

§. 534 ; luego lo que se debia al difunto, ó por derecho en la cosa, ó por derecho á la cosa, tambien se debe al heredero. Mas se esceptúan las acciones dirigidas solamente á la venganza, por ejemplo, lo accion de injurias, y otras referidas en el §. 4373, porque á la verdad no pedimos por ellas lo que nos falta de nuestro patrimonio, y por tanto tampoco interesan á los herederos. Se esceptúan las acciones populares, L. 5. §. 5. *De his qui effud.*, porque cuando obra cualquiera del pueblo, ninguno tiene derecho propio de obrar que pueda trasmitir á los herederos. Regla segunda : *todas las acciones persecutorias de la cosa, aunque nazcan de delito, se dan contra los herederos.* Duirsema en las *Conj. Jur. lib. I. c. 7. p. 440 y sig.* niega lo último, á saber, que las acciones persecutorias de la cosa, nacidas de delito, se den contra los herederos. Pero falsamente ; (a) pues ¿qué cosa mas cierta que el concederse contra los herederos la condicion furtiva, y la accion de las cosas robadas? Niega Duirsema que nazcan de delito; pero esto es cerrar los ojos á la evidencia, como lo haria el que negase que dos veces dos son cuatro. (b) Manifiestamente se opone al Sr. Duirsema el §. 9. *Inst. De leg. aquil.* en que dice el Emperador que la accion de la lei aquilia debe darse contra los herederos, si fuese meramente persecutoria de la cosa; mas por dirigirse despues á la pena, con razon no se concede á los herederos. Semejante dificultad no pudo soltarla este esclarecido autor. Regla tercera : *las acciones penales, ya provengan de delito, ya de contrato, (p. e. del depósito miserable) se dan á los herederos: mas no contra los herederos, á no ser que hayan sido contestadas por el difunto.* Fúndase la regla en que las penas son personales, y deben obligar á los autores del delito, y no á los herederos inocentes, L. 26. *ff. De pæn.*; y la razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito es una especie de novacion ; y por tanto, si el difunto li

contestado el pleito, paga el heredero la multa, no por delito, sino por cuasi contrato, §. 4049. Luego, contestando el pleito, siempre pasan las acciones penales á los herederos, L. 58. *ff. De obl. et act.*

## TÍTULO XIII.

## DE LAS ESCEPCIONES.

19  
§. MCCLXXXVI y MCCLXXXVII. Hemos concluido la materia de las acciones. Mas así como el actor entabla su accion, así es propio del reo defenderse contra lo que intenta el actor ; y esta defensa se hace, ó negando, por ejemplo : *digo que me debes ciento. Niego que debo cien o ;* ó confesando la causa de pedir, aunque eludiéndola con alguna escepcion ; por ejemplo : *digo que me debes ciento. — Lo confieso ; pero opongo la escepcion del senadoconsult. macedoniano, porque era hijo de familia.* De estas escepciones tratamos ahora, considerando 1º qué es escepcion, §. 4277 ; 2º de cuántas maneras, §. 4278-1280 ; y 3º cómo deben oponerse en juicio, §. 4281. y sig.

1º *Escepcion es la exclusion que atendida la equidad, se hace de la accion que compete por derecho estricto, pr. Inst. h. t.* Segun esto digo que hai escepcion, cuando la accion vale ciertamente por derecho estricto y debe tener efecto ; pero no obstante la equidad la rescinde. Así dijimos arriba, que la voluntad forzada era tambien voluntad por derecho estricto ; mas la equidad manda que se invalide la escepcion *por causa de miedo (quod metus causá)*. Así tambien observamos que por derecho estricto se obliga el hijo de familias en todo contrato, y por tanto en el mutuo ; mas no obstante por la equidad, por favorecer á los pa-

dres, se elude esta obligacion del mutuo, concediendo la escepcion del *senadoconsulto macedoniano*. Propiamente pues no son escepciones las que quitan la obligacion *ipso jure*, por ejemplo, la paga ó la compensacion. Pero los pragmáticos toman latamente la palabra escepcion, y llaman *escepciones de derecho* aquellas alegaciones por las que se escluye la accion, atendida la equidad; y denominan *escepciones de hecho* aquellas por las que *ipso jure* se destruye la accion.

§. MCCLXXXVIII — MCCLXXX. II.º Siguen ahora varias divisiones de las escepciones. 1ª Unas son *civiles*, que nacen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes, por ejemplo, la escepcion *del dinero no contado, del senadoconsulto macedoniano, veleyano*. Otras *pretorias*, que dimanar del edicto del pretor, por ejemplo, las escepciones *por causa de miedo, de dolo malo, de pacto, de juramento*; pero no diferenciándose estas acciones en el efecto, no es de grande importancia esta division; pues aunque las acciones civiles son perpetuas, y algunas pretorias temporales, no se observa esta diferencia en las escepciones, porque si está en mi potestad obrar cuando quiera, no así oponer la escepcion. Por tanto todas las escepciones son perpetuas, escepto la escepcion *del dinero no contado*, la cual espira á los dos años, §. 844. 2, aunque civil, §. ún. *Instit. De litt. obl.* 2ª Las escepciones son *perpetuas ó perentorias, y dilatorias ó temporales*. Las perpetuas ó perentorias destruyen la accion é intencion del actor, y la eluden para siempre; por ejemplo, si al acreedor se opone la escepcion *del senadoconsulto macedoniano, por causa de miedo, de dolo malo*, se escluirá su accion para siempre, y por tanto estas acciones son perentorias. Dilatorias ó temporales se llaman las que solamente difieren las acciones hasta cierto tiempo, y suspenden su efecto, y no as que las escluyen para siempre; por ejemplo, si opongo

á mi actor la escepcion de *no haber prestado caucion*, se suspende á la verdad el efecto de la accion hasta que se haya prestado la caucion, mas no por eso se destruye; luego esta escepcion es dilatoria. Es mui recomendable el tratado de Q. Septimio Rivino, titulado: *Specimen exceptionum forensium*. 3ª Ciertas escepciones son reales, como las que aprovechan á los herederos y sucesores; y la mayor parte son de esta clase; pero hai otras pocas personales, que estriban en privilegio personal, y por consiguiente espiran con la persona; por ejemplo, la escepcion *del beneficio de competencia*, pues este solamente se concede á ciertas personas, como vimos en el §. 4199 y sig.

§. MCCLXXXI y MCCLXXXII. III.º Resta decir cuándo han de oponerse las escepciones en el juicio (1). Lo que se comprende en dos reglas: 1ª *las escepciones dilatorias deben oponerse ántes de la contestacion del pleito, L. pen. L. últ. C. De exc.* Esceptúanse (a) las escepciones que cambien lo anulado en el juicio, por ejemplo, la legitimacion de la persona del procurador. (b) Las que nacen de algun hecho posterior, por ejemplo, la escepcion de caucion despues que el actor vendió sus bienes raíces. Estas se oponen en cualquiera estado del juicio, *L. 44. ff. h. t.* (c) Las escepciones privilegiadas, del juez incompetente, del beneficio de competencia, de cesion de acciones; las cuales se oponen aún en la ejecucion, *L. últ. C. Si à non comp. jud. L. 44. ff. De judic. L. 44. §. 1. ff.*

(1) Por derecho real de España las escepciones dilatorias se deben proponer y probar dentro de nueve dias, contados desde el en que debia contestarse á la demanda, á no ser que fueren tan notorias que no hubiese necesidad de prueba. Las perentorias dentro de veinte dias contaderos desde la contestacion de la demanda, y se puede prorogar este término siempre que el reo jure no las supo ántes, y que no procede de malicia objetarlas ahora, *L. 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Recop. y Azev. en dicha ley, not. 3.*

*De fidejus.* 2ª Regla: las excepciones perentorias pueden oponerse en los juicios de buena fe en cualquier estado del juicio; en las acciones de derecho estricto han de alegarse antes de la contestacion del pleito y probarse despues, L. 8. C. h. t. L. 9. ff. De *præscript. long. temp.* Pero en el dia todas indistintamente se han de alegar al tiempo de la contestacion del pleito y probarse despues, á no ser (a) las que impiden la entrada en el pleito, cuales son las que pueden probarse incontinenti: (b) las privilegiadas como la excepcion del senadoconsulto macedoniano y veleyano, de las cuales estas pueden oponerse tambien antes de la contestacion, y aquellas en la misma ejecucion, L. 11. ff. *Ad SC. vellei.*

## TÍTULO XIV.

## DE LAS RÉPLICAS.

§. MCCLXXXIII — MCCLXXXV. Así como el reo elude la intencion del actor con la excepcion, §. 1276, así el actor procura con la *réplica* escluir la excepcion del reo, que este se esfuerza á refutar de nuevo con la *contraréplica*. Por tanto, *réplica* es la nueva alegacion del actor, por la que elude la excepcion del reo; *contraréplica* es la nueva alegacion del reo por la que intenta escluir la *réplica* del actor; por ejemplo, la accion es: *tu me debes ciento por mutuo*: excepcion del reo: *era hijo de familias, y por tanto se te opone la excepcion del senadoconsulto macedoniano*. Réplica del actor: *mas tú contrajiste por orden de tu padre*. Contraréplica del reo: *niego que lo ordenase mi padre*. Aquí vemos claramente cómo la primera alegacion se elude siempre y debilita por la posterior. Á vezes se conceden á los litigantes muchas alegaciones, á saber,

*tercera contestacion, cuarta, quinta, sexta*; pero cuantas mas se conceden, mas defectuosos son los juicios: ¿qué necesidad hai de repetir lo que ya se ha dicho? Por lo demas han de observarse estas reglas: (a) escepcionando el reo, se hace actor; luego debe probar la excepcion, exhibir los instrumentos etc.: (b) al reo compete la última alegacion, pues se defiende, y por tanto su causa es mas favorecida.

## TÍTULO XV.

## DE LOS INTERDICTOS.

§. MCCLXXXVI — MCCLXXXIX. En los títulos anteriores hemos explicado todas las acciones reales y personales, excepto los *interdictos*. No naciendo estos propiamente ni de derecho á la cosa, ni de derecho en la cosa, sino de la posesion, reservó su explicacion Justiniano para este lugar. Nosotros examinaremos, (a) la naturaleza y origen de los *interdictos*, §. 1286-1289; (b) las varias divisiones de los mismos, §. 1290-1291; (c) los *interdictos* de obtener la posesion, §. 1292-1298; (d) los *interdictos* de retener la posesion, §. 1299-1302; y (e) el *interdicto* de recobrar la posesion, §. 1306-1308.

I.º En cuanto á la naturaleza y origen de los *interdictos*, dijimos que en ellos especialmente litigamos sobre la posesion; y en verdad no de la posesion *natural*, por la que detiene uno meramente la cosa, cual es la del arrendatario, depositario, comodatario; sino de la *civil*, que es la detencion de la cosa con ánimo de tenerla para sí, cual es la posesion del que la posee por un justo título, como el de compra, donacion, legado, etc., ú otras causas hábiles para trasferir el dominio. ¿Es esta posesion

digna de que litiguen por ella los hombres? porque en verdad á ninguno da un derecho real y perpetuo, sino solo momentáneo, y que dura hasta que se pronuncia la sentencia condenatoria. Sid embargo está admitido el proverbio del Derecho, *beati possidentes* (dichosos los que poseen), y ciertamente es de grande importancia la posesion, pues (a) libra de la puebra, *L. 28. C. De rei vind.* (b) Los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos consumidos, y solo restituyen los existentes, §. 377. (c) Retienen la cosa hasta que por sentencia del juez la recupere otro, §. 4. *Inst. h. t.*; lo que trae grande utilidad en los países en que los pleitos son eternos. (d) Los poseedores se defienden por propia autoridad, si alguno intenta desporjarlos por fuerza de la posesion; y (e) si han sido echados por fuerza, arrojan instantáneamente segunda vez á los intrusos, *L. 1. C. Unde vi, L. 3. §. 9. L. 17 ff. De vi et vi armatá*; estando prohibida en los demas casos toda venganza privada, y no pudiendo ninguno hacerse justicia por sí mismo, *L. 7. C. Unde vi, L. 13. C. Quod metus caus.* Últimatante (f) en igual caso siempre es mejor la condicion del que posee, y en caso de duda ha de sentenciarse á su favor, *L. 125. L. 128. ff. De R. J.* Tantas son las ventajas de los que poseen. Siempre pues que litigaban los hombres sobre la posesion, no permitia el pretor que durase mucho, sino que fuera de órden conocia brevemente de la causa, y con la sencilla fórmula *Como poseéis así poseáis*, decretaba quién debia poseer, interin acababa el juicio petitorio. Por tanto en aquel tiempo los *interdictos* eran unas fórmulas y palabras solemnes, por las que el pretor, en las causas de posesion, mandaba ó prohibia que se hiziese alguna cosa, *pr. Inst. h. t.* Mas en el dia, despues que dejaron de usarse aquellos rodeos de fórmulas, podian definirse los interdictos, diciendo que son *unas acciones extraordinarias, por las que se disputa*

*breve y sumariamente sobre la verdadera posesion, ó quasi posesion, d. pr. y §. ult. Inst. h. t.* Hai ciertas causas de propiedad que se esplican del mismo modo por interdictos, aunque son mui pocas, como cuando hai miedo de armas, ó no sufren dilacion atendida la salud pública; de las cuales se trata en las *ff. lib. XLIII.*

§. MCCXC — MCCXCV. II.º Siguen las varias divisiones de los interdictos, pues 1.º unos son *prohibitorios*, por los que impide el pretor hacer alguna cosa; tales son los interdictos *de que no se haga algo en un lugar sagrado; de que no se haga una cosa en lugar ó camino público*, etc. Otros *restitutorios*, por los que manda el pretor restituir algo; por ejemplo, el interdicto *Donde por la fuerza (Unde vi)*, por el cual manda el pretor que se restituya la posesion á aquel que fué arrojado de ella por fuerza. Otros últimamente son *exhibitorios*, por los que manda el pretor que se exhiba alguna cosa, ó que se produzca públicamente, y se permita ver; por ejemplo, si uno oculta un testamento, dará el pretor el interdicto *de exhibir el testamento*; si uno tiene hijos ajenos, ocultándolos de su padre, concederá á este el interdicto *de manifestar los hijos*. 2.º Unos son interdictos *simples*, otros *dobles*, de los que se trata al fin en el §. 1305. Pero estando ahora hablando de las divisiones de los interdictos, añadiremos esta: *simples*, son aquellos en que solamente puede haber un actor y un reo; por ejemplo, en el interdicto *De donde por la fuerza*, es siempre actor el que ha sido arrojado por la fuerza, y reo el que arrojó. Y *dobles* son aquellos, en que cada uno puede ser actor y reo; tales son los dos interdictos *Como poseéis* y *Utrubi*, pues siendo en estos casos dudosa la posesion, cualquiera podrá provocar el juicio. No obstante se considera actor al que provocó el primero; y si ambos hablaron á un tiempo, al que la suerte designa. 3.º Unos interdictos son *de obtener la posesion*, por los que pedimos

la posesion, que aún no tenemos, otros de *retener la posesion*, por los que tratamos de recuperar la posesion perdida, §. 2. 3. 4. *Inst. h. t.* Esta es la principal division; por lo que trataremos de cada una de sus especies separadamente.

§. MCCXCVI—MCCXCVIII. III.º Tres interdictos especialmente se tan de tener presentes *de obtener la posesion*, de los cuales los dos primeros toman el nombre de las palabras con que empiezan los edictos, y el último del pretor que fué su autor. 1.º El primero es el interdicto *De cuyos bienes (Quorum bonorum)*, que se concede á aquel á quien el pretor dió la posesion de los bienes, ó al heredero pretorio, contra aquel que posee la herencia como heredero ó poseedor, para conseguir la posesion de la herencia, § 3. *Inst. h. t.* Es pues semejante este interdicto á la *peticion de la herencia*; pero sin embargo no es la misma cosa; pues (a) la peticion de la herencia es un juicio petitorio; este interdicto posesorio. (b) Por aquella reclamamos un derecho hereditario; por este la posesion. (c) Por aquella perseguimos las cosas corporales é incorporeales; por este solamente las corporales, *L. 2. ff. Quor. bon.* Tambien tiene mucha analogia con este interdicto el *remedio de la L. últ. C. De invalidar el edicto de divo Adriano*. Mas sin embargo se diferencia de este, pues por el primero consigue la posesion de la herencia aquel á quien el pretor ha dado la posesion de los bienes; por este remedio logra la posesion de la herencia el heredero nombrado en testamento, si manifiesto las tablas sin tener ningun vicio visible. 2.º El otro es el interdicto *Porque de los legados (Quod legatorum)*. El legatario ciertamente es dueño de la especie que se le ha legado, desde el momento en que muere el testador, §. 606. 3. *L. 80. ff. De legat. 2. L. 64. ff. De furt.*; mas no por eso es poseedor desde aquel instante, y ni siquiera puede tomar por su

de retener y de recuperar

propia autoridad la posesion de su legado, sino que debe tomarla del heredero, para no quitarle á este la facultad de cercenar la cuarta falcidia, *L. 1. §. 2. ff. L. ún. C. Quod legat.* Por lo mismo si el legatario invade la posesion de la cosa legada, en primer lugar afianza el heredero que que cumplirá en adelante los legados, y en seguida usa del interdicto, *Porque de los legados*, contra el legatario, para conseguir su posesion hasta que cercene la cuarta falcidia. 3.º El tercero es el interdicto salviano, que se concede al locador del fundo ó predio rústico contra el colonio, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda, §. 5. *Inst. h. t.* Por tanto este interdicto es especial, y solo pertenece al arrendador del predio rústico. Sin embargo, por la interpretacion se han constituido prendas contra los deudores, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda. Cualquiera advertirá que este interdicto es muy semejante á la accion *serviana* y *cuasi serviana*, de la que se ha tratado arriba, § 818, 1138 y sig. Con todo se diferencian, pues (a) las acciones *serviana* y *cuasi serviana* son reales; el interdicto salviano y *cuasi salviano* son personales, *L. 1. §. 3. ff. De interd.* (b) Aquellas se dan contra cualquiera poseedor; este solo contra el deudor. (c) En aquellas ha de probarse que la prenda se halla en los bienes del deudor, *L. 15. §. 1. ff. De pignor. et hypoth.*; en este no se practica semejante prueba.

§. MCCXCIX. — MCCCII. IV.º La otra clase de interdictos es la de *retener la posesion*; los cuales son dos, *Como poseéis* y *Utrubi*. Ambos se conceden á aquel que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, no por fuerza, ni clandestina, ni precariamente (pues estos son los tres vicios de la posesion) contra el que le turba, 1.º para que desista de turbarle, 2.º para que preste caucion de no turbarle mas, y 3.º para que satisfaga juntamente

al actor la estimacion de los daños. Siendo pues uno y otro de la misma naturaleza, se pregunta solo, ¿en qué se diferencian? Resp. En que el interdicto *Como poseéis* se da en las cosas raíces, y el interdicto *Utrubi* en las cosas muebles, *L. 4. §. 8.9. ff. Uti poss. L. ún. §. 5. ff. Utrubi, §. 4. Inst. h. t.*

§. MCCCIII — MCCCIV. V.º No hai mas interdicto de *recuperar la posesion* (1) que el de *De donde por la fuerza* (*Unde vi*), el cual se concede al arrojado por fuerza de la posesion, contra el que le echó de ella, para que se le restituya la posesion con los frutos y la indemnizacion de sus perjuicios, §. 6. *Inst. h. t.*

Sin embargo desde que el Derecho canónico introdujo en el famoso cánón *Redintegranda* 5. *caus. 3. qu. 1. et cap. 48. X. De restitut. spoliat.*, el remedio ó la accion de *despojo*, está mas admitida esta en la mayor parte de los países que el interdicto *De donde por la fuerza*. Esta accion canónica es mas pingüe que el interdicto *De donde por la fuerza*, 1º en que el interdicto solo se concede en la cosa raíz; y la accion de despojo en la cosa mueble y raíz, y aún en los derechos. 2º En que el interdicto es

(1) En España al que posee un año y un día con justo título y buena fe, sabiéndolo el mismo que pide la cosa, no se le puede inquietar en su posesion, *L. 3. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.*; la cual, si bien parece hablar de aquellos lugares en que está establecida por fuero municipal, no obstante es general para todas partes. Tenemos un interdicto especial, llamado de *interin* ó de *posesion sumarísima*, como la denominan nuestros autores, semejante á los interdictos de retener, de los que casi no se distingue, pues en él solo se atiende á quien ejerce la posesion ántes de la contestacion del pleito; y despues de recibirse una sumaria informacion sobre él, pronuncia el juez sentencia interlocutoria sin que esta pueda perjudicar á los derechos de la propiedad y posesion verdadera, pues se concibe en estos términos: «*entretanto que este pleito se ve y determina definitivamente, sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y propiedad.*»

personal, y por tanto solo se concede contra el que arrojó; y la accion de despojo es real, y compete contra cualquiera poseedor. Por lo que admitimos arriba (§. 334 al fin) que la posesion por Derecho canónico en algun modo participaba de la naturaleza de derecho en la cosa. 3º En el interdicto *De donde por la fuerza* no se escluyen todas las escepciones, y en el despojo cesan todas. De aquí se ha formado la regla: *ante todas cosas debe restituirse al despojado su derecho.*

§. MCCCVI — MCCCVIII. [Las leyes españolas que tratan de esta materia y concuerdan en la mayor parte con lo dispuesto por las romanas, son las 1. y 3. *tit. 32. Part. 3.*, las 9 y 10. *tit. 10. Part. 7.* y las 2 y 3. *tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.*]

## TÍTULO XVI.

### DE LA PENA DE LOS LITIGANTES TEMERARIOS.

§. MCCCIX. Este título y el que sigue pertenecen á los juicios, y en el presente se trata de la pena de los que litigan sin razon. Mas ha de tenerse cuidado de no entender aquí por pena el daño ó castigo que impone el superior por las malas acciones, sino que la pena es aquí un medio de reprimir, como se ve por el juramento de calumnia, que se cuenta entre las penas de los litigantes temerarios, no obstante que por él mas bien se impide y reprime la temeridad de los litigantes para lo sucesivo, que se castiga la calumnia pasada. Tales modos de reprimir la temeridad de los litigantes son tres: el juramento de calumnia, §. 1310-1313.; la pena pecuniaria, §. 1314.; y la infamia, §. 1315.

§. MCCCX — MCCCXIII. I.º El primer modo de reprimi-

mir la temeridad de los litigantes es el *juramento de calumnia*, por el cual las partes y sus abogados juran en juicio que no harán nada calumniosamente y con malicia. Es de dos maneras: *general* y *especial*, que también se llama *de malicia*. *General* es el que se presta por el actor, reo y abogados en todas las causas al principiarse el juicio. Las fórmulas son varias; pero todas se dirigen á prometer que no obrarán calumniosa y dolosamente, ni dilatarán el pleito, etc. *Especial* es el que se presta, siempre que nace en el pleito sospecha de malicia ó dolo, ó siempre que se exige por el contrario, cuando hai rezelo de que puede ser exigido calumniosamente; por ejemplo, si uno pide juramento á otro, el que lo pide está obligado á jurar ántes; si uno exige la presentacion de instrumentos, presenta posiciones, etc., debe jurar ántes que no lo hace con dolo malo, ni con ánimo de vejar ni calumniar. Por lo demas, suponiendo este juramento que otro es sospechoso de dolo y de calumnia, no puede pedirse á aquellos á quienes debemos reverencia, como á los padres, patrones y señores del feudo, *L. 16. ff. De jurejur. L. 34. §. 4. ff. eod. 2. Feud. 33. §. 4.* No hai lugar á este juramento en las causas criminales, pues el reo de pena capital ó de corporal afflictiva, fácilmente prestaria este juramento, aún cuando fuese muy sospechoso de perjurio. Y ¿quién creará que aquel á quien amenaza el suplicio, no obra calumniosamente para evitar la pena, aunque preste el juramento de calumnia? Todos los medios tienen estos hombres, y acostumbran, *flectere si nequeant Superos, Acheronta movere.*

§. MCCCXIV. II.º El otro modo de reprimir la temeridad de los litigantes es la *pena pecuniaria*, que en nuestro Derecho es de tres maneras. 4º En algunas causas se aumenta el derecho del demandante por la negativa del demandado, como en la accion de la lei aquilia, §. 1093.,

en los legados dejados á lugares santos, §. 1173-1177., y en la accion de *daños causados por animales*, §. 1237. al fin. 2º El vencido tiene que pagar al vencedor las costas, á no ser que tuviese probabilidad en el litigio, ó fuese dudoso el derecho de los litigantes, §. 1. *Inst. h. t. L. 79. ff. De judic.* 3º El que citaba á juicio, sin la vènia del pretor, á quien no era permitido citar, era multado en 50 áureos, *L. 1. §. 2. ff. De in jus voc.* Solo la segunda de estas penas está recibida todavía en la práctica, habiéndose casi desusado las otras.

§. MCCCXV. III.º El tercer modo de refrenar el prurito temerario de litigar (1) es la *infamia*, que se origina siempre que es condenado alguno, 4º por verdadero delito, escepto por la lei aquilia, porque por esta accion es castigada muchas veces aún la culpa mas leve, §. 1081.; 2º por los cuatro contratos infamantes, tutela, depósito, sociedad y mandato, §. 1. 2. *Inst. h. t. L. 1. ff. De his qui not. infam.* En el §. 783. dimos oportunamente la razon de por qué los demas contratos no producen infamia.

## TÍTULO XVII.

## DEL OFICIO DEL JUEZ.

§. MCCCXVI — MCCCXXIX. Hasta aqui hemos tratado de los oficios del actor, procuradores y reo: resta examinar el cargo del juez. Hai pues que tratar aquí de dos puntos principales: (a) qué diferencia hai entre magistrado y juez, §. 1317-1329.: (b) cuál es el oficio del juez, §. 1330-1333.

(1) En España se condena en las costas al litigante temerario, cuando su contrario lo pide; y en las causas criminales impone la lei al calumniador la pena correspondiente al delito de que acusó, aunque por su severidad no está en práctica.

1º En cuanto á la primera parte se ha de considerar distintamente, 1º qué es magistrado y juez, §. 1317.; 2º qué es y de cuántas maneras la jurisdicción, §. 1318-1326.; y 3º si en el dia son diversos los cargos de magistrado y juez, §. 1327-1329.

4. Muchas diferencias habia por Derecho romano entre el magistrado y el juez. El *magistrado* era persona pública constituida por votacion del pueblo, que ejercia jurisdicción. El *juez* al contrario era persona privada, como un jurisconsulto, á quien el magistrado encargaba el conocimiento del hecho, y le prescribia la fórmula, segun la cual habia de darse la sentencia. Por tanto aquel administraba justicia en virtud de su autoridad y jurisdicción; este conocia de la causa por orden del pretor: aquel conocia sobre el hecho, este sobre el derecho: aquel administraba justicia en el tribunal, este en los escaños, por lo que se llama *pedáneo*. Lo que se obraba ante aquel, se decia que se hacia *en el tribunal (in jure)*; lo que ante este *en juicio (in iudicio)*. Pero de este uso ya hicimos muchas observaciones en el §. 1181 y sig.

2. Constituyendo pues la jurisdicción la principal diferencia entre el magistrado y el juez, se pregunta, ¿en qué consiste aquella, y de cuántas maneras es? *Jurisdicción* es el conocimiento que compete por derecho de magistratura. Así la define perfectamente Cujacio, *Paratit. Dig. tit. De jurisd.* Y en esto mismo se diferencia del conocimiento del juez, que lo tomaba, no por derecho de magistratura, sino en virtud del derecho que le conferia el pretor. Diferente de esta jurisdicción es el *imperio*, el cual es una especie de fuerza armada. Donde quiera pues que interviene no conocimiento solo, sino fuerza y coacción, no es jurisdicción sino imperio; por ejemplo, si se hace ejecución, si se castiga á alguno con cárcel, palos ó suplicio. Este imperio es ó mero ó misto. El *mero* consiste

en el derecho de la espada, ó de castigar á los facinerosos, el cual es llamado por los pragmáticos modernos *jurisdicción criminal ó alta*; y *misto* es la fuerza y facultad de obligar y constreñir; la cual tienen aquellos á quienes compete la *jurisdicción civil*, para que puedan ejecutar sus sentencias, tomar prendas, multar y aún prender á las personas. En esto se diferencian la jurisdicción y el imperio, aunque Nooít, *Tract. de jurisdict., L. 4. c. 1. y sig.* y el ilustre Westenbergio, *Pand. tit. De jurisd.*, juzguen que ambas palabras tienen una misma significación. Volvemos á la jurisdicción, que se divide de varios modos: una es (a) *voluntaria*, y otra *contenciosa*. Aquella es la que se ejerce entre los que lo quieren y consienten; mas claramente, en que ninguno defiende, ni hai que citar á la parte contraria. Tal jurisdicción voluntaria tiene lugar en la adopción, manumisión, emancipación, presentación del testamento, etc. La segunda es al contrario la que no puede ejercerse sin citar y oír la otra parte; por ejemplo, si se entabla la acción en el foro, si se oyen los testigos, si se da la sentencia. Estas dos especies se diferencian mucho, pues 1º los actos de jurisdicción contenciosa requieren juez competente; los de voluntaria pueden tratarse ante cualquiera, y aún por el juez en causa propia. 2º Aquellos se despachan en el tribunal; para estos puede estar el pretor en el baño, §. 2. *Inst. De libertin.* 3º Aquellos se habian de despachar en los dias de audiencia, estos tambien en los feriados. (b) La jurisdicción es *ordinaria ó extraordinaria*. Aquella compete á cualquier magistrado en virtud de su jurisdicción; esta se concede á algunos fuera de orden por lei especial; por ejemplo, los que tienen jurisdicción, tienen tambien derecho de citar, de dar sentencia y de ejecutarla; por tanto estas son de jurisdicción ordinaria. Mas no tenían en el Imperio romano el derecho de nombramiento de tutor, sino aque-



llos á quienes se habia concedido esta facultad por una lei especial, ó senadoconsulto, ó constitucion del príncipe; por tanto el nombramiento de tutor es un acto de jurisdiccion extraordinaria. Estas especies se diferencian en el efecto, de modo que la jurisdiccion ordinaria puede delegarse á otro; no así la extraordinaria, *L. 1. pr. ff. De off. ejus cui mand. jurisd.* (c) La jurisdiccion es ó *propia*, ó *encargada*, ó *prorogada*. *Propia* es la que compete por la naturaleza de la magistratura: *encargada* la que el magistrado encarga á otro, mandándole que la desempeñe á su nombre; como si un magnate, revestido de jurisdiccion, por su impericia en el Derecho, traspasa la jurisdiccion á un jurisperito, el cual entónces se llama en Alemania *justiciarius*. *Prorogada* es cuando alguno litiga ante un juez incompetente, ó porque se somete á su jurisdiccion de propia voluntad, ó porque es reconvenido ante el juez, á cuya presencia citó á otro. Estas son las principales especies de jurisdiccion segun la jurisprudencia romana.

3. Por lo demas la esperiencia nos dice que no se distingue entre nosotros el magistrado del juez: el que es magistrado es tambien juez. Ni suelen entre nosotros los magistrados nombrar jueces pedáneos, sino que ellos mismos conocen del derecho y del hecho. Ya en tiempo de Justiniano parece se hallaba en desuso esta diferencia, pues dice el §. *últ. Inst. De interdic.*: en el dia todos los juicios son *extraordinarios*. Y juicios *extraordinarios* eran aquellos en que el mismo magistrado administraba justicia. Sin embargo de aquel antiguo rito quedó la distincion entre el cargo *noble* y el *mercenario*, del juez. Llamamos oficio noble, siempre que el juez puede decretar algo sin habersele pedido; por ejemplo, si puede mandar que se abonen las costas del pleito. Y oficio *mercenario* es, cuando no puede decretar sino lo que se le pida: así, por ejemplo,

no decreta el juez la citacion sin que se la demanden.

§. MCCCXXX — MCCCXXXIII. II.º Sigue la otra parte del título: cuál es el oficio del juez? Resp. 1º Juzgar recatadamente conforme á las leyes y constituciones: así Justiniano, *pr. Inst. h. t.* Pero en el dia ha de invertirse el orden, pues lo primero de todo debe procurar el juez juzgar con arreglo á las *costumbres* de cada pueblo, porque ya vimos arriba, §. 72. 3, que derogan la misma lei. Donde no hai *costumbres* particulares, debe juzgar segun las *constituciones*, ó en las repúblicas libres, segun los *estatutos*, pues estos tienen mas autoridad que el Derecho romano, el cual solamente está recibido *como auxiliar*, caso de no haber lei ó *costumbre* nacional, §. 17. Últimamente, cuando no hai *estatutos*, ó al ménos si los *estatutos* no deciden el caso, se ha de juzgar conforme á las leyes, esto es, con arreglo al Derecho *comun* romano, ó solo, ó juntamente con el Derecho canónico, segun lo han establecido las diversas legislaciones de cada país. 2º Ha de observar las leyes y el orden de proceder admitido en cada provincia; pues cuanto obre fuera de la legalidad, será nulo *ipso iure*; por ejemplo, si uno da sentencia sin oír á una de las partes. 3º Ha de ejecutar la sentencia, si adquiere la autoridad de cosa juzgada. No obstante guardan nuestras leyes la discrecion de conceder al reo que ha sido condenado en alguna cantidad, un pequeño plazo ó respiro, dentro del cual pueda juntar el dinero, con tal que afianze que pagará. §. 2. *Inst. h. t.*, pues no siempre tienen pronto el dinero ni aún los ricos. Y de aquí es que suelen decir los pragmáticos: *ninguno está obligado á presentarse en juicio con el bolsillo ó talego de dinero*. Mas si uno ha sido condenado á la restitucion de la especie, por ejemplo, de una casa ó fundo, se ha de entregar al punto, pues esta puede restituirla el poseedor en cualquier momento, y no es necesario concederle plazo, *L. 9. ff.*

*De rei vindic.* Resta la cuestion de si pasará al instante á mi dominio lo que por sentencia ó autoridad de cosa juzgada me ha adjudicado el juez, ántes de que se me entregue : lo cual negamos. Pues (a) la sentencia no da dominio, sino que lo declara, *L. 8. §. 4. ff. Si serv. vind.* (b) La accion de cosa juzgada no es real, sino personal, y deberia ser real, si consiguiésemos el dominio por la misma sentencia, porque no usamos de condiciones para reclamar nuestras cosas, sino que las vindicamos, §. 429. (c) Se esceptúan sin embargo los tres juicios divisorios, *de señalar los límites, dividir las cosas comunes y partir la herencia*, en los que conseguimos al momento, sin la tradicion, el dominio de cuanto se nos adjudica (§. 329) §. *últ. Inst. h. t.*

## TÍTULO XVIII.

## DE LOS JUICIOS PÚBLICOS.

§. MCCCXXXIV — MCCCXXXIX. Tambien se ha terminado ya la tercera parte de las Instituciones, á saber, la de las acciones, pues este último título no pertenece al derecho privado, de que se ha tratado hasta aquí, sino al público, puesto que habla de los juicios públicos ó criminales, y por tanto puede considerarse este título como un apéndice de las Instituciones.

Dijimos arriba que los delitos son ó *privados* ó *públicos*. Son aquellos los que atacan directamente á los particulares, y por tanto sufren tambien solamente la persecucion privada : estos al contrario turban la seguridad pública, y de aqui es que se vengán con público castigo, §. 4035. De donde se colige claramente por qué se llaman *públicos* aquellos juicios criminales que se entablan para castigar

á los facinerosos ; los cuales se diferencian en muchas cosas de los juicios privados. 1º En los juicios privados hai actor ; en los públicos acusador. 2º Aquellos los mueve la persona á quien le interesa especialmente, á no ser la accion popular ; en estos acusa el que es hábil (y por tanto no la mujer, ni el infame, escepto en el crimen de lesa majestad), ó tambien la misma sociedad persigue los crímenes públicos por medio de un procurador ó abogado fiscal. 3º En aquellos solo afianza el actor que abonará las costas al reo vencedor, si es convencido de haber litigado temerariamente, §. 1314. 2 ; en estos debe señalar el crimen, obligándose con la pena del talion, si no lo prueba, *L. 7. pr. L. últ. C. De accus. et inscr.* 4º En aquellos se trata de la satisfaccion privada ; en estos pide el acusador el castigo ó vindicta pública, ya sea ó no de pena capital. Llamamos penas *capitales* las que quitan la vida *civil*, pues tambien se llama *caput* el estado de libertad y ciudad, (§. 223) ó la *natural*, por ejemplo, la condenacion á horca, á las llamas, ó á la decapitacion, condenacion á las minas, deportacion á alguna isla ó destierro, *L. 28. pr. §. 11. L. 8. §. 1. y sig. ff. De pœnis*. Penas no *capitales* son para nosotros las que no quitan la vida civil, ni la libertad, ni los derechos de ciudad, cuales son los palos, azotes, condenacion á obras públicas, relegacion, infamia, privacion de dignidad, *L. 6. §. últ. L. 8. pr. L. 28. ff. De pœnis*, pues los que la sufren, ni son privados de la vida, ni de la libertad, ni de los derechos de ciudad. Esto en cuanto á la diferencia de los juicios públicos y privados : hai ahora que advertir que los crímenes públicos son ó *públicos* por escelencia, ó *extraordinarios* : llamamos públicos aquellos sobre los que existen leyes particulares, por las que está señalada cierta, ordinaria y legítima pena. Extraordinarios son aquellos hechos de pésimo ajemplo y dignos de castigo, sobre los