocas pasadas que aún persisten en su tiempo. Si, como quiera que sea, nuestro análisis muestra —como pienso que lo hace— un procedimiento, que, a la luz de fuentes griegas tardías como de la historia jurídica comparada, parece plausible, nuestra suposición de que los versos constituyen una fuente legítima que revela un primigenio derecho, puede pretender aceptación, sin importar en qué periodo éste fue realidad.

El carácter griego de la escena como tal puede ser asumido sin problema, aún si E. Pernice²⁰ está en lo correcto al sugerir que la idea artística expresada en la descripción del escudo por Homero corresponde a un ambiente fenicio. Como quiera que sea el relato fue compuesto por un griego para una audiencia griega. Durante el tiempo en el que, según Pernice, es indicado en su hipótesis, *i.e.* siglo IX o siglo VIII, este juicio tal y como está narrado por el poeta estaría en línea con el estado general de la civilización griega.

Estas son las palabras del poeta:

λαοὶ δ' εἰν ἀγορῇ ἔσαν ἄθροοι· ἔνθα δὲ νεῖκος
ὠρώρει, δύο δ' ἄνδρες ἐνείκεον εἵνεκα ποινῆς
ἀνδρὸς ἀποκταμένου· ὁ μὲν εὐχέτο πάντ'
ἀποδοῦναι

500. δῆμῳ πιφάυσκων, ὁ δ' ἀναίνετο μηδὲν ἐλέσθαι·
ἄμφω δ' ἰέσθην ἐπὶ ἱστορίῳ πείραρ ἐλέσθαι.

λαοὶ δ' ἀμφοτέροισιν ἐπήπυον, ἀμφὶς ἄρωγοί.
κῆρυκες δ' ἄρα λαὸν ἐρήτυον· οἱ δὲ γέροντες
ἦατ' ἐπὶ ξεστοῖσι λίθοις ἱερῶ ἐνὶ κύκλῳ,

505. σκῆπτρα δὲ κηρύκων ἐν χέρσ' ἔχον ἠεποφώνον·

¹⁹ *Vid.*, Pernice, E., en Gerke-Nordens's *Einleitung in die Altertumswissenschaft*, vol. II, Leipzig, 1922, pp. 75-76.

²⁰ *Vid.*, *ibid.*, p. 76.

τοῖσιν ἔπειτ' ἦισσον, ἀμοιβηδῖς δὲ δικάζον.
 κείτο δ' ἄρ' ἐν μέσσοισι δύω χρυσοῖο τάλαντα,
 τῷ δόμεν ὅς μετὰ τοῖσι δίκην ἰθύντατα εἴποι.²¹

(497) la gente estaba reunida en el ágora; pues ahí una disputa (498) había surgido, dos hombres disputaban sobre el precio de la sangre²² (499) de un hombre asesinado; uno alegaba haber pagado todo, (500) dirigiéndose a la gente, pero el otro insistía en que él no había recibido nada; (501) y ambos estaban dispuestos a ser arbitrados por un investigador (ἰλστῶρ). (502) La gente aclamaba a ambos, tomando partido de uno u otro lado. (503) Y los heraldos mantenían el orden entre la gente, mientras los viejos (504) en pulidas piedras estaban sentados en el círculo sagrado, (505) sosteniendo en sus manos los bastones de los heraldos de fuerte voz. (506) Entonces, ante la gente, se levantaban y pronunciaban su juicio, uno por uno. (507) y en medio yacían dos talentos de oro, (508) para dárselos a aquél de entre ellos que pronunciara la decisión más justa.²³

La mayoría de las autoridades sostiene con la *scholiast*²⁴ que la disputa entre las partes se refiere a la cuestión de si el demandado ha pagado o no

²¹ [El texto griego está tomado de Homer, *Iliad*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999 (1925) (Loeb Classical Library, 171), t. II, p. 324. El texto transcrito por Hans Julius Wolff difiere en el verso 499. En vez de ἀποκταμένου, dice: ἀποφθιμένου. En nota 24 de la versión en griego de Loeb Classical Library el editor anota: “²⁴ ἀποκταμένου Zenodotus: ἀποφθιμένου”, indicando con ello que ἀποφθιμένου fue introducida por Zenodotus en su edición de las obras del poeta. (*Vid.*, Homer, *Iliad*, *op. ul. cit.* t. II, p. 324). Zenodotus (s. III a C), gramático griego, primer superintendente (c. 284 a C) de la Biblioteca de Alejandría; fue célebre por sus ediciones de poetas griegos y, especialmente, por producir la primera edición crítica de Homero. (*Vid.*, *Encyclopædia Britannica*, “Zenodotus of Ephesus”, en *Encyclopædia Britannica. Ultimate Reference Suite, DVD 05/00*, Chicago, Encyclopædia Britannica, Inc., aparecida en 2005. NT.).

²² [El pago debido por el derramamiento de sangre, como rescate para evitar la venganza. *Vid.*, *infra: werguilt*. NT.].

²³ [Para el texto en español he seguido la versión inglesa que usa Hans Julius Wolff para su trabajo, hecha por A. Lang, W. Leaf, E. Myers (*The Iliad of Homer*, Londres, 1903, p. 381). He cotejado con las versiones posteriores de George M. Calhoun (*Introduction to Greek Legal Science, cit.*) y, especialmente, con la de A. T. Murray y William F. Wyatt [Homer, *Iliad*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999 (1925), Loeb Classical Library, 171. NT.].

²⁴ *Cfr.*, Maas, E., *Scholia Græca in Homeri Iliadem Townleyana*, (Oxford, 1888, t. II, p. 273).

una multa (ποινή) que había acordado pagar para resolver la controversia surgida por haber asesinado a un hombre, supuestamente un pariente del actor. En otras palabras, la cuestión del presente juicio es el cumplimiento o incumplimiento de un pacto de composición celebrado en un caso que atañe al derecho de la venganza de la sangre. Esta opinión basada en razones convincentes,²⁵ a las cuales aún más pueden agregarse,²⁶ es aceptada aquí como base para la discusión del problema procesal planteado por la escena.

Esto resulta de la oscuridad que surge de la circunstancia de que nos han dicho, por un lado, que las partes acuerdan someter su caso a un ἴστωρ (501); mientras que, por el otro, no nos parece ver a este ἴστωρ actuando, sino que oímos sólo de un grupo de ancianos que obviamente juegan un papel para alcanzar la decisión (506).

¿Cuál es la relación entre el ἴστωρ y los ancianos? La palabra ἴστωρ significa ‘experto’ o ‘el que conoce’.²⁷ Como quiera que sea, ni aquí, ni en la otra única instancia donde es mencionado (*Iliada*, 23, 486), el

²⁵ Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, cit., t. 1, pp. 32-35 (con literatura). Esta opinión, compartida también por J. Partsch (*Griechisches Bürgschaftsrecht*, Leipzig, t. 1, 1909, p. 77) y por Sir Paul Vinogradoff (*Outlines of Historical Jurisprudence*, cit., p. 347), parece que ahora prevalece sobre la teoría de que el juicio se refiere a la cuestión de si el actor podría o no podría rehusarse a aceptar la multa ofrecida por el demandado, propuesta primeramente por Müncher (en *Allgemeine Schulzeitung*, 1829, t. II, p. 579) y desarrollada completamente por A. Hofmeister (en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, [Ztschr. f. vgl. Rechtswiss.], vol. 2, 1880, pp. 444 y ss.), mas seguidores citados por A. Steinwenter, A. (“Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte”, cit., p. 34 n. 3) quien parece inclinado a aceptarla él también.

²⁶ En mi opinión es decisivo ἀποδοῦναι en 499. En todos los periodos de la historia jurídica griega, ἀποδοῦναι es un término técnico que indica pagar una deuda ya incurrida. Si el significado de los versos 499 y 500 fuera lo sugerido por Hofmeister, el término debería ser ἀποτίσαι. Cfr., mi ensayo en: *Transaction of the American Philological Association (Transact. Amer. Philol. Ass.)* vol. 72, 1941, p. 427). La dificultad que Steinwenter encuentra en el señalado contraste: πάντ’ ἀποδοῦναι—μηδὲν ἐλέσθαι desaparece cuando recordamos que la rigidez del proceso primitivo no admite aserciones calificadas. (Vid., Latte, K., *Heiliges Recht*, cit., p. 16 n. 27). Cfr., pariter: Juncker, J., *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, p. 219 n. 3.

²⁷ Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, cit., t. p. 35 n. 2. A la vista de esta etimología no veo cómo F. D. Jevons (en *Durham University Journal*, 1925 puede definir al ἴστωρ como el [individuo] del bastón a quien se deposita la recompensa. (Citado por Sir Frederick Pollock quien aprueba [cfr., *Law Quarterly Review*, vol. 41, 1925; Vid. pariter del mismo Pollock su nota sobre el *Ancient Law* de Sir Henry Summer Maine, *ibid.*, p. 419]) Ciertamente, nada puede inferirse de *Iliada*, 23, 486 (Vid., Mass, E., *Scholia Græca in Homeri Iliadem Townleyana*, cit., p. 427): ἴστωρ [sic] συνηγοφύλακα.

ἵστωρ puede ser definido como testigo, puesto que no es ofrecido por una de las partes con el propósito de confirmar su alegato, sino que es designado por las dos partes para pronunciar una decisión que ambas están dispuestas a obedecer. El hecho, señalado hace tiempo por R. Dareste y que hoy es generalmente aceptado,²⁸ recientemente sirvió a H.F. Jolowicz²⁹ como fondo para una sugerencia útil y atractiva. Jolowicz compara al *ilstwr* homérico con el jurado inglés en su expresión más primitiva, cuando éste no era un cuerpo de hombres que decidían en base a la evidencia presentada ante ellos, sino un grupo de vecinos que emitían su veredicto en base a su propio conocimiento de los hechos del caso. Así funcionaba, al lado del juramento, ordalía y combate; como uno de los medios formales de prueba usados en un sistema jurídico primitivo. Y así, como las pruebas lo hicieron siempre en los procedimientos arcaicos, su desahogo produce inmediatamente la decisión.³⁰ La comparación de Jolowicz ciertamente corresponde bien con *Ilíada* 23, 486 donde Agamenón es requerido por Idomeneus³¹ y Ajax para actuar como un decisor³² [*i.e.* ἵστωρ] familiarizado con los hechos, puesto que él es uno de los espectadores en la controversia sobre el resultado de la carrera de carros. [La comparación de H.F. Jolowicz] está también en total acuerdo con el significado etimológico de la palabra ἵστωρ y, prácticamente, no puede haber duda de que también se aplica al *ilstwr* que aparece en el escudo de Aquiles.

Pero aún subsiste la pregunta: ¿quién es el ἵστωρ? La teoría de Jolowicz excluye la idea de que el *ilstwr* pudiera ser el rey o quien preside a los ancianos, el cual toma la decisión en base al consejo del colegio de ancianos. Jolowicz sugiere que las decisiones de los ancianos eran sentencias interlocutorias comparables con los *medial judgement* del derecho medieval germánico, a través de las cuales ellos proponían en qué forma debían ser tomadas las pruebas, dejando elegir a las partes entre diferentes propuestas. Pero las partes habían ya acordado recurrir a un ἵστωρ para

²⁸ Dareste, R., *Annales des études grecques*, 1884, pp. 94 y ss. *Vid.* Ahora Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. p. 35, n 2; *Vid. pariter*: Steinwenter, A., "Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte", *cit.*, p. 34 n. 2.

²⁹ En *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Pavía, 1935, t. II, pp. 73-75.

³⁰ *Vid.*, *ibid.*, p. 72.

³¹ Tal es la opinión de R. Dareste (*Nouveaux études d'histoire du droit*, París, 1912, p. 11). Ahora parece haber sido generalmente abandonada. *Vid.*, Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. I, pp. 35 y ss. (con bibliografía).

³² [*Sit venia verba*. La digresión entre paréntesis es mía. NT.].

que éste expresara sus opiniones [de las partes] ante los ancianos. Por tanto, la única tarea de estas últimas habría sido nombrar a una persona adecuada para que actuara como ἴστωρ,³³ una hipótesis que, verdaderamente, parece difícil de creer. Esto nos deja con aquellos autores que han identificado al ἴστωρ con los ancianos.³⁴

Esto, sin embargo, nos enfrenta con una nueva dificultad. Si interpretamos el verso (501), como lo hicieron los autores recientemente citados, refiriéndose al grupo de ancianos como un todo, nos vemos forzados primero, a asignar al singular ἱστορί un sentido colectivo y, luego, a asumir que la frase: ἐπὶ ἱστορί πείραρ ἐλέσθαι ha devenido una fórmula fija.³⁵

La última sugerencia ha sido justamente etiquetada como ‘una no muy satisfactoria explicación’,³⁶ y la primera es altamente dudosa en fundamentos lingüísticos.³⁷ De hecho, no nos vemos obligados a aceptar esta teoría. La respuesta a nuestra pregunta se sigue de la interpretación que, en mi opinión, debe darse a los dos últimos versos de la descripción que hace Homero de la escena.

