

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 4. y 3. tit. 32. Part. 3. las 9 y 10. tit. 40. 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. 1.º El primer modo de reprimir la temeridad de los litigantes es el *juramento de calumnia*, por el cual las partes y sus abogados ju-

ran en juicio que no harán nada calumniosamente y con malicia. Es de dos maneras : *general* y *especial*, que tambien 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, patronos y señores del feudo, *L. 46. 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 aflictiva, fácilmente prestaria este juramento, aún cuando fuese mui sospechoso de perjurio. Y ¿quién creerá que aquel á quien amenaza el suplicio, no obra calumniosamente para evitar la pena, aunque preste el juramento de calumnia? Todos los medios tientan estos hombres, y acostumbran, *flexere si nequeant Superos, Acheronta movere.*

§. MCCCXIV. II.º El otro modo de reprimir la teme-

ridad de los litigantes es la *pena pecuniaria*, que en nuestro Derecho es de tres maneras. 1º 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, 1º por verdadero delito, escepto por la lei aquilia, porque por esta accion es castigada muchas vezes 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.

(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.

TÍTULO XVII.

DEL OFICIO DEL JUEZ.

§. MCCCXVI — MCCCXXIX. Hasta aquí 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.

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 jurisdiccion, §. 1318-1326.; y 3º si en el dia son diversos los cargos de magistrado y juez, §. 1327-1329.

1. Muchas diferencias habia por Derecho romano entre el magistrado y el juez. El *magistrado* era persona pública constituída por votacion del pueblo, que ejercia jurisdiccion. 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 jurisdiccion; este conocia de la causa por órden 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 judicio)*. Pero de este uso ya hicimos muchas observaciones en el §. 4181 y sig.

2. Constituyendo pues la jurisdiccion la principal diferencia entre el magistrado y el juez, se pregunta, ¿en qué consiste aquella, y de cuántas maneras es? *Jurisdiccion* es el conocimiento que compete por derecho de magistratura. Así la define perfectamente Cujacio, *Paratitl. 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 jurisdiccion es el *imperio*, el cual es una especie de fuerza armada. Donde quiera pues que interviene no conocimiento solo, sino fuerza y coaccion, no es jurisdiccion sino imperio; por ejemplo, si se hace ejecucion, 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 *jurisdiccion criminal ó alta*; y *misto* es la fuerza y facultad de obligar y constreñir; la cual tienen aquellos á quienes compete la *jurisdiccion civil*, para que puedan ejecutar sus sentencias, tomar prendas, multar y aún prender á las personas. En esto se diferencian la jurisdiccion y el imperio, aunque Noodt, *Tract. de jurisdic.*, L. 4. c. 1. y sig. y el ilustre Westenbergio, *Pand. tit. De jurisd.*, juzguen que ambas palabras tienen una misma

significacion. Volvemos á la jurisdiccion, 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 jurisdiccion voluntaria tiene lugar en la adopcion, manumision, emancipacion, presentacion 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 accion en el foro, si se oyen los testigos, si se da la sentencia. Estas dos especies se diferencian mucho, pues 1º los actos de jurisdiccion 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 jurisdiccion es *ordinaria ó extraordinaria*. Aquella compete á cualquier magistrado en virtud de su jurisdiccion; esta se concede á algunos fuera de órden por lei especial; por ejemplo, los que tienen jurisdiccion, tienen tambien derecho de citar, de dar sentencia y de ejecutarla; por tanto estas son de jurisdiccion ordinaria. Mas no tenian en el Imperio romano el derecho de nombramiento de tutor, sino aquellos 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 interdict.*: 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 habérsele 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. IIº Sigue la otra parte del título: cuál es el oficio del juez? Resp. 1º Juzgar rectamente 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 jure*; 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 peque-