Las opiniones de estudiosos modernos se encuentran divididas en cuanto al destino de los dos talentos ahí mencionados. Los talentos han sido definidos como el mismo rescate (*werguilt*),³⁸ como la apuesta (*wager*) entre las partes,³⁹ y como premio para el anciano que pronuncie la decisión más correcta.⁴⁰ Para mi forma de pensar, la tercera alternativa

³³ Ésta parece ser la opinión de H. F. Jolowicz (*Cfr., Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, cit., p. 75*).

³⁴ *Vid.,* Autores citados por Bonner, R.J. y Smith, G., (*The Administration of Justice from Homer to Aristotle, cit., t. 1, p. 36*), quienes han adoptado esta opinión.

³⁵ *Vid.,* Lipsius, J.H., *Leipz. Stud.*, 1890, p. 231; Hirzel, R., *Themis, Dike und Verwandtes*, Leipzig, 1907, p. 65, n. 6; Busolt, G., “Griechische Staatskunde”, *cit., p. 333 n. 4*; Steinwenter, A., “Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte”, *cit., p. 36*.

³⁶ *Vid.,* Jolowicz, H. F., *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, cit., p. 73*.

³⁷ Siendo un *nomen agentis*, ἴστωρ no podría ser muy bien usado en sentido colectivo.

³⁸ *Vid.,* Lipsius, J. H., *Leipz. Stud.*, 1890, p. 230 y *Das Atische Recht und Rechtsverfahren, cit., p. 4*; Busolt, G., “Griechische Staatskunde”, *cit., p. 333*. [*Vid. supra: nota 20. NT.*].

³⁹ *Vid.,* Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle, cit., t. 1, pp. 40 y ss.* (Los partidarios de esta teoría son citados ahí).

⁴⁰ *Vid.,* Sumner Maine, Sir Henry, *Ancient Law*, Londres, 1930, p. 398; Hofmeister, A., *Ztschr. f. vergl. Rechtswiss, cit., p. 452*; Leaf, W., *The Iliad*, Londres, 1902, t. II, pp. 612 y 613; Gilbert, G., en *Jahrb. f. Class. Philol., Suppl.* 23, 1897, p. 459; Glotz, G., *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, París, 1904, p. 129; Bréhier, Louis, *Rev. Hist.*, vol. 84, 1904, p. 29; Hirzel, R., *Themis, Dike und Verwandtes, cit., pp. 65 n. 6 y 414*; Ehrenberg, Victor, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum, cit., p. 55 n. 4*; Vinogradoff, Sir Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence, cit., p. 348*; Steinwenter, A.,

parece ser la más aceptable.⁴¹ La forma en que los versos 507 y 508 siguen el verso 506 exige la conclusión de que las dos líneas están hechas para agregar más detalles al proceso para el pronunciamiento del veredicto descrito en 506. Prácticamente, no hay duda de que quienes entienden que τοῖσι se refiere a los ancianos y no a los litigantes están en lo correcto.

Puesto que el significado de δίκην εἰπεῖν en 508 es idéntico con el de δικάζειν en 506. Debe ser tomado [de manera] a expresar: ‘pronunciar un juicio’ o mejor: ‘afirmar el derecho’ (*right*),⁴² pero no pedir [o alegar] (*to plead*). Esta interpretación es cuanto más requerida, puesto que la palabra ἄμοιβηδῖς (‘por turno’) en 506 hace que la idea de voto mayoritario de los ancianos parezca muy improbable. Aún más, la sugerencia de H. J.

Lipsius⁴³ de que μετὰ τοῖσι significa: ‘ante ellos’, *i.e.*, ‘ante los ancianos’, no se encuentra respaldada por ninguna otra instancia donde la preposición tenga que ser entendida en este sentido, mientras que la traducción de μετὰ por ‘entre’⁴⁴ está confirmado por un considerable número de pasajes tanto en la *Iliada* como en la *Odisea*, mostrando la palabra en la

“Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte”, *cit.*, p. 37; Hommel, H., *Philol. Woch.*, 1928, pp. 366 y 367; Düll, R., *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, *cit.*, p. 112 n. 12; Calhoun, George M., *Introduction to Greek Legal Science*, *cit.*, p. 76 (donde traduce nuestro pasaje). La sugerencia de H. J. Treston (*Poine*, *cit.*, p. 89) de que dos de los ancianos actuaban como abogados de las partes y que los dos talentos eran el honorario para aquel que ganara el caso para su cliente es puramente imaginario.

⁴¹ Contra la teoría del *werguilt* véanse las razones dadas por R. J. Bonner y G. Smith (*The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. I, pp. 37 y 38), las cuales, en mi opinión son convincentes. Pero aún si los dos talentos actualmente no son de tan pequeño valor, como suponen Bonner y Smith y los autores citados por ellos, la teoría de la *werguilt* tiene que ser considerada muy improbable. Como fue afirmado anteriormente, el juicio se refiere a la cuestión de saber si el actor ha recibido o no un *werguilt* y, como veremos ahora, tiene que suponerse que [este juicio] haya surgido por un acto de autodefensa realizado por el acreedor, cuyo derecho a tal acto es la cuestión que tienen que resolverse. Esta decisión no tendría ningún significado si, en caso de que el juicio se decidiera contra el deudor, el resultado simplemente sería la entrega del *werguild* al acreedor. En un caso concerniente a una deuda, la presencia de la suma debida en el tribunal sería absolutamente única en el derecho primitivo. La historia jurídica comparada prueba que en todo sistema jurídico primitivo la acción fundada en una obligación está destinada a obtener el derecho ejercer la venganza por el incumplimiento y no a obtener el pago de la deuda.

⁴² *Vid.*, *infra*: III, 3.

⁴³ *Vid.*, Lipsius, J. H., *Leipz. Stud.*, 1890, p. 229. *Vid. pariter*: Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. I, p. 39.

⁴⁴ *Vid.*, Ehrenberg, Victor, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, *cit.*, p. 55 n. 4. *Vid. pariter*: Gilbert, G., en *Jahrb. f. Class. Philol., Suppl.* 23, 1897, p. 459 n. 1.

misma connotación o una relacionada.⁴⁵ Consecuentemente, el verso 508 debería ser vertido así: “para ser dado a aquél, quien de entre ellos diga de la manera más clara lo que es correcto (*right*)”. El argumento de Bonner⁴⁶ de que la resolución de disputas mediante apuesta (*wager*) era frecuentemente practicada por los griegos homéricos no puede prevalecer sobre la evidencia filológica. Los ancianos votando uno por uno de forma solemne entran en competencia y aquél cuyo voto es aceptado como el mejor es el *ilstwr*.⁴⁷ –i.e., *el que conoce los hechos*, como Agamenón, quien vio lo que pasó (cf.: *Il.*, 23, 486)– y ganador del premio. Es cierto que este modo de alcanzar un veredicto parece extraño a la mente moderna. Sin embargo, se mostrará que ahora estamos en posición de recurrir al derecho germánico, no por un paralelo exacto sino, al menos, por métodos basados en ideas parecidas que hace del proceso homérico menos singular de lo que parece a primera vista.

Entre los estudiosos que comparten la opinión recientemente expresada no existe acuerdo en cuanto a quién tenía que decidir cuál de las diferentes sugerencias avanzadas por los ancianos era hecha “en la forma más correcta”. Es difícilmente concebible que correspondiera a las partes decidir por mutuo consentimiento⁴⁸ y, aún menos, lo es la idea⁴⁹ de que los mismos ancianos determinaban quien de entre ellos había emitido el mejor veredicto. Tampoco el texto admite una interpretación en el sentido

⁴⁵ *Vid.*, Cunliffe, R.J., *A Lexicon of the Homeric Dialect* (Londres, 1924), s. v. μετά (caso dativo). Ejemplos característicos son: *Il.*, 1, 368: καὶ τὰ μὲν εὖ δάσσαυτο μετὰ σφίσιυ υἱεσ Ἀχαιῶν; *Il.*, 4, 37-38: μὴ τοῦτό γε νεῖκος ὀπίσσω σοὶ καὶ ἐμοὶ μεγ' ἔπισμα μετ' ἀμφοτέροισι γένηται (Cfr., *Od.*, 3, 136); *Il.*, 4, 16: ἡ φιλότῆτα μετ' ἀμφοτέροισι βάλουμεν (Cfr., *Od.*, 24, 476). Cerca del sentido sugerido por J.H. Lipsius está *Il.*, 3, 85 y 7, 66: Ἑκτορ δὲ μετ' ἀμφοτέροισιν ἔειπε. Pero, aún en estos pasajes, ‘entre’ es la traducción que parece ser la más adecuada. Héctor se dirige tanto a los aqueos como a los troyanos, de pie entre los dos ejércitos alineados para la batalla. Cfr., además: Monro, D. B., *A Grammar of the Homeric Dialect* (Oxford, 1891, pp. 177 y 178); Kühner, R. y Gerth, B., *Ausführliche Grammatik der griechischen Sprache* (Satzlehre, t. I, Hannover, 1898, p. 507).

⁴⁶ Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, cit., t. I, p. 41. *Vid. pariter*: Dareste, R., *Nouveaux études d'histoire du droit*, cit., París, pp. 8-9.

⁴⁷ Es verdad que en cuanto a la pregunta principal (saber si el precio por la sangre ha sido pagado), únicamente dos respuestas alternativas son posibles. Sin embargo, el uso del singular es justificado no sólo porque el mejor veredicto no tenía que ser el de la mayoría, sino, también, porque entre varias opiniones concurrentes el aplauso más intenso por parte de la gente (*Vid.* el texto de arriba) debe acordarse a aquella que ha sido establecida de la forma más atractiva.

⁴⁸ Esto es sugerido por H. Hommel (*Philol. Woch.*, p. 367).

⁴⁹ *Vid.*, Hirzel, R., *Themis, Dike und Verwandtes*, cit., p. 70.

que un tercer personaje – sea el rey, otro funcionario o un hombre de confianza convocado por las partes⁵⁰ actuara como juez. Tanto las palabras del propio poeta y la analogía del derecho germánico⁵¹ favorece la hipótesis de que la decisión final es tomada por la multitud reunida.⁵² Contra esta conclusión se ha levantado la objeción de que como el verso 502 muestra que la gente toma partido por las partes,⁵³ esto hace imposible

⁵⁰ Eso ha sido sugerido por H. Hommel (*Philol. Woch.*, *ibidem*) y adoptada por R. Düll (*Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, *cit.*). Para una más antigua literatura, *vid.*: Gilbert, G., *Jahrb. f. Class. Philol.*, *Suppl.* 23, *cit.*, p. 459, n. 1.

⁵¹ Bajo la más antigua forma del procedimiento germánico, tal y como es conocido por nosotros, un hombre o un comité escogido de la gente reunida en *Ding* como “buscadores del juicio”, un juicio que recibe su validez mediante la aclamación por la asamblea (*Umsatnd*); el pueblo expresa su consentimiento chocando sus armas (*vid.*, Amira, Karl von, *Grundriss des Germanischen Rechts*, Estrasburgo, 1913. pp. 255-256). Según otros (*vid.*: Schröder, R., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, editado por E. von Künsberg, Berlín-Leipzig, 1922, p. 47) el juicio es propuesto por el príncipe que preside después de deliberar con algunos de los asambleístas.

⁵² Esto ya ha sido sugerido por Sir Henry Summer Maine (*Ancient Law*, *cit.*, 398), *vid.*: Lang, A., Leaf, W., Myers, E., *The Iliad of Homerus*, *cit.*, p. 613 y Weiss, E. *Griechisches Privatrecht*, I, Leipzig, 1923, p. 23, n. 21.

⁵³ La teoría de que estos hombres eran *compurgatores* (*Eidhelfer*) [en el antiguo derecho inglés y otros derechos germánicos testigos que bajo juramento aseguran la inocencia o veracidad de un individuo sujeta proceso] es completamente inaceptable, como es sugerido por G. Gilbert (*Jahrb. f. Class. Philol.*, *Suppl.* Núm. 23, *cit.*, p. 469 n. 1), e, igualmente, en forma peculiar por H. J. Treston, (*Poine*, *cit.*, p. 42, *vid.*, *pariter*: Houssoullier, B., *Traité entre Delphes et Pellana* [Bibliothèque des de la École des Hautes Études, Núm. 222, París, 1917, p. 60). Los *compurgatores* no fueron desconocidos a los griegos (*Vid.*, Gilbert, G., *Jahrb. f. Class. Philol.*, *Suppl.* Núm. 23, *cit.*, pp. 468-469, Glotz, G., *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, *cit.*, pp. 288 y ss; Meister, R. M. E., *Rhein. Mus. für Philol.*, vol. 63, 1908, pp. 559 y ss.; Latte, K., *Heiliges. Recht. cit.*, pp. 23 y ss; Smith, G., *Administration of Justice from Hesiod to Solon*, *cit.*, pp. 59 y ss; Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, t. II, pp. 83 y 179 y ss.); pero, como el *Eidhelfer* germánico (*vid.*, Amira, Karl von, *Grundriss des Germanischen Rechts*, *cit.*, pp. 272 y 273; Schröder, R., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, editado por E. von Künsberg, *cit.*, p. 93) los *compurgatores* griegos cuando original y apropiadamente eran usados, no juraban sobre los hechos sino sobre la veracidad de los juramentos de las partes (*vid.*, Glotz, G., *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, *cit.*, p. 289; Latte, K., *Heiliges. Recht. cit.*, p. 32; contra Meister, R. M. E., *Rhein. Mus. für Philol.* pp. 579 y ss.; Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle* t. II, p. 181). En la escena homérica ninguna de las partes es admitida a un juramento como ya fue observado por R. Dareste (*Annales des études grecques*, *cit.*, p. 5). De hecho, las partes no ofrecen para nada ninguna prueba, un hecho que está en perfecto acuerdo con la explicación de Jollowicz sobre el papel del ἵστωρ (*vid.*, *pariter*: Glotz, G., *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, *cit.*, pp. 292 y 293). En cuanto J. L. Myres (*The Political Ideas of the Greeks*, Nueva York-Cincinnati, 1927, pp. 200 y ss.) quien piensa que cada vez

pensar que sea la gente la que, en definitiva, decida la cuestión.⁵⁴ Pero estas manifestaciones de simpatía tenían lugar cuando el juicio se encontraba aún en el estado de alegatos (*pleading*);⁵⁵ no tenemos que esperar de esta asamblea primitiva la dignificante calma de un verdadero tribunal.

Lo importante es el hecho de que el silencio prevalecía cuando los ancianos emitían sus veredictos y que este silencio era impuesto en la gente por los heraldos.

Esto nos recuerda el *Hegung* a través del cual el funcionario que presidía la *Ding* germánica imponía la paz.⁵⁶ Ahora será mostrada que la mención de los heraldos es indicativa de la cooperación de una autoridad gobernante. Si la última palabra será dicha por la gente, entendemos por qué las partes, cuando alegan, se dirigen a la multitud y no a los ancianos (500) y vemos [en ello] una clara razón del porqué el caso debía levantar tanto interés popular.⁵⁷ El proceso, cabe imaginar, puede haber sido el que usualmente se seguía en el lugar de las asambleas homéricas:⁵⁸ la gente

que las fuentes mencionan ‘a la gente’ se refieren a un grupo diferente (*Vid.*, Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, t. I, p. 34, n. 1).

⁵⁴ *Vid.*, Hirzel, R., *Themis, Dike und Verwandtes*, *cit.*, p.69.

⁵⁵ [Por su carácter básicamente oral y ritual, prácticamente todas las actuaciones de las partes adoptan la forma de alegatos. NT.].

⁵⁶ *Vid.*, Amira, Karl von, *Grundriss des Germanischen Rechts*, *cit.*, p. 256; Schröder, R., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, editado por E. von Künsberg, *cit.*, pp. 45-46. El hecho de que la *Hegung* germánica era un acto solemne esencial de una *Ding* lícitamente constituida, mientras que, en nuestras fuentes, la actividad de los heraldos obviamente estaba limitada, simplemente, a mantener el orden (*policing*), no implica un argumento decisivo contra la comparación entre la *Ding* y la asamblea en el *ἀγορά* de la ciudad de Homero.

⁵⁷ Varias razones han sido sugeridas (*Vid.*, Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, t. I, p. 34 n. 1), todas, de una u otra manera, atribuyendo al proceso un carácter extraordinario e incluso sensacional, al cual no existe ninguna pista en la descripción. Sir Frederick Pollock, seguidor de la teoría de que el juicio trata de la obligación de aceptar un pago por la sangre [derramada], va muy lejos al sugerir que el caso puede ser considerado un precedente innovador (*leading precedent*). (*Law Quarterly Review*, vol. 41, 1925, p. 375 y vol. 42, 1926, p. 2; y en Maine, Henry Summer, *Ancient Law*, *cit.*, pp. 419-420).

⁵⁸ *Cfr.*: Fanta, A., *Der Staat in der Ilias und in der Odyssee*, 92 n.13 y la evidencia proporcionada por él. *Vid. pariter*: Calhoun, G., *Introduction to the Greek Legal Science*, *cit.*, p. 7. Para dar una idea de la manera distendida en el cual una decisión es alcanzada en este tipo de procedimiento, puede ser interesante citar la descripción de W. von Brünneck de un procedimiento de un sistema mucho más avanzado, *i.e.*, el de la ciudad de Frauenburg en Ermland, en el siglo XIV (*Cfr.*, *SZG*, vol. 37, 1916, pp. 329-330):

‘Der Richter ruft aus der Mitte der an Gerichtsstatt erschienenen dingpflichtigen Eürger einen oder den anderen, den er für geeignet hält, auf, legt ihm die zu stellenden Urteilsfragen vor und verbindet damit die

oye en silencio cada sugerencia y, después del discurso o se mantiene callada, si la propuesta les disgusta, o expresa su consentimiento mediante aclamación.

Los dos talentos de oro, entonces, tienen que ir al anciano que obtuvo el mayor aplauso de la gente reunida. Es verdad que la manera grotesca por la que la asamblea expresaba sus preferencias, con frecuencia tuvo que hacer difícil decidir cuál veredicto era el que más había satisfecho a la gente. Como se indicó anteriormente, la circunstancia de que la cuestión de hecho, expuesta ante los ancianos admitía sólo dos respuestas alternativas, no impide la posibilidad de un enfrentamiento entre más de dos hombres. Mucho dependía del razonamiento puesto en cada respuesta, del poder de cada uno de los ancianos o de la estima personal que éstos tenían. En estos asuntos, ciertamente, nosotros no podemos esperar sino las condiciones más primitivas. Es una sana presunción que, con frecuencia, las disputas se presentaban entre dos o más hombres [ancianos] que habían recibido los más clamorosos vítores. La expresión ἥρισσον en 506, que sugiere a alguien saltando sobre sus pies y pronunciando un vigoroso discurso más que meramente entregando su voto, favorece nuestra interpretación.

Aquí, una vez más, el derecho germánico muestra la dirección en la que podemos buscar una respuesta a las preguntas que surjan. Aunque no ofrece un exacto paralelo a esta disputa [la de la escena homérica], como hemos supuesto, sí delinea instituciones que parecen reflejar una actitud muy similar al problema de alcanzar una sentencia satisfactoria. Las fuen-

Aufforderung, sie zu beantworten und so das Urteil zu finden. Wird es von dem Umstande der übrigen Dingleute gebilligt, sei es ausdrücklich mit Worten, sei es nur stillschweigend, idem ihm von keiner Seite widersprochen, noch ein Gegenurteil in Vorschlag gebracht wird, dann verkündet er das an erster Stelle gefundene oder das statt seiner von einem anderen Dingmanne vorgeschlagene andere Urteil, wenn solches gebilligt wird, als das zustande gekommene Urteil. ('De entre los ciudadanos obligados a participar en la administración de justicia y que se encuentren en la sede del tribunal, el juez llamará a quien estime idóneo, le planteará las preguntas pertinentes respecto al juicio de que se trate y a estas añadirá la exigencia de contestarlas para, de esta manera, llegar a la decisión. Si sucede que ésta se acepta por los demás miembros presentes en la *Ding*, bien que se haga por palabras o tácitamente, al no oponerse nadie, aún se requerirá una segunda decisión que sea contraria a la primera. Por último, anunciará como definitiva la decisión propuesta en primer término o, bien, la segunda, propuesta por otro miembro de la *Ding* en el caso de que ésta haya sido la que haya obtenido el consenso')

tes del antiguo derecho noruego, el cual posiblemente muestra las formas del proceso germánico en su estadio más primitivo, conocen de una apuesta “apuesta” (*wager*) entre los “jueces” nombrados por cada una de las partes, la cual era hecha cuando sus veredictos diferían. La decisión última en estos casos correspondía a la *Ding*.⁵⁹ Algo más remoto que el método descrito por Homero, pero todavía en una línea relacionada de pensamiento es el *Urteilschelte*, el cual era característica esencial del proceso ante la *Ding* como es conocido en otros sectores del mundo germánico. Antes que la gente reunida exprese lo que piensa, las partes, como cualquier participante de la reunión, pueden desafiar (*schelten*) la decisión propuesta por el “buscador” de la sentencia. Consecuentemente, surge una nueva controversia, incidental al juicio principal, entre el recurrente (*challanger*) y el “buscador”. Originalmente esta controversia era resuelta en un duelo entre los dos.⁶⁰

Es verdad que estos procedimientos no son idénticos al descrito por Homero. El carácter general de la escena de Homero más bien desalienta la hipótesis de que hubiera podido haber sólo dos ancianos nombrados por cada una de las partes.⁶¹ Tampoco hay nada en el texto que nos permita inferir que hubiera habido dos grupos de ancianos, vinculados cada uno de ellos con cada uno de los litigantes. Es más probable que los γέροντες fueran algunos respetados representantes de la comunidad, quizás, cabeza de los clanes quienes estaban facultados para sugerir una decisión. Esto estaría en completo acuerdo con lo que es conocido de la sociedad homérica en general. Pero, aparte de esto, los “jueces” noruegos parecen mostrar una sorprendente similitud con el *ilstwr* homérico y sus “apuestas” no son muy distantes del “premio” que, asumimos, describe Homero. Como quiera que haya sido el proceso en las comunidades homéricas, las costumbres germánicas prueban, al menos, la idea de un segundo juicio que sigue a la votación de los jueces con el premio en juego no merece la crítica de que ha sido objeto por algunos estudiosos.⁶² La

⁵⁹ *Vid.*, Boden, F., *SZG*, vol. 24, 1903, pp. 16-17. Los litigantes podían nombrar a quien quisieran, con excepción de un pariente cercano (*vid.*, *Ibidem*, p. 26). Es claro que estos “jueces” estaban inclinados a adoptar una actitud parcial. [Las comillas aparecen en el original. NT.].

⁶⁰ Amira, Karl von, *Grundriss des Germanischen Rechts*, *cit.*, p. 256, *vid.*, *pariter*: Schröder, R., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, ed. por E. von Künsberg, *cit.*, p. 400.

⁶¹ Las palabras de la fuente no son concluyentes; el lenguaje homérico permite el uso del plural cuando sólo dos sujetos están implicados (*vid.*, *e.g.* verso 498).

⁶² *Vid.*, Laurence, P. M., *Journ. of Philol.*, vol. 8, 1879, pp. 128-129; Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, t. 1, p. 39, *vid.*, *pariter*:

falta de evidencia nos impide proponer una hipótesis sobre cómo se resolverían estas controversias. Los paralelos germánicos, así como el derecho primitivo en general, pueden probablemente sugerir una nueva oportunidad para la gente de escoger o decidir por medio de un tipo de ordalía.

Resta decir alguna palabra sobre la cuestión de quién proporciona los dos talentos. La respuesta ha sido encontrada hace mucho tiempo por W. Ridgeway.⁶³ Este autor combinó los versos 507 y 508 con el verso 324 del *Himno de Hermes*: κῆθι γὰρ ἀμφοτέροισιν δίκης κατέκειτο τάλαντα. Ridgeway sugiere explicar los dos pasajes con la frase: τιθέναι πρυτανεῖά τιμι, con la cual el sentimiento de una acción pudo haber sido expresado en la Atenas clásica. Como la πρυτανεῖά era un pago que tenía que hecho por el actor, la inferencia de que los talentos mencionados en la descripción del escudo y en el himno eran proporcionados por las partes ἀμφοτέροισιν como recompensa para los jueces, se sigue inmediatamente por sí misma, y, en mi opinión, se confirma en las conclusiones alcanzadas en los párrafos precedentes.⁶⁴ No hay nada que desaliente la suposición de que tal depósito era uno de los prerequisites del juicio. El funcionario que, como vamos a ver ahora, impedía el intento del uso de las armas y arreglaba el juicio, habría de inducir a los litigantes a realizar el depósito por la misma coacción indirecta que provocaba el compromiso de someterse al juicio.

El carácter del pasaje homérico, y prácticamente la ausencia completa de fuentes contemporáneas que pudieran dar alguna luz sobre las cuestiones en discusión, inevitablemente provoca que toda interpretación de la escena del escudo sea hipotética. Creo, sin embargo, que la interpretación sugerida aquí, la cual, en cierta medida se encuentra respaldada por analogías encontradas en el mundo germánico, aproximadamente, en el mismo estadio de desarrollo jurídico, deja menos enigmas a resolver que las interpretaciones de autores anteriores. En particular, ofrece una explica-

Steinwenter, A., "Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach greichischen Rechte", *cit.*, p. 37, n. 2.

⁶³ *Vid.*, *Journ. of Philol.*, vol. 17, 1888, pp. 111-112.

⁶⁴ L. Bréhier (*Revue historique*, vol. 84, 1904, p. 28) y R. J. Bonner y G. Smith (*The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. I, pp. 50-51.) aceptan la teoría de Ridgeway para el *Himno de Hermes*; pero no para la escena [grabada] en el escudo. Algunos derechos germánicos permitían una recompensa para el "buscador" de la sentencia cuyo veredicto era aceptado por la gente, la recompensa consistía en [recibir] una porción de la pena [pecuniaria] inflingida al demandado convicto (*Vid.*, Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte, Binding's Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1906, t. I, p. 204).

ción del singular ἵστορι que es compatible con el significado lingüístico y con la convincente teoría de H. F. Jolowicz sobre la función del ἵστωρ. Esto justifica la participación de la gente en los procedimientos.⁶⁵ Lo siguiente mostrará que la escena, tal como ha sido entendida aquí, es también apropiada para servir de fondo en lo que el pasaje homérico, interpretado a la luz del método comparado, revela sobre el lugar que ocupa este juicio en la evolución general del procedimiento civil entre los griegos.

Se presupone generalmente que la escena del juicio descrita en el escudo refleja un estadio en la cual la idea del poder del Estado no había aún madurado al punto en que la comunidad podía y quería someter las controversias privadas a un control suficientemente fuerte para reemplazar los enfrentamientos armados con un sistema judicial obligatorio y reemplazar la autodefensa con resoluciones de tribunales capaces de ser ejecutadas por y bajo la supervisión del poder público. Se supone que el juicio es un caso de arbitraje al que acuden voluntariamente las partes.⁶⁶

Esta opinión innegablemente recibe fuerte respaldo del verso 501. No importa cuál de las varias teorías sobre la función e identidad del ἵστωρ sea aceptada, no hay prácticamente duda de que la fuente de su actividad es el acuerdo de las partes. Si, como quiera que sea, nuestra explicación anterior de la escena es correcta, ya no estamos en posición de interpretar este acuerdo como mera renuncia voluntaria al derecho de resolver las disputas mediante el uso privado de la fuerza, sometiéndola al arbitraje pacífico de un amigo. Si la decisión final reside en la gente, tuvo que haber algún grado de control público. Su alcance y carácter, así como el tratamiento que la escena ha tenido en la historia del derecho, se revelan como, por lo que bien podemos asumir, con un justificado reclamo a la

⁶⁵ Puede subrayarse que nuestras conclusiones sobre los rasgos principales del juicio, *i.e.*, la determinación del ἵστωρ por la gente, con la posible apertura de una disputa con varios contendientes, no habría que descartarla aún si pudiera ser probado que τοι=si en 508 se refiere a los litigantes de forma que los dos talentos deberían ser considerados como la “apuesta” (*wager*) o la misma *werguilt*. Para el resto de nuestra tesis los paralelismos germánicos seguirán proporcionando suficiente evidencia auxiliar, además de lo que el pasaje, por sí mismo, nos diga. El *wager*, en el derecho primitivo, compatible con un tipo de procedimiento que es algo más que un arbitraje voluntario.

⁶⁶ Hofmeister, A., *Ztschr. f. vgl. Rechtswiss. cit.* pp. 448 y 450; Lipsius, H. J., *Leipz. Stud., cit.*, p. 231; Bréhier, L., *Revue historique, cit.*, p. 29; Croiset, A., *Review des études grecs*, vol. 32, 1921, p. 99; Ehreberg, Victor, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum, cit.*, p. 55; Steinwenter, A., “Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte”, *cit.*, p. 36; Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle, cit.*, pp. 31 y 36.

probabilidad, lo que ha precedido y conducido al mismo juicio descrito por Homero.

Ninguna atención se ha puesto al hecho sorprendente de que en la descripción de la escena del poeta, es el “demandado”, no el “actor”, el que primeramente dirige su alegato a la gente. En vista de la precisión con la cual todos los otros detalles dados, en el orden en que se espera se hayan seguido unos a otros, no sería metódico si pasamos por alto esta inversión del orden de las actuaciones que parece natural para nosotros, como si fuera una mera licencia poética sin significación jurídica. De hecho, los versos 499 y 500 probarán ser los más reveladores del aspecto jurídico de toda la escena y del estadio alcanzado de la evolución del [proceso]⁶⁷ judicial al tiempo de este juicio. Los versos mencionados sugieren que el juicio fue iniciado a instancia, no del “actor”, sino del “demandado”. En realidad, esta interpretación de los dos versos recibe fuerte respaldo de un fenómeno perfectamente paralelo descubierto en las fuentes del temprano derecho babilónico. Aquí también, al menos en el periodo de Hammurabi, era el demandado quien llevaba el caso ante el tribunal cuando no estaba preparado a allanarse a la pretensión (*claim*) dirigida contra él por su oponente privado sin [que hubiera] ninguna interferencia pública.⁶⁸ Únicamente en aquellos casos en que fueran resueltos por el propio rey o por funcionarios actuando bajo su autoridad inmediata, el demandado era requerido oficialmente a comparecer (*summoned*) ante el tribunal a petición del actor.⁶⁹

Ahora, toda la situación se aclara. Estamos aún en un estadio en el que aquel que crea tener una pretensión en contra de otro, no tiene otro medio de hacerla efectiva que la autotutela, realizada con la aprehensión o la privación de la vida, mediante el uso de la fuerza, de la persona [considerada] responsable. Que un acto de autotutela ejercido mediante el uso de la fuerza haya precedido el juicio narrado por Homero, puede asumirse sin duda.

No sólo es una condición necesaria en la que descansa nuestro entendimiento de la escena, particularmente de los versos 499 y 500 sino que el inicio de un juicio mediante [el ejercicio de] la autotutela es un rasgo tan universal del derecho primitivo que, a la luz de la historia jurídica comparada, ninguna otra cosa puede ser asumida en el caso en cuestión. Aún

⁶⁷ [El texto dice: *judicial litigation*. NT.].

⁶⁸ *Vid.*, Lautner, J. C., “Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozessrechte”, en *Leipziger Rechtswissenschaft. Stud.* 3, Leipzig, 1922, pp. 16-17.

⁶⁹ *Vid.*, *ibid.*, p. 20.

más, el derecho babilónico ofrece evidencia documental de la aprehensión del deudor por el acreedor, el cual fuerza al primero o bien a allanarse o a instar al tribunal por una decisión.⁷⁰ Sin embargo, mientras la ejecución de la pretensión aún se encontraba totalmente en manos de la autotutela, la comunidad había ya establecido una maquinaria destinada a proteger a una persona atacada que fuera víctima inocente de la fuerza bruta aplicada sin derecho. El acreedor, supuestamente, no estaría deseoso de ceder la ventaja garantizada por el acto de fuerza. Por tanto, la oportunidad de recurrir al pueblo sería vana para el deudor, a menos que estuviera respaldado por la fuerza pública que intervenía de inmediato e impedía al acreedor llevar la ejecución hasta su final.

Esta [acción] requería de una autoridad [debidamente] facultada⁷¹ para interferir en una ejecución privada en curso, toda vez que la gente como tal no estaba en posibilidad de hacerlo en forma ordenada, no obstante lo pequeña que pudiera ser la comunidad. De hecho, la existencia de una autoridad tal resulta evidente de la mención de los heraldos en los versos 503 y 505. A través de toda la historia griega los heraldos eran la ayuda del gobierno establecido, ya sea de reyes o de funcionarios republicanos.⁷² Más aún, la específica actividad en que los heraldos son mostrados proporciona soporte a nuestra hipótesis. Su tarea era el mantenimiento del orden en la reunión popular conteniendo a las masas de tomar partido para que el juicio pudiera proceder sin llegar a una confrontación pública.

Quienesquiera que hubieran sido los superiores del heraldo, su función era clara: proteger a un miembro de la comunidad que era amenazado por el uso privado de la fuerza, arreglaba la composición de la disputa mediante un juicio, vigilaba y, quizás, presidían la asamblea ante la cual este juicio habría de tener lugar. Pero él no intervenía en el juicio y es él por qué no es mencionado por el poeta.⁷³ Es probable que este funcionario fuera el *δικασπóλος* nombrado en otro lugar en su épica.⁷⁴

Esto es todo lo que puede ser dicho. No estamos en posición de deter-

⁷⁰ *Vid.*, *ibid.*, pp. 12 y ss.

⁷¹ [El texto dice: *equipped with the power*. NT.].

⁷² *Vid.*: Pottier en DS IV 607-609 s.v. Kh~ruc., *vid.*, *pariter*: Phillipson, C., *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, Londres, 1922, t. II, p. 321. En *Iliada* 7, versos 274 y siguientes aparecen los heraldos en su función de separar combatientes.

⁷³ Un paralelismo importante es ofrecido por el temprano derecho noruego. Ahí, todos los pasos relacionados con la conducción del juicio ante la *Ding* eran tomados por las partes, mientras el funcionario ejercía sólo una función de vigilancia; no funciones judiciales. *Vid.*, Boden, F., *SZG*, vol. 24, 1903, p. 58.

⁷⁴ *Cfr.*, *Il*, 1, 238; *Od*. 11, 186, *vid.*, Wolff, H.J., *Seminar*, 3, 1945, pp. 97 y ss.

minar qué tanto se haya desarrollado el principio de interferencia pública en las controversias. Nada nos dice si la acción extrajudicial tomada por el acreedor había sido ya formalizada, como era el caso en derecho babilónico del periodo de Hammurabi,⁷⁵ facilitando la tarea del funcionario encargado de la protección del deudor contra una ejecución [privada] ilícita. Tampoco sabemos si el funcionario hacía algo cuando el deudor escogía pelear en vez de recurrir a la gente. Ciertamente, el estadio representado por el más temprano procedimiento romano conocido, donde el funcionario interfería [las acciones] del acreedor forzándole a someter el caso al tribunal,⁷⁶ aún no había sido alcanzado.

De hecho, nuestra conclusión encaja perfectamente bien con las condiciones más primitivas. No estamos forzados a asumir que el derecho ya limitaba al acreedor a mero agregado de la persona del deudor, dándole a este último la oportunidad de echar a andar la maquinaria judicial recurriendo al poder público. Podemos perfectamente imaginar al acreedor que alega no haber recibido ninguna *werguilt*⁷⁷ [de haber sido así] hubiera desistido de tomar venganza, [por lo que] simplemente procede a ejecutar su venganza tratando de matar a su oponente. Este último, sin embargo, se las arregla para encontrar refugio con el funcionario de la comunidad quien le otorga protección hasta que la cuestión de si la *werguilt* ha sido pagada o no, quede zanjada. Si la respuesta era afirmativa, la venganza ejecutada por el acreedor, no obstante esa decisión, sería, por supuesto, un homicidio injustificable. Tampoco es necesario presuponer, para la interpretación propuesta, que el derecho haya avanzado al punto en que el homicida tenía el *derecho* de comprar la venganza mediante la *werguilt*.

⁷⁵ *Vid.*, Lautner, J. C., "Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altababylonischen Prozessrechte", *cit.*, p. 14.

⁷⁶ *Vid.*, *ibid.*, pp. 14 n. 40 y 17. Lautner compara la forma babilónica de plantear una pretensión con la *in ius vocatio* romana por medio de la *manus iniectio*, tal y como está establecida en las *XII Tablas* (1, 1 y 2). Sin embargo, la diferencia entre los sistemas romano y babilónico (así como, en lo que interesa, el más temprano sistema griego) no debe ser olvidado (*vid.*, Volterra, E., *Diritto romano e diritto orientale*, Bolonia, 1937, p. 169 n. 1). El acreedor romano tiene solamente el derecho de llevar al deudor ante el magistrado; no podía inmediatamente hacer efectiva la responsabilidad del deudor y dejaba que él [el deudor] busque la protección de la autoridad pública contra un posible paso ilícito del acreedor. Funcionalmente, el sistema romano representa un estadio más avanzado, aunque no sabemos si fue precedido por un sistema análogo al babilónico o si se desarrolló originalmente cuando el poder público comenzó a interferir con las acciones privadas. La primera hipótesis parecería ser el caso, si la teoría de Düll sobre la función original del *vindex* (*SZR*, vol. , 54, 1934, pp. 98 y ss. y vol. 55, 1935, pp. 9 y ss.) pudiera ser aceptada. (Sin embargo, *vid.*, *infra*. nota 237).

⁷⁷ [Sobre la *Werguil-theory.*, *vid.*, *supra*: notas 24, 42 y 42. NT.].

Bien puede ser que el acreedor haya voluntariamente declinado su derecho a una venganza inmediata cuando el demandado le prometió una composición. La cuestión a decidirse en el juicio no era, como hemos visto, un posible privilegio del homicida a evitar la venganza pagando una *werguilt*, sino la mera cuestión de hecho de si la *werguilt* prometida por él había sido pagada.

Cualquiera que haya sido el estado que hubiera tenido el derecho en tiempos del juicio de Homero, el principio detrás del procedimiento es obvio. La autoridad pública actúa en beneficio de la paz interna —no precisamente para estar a la disposición de aquellos que buscan una composición [judicial] pacífica de sus pretensiones, sino proporcionando protección a un miembro de la comunidad que es atacado [por el uso privado de la fuerza], tanto como el derecho del agresor a atacar no haya sido establecido—. Tan primitivo e imperfecto como hubiera podido ser, el paso primero y decisivo era realizado para impedir que la autotutela se convirtiera en una lucha violenta que pudiera poner en peligro el orden y la paz dentro de la comunidad.

Nuestra conclusión puede reclamar el respaldo, no sólo de instituciones análogas del orden jurídico babilónico y de otros órdenes jurídicos arcaicos,⁷⁸ sino de aún más evidencia encontrada en el propio mundo griego.

Por supuesto, el derecho griego del periodo histórico había avanzado mucho más allá que este modo primitivo de iniciar un juicio, como pen-

⁷⁸ Una institución construida siguiendo directrices similares era el *assurance* [aseguramiento] del derecho medieval francés. Después del primer intento hecho por Carlomagno en una *capitularia* del año 805, la institución hizo nuevamente su aparición en cartas comunales y en ordenanzas reales de los siglos XII y XIII. La institución consiste [propriadamente] en una '*promesse solennelle, donnée devant un officier royal, seigneurial ou municipal, de s'abstenir de tout violence envers la personne qui a requis l'assurance En général l'assurance était requis par la partie qui redutait être attaquée.*' ['promesa solemne, dada ante un funcionario de la corona, de una señoría o de un municipio, de abstenerse de toda violencia hacia la persona que ha requerido el aseguramiento... En general el aseguramiento era requerido por la parte que temía ser atacada.' La transcripción en francés aparece en el original NT.]. En algún estadio más avanzado *i.e.* bajo una ordenanza de San Luis, los funcionarios estaban obligados a imponer el *assurance*, bajo ciertas condiciones, aun cuando no hubiera sido requerido. El rompimiento de esta promesa era castigada como *grande traïson* [alta traición]. La institución probó ser un instrumento efectivo en las manos de la Corona en su lucha por la supresión del sistema de combates privados. Su más importante consecuencia fue que, indirectamente, obligó a las partes combatientes a buscar la decisión de los tribunales. (*Vid.*, Chénon, E., *Histoire général du droit français public et privé dès origines à 1815*, París, 1926, t. 1, pp. 754-757).

samos era el de la escena del escudo. Pero, algunas reminiscencias de éste aparentemente subsistían aún en el siglo V. [a.C.]. En el *Eumenides* de Esquilo, es Orestes, quien demandado, que recurre a Atenea para obtener un juicio con el que espera librarse de sus torturadores (241-243 y 260). Inmediatamente, Atenea, con el consentimiento de las partes, (438, 471 y 472) arregla el juicio. Atenea declina tomar ella misma la decisión (473-475) y refiere el caso a un tribunal que ella convoca y ante el cual el juicio es sustanciado bajo su presidencia; después los heraldos, bajo sus órdenes y en su representación, imponen silencio a la multitud (566-573).

Observamos [aquí] todos los rasgos fundamentales de la escena del escudo. Un acto de autotutela está teniendo lugar y el hombre perseguido busca protección refugiándose con la persona que detenta el poder sobre ambas partes. Atenea en su papel de rey o magistrado detiene la ejecución temporalmente y lleva el asunto ante un cuerpo de ciudadanos que tienen que decidir si la ejecución es considerada lícita o no. Nada es tomado de Homero y, sin embargo, la consonancia es genuina. Esto eleva el episodio dramático de Esquilo por encima de pura la fantasía poética y nos permite considerarlo como un testimonio indirecto de un hábito que había efectivamente existido en la tiempos primitivos.⁷⁹

Todavía el derecho positivo de la Atenas clásica parece haber preservado un último remanente de la antigua institución. En un discurso pseudo-demostino contra Nevera (59.66) se menciona una acción basada en una detención ilícita (γραφή ἀδίκως εἰρχθῆναι), la cual, en virtud de una disposición jurídica, estaba disponible al hombre que, sorprendido en una relación ilícita con una mujer, ha sido considerado un violador (μοιχός) y liberado sólo después de haber acordado pagar una pena pecuniaria y haber proporcionado garantías. El juicio que sucede era para determinar si había habido efectivamente un caso de violación, en sentido jurídico, que justificara la detención del prisionero y la exigencia de la promesa. El hecho de que el derecho proveyera una acción pública (γραφή) sugiere que la detención ilícita era castigada,⁸⁰ además de la

⁷⁹ Para otro ejemplo de Esquilo en que aparecen instituciones jurídicas arcaicas, *Vid.*, Balgoh, E., *Political Refugees in Ancient Greece*, Johannesburgo, 1943, p. 42. El valor de nuestra fuente no se afecta por el hecho de que Esquilo usa algunos rasgos del enjuiciamiento por homicidio de su tiempo, en tanto que durante el procedimiento el primer alegato es hecho por las Erinias [*i.e.* Furias] y no por Orestes y la decisión del tribunal es final, no una propuesta hecha a la gente.

⁸⁰ *Cfr.*, Lipsius, H. J., *Das Atische Recht und Rechtsverfahren*, *cit.*, p. 245. Esta conclusión deriva también del hecho de que Stephanus, quien sostiene ser el padre de la muchacha violada, estaba realmente ansioso de que el caso fuera resuelto por árbitros (sección 68 del discurso). Esto es mejor explicado por la suposición de que, de otra manera,

consecuencia de que el actor y sus garantías se extinguen. Más aún, la acción presentaba el rasgo único de que, si la detención se probara justificada, el actor tenía que restituir en el tribunal las garantías al demandado, el cual podía maltratarlo a placer con la única limitación de que no podía usar un cuchillo.⁸¹ Para mí, parece obvio que esto aún representa, en forma modificada, la idea de que un tribunal requerido por la víctima de un acto de autotutela, tiene que decidir de la admisibilidad de tal acto.

[Podemos concluir] que nuestra afirmación inicial era justificada: la escena del escudo atestigua la existencia de un genuino proceso. Ninguna objeción a esta inferencia debe ser deducida del verso 501. Es verdad que este verso habla fuertemente a favor de la teoría de que las partes sometieron su caso al *ilstwr* voluntariamente y por mutuo consentimiento. Pero su libertad de rechazar el juicio no nos obliga a considerarlo como un caso de mero arbitraje privado, como tampoco, lo hace el hecho, en referencia con los procedimientos *apud iudicem*, de que tanto bajo el derecho de la *Republica* como bajo el derecho clásico de Roma la *litis contestatio* era pactada por las partes, las cuales sólo podían ser inducidas a hacerlo mediante medios indirectos de coerción derivados del *imperium* del magistrado.⁸² Para entender la situación es necesario percatarse del verdadero propósito del proceso⁸³ en esta comunidad arcaica, tal y como éste emerge de ella, lo que estamos en posibilidad de sostener ahora. El proceso no ha evolucionado al punto en que el juicio sirva el interés de las partes, especialmente del actor, para obtener una sentencia que ponga fin a la

temía peores consecuencias que simplemente no poder cobrar el dinero prometido por el actor. E. Gerner (*Zur Unterscheidbarkeit von Zivil- und Straftatbeständen im attischen Recht*, Dis, Múnich, 1934, pp. 52 y 53) niega el carácter penal de esta γράφή.

⁸¹ Partsch, J., *Griechisches Bürgschaftsrecht*, cit., pp. 15-16 n.17. Weiss, E., *Rhein, Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, vol. 11, 1921, p. 14.

⁸² Bajo el derecho clásico el *prætor* negaba la acción al actor renuente a proceder con la fórmula tal y como estaba autorizada por el *prætor* y otorgaba contra un demandado no cooperativo, la *missio in bona* en caso de una *actio in personam* y una *missio in rem* en caso de una *actio in rem*. Todas estas medidas tuvieron que haber evolucionado a partir de un rechazo o una permisión de ejecución mediante el uso privado de la fuerza. *Vid.*, Wolff, H. J., *Lousiana Law Review*, vol. 5, 1943, p. 370. *Vid. pariter*: Ihering, Rudolf von, *Geist des römischen Recht*, Leipzig, 1981, pp. 168-170; Koschaker, Paul, *SZR*, vol. 37, 1916, pp. 356 y 359; Beseler, G., *SZR*, vol. 46, 1926, p. 138; Juncker, J., *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, cit., pp. 237 y 256. Es inaceptable la observación de G. Beseler en su *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tubinga, 1920, IV, p. 105; *cfr.* nuevamente: Juncker, J., *Gedächtnisschrift für Emil Seckel*, cit. p. 204 n. 2. *Vid. pariter*: Lauterpacht, H., *The Function of Law in International Community*, Oxford, 1933, p. 424 n. 2.

⁸³ [En el original dice: *judicial litigation*. NT.].

controversia y cause ejecutoria. Su único propósito es la protección del orden interno de la comunidad al establecer un *modicum* de control público sobre el uso de la autotutela, la cual era el único medio existente para hacer efectiva una pretensión.⁸⁴ Esto, sin embargo, no parece ser una muy atrevida hipótesis como para sugerir que el poder público hubiera extendido la protección sobre el deudor indefinidamente si el acreedor hubiera rehusado comparecer⁸⁵ o que hubiera retirado su protección si el deudor no hubiera aceptado el juicio en la forma que fue considerado apropiado.⁸⁶

2. *El proceso griego*⁸⁷

Es cierto que las últimas conclusiones van más allá de la inmediata evidencia de nuestra fuente. Pero es consistente con lo que la fuente nos permite inferir con respecto al carácter general del proceso y [además] recibe fuerte soporte de la analogía romana.⁸⁸ Más aún, evidencia suplementaria es proporcionada por el derecho procesal griego del periodo histórico. Ernst Rabel ha señalado⁸⁹ que aún en las épocas clásica y helénica la sentencia judicial no creaba, sino únicamente implementaba el derecho del actor a aplicar una ejecución. Sólo muy gradualmente y en un último momento la autotutela en la aplicación de la ejecución fue restringida por el establecimiento de controles públicos y, eventualmente, sustituida por la *praxis* efectuada por funcionarios del Estado.⁹⁰ Más aún, al principio, la responsabilidad [de cualquier presunto responsable] en todos lados era hecha efectiva con la aprehensión de la persona, sea para matar-

⁸⁴ La cuestión del efecto de la sentencia es irrelevante en esta situación. Aún si la fuerza obligatoria de la sentencia dependía de un acuerdo expreso entre las partes de someterse a la sentencia, como es plausible asumir en los derechos primitivos, el carácter público del procedimiento, como es presupuesto aquí, se mantiene inalterable.

⁸⁵ [En el original: *refused to plead*. NT.].

⁸⁶ Ninguna respuesta es posible en cuanto a si el procedimiento del *ilstwr* era el único en uso o pudo haber alternado con otros y, en este último caso; si la opción entre varios procedimientos posibles correspondería a las partes o si el derecho consuetudinario determinaba el procedimiento a seguir para cada caso.

⁸⁷ [En el original: *The Greek judicial judgement*. NT.].

⁸⁸ *Vid. supra*: nota 82. El mismo principio prevalecía en el derecho germánico, *vid.*, e.g. con respecto al derecho anglosajón, Bechert, R., *SZG*, vol. 47, 1927, pp. 41 y 51.

⁸⁹ *Cfr.*, *SZR*, vol. 36, 1915, p. 359; vol. 38, 1917, p. 314. *Vid. pariter*: Weiss, E., *Griechisches Privatrecht*, *cit.*, p. 457.

⁹⁰ Para detalles de esta evolución, *vid.*, Weiss, E., *Griechisches Privatrecht*, *cit.*, pp. 456 y ss.

lo o, por lo menos, esclavizarlo, caracterizando así la responsabilidad, no como medio para ejecutar pretensiones, sino como una relación que permite al acreedor tomar venganza si su pretensión no había sido satisfecha [por el deudor].⁹¹

Todos estos hechos bien establecidos garantizan la conclusión de que originalmente el proceso no tenía el propósito de obtener un pronunciamiento judicial sobre la pretensión del actor y una orden ejecutoria dirigida por el tribunal al demandado, para satisfacer esta pretensión, sino meramente la de remover los obstáculos que en una bien gobernada comunidad impiden normalmente a un hombre apoderarse por la fuerza de la propiedad o de hombres libres.

Esta idea arcaica,⁹² la cual está ligada a la concepción primitiva de la

⁹¹ Vid. Weiss, E., *Rhein Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, cit., pp. 1 y ss. y *Griechisches Privatrecht*, cit., pp. 455 y ss. En esta última obra se encuentra bibliografía [al respecto].

⁹² Vid. Gernet, L., *Archives d'histoire du droit oriental*, cit., p. 133. La misma idea, como hemos visto, era característica del proceso romano temprano (Vid., Koschaker, Paul, *SZR*, vol., 37, 1916 p. 356) y es, quizás, un fenómeno universal (Vid., e.g. con respecto al derecho noruego temprano: Boden, F., *SZG*, vol. 24, 1903, p. 55); ejemplos etnológicos pueden ser encontrados en Marett, R., *Anthropology*, Nueva York-Londres, Home University of Modern Knowledge, s/a, pp. 193-194). No hay ninguna diferencia si (como en Babilonia, la 'ciudad' homérica y Francia medieval) la decisión judicial, de la que depende la suerte de la ejecución de la autotutela, era impuesta al acreedor mediante la protección otorgada a la víctima de su ataque o si (como en el tardío derecho griego o bajo el derecho romano de las XII *Tablas*) el demandante pudo dar ciertos pasos prejudiciales sólo con el propósito de llevar a su adversario ante el tribunal. Tampoco puede encontrarse una diferencia fundamental en el hecho de que los derechos germánicos hicieron depender la ejecución de un requerimiento adicional: el pronunciamiento por parte de la *Ding* de la ilicitud (*outlawry*) del demandado si éste omite el pago de la pena [pecuniaria] debida en virtud del juicio. En el mundo germánico, como ha sido mostrado por F. Beyerle ("Das Entwicklungsprobleme im germanischen Rechtsgang", cit., pp. 234 y ss. n 7), el proceso por deudas privadas creció también a partir del deseo público de suprimir los combates privados, mientras la ilicitud (*Outwary*) era la reacción de la comunidad frente a delitos cometidos contra ella. El mismo principio gobierna el derecho griego de la ilicitud (*outlawry*). (Vid. Swoboda, H., *SZR*, vol. 26, 1905, p. 175). Los dos sistemas diferían sólo en tanto que el derecho germánico consideraba el procedimiento judicial primordialmente como un medio para resolver el combate (Vid.: Beyerle, F., "Das Entwicklungsprobleme im germanischen Rechtsgang", cit., p. 234) mientras que en la concepción griega y romana era un medio para llevar el derecho al combate bajo control público. Esto hizo que el derecho germánico tratara el incumplimiento de la obligación contraída en un acuerdo pacífico —el cual en el periodo primitivo tenía que ser concluido después de que la sentencia fuera pronunciada— como violación (*breach*) de la paz pública con la exclusión del infractor de la paz de la comunidad como sanción. Los derechos griego y romano, desde su punto de partida, no tenían que llegar a tales extremos. Sin embargo, la noción de L. Gernet (*Archives d'histoire du droit oriental*, cit., p. 118)

obligación,⁹³ es aún claramente perceptible en el proceso del periodo histórico. Esto es de alguna manera obscurecido por el hecho de que bajo el derecho clásico de Atenas la ejecución era realizada señalando bienes del deudor y vendiéndolos hasta el valor de la suma decidida [en la sentencia] (τὴν καταδίκην εἰσπράττειν). Pero ya no se necesita demostrar que esta cantidad era aún concebida como una suerte de rescate a pagar para evitar la ejecución,⁹⁴ sino, mas bien, como el contenido de la deuda original o el valor del daño alegado por el actor. La prueba es la terminología (ἄποτίνειν, ἐκτίνειν; τίνειν es etimológicamente relacionada con ποινή) y el hecho de que la suma decidida [en la sentencia] no era necesariamente idéntica con la de la deuda o del daño efectivo.⁹⁵ Sólo el primer paso hacia una más moderna concepción ha sido dado. Sin duda, la nueva concepción ya ha penetrado, en alguna medida, las mentes de los atenienses que nunca se molestaron en analizar la apariencia exterior de sus instituciones jurídicas. Las fuentes del derecho clásico efectivamente hablan de la sentencia obligando al demandado a pagar cierta suma y a su ejecución, en gran medida, en la misma forma en que lo hacemos actualmente. Esto, sin embargo, no debe engañarnos. El estudiante moderno del derecho griego, enfrentado a la tarea de descubrir las raíces históricas de estas instituciones, así como las ideas que están detrás de ellas, no puede contentarse meramente con tomar estas expresiones en sentido literal.

De hecho hay evidencia que respalda esta afirmación. El derecho ateniense otorga una acción —la δίκη ἐξούλης— para la protección de la autotutela justificable, básicamente una autotutela tal y como era empleada para la ejecución de una sentencia.⁹⁶ En cuanto al derecho de Gortyna, existe la sugerencia atractiva de que la sentencia del juez no debe ser entendida como un requerimiento dirigido al demandado para satisfacer la demanda del actor o para entregar el objeto tenido sin derecho, sino como

no puede ser aceptada con referencia al derecho griego ni con referencia a ningún otro derecho histórico. Gernet sostiene que la sentencia es ‘*un traite de paix formulé par un tiers conformément aux règles d’un joute*’ [‘*un tratado de paz formulado por un tercero de conformidad con las reglas de la contienda*’. La transcripción en francés y las cursivas aparecen en el original NT.]). La sentencia es más bien, por decirlo así, una declaración del derecho para ir a la guerra, *vid infra*: nota 207 del original.

⁹³ *Vid.*, Wolff, Hans Julius, *Transaction of the American Philosophical Association*, vol. 72. 1941, pp. 426 y ss.

⁹⁴ *Vid.*, con referencia al derecho romano temprano: De Visscher, F., *Études de droit romain*, París, 1931, pp. 266-267; *vid. pariter*: Carrelli, E., *Annali della Facoltà Giuridica della R. Università de Bari*, N.S. 2, 1939, p. 118, *vid. infra*: nota 103.

⁹⁵ Wolff, Hans Julius, *op. cit.*, p. 427, con más autores enlistados en la nota 40.

⁹⁶ *Vid.* Rabel, Ernst, *SZR*, vol. 36 (1915), pp. 340 y ss.

una declaración de que el actor [efectivamente] tiene el derecho alegado y que podría hacerlo efectivo por vía de la autotutela.⁹⁷ De manera similar la sentencia del areópago ateniense ha sido caracterizada como mera declaración del delito, implicando, originalmente, la consecuencia de que la venganza de la sangre, ahora, entraba en curso.⁹⁸ Más tarde, en el siglo II d.C. el tribunal de los *Chrematistæ* en la monarquía ptolemaica, en acciones que implicaran reclamos personales, daba a sus sentencias la forma de un pronunciamiento de que una ejecución por una cierta cantidad de dinero debía tener lugar.⁹⁹

Parece que estamos en posición de mostrar un superviviente directo de la antigua concepción en el orden jurídico de la Atenas clásica. Esto se muestra en la oración 55 de Demóstenes, si mi interpretación de este discurso¹⁰⁰ es correcta. El discurso fue pronunciado en defensa, contra una acción basada en el hecho de que una inundación dañina para la propiedad del actor había sido causada por un muro ilícitamente erigido en el predio del demandado. El muro había obstruido el derrame normal del agua de lluvia. El hecho sorprendente de que la suma de 1000 dracmas, las cuales representan el *καταδίκη* esperado en esta acción, estaba inalterablemente fijada por el derecho y era independiente de la cantidad real [a que ascendía] el daño alegado (*δίκη ατιμετος*), en conexión con el argumento sostenido por el orador en la sección 32,¹⁰¹ garantiza la conclusión de que la acción era para obtener a una sentencia que simplemente autorizaba al actor a incautar el predio donde el obstáculo había sido erigido, a menos que se le pagara la indemnización jurídicamente fijada en 1,000 dracmas. Obviamente enfrentamos una regla muy arcaica que mantiene el estadio primitivo en el que la decisión judicial meramente se ocupaba del derecho de actuar en base a una responsabilidad existente. El hecho de que en el presente caso sólo la propiedad, y no el propietario, esté afectada, no hace ninguna diferencia en lo que al principio respecta.

⁹⁷ *Vid.*, Steinwenter, A., "Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischen Rechte", *cit.*, p. 45.

⁹⁸ *Vid.*, Maschke, R., *Die Willenslehre im griechischen Recht*, Berlín, 1926, vol. 42, p. 51.

⁹⁹ *Vid.*, Wolff, Hans Julius, *op. cit.*, pp. 423-424.

¹⁰⁰ *Vid.*, *American Journal of Philology*, vol. 64, 1943, pp. 316-324.

¹⁰¹ "Y ellos también buscan un árbitro [juez] que adjudique los inmuebles [locales o predios] a ellos y tal resolución les permitirá tenerlos [mantenerlos o recuperarlos]." En cuanto a por qué esta declaración admite la inferencia obtenida anteriormente (*vid.*, Wolff, Hans Julius, *American Journal of Philology*, vol. 64, 1943, pp. 318-319), aunque no se ocupa inmediatamente del juicio en que el discurso fue pronunciado.

En el mismo tenor, los tribunales griegos al pronunciar sentencias en controversias sobre títulos de propiedad o sobre otros derechos absolutos, meramente deciden a quién de las partes pertenece el título o el derecho en disputa. Se ha sugerido que el proceso griego, al igual que el proceso formulario romano, estaba caracterizado por una condena pecuniaria obligatoria.¹⁰² Un juicio pecuniario en sentido romano, sin embargo, aunque en perfecta consonancia con la idea griega de acción personal,¹⁰³ hubiera sido incompatible con la naturaleza de la *διαδικασία*, procedimiento mediante el cual se sustanciaban las controversias sobre títulos y derechos.

La naturaleza de la *διαδικασία*, como procedimiento en el cual no hay ni actor ni demandado propiamente hablando, sino que ambos o más reclamantes luchaban por probar que su título o su derecho era mejor que el de sus competidores,¹⁰⁴ difícilmente admitía que la decisión comprendiera una resolución que fuera más allá de una mera declaración sobre [la titularidad del derecho].¹⁰⁵ De esta manera, el favorecido que no estaba en posesión del bien, era autorizado a entrar al inmueble o [bien] tomar el objeto, si era ganado, e interponer la “acción de desalojo [*ejectment*]” en caso que enfrentara resistencia injustificable.¹⁰⁶ Así era, al menos, el derecho de Atenas pero el principio, si no todos los detalles, era sin duda común a todos los órdenes jurídicos griegos.¹⁰⁷

¹⁰² Partsch, J., *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlín, 1931, p. 348; *id.*, *SZR*, vol. 43, 1922, p. 578.

¹⁰³ De conformidad con la teoría dominante y, en mi opinión, la correcta, la *summa condemnationis* del derecho romano también se originó en el ‘precio por la absolución de la esclavitud de la persona sometida a una obligación la cual resultaba del incumplimiento de la conducta obligada.’ (*Vid.*: Wenger, Leopold, *Institutes of Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, p. 144, n. 19 y la bibliografía ahí citada.

¹⁰⁴ *Vid.*, Mitteis, L., *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, pp. 501-502. *Vid. pariter*: Gerner, E., *Zur Unterscheidbarkeit von Zivil- und Straftatbeständen im attischen Recht*, pp. 127-129.

¹⁰⁵ *Vid.*, Rabel, Erns, *SZR*, vol. 36, 1915, p. 342 n.2. *Vid. pariter*: Gerner, E., *Zur Unterscheidbarkeit von Zivil- und Straftatbeständen im attischen Recht. cit.*, pp. 129, n.2 y 132 n.1.

¹⁰⁶ La función de la *δίκη ἐξούλης* como acción penal [*delictual action*] para la protección del uso legítimo de la auto tutela ya sido demostrado por Erns Rabel en su artículo recién citado (*SZR*, vol. 36, 1915); *vid. pariter*: otro de sus artículos (*SZR*, vol. 38, 1917, pp. 296-317) donde responde a las objeciones hechas por H. J. Lipsius (*vid.*: *SZR*, vol. 37, 1916, pp. 1-14). *Vid. pariter*: Paoli, U.E., en *Studi Albertoni* (t. II, p. 314 n.4 y 330-331); Kaser, Max, *SZR*, vol. 64, 1944, pp. 191 y ss.

¹⁰⁷ El hecho de órdenes jurídicos más avanzados, como el de la monarquía ptolemaica, haya reemplazado la aprehensión [*seizure*] privada por una entrada oficial en el inmueble, no hace ninguna diferencia en cuanto al principio.

Esto está confirmado por las fuentes.¹⁰⁸ Inscripciones que registran casos de arbitraje entre ciudades griegas, principalmente en controversias sobre tierras, muestran que la sentencia era redactada como una mera declaración sobre el título y los límites, pero nunca como una orden dirigida a la ciudad perdedora de entregar la tierra a la vencedora o de pagar una suma de dinero en caso de que esto no se haya hecho.¹⁰⁹

Cualquier posible duda de que estos testimonios de arbitraje internacional pudieran usarse como prueba del tipo de decisiones manejadas por los tribunales [*public courts*] en casos de derecho privado está disipada, no tanto por el hecho de que el procedimiento empleado en el arbitraje internacional sigue generalmente el patrón de la *διαδικασία* privada,¹¹⁰ sino por la prueba directa de varios papiros de la época ptolemaica.¹¹¹ En una disputa sobre una herencia que tuvo lugar en el siglo segundo a.C. en Diospolis Magna en el Thebais, el estrategos simplemente resolvió: “Él ordenó que Sesenoupis debía mantener el inmueble heredado de su madre, de conformidad con las escrituras en su poder”.¹¹² Muy similar es el tenor de dos sentencias pronunciadas en 119 y en 116 a.C. en el largo y amargo pleito en que se enfrascó Hermias contra un grupo de sacerdotes

¹⁰⁸ Excepciones a la teoría de Joseph Partsch han sido formuladas por E. Weiss (*cfr.*: *Griechisches Privatrecht*, t. I, p. 493 n. 142) en base a que es incompatible con ciertas disposiciones encontradas en tratados celebrados entre ciudades griegas sobre protección mutua de sus respectivos ciudadanos.

¹⁰⁹ *Vid.*, SIG 3^a. Ed. t. I, p. 471; (en Collitz, H., *et al* Eds. *Sammlung der griechischen Dialektinschriften*, III 1, 3025, *Rec. des Inscr. Jur. Gr.*, Gotinga, 1884-1910, nr. 16. pp. 342 y ss.) líneas 6 y 7: καὶ ἐπελθόντων ἐπ’ αὐτὰν τὰν χώραν τῶν δικαστῶν καὶ κρινάν[των] Ἐπιδαυρίων εἶμεν τὰν χώραν; SIG, t. I, p. 599 (en Collitz, H., *et al* Eds. *Sammlung der griechischen Dialektinschriften*, *cit.*, III 1, 3758), línea 157: [δια]κρίνομεν τὸ φρούριον καὶ τὰν περὶ τὸ φρούριον χώραν εἶμεν Πριανέων. Del mismo tipo es una sentencia por los Argivos en una disputa entre Melos y Cimolus sobre el derecho [*title*] sobre ciertos barcos, en Collitz, H. *et al.*, Eds. *Sammlung der griechischen Dialektinschriften*, *cit.*, III 1, 3277. *Vid. pariter infra*: nota 113, *in fine*. [Los corchetes entre la grafía griega están en el original. NT.]

¹¹⁰ *Vid.*, Partsch, J., *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, Breslau, 1905, p. 4 (Contiene bibliografía anterior).

¹¹¹ *Vid.*, Taubenschlag, R., *SZR*, vol. 55, 1935, pp. 282-283. Cabe mencionar también la inscripción del siglo cuarto de la Clytides de Chios, ed. por K. Latte, en *SZR*, vol. 53, 1933, p. 509) la cual es un ejemplo de transmisión de propiedad de un predio en forma de proceso judicial, *vid. pariter*: el comentario de W. Kunkel (*ibid.*, pp. 510-513). El adquirente alega: [τὰ ἐπό]μενα τῆι γῆι πάντα ἔστιν ἐμέα y en la línea 24 la sentencia consecuentemente dice: κατεδίκασεν. [Los corchetes entre la grafía griega están en el original. NT.]

¹¹² P. Samuel, t. I, p. 4512, líneas 83 y ss. [En el original, esta nota no se encuentra al pie de página. NT.]

egipcios sobre una casa que alegaba haber heredado de su padre.¹¹³ En un juicio de 169 a.C. leemos:

... las pruebas nos han puesto en claro que la casa pertenecía a Marres, el padre de Tesenouphis. Hemos ordenado a Themboos dejar la casa y ella, pidiendo unos días [*i.e.* un periodo de gracia], declaró que dejaría la casa dentro de diez días...¹¹⁴

Es verdad que en la mayoría, y posiblemente en todos,¹¹⁵ estos casos

¹¹³ P. Par 15 (UPZ II161) líneas 68 y 67; P. Tor (Mitteis, L., *Chrest.* 31) col. x 1y ss. Es verdad que Hermias parece haber buscado ayuda administrativa en la recuperación de su posesión, más que la declaración judicial de su título (*vid.*: Schönbauer, E., *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrecht im Altertum*, Graz, 1924, pp. 33 y ss. *Vid. pariter*: Wilcken, U., *Urk. der Ptolomäerzeit*, t. II, pp. 45-46. No obstante, el caso es, al menos, muy íntimamente relacionado con una controversia sobre títulos. El derecho griego, aparentemente, nunca alcanzó esta clara distinción entre propiedad [*title*] y posesión, como lo hizo el derecho romano. Todo juicio sobre la propiedad se ocupaba meramente de determinar cuál de las partes tenía el mejor derecho. [*claim*] (*vid.*: Rabel, Ernst, *SZR*, vol. 36, pp. 341-342; *vid. pariter*: Taubenschlag, R., *SZR*, vol. 55, 1935, p. 279; Paoli, U. E., *Studi Albertoni*, t. II, pp. 313-314) y no hace mucha diferencia si el alegato (*claim*) se basa en un título verdadero o, como en el caso de Hermias (*vid.*: Schönbauer, E., *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrecht im Altertum*, *cit.*, p. 34), meramente en una ordenanza real garantizando el goce de la posesión interrumpidamente mantenida por cierto espacio de tiempo. En el casi contemporáneo UPZ II 170, que ahora hay que citar en el texto, la acción también proviene de un desalojo; sin embargo, el actor, Apollonius, sin duda, buscó una resolución judicial de que el título le pertenecía. Quizás la razón fue que siguió su juicio ante el tribunal ordinario de los *Chrematistæ*; mientras que Hermias, se acercó sólo a funcionarios administrativos. Sugiero explicar esta diferencia con la observación de que Apollonius esperaba poder probar su derecho [*title*] (UPZ II 170^B, línea 40, en relación con líneas 16 y ss.); Hermias estaba en una posición menos favorable, como ha señalado E. Schönbauer.

Este rasgo característico de la controversia sobre derechos (*titles*), en relación con la forma de la sentencia, parece ofrecer también una explicación en el hecho de que (como señala Partsch, J., *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, *cit.*, pp. 16 y ss, 25 y 45) el Senado romano, cuando era llamado a decidir un arbitraje entre ciudades griegas en una disputa sobre tierras, usaba la forma del *interdictum uti possidetis* (*vid.*: SIG II 679, 683, 685).

¹¹⁴ P. Amh. II 30 (Wilcken, *Chrest.* 9, líneas 37 y ss.). Sobre este documento, *vid.*: Taubenschlag, R., *op. cit.*, pp. 280 n. 1 y 282 n. 2. [En el original, el principio de esta nota no se encuentra al pie de página. NT.]

¹¹⁵ No existe acuerdo sobre P. Amh II 30. Los editores y Leopold Wenger (*Arch. F. Papyr.* 2.44 n. 1) sostienen que el texto recoge una sentencia de los *Chrematistæ*; esto es aún mantenido tentativamente por W. Hellebrand (*vid.*: “Das Prozess zeugnis im Rechte der gräko-ägyptischen Papyri”, en *Münchner Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, 18, Múnich, 1934. [En cuanto a los que consideran que es] un decreto administrativo, *vid.*: Taubenschlag, R., *Arch. F. Papyr.* 4,30 n. 1; Zucker, F., “Beiträge zur Kenntnis der Gerichtsorganisation im ptolemäischen und römischen Ägypten”, en

las decisiones fueron manejadas por funcionarios que pueden haber actuado en virtud de su facultad administrativa de coacción, más que en su capacidad de verdaderos jueces.¹¹⁶ Sin embargo, el valor de estos documentos para nuestro argumento no se ve afectado por esta circunstancia, puesto que en UPZ II 170 tenemos un testimonio del hecho de que, incluso el tribunal griego ordinario de los *Chrematistæ*, alcanzaba sus sentencias de la misma manera. Esta queja [*complain*] escrita en Diospolis Magna en 125 a.C. es de particular interés. Apollonius busca una decisión judicial con la pretensión de que él ha sido echado por los demandados de una casa que él ha heredado de sus ancestros.

Consecuentemente, Apollonius pide al rey y a la reina enviar su requerimiento a los *Chrematistæ* de Syene:

... para que, en caso de que mis alegatos prueben ser verdaderos, dicte sentencia [en el sentido] de que los siete *ells*¹¹⁷ de la casa me pertenecen, como lo es el caso, y que, a cuenta del perjuicio (*wrong*), la ejecución tiene que aplicarse en mi beneficio contra ellos por cinco talentos de cobre, de conformidad con la ordenanza real [sobre el procedimiento y la ejecución]...¹¹⁸

En otro lugar¹¹⁹ he mostrado que la segunda mitad de este requerimiento anticipa la redacción de la sentencia por el actor. Estamos legitimados por este hecho, así como por las fuentes citadas hasta ahora, a asumir lo mismo también para la primera mitad. En vista del conservadu-

Philologus Suppl. 12, Múnich, 1911, 104 y 105; Wilcken, U., *Urk. der Ptolomäerzeit* t. II, p. 46 n. 1). En razón del plural, me inclino hacia la opinión de que tenemos que ver con la sentencia de un tribunal más que con un mero decreto administrativo. La coerción administrativa era habitualmente aplicada por un funcionario solo, no por los consejos. El *concilium*, que el funcionario podría haber tenido a su lado, no participa en la emisión del decreto, como se muestra por P. Sammelb (I 4512, línea 83). En general, *vid.*: Taubenschlag, R., *The Laws of Greco Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Nueva York, 1944, así como su artículo en *SZR*, vol. 35, 1935, pp. 278 y ss.

¹¹⁶ Esto puede explicar la frecuente inclusión en la sentencia de una orden de desalojo el inmueble (*vid.*: Wilcken, U., *Urk. der Ptolomäerzeit*, *cit. Vid. pariter*: P. Ent. 9). Esto estaría en consonancia con la orden de ejecución de una acción específica que parece haber sido característica de los decretos emitidos por los funcionarios administrativos ptolemaicos en casos sobre deudas, *vid.*: Wolff, H. Julius, en *Transactions of the American Philological Association*, vol. 72, 1941, p. 432 n. 46.

¹¹⁷ Medida de longitud equivalente a 1.14 m. Extensión del largo del edificio en los ángulos rectos.

¹¹⁸ Preservadas en dos copias: P. Tor 3 y P. Par 14. [En el original, esta nota no se encuentra al pie de página. NT.]

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 424.

rismo general del tribunal de los *Charismatistæ*,¹²⁰ podemos sostener que el documento refleja el estilo tradicional del enjuiciamiento griego en casos de propiedad. Al mostrar lado a lado la praxis del enjuiciamiento que se pretende en la acción personal surgida por allanamiento¹²¹ y la mera declaración de derecho que se pretende en la acción real, con la cual la acción de allanamiento es combinada, esta *enteuxis*¹²² [combinación] es muy característica.

La consonancia de todas estas fuentes, distantes una de otra en lugar y tiempo, confirma la conclusión anteriormente obtenida de la διαδικασία y garantiza la afirmación que el principio era reconocido por todo el mundo griego. Cabe hacer notar que el derecho de Gortyna no es excepción. Es verdad que la primera tableta de la célebre inscripción provee un sistema de sanciones pecuniarias para ser inflingidas por orden del juez a quien es encontrado que ilícitamente ha declarado como su esclavo a un hombre libre o al esclavo de otro y no libera al hombre libre o no devuelve el esclavo a su dueño dentro de cinco días. Algunos autores, sin embargo, que vieron en estas disposiciones una analogía con el enjuiciamiento formulario romano: *actio in rem*, con el mismo efecto recuperador, en lo que concierne a la contraparte del actual poseedor,¹²³ se equivocaron. El primer pronunciamiento del juez, el cual determina el estatus del objeto del proceso [*lawsuit*], no es, como el *arbitrum de restituendo* de la *actio arbitraria* romana, un mero consejo no ejecutable, dirigido al poseedor sin derecho [*unlawful*], para restaurar la situación legítima y evitar ser sentenciado a pagar la pena pecuniaria,¹²⁴ sino una verdadera sentencia¹²⁵ que permite al dueño del esclavo recuperarlo. Una prueba de esto es la oración final de la sección I 56-II 2, la cual prevé el derecho de ἄγειν,¹²⁶ y esta disposición es de lo más característica, tanto que se en-

¹²⁰ *Vid.*, Wolff, Hans Julius, *op. cit.*, p. 427.

¹²¹ Los cinco talentos tienen que ser la pena por el allanamiento, puesto que Apollonius reserva, por separado, una acción por ὑβρις [violencia o ultraje de mala fe. NT.].

¹²² [Del griego ἔντευξις: ‘combinación’, ‘unión’, *Cfr.*: Liddell, H.G y Scott, *Greek-English Lexicon*, Oxford, Oxford University Press, NT.].

¹²³ *Vid.*, Bücheler, F. y Zitelmann, E., “Das Recht von Gortyn”, en *Rhein. Mus. f. Philol.*, vol. 40, *Suppl.* Frankfurt, 1885, p. 92; Swoboda, H., *SZR*, vol. 26 1905, p. 204 n. 3; Kohler, J. y Ziebarth, E., *Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte*, Gotinga, 1912, p. 85; Weiss, E., *Griechisches Privatrecht*, *cit.*, p. 493 n. 142.

¹²⁴ *Vid.*, Wenger, Leopold, *Institutes of Roman Law of Civil Procedure*, *cit.*, pp. 147 y ss.

¹²⁵ Los términos usados son δικάδδεν (I 20) y kri/nen (I 23). [De: δικάζω: ‘juzgar’, ‘emitir sentencias’ y de kri/nw: ‘decidir disputas’, (*cfr.*: Liddell, H. G. y Scott, *Greek English Lexicon*, *cit.*, pp. 202 y 450), respectivamente. NT.].

¹²⁶ I-56 es leído por Bücheler, F. y Zitelmann, E. (*vid.*: “Das Recht von Gortyn”, *cit.*, p.

cuentra en señalado contraste con la prohibición de autotutela antes del juicio, como está establecido en la primera frase de la inscripción.¹²⁷ Esta prohibición, con mucha probabilidad, ha sido considerada una innovación introducida cuando la ley contenida (*embodied*) en la inscripción fue promulgada.¹²⁸

Lejos de desaprobamos (*disproving*) nuestra teoría de que las resoluciones judiciales griegas en materia de propiedad simplemente reconocían el derecho y, de esta manera, marcaban el camino para hacerlo efectivo mediante el uso privado de la fuerza, la inscripción no sólo testimonia la existencia del principio en el derecho de Gortyna, sino, también, el [hecho] de estar enraizada en concepciones arcaicas.

Originalmente, entonces, todo proceso (*litigation*) tenía que ser iniciado con un acto de fuerza privada por parte de aquel que alega una responsabilidad [imputada a otro], o señala un bien de su propiedad, y la forma por la cual los tribunales griegos alcanzaban sus fallos, aún en un periodo comparativamente avanzado, refleja la concepción arcaica de que la sentencia del juez era una declaración (*statement*), pronunciada por un órgano de la comunidad, de que tal acto había sido lícitamente realizado y podría continuar hasta el final. La idea de que la decisión judicial es para establecer el derecho del actor para obtener algo del demandado, en virtud del cual él puede realizar actos de ejecución, todavía no existía en el más

19): [τὸν δὲ νενικαμένον, para más recientes editores, Dareste, R., Haussoullier, Reinach, *Rec. des Inscr. Jur. Gr.* t. I, p. 358; Kohler, J. y Ziebarth, E., *Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte*, cit., p. 19): [τὸν δὲ νενικαμένον]. Aun si la última lectura fuera correcta, pienso que el νενικαμένον no es el oponente vencido. En la terminología jurídica de las inscripciones gortynianas [*sit venia verba*] el objeto de νικῶν puede ser el bien adjudicado (en Collitz, H., et al. Eds. *Sammlung der griechischen Dialektinschriften*, cit., III 24986; J. Kohler y E. Ziebarth lo traducen (cfr., *Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte*, cit., p. 36) siguiendo a R. M. E. Meister (*Rhein. Mus. f. Philol.* 63.570 n. 4) por *ersiegen*; *Vid. pariter: Law of Gortyn*, I, p. 28. En ese sentido debe ser entendido aquí también. [La] prueba es el paralelismo con *katekei/menon* [término] que denota a un esclavo en garantía de una deuda (*vid.*, en Collitz, H. et al., Eds. *Sammlung der griechischen Dialektinschriften*, cit., III 2, el, así llamado ‘segundo Código’ de Gortyna, rec. I 18, pp. 393 y ss. y la inscripción editada como núm. 3 por J. Kohler y E. Ziebarth (*op. ul. cit.*, p. 34). Dareste, R. Haussoullier y Reinach, (*Rec. des Inscr. Jur. Gr.* t. I, p. 450) consideran el *katekei/menon* como “*un individu qui a engagé sa personne, comme garantie d’une dette*” [La transcripción en francés y los corchetes dentro de la grafía griega aparecen en el original NT.].

¹²⁷ Cfr., Rabel, Ernst, *SZR*, vol. 36, 1915, p. 380; *vid. pariter*: Kaser, Max, *SZR*, vol. 64, 1944, p. 205, n 217.

¹²⁸ Dareste, R. Haussoullier y Reinach, *Rec. des Inscr. Jur. Gr.* t. I, cit. p. 443.

antiguo periodo. Es precisamente por esta razón que devino posible para las partes (*contrahents*) ignorar su primer acuerdo ante la necesidad del juicio, insertando cláusulas previendo una *praxis καθάπερ ἐκ δίκης* o parecida.¹²⁹ Normalmente, a una decisión judicial se le requería remover las barreras erigidas por el Estado para protección de aquellos que eran amenazados por el uso de la fuerza por parte de otros ciudadanos, excepto en un número limitado de situaciones donde tal protección era considerada necesaria.¹³⁰ La afirmación de H. J. Lipsius¹³¹ de que un acreedor ateniense podía ejecutar la *ἐνεχίρασί* sin haber ganado un juicio o estar respaldado por un acuerdo permitiéndole una ejecución sumaria ha sido convincentemente refutada por Ernst Rabel.¹³²

De esta manera nuestros hallazgos están vinculados a la interpretación sugerida por la escena del proceso de Homero. En el periodo histórico, el estadio primitivo como el representado por la escena, por supuesto había pasado hacía mucho. El uso de la autotutela para el proceso ha sido restringida o prohibida. En Atenas la ejecución en la persona del deudor ha sido abolida por Solón, en lo que a las obligaciones privadas se refiere. El mero permiso para proceder a la ejecución ha sido remplazado por el pago de una cantidad de dinero y mediante su pago el deudor podía evitar la ejecución, la cual se limitaba a esa cantidad. No es nuestra tarea aquí seguir los detalles de esta evolución, la cual tuvo diferentes formas y progresó con variada rapidez en diferentes lugares. Esto abrió el camino a una nueva concepción del proceso (*judicial litigation*), pero las líneas que conectan el proceso de los periodos clásico y helénico con el estadio temprano son aún claramente visibles.

3. *El campamento homérico*

En la narración de los acontecimientos que tuvieron lugar en los funerales de Patroclo, Homero, en el libro XXIII de la *Iliada* relata la solución de las controversias que surgieron entre algunos de los héroes. Una de esas es-

¹²⁹ *Vid.*, Mitteis, L., *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, cit., p. 416, n. 3; Wolff, H. Julius, en *Transaction of the American Philological Association*, vol. 72, 1941, p. 428 (en donde la afirmación de L. Mitteis se me escapó).

¹³⁰ *Vid.*, Rabel, Ernst, *SZR*, vol. 36, 1915, pp. 347 y ss.

¹³¹ *Vid.*, *SZR*, vol. 37, 1916 pp. 3-4.

¹³² *Cfr.*, *SZR*, vol. 38, 1917, p. 298; *cfr., pariter*: Weiss, E., *Griechisches Privatrecht*, cit., p. 461.

cenar es de interés para nosotros, puesto que su comparación con el proceso [grabado en] el escudo nos permitirá formarnos una, aún más clara, idea del lugar que este último puede reclamar en la historia del proceso.

Al término de la dramática carrera de carros, Aquiles concede el primer premio a Diomedes, el vencedor. Sin embargo, el segundo premio, una yegua, [Aquiles], motivado por la piedad, decide dársela a su amigo Eumelus, aunque Eumulus, haya llegado el último de todos los competidores (versos: 536, 537 y 538). Inmediatamente, Antíloco, hijo de Néstor, quien realmente había llegado segundo, levantó una airada protesta y reclamó la yegua para él. [Antíloco] tomó posesión de ella y desafió a un combate a cualquiera que se opusiera. Los versos 553 y 554 rezan:

Τὲν δ' ἐγὼ οὐ δώσω περὶ δ' αὐτῆς πειρηθήτω
ἀνδρῶν ὅς κ' ἐθέλησιν ἐμοὶ χεῖρείσσι μάχεσθαι.¹³³

Pero a la yegua no la regresaré, por ella dejemos a un hombre
que [la] quiera, intentar batirse contra mis puños.¹³⁴

Aquiles, reconociendo la justicia del reclamo de Antíloco, cambia su recompensa y Eumelus, recompensado con otros presentes, acepta la decisión. Pero, ahora, Menéalo se pone de pie y reclama la yegua y acusa a Antíloco de haberle arrebatado la victoria sólo mediante el uso de un truco sucio. Menéalo no acepta el desafío de Antíloco, sino que insta a los líderes de los argivos a *establecer el derecho* (δικάξειν);¹³⁵ pero, entonces, cambiando de parecer, anuncia su intención de establecer el δικάξειν él mismo, exigiéndole a Antíloco que prestara juramento (versos: 570-585). Antíloco admite su culpa, cede y entrega la yegua a Menéalo. De esta manera, el incidente termina en reconciliación. Menéalo magnánimamente le regresa la yegua a Antíloco.

¹³³ En el original Hans Juius Wolff transcribe la versión inglesa:

*But the mare I will not yield;
For her let what man will essay the battle at my hands*

(Trad. de Lang, A., Leaf, W. y Myers, E., *The Iliad of Homerus*, cit., p. 466).

¹³⁴ Para la versión en español sigo las trads. de A.T. Murray: *Homer. Iliad*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999 (Loeb Classical Library, 171), pp. 534 y 535; de Robert Fagles: *The Iliad*, Nueva York, Pinguin Books, 1998, (Pinguin Classics) p. 576 y Bonifaz Nuño: *Homero. Iliada*, México, UNAM, 1997 (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), p. 205.

¹³⁵ Para conocer las implicaciones jurídicas de este término, *vid. infra*: III 3.

Desde el punto de vista de la historia del proceso, es importante advertir que la controversia se mantiene todo el tiempo dentro de los límites de la autotutela. Antíloco toma el premio mediante un acto de autotutela y primeramente no ve ninguna otra razón para dejarlo ir que su derrota en combate. Ciertamente que su disputa con Menélaos realmente se resuelve sin combate. Sin embargo, no hay duda que el combate hubiera tenido lugar si Antíloco hubiera rechazado o bien el juramento o entregar la yegua a Menélaos.¹³⁶ No hay ningún indicio [en la disputa de Menélaos] de lo que reconocemos como el rasgo más característico en la escena del escudo, es decir, la existencia de una autoridad superior a las partes que interferiría y prevendría el estallido de un combate abierto, forzando a las partes a someter el caso a la decisión de un hombre imparcial, a un grupo de hombres o a otro medio pacífico de composición. Cuando Menélaos le pide a los líderes de los argivos a decidir, no lo hace porque los considere un cuerpo superior investido con la facultad (*power*) de resolver controversias que puedan surgir entre ellos. Esto está más claramente mostrado por el hecho de que Menélaos de repente cambia de actitud y decide establecer el δικάξειν por sí mismo. La gente, por su parte, se mantiene completamente inactiva; nadie, ni siquiera Agamenón, trata de participar y quitar el asunto de las manos de los contendientes. La autoridad de Agamenón sobre los hombres obviamente está estrictamente limitada al mando militar. La escena grabada en el escudo es un proceso jurisdiccional; los eventos narrados en el libro XXIII de la *Iliada*, no lo son.

¹³⁶ Esto es muy análogo a la escena en que las Erynias continúan persiguiendo a Orestes después de que ha rehusado prestar juramento cuando las Erynias se lo pidieron. (*Vid.*, Esquilo, *Eumenides*, verso: 432). Ahí también el juramento es parte de la autotutela.