ño plazo ó respiro, dentro del cual pueda juntar el dinero, con tal que aſianze 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 debería 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 aquí es que se vengan 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, §. 4314. 2; en estos debe señalar el crimen, obligándose con la pena del talion, si no lo prueba, *L. 7. pr. L. ult. 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. §. 4 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. §. ult. 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 escelerencia, ó *extraordinarios*: llamamos públicos aquellos sobre los que existen leyes particulares, por las que está señalada cierta, ordinaria y legitima pena. Extraordinarios son aquellos hechos de pésimo ejemplo y dignos de castigo, sobre los que no existe sin embargo lei particular, ni señalada por ella pena ordinaria; por lo que se castigan estos crímenes

extraordinariamente, atendidas las circunstancias. Por ejemplo, acerca de los adulterios existe una lei particular *de los adulterios*: luego el adulterio es un crimen público. Mas si uno rompiese los diques del Nilo, aunque seria esta maldad de fatal ejemplo, como no existe ninguna lei particular, seria castigado extraordinariamente. De los *crímenes extraordinarios* se trata en la última parte de la *L. 47. ff.* Ahora hablaremos brevemente de los *públicos propiamente dichos*. Tales son doce, sobre los que hai otras tantas leyes: 1º la lei julia de lesa majestad, §. 4340-4345; 2º la lei julia de adulterios, §. 4346-4355; 3º la lei cornelia de los asesinos, envenenadores y hechizeros, §. 4356-4358; 4º la lei pompeya de los parricidas, §. 4359-4361; 5º la lei cornelia de los falsarios, §. 4362 y 4363; 6º la lei julia de la fuerza pública y privada, §. 4364 y 4365; 7º la lei julia del peculado, §. 4366 y 4367; 8º la lei fabia de los plagiarios, §. 4368; 9º la lei julia del soborno (*repetundarum*); 10º la lei julia de los que compran con dinero los cargos públicos (*de ambitu*); 11º la lei julia de la carestia de víveres (*de annoná*); y 12º la lei julia de los que roban el tesoro público administrándolo (*de residuis*), §. 4369 y 4370.

§. MCCCXL—MCCCXLV. 1. La lei julia de lesa majestad tan severa en sí misma, de tal modo la llenaron de saña Arcadio y Honorio en la *L. Quisquis C. Ad L. jul. maj.*, y es ya tan horrorosa, que mas bien parece escrita con sangre que con tinta. La lei julia, dada por Julio César, castiga todo hecho cometido directamente

contra la seguridad de la república, ó contra la majestad del sumo imperante, *L. 4. §. 1. ff. Ad L. juliam majest.* Es este crimen de dos maneras: *de estado (perduellionis)* y *de lesa majestad en especie (majestatis in specie)*. Dicese delito *de estado* el que se comete con ánimo hostil contra la república ó sus primeros ministros, *L. 5. pr. C. eod.*; y lo perpetran todos los que maquinan contra la república, matan al príncipe, ponen asechanzas á su vida y dignidad, ó se abrogan los derechos de la majestad etc. Hai un largo catálogo de semejantes maldades en la *L. 4. ff. eod.* Llámase reos *de lesa majestad* los que no obran hostilmente contra la república, pero ofenden al sumo imperante de palabra ó hecho; por ejemplo, los que profieren palabras injuriosas al príncipe. El primer crimen es mas horrible, y se castiga con mas severidad que todos los demas, pues 1º al reo de estado se impone el último suplicio, y segun el uso moderno en Alemania se le divide en cuatro partes; en Inglaterra se le pone en la argolla, y sacándole de ella vivo, estraídos el corazon y los intestinos, se le divide en cuatro partes. En Francia es descuartizado por cuatro caballos. 2º Se condena despues de la muerte la memoria del que sufrió el suplicio, §. 3. *Inst. h. t.* De aquí es que en muchos pueblos está admitido que se derribe la casa del condenado, y se erija en el solar una coluna, en que se inscriba para su oprobio la maldad cometida por su poseedor. 3º Todos sus bienes se confiscan, *L. últ. ff. L. 5. C. eod.*, á pesar de haber cesado la confiscacion en

los demas delitos, desde que Justiniano abolió la servidumbre de la pena, §. 83*. 4º Tambien son infames los descendientes; y los varones, por ser sospechosos de venganza, están escludidos de la herencia de sus abuelos padres y estraños, y aún de toda esperanza de alguna dignidad; mas á las hijas se les deja la herencia legitima materna y de sus abuelos solamente, porque no tiene que temer de ellas el estado, *L. 5. 6. eod.* Tan atroz es la pena del delito de estado. Asimismo se observan muchas cosas estraordinarias en el modo de proceder, pues 1º aquí acusan todos, aún los inhábiles, por ejemplo, las mujeres, los infames etc. *L. 7. pr. ff. 2. L. 8. ff. eod.* 2º No puede el reo valerse de abogados, ni 3º de apelacion, sin embargo de ser causa de sangre y de perjuicio irreparable, *L. 5. §. 2. C. eod. L. 6. §. 9. De injust. rupt. irrit.* 4º Tambien pueden examinarse testigos inhábiles, *L. 7. §. 1. C. Ad L. jul. majest.*; tanto que antiguamente podian ser atormentados los siervos en la causa del señor; lo que no se hacia en ninguno de los otros delitos. 5º Se castiga el mero consejo, y aún el silencio, á saber, si uno tuvo noticia de una conjuracion y no la delató al magistrado; lo cual se halla claramente en la *L. 5. pr. §. 6. 7. C. eod.* Sin embargo de no haber hecho mas que repetir esto mismo el príncipe de los glosadores, Bártulo, incurrió Baldo en la sandez de decir, *L. 1. Consil. cap. 54*, que su alma debia de hallarse en los infiernos por semejante aserto. Qué absurdo! pues ¿quién dudará que el que en tiempo del rei Jacobo I de Inglaterra su-

po que algunos soldados querian incendiar con pólvora el edificio del parlamento, juntamente con el rei y los magnates de la nacion, y guardó silencio, delinquiró igualmente contra la sociedad, que si tuviera parte en el atentado? Se objetará que se resiente esto mucho de injusticia; pero, como dice Tácito, todo castigo ejemplar que se fulmina contra alguno por utilidad pública, tiene algo de injusto, *Annal. lib. XIV. c. 44*. El crimen de *lesa majestad* propiamente dicho, se castiga con alguna mas lenidad, pasando al reo por las armas, apaleándole ó desterrándole, segun lo exigen las circunstancias del hecho cometido, §. 2. *Inst. h. t.*, sin que sea digna de un buen príncipe aquella sentencia de la *L. ún. C. Si quis imperat. maled.* Si cualquiera hace verbalmente alguna ofensa contra el príncipe por lijereza, debe despreciársele; si por locura, es mui digno de conmiseracion; si últimamente por injuria, debe perdonársele.

§. MCCCXLVI—MCCCLV. 2. La otra es la *lei julia de los adulterios*, que sin embargo de tener el nombre particular de adulterio, castiga no obstante otros delitos carnales, como la *vénus monstruosa* y *nefanda*, el incesto, el estupro y la *alcahueteria*. (a) *Adulterio* en el dia es la *violacion de la fe conyugal*. Pero los romanos formaban distinta idea de este crimen, pues llamaban adulterio la corrupcion de la mujer casada ó desposada. Por tanto era adúltera la mujer casada que tenia trato ilícito, ya con otro casado, ya con célibe, y todos los que la desfloraban, eran adúlteros, bien fuesen

célibes ó casados. Mas si el marido trataba con soltera ó viuda, ni él ni ella eran adúlteros, porque no se habia violado á una mujer casada ó desposada con otro, *L. 6. §. 1. ff. Ad L. jul. de adult.* La pena de este delito por la lei julia, dice Justiniano, que era la de muerte, §. 4. *Inst. h. t.*, y lo sostuvieron fuertemente los antiguos, aún Márcos Lyklama, *In membranis passim*. Sin embargo es esto falso, pues consta claramente por Paulo, *Recept. sent. lib. II. tit. 26. §. 44*, que Augusto, autor de esta lei, no quiso castigar con mas severidad á los adúlteros y adúlteras, que con la relegacion á una isla, y la confiscacion de la mitad de los bienes de ambos, y mitad de la dote de la mujer. El primero que estableció la pena de muerte, fué Constantino M., *L. 31. §. 1. C. Ad L. jul. de adult.* Y ha de tenerse presente que la lei julia concede tambien algo á los zelos y venganza privada; pero solamente al padre y marido de la adúltera. Sin embargo hai entre estos diferencia, pues (a) el padre puede matar al adúltero y á la hija cogidos en adulterio; el marido solamente al adúltero, no á la mujer adúltera. (b) Respecto de aquel es igual que encuentre á los adúlteros en su casa, ó en la del yerno: respecto de este se requiere que los sorprenda en su casa, ó que para matar en otra parte al adúltero, le amenaze por tres veces, *L. 20. y sig. ff. Ad L. jul. de adult. y Nov. CXVII. 45*. (c) El marido solo puede matar al adúltero de vil condicion; el padre á cualquiera, *L. 24. pr. ff. eod.* (d) El mismo nombre escusa la definicion de la *vénus monstruosa* y *ne-*

fanda, pues nefanda quiere decir que no se puede hablar de ella honestamente. La pena á veces es la de quemar al reo vivo, otras la de muerte simplemente. Los criminalistas examinan los diversos casos. (c) *Incesto* es el comercio de dos personas que no pueden juntarse por consanguinidad, §. 458 y sig. Si pues uno tuvo trato carnal con su descendiente ó ascendiente, por ejemplo, el padre con la hija, el hijo con la madre ó el abuelo con la nieta, este incesto se llama *de derecho de gentes*; si con otras personas consanguíneas ó afines, *de derecho civil*. Las leyes romanas castigaban con la deportacion el incesto de derecho de gentes, y el de derecho civil arbitrariamente, *L. 5. ff. De quæst. Nov. XII. c. 4*. Mas en el dia siempre se impone la pena de muerte en el primer caso, *Carpz. Prax. crim. P. I. qu. 74*. (d) *Estupro* es la violacion hecha sin fuerza de la vírgen ó viuda que vive honestamente, *L. 6. §. 1. L. 34. pr. §. 1. ff. Ad leg. jul. de adult.* Con la ramera y prostituta no se comete estupro, sino deshonestidad (*scortatio*). La pena del estupro en las personas ilustres era la confiscacion de la mitad de los bienes, y en las humildes pena corporal y relegacion, §. 4. *Insl. h. t.* En el dia se espía comunmente con pena pecuniaria en muchas partes bastante pequeña, y ademas tiene la estuprada accion para pedir que se la dote, y que se señalen alimentos á la criatura; y aún muchas vezes se observa la regla de que, *ó se case ó la dote*, *Deuter. c. 42. v. 29*, especialmente si cometió estupro con palabra de matrimonio. (e) *Alcahuetéria* es un crimen,

por el cual prostituye uno á otros las mujeres con el fin de luecar, *L. 29. pr. ff. Ad L. jul. de adult.* Si uno prostituye á su hija ó mujer, tiene pena capital; si á otras mujeres, arbitraria, *Nov. XIV.*

§. MCCCLVI—MCCCLVIII. 3. Sigue la *lei cornelia de los asesinos, envenenadores y hechizeros*, dada por L. Cornelio Sula, dictador. (a) Llámanse aquí *asesinos* todos los homicidas; y el homicidio es de tres maneras: *doloso*, que se hace con ánimo de matar, y por tanto con dolo malo: *culpable*, que se hace por culpa y negligencia, por ejemplo, si el médico cortase un pié atacado de gangrena, y despues descuidase al enfermo y le abandonase; *casual*, el que se verifica casualmente, por ejemplo, si reventándose mi escopeta por acaso matase á uno; al cual referimos el que se hace en la justa defensa, de que se ha hablado en el §. 4082. El doloso se castiga con pena capital, *Gen. cap. 9. v. 5 y 6*. ¿Y si niega el reo que lo hizo con ánimo de matar? Esto se infiere por el género de arma de que usó, *L. 1. §. 3. ff. Ad L. corn. de sic.*, pues á la verdad, si uno hiere á otro con una escopeta, y sin embargo dice que no tenia ánimo de matar, no será oído. El homicidio culpable se castiga arbitrariamente segun la culpa, como con baquetas, relegacion, multa etc. El casual manifiestamente está fuera de pena, porque ninguno es responsable del acaso. De paso ha de notarse, que si uno rompe á otro con dinero, para que mate á alguno, se llama *asesinador (assassinator)*, y aquel que recibió el dinero y cometió la muerte, *asesino*. El primero sue-

le ser castigado con pena de muerte, este con quebrantamiento de piernas. (b) La voz *veneficium* se toma en dos sentidos: á veces significa el crimen de los que hicieron, vendieron ó dieron veneno con el fin de matar á algun hombre, *L. 4. §. 4. L. 3. pr. §. 4. 2. ff. eod.*; y á veces denota el delito de los que matan á los hombres con sortilegios y encantos, §. 5. *Inst. h. t.* La pena de ambos delitos por Derecho romano es capital, *d. §. 5. Inst. h. t.* Pero en el dia á los que dan á beber venenos, si son varones, se les quebrantan los huesos; si son hembras, se las mete en un cuero y se las echa al agua. Los que tienen pacto con el demonio ó sortilegos (si es que los hai), son quemados vivos; á los que matan á los hombres con encantos, se les quita simplemente la vida. Seria largo tratar de todos los cuentos de viejas que creían los juezes antiguamente sobre este particular, y mas cuando hoy dia se procede con mas circunspeccion en la mayor parte de los países. Sobre este asunto gozan de reputacion los escritos del célebre Tomasio *De crimine magiæ*.

§. MCCCLIX — MCCCLXI. 4. Sigue la *lei pompeya de los parricidas*. Aunque en otros casos *parricidio* significa la muerte de los padres, sin embargo aquí se toma mas latamente el vocablo por todo homicidio cometido entre parientes consanguíneos y afines. Á la verdad en la *L. 4. pr. ff. Ad L. pomp. de parr.*, son comprendidos (a) entre los ascendientes cognados el *padre*, la *madre*, el *abuelo* y la *abuela*; (b) entre los colaterales el *hermano*, la *hermana*, el *primo hermano por par-*

te de padre y de madre, los *tios paterno y materno*, las *tias paterna y materna*, y la *prima por padre y por madre*; (c) entre los afines el *yerno*, el *suegro*, el *padraastro*, el *hijastro* y la *hijastra*; (d) se añaden el *marido* y la *mujer*, y (e) el *patrono* y la *patrona*. Alguno podria estrañar que no se hiciera aqui mencion de los hijos, cuando se hace de los hijastros; pero en el tiempo en que se dió la lei pompeya, todavía tenían los padres sobre los hijos el derecho de vida y muerte, §. 438. 4., y por tanto no era parricida el padre que mataba al hijo ó á la hija. La pena del parricida era gravísima, y está recibida en el dia con corta diferencia, pues (a) al parricida, como á indigno de todos los elementos, se le mete en un saco de cuero, y para que entre aquellas angustias mortales no goze del aire, ni del fuego, ni del agua, ni de la tierra, se le arroja al mar ó al rio. (b) Antes del suplicio se le daban baquetas de sangre; lo cual no está en uso al presente. (c) En el saco de cuero se metian juntamente *un perro*, *un gallo*, *una vibora* y *un mono*, porque tambien estos animales suelen cometer parricidios. Si no está próximo el mar ó el rio, mandan las leyes que se queme vivo al reo, ó se entregue á las fieras, *L. 9. pr. ff. ad L. pomp. de parr.*; pero en el dia no se hace mas que quitarle la vida.

§. MCCCLXII y MCCCLXIII. 5. La *lei cornelia de los falsarios* castiga varios crímenes, que todos consisten en la falsificacion ú ocultacion de la verdad. Tales son el *falso testamento*, si uno escribe un falso testamento, ú otro instrumento, lo adultera, ó lo supone. *La mo-*

neda falsa, si uno acuña ó pone en circulacion moneda falsa. *El testigo falso*, si uno da falso testimonio. *La susposicion del parto, la falsa medida y peso, el nombre falso tomado con el fin de engañar á otro*. La pena del siervo, si cometia alguno de estos delitos, era el último suplicio; y si era hombre libre, la deportacion ó confiscacion de bienes, *L. 1. §. ult. L. 27. fin. L. 32. ff. Ad L. corn. De fals.* En el dia es comunmente arbitraria la pena, segun la variedad de circunstancias. Solo dos falsedades se castigan con el suplicio capital: 1º Si uno dando testimonio falso, ha sido causa de que otro haya sido condenado á muerte: 2º el crimen de moneda falsa, cuya pena es arrojar á las llamas al que acuñó ó esparció moneda, falsa en la materia ó metal, *L. 2. C. de fals. monet.*

§. MCCCLXIV y MCCCLXV. 6. La sexta lei es *la julia de la fuerza pública y privada*, aunque estas mas bien son dos leyes. 1º Llámase *fuerza pública* la fuerza atroz, especialmente armada, por la cual se altera la seguridad pública, *L. 40. pr. §. ult. ff. ad L. jul. de vi publ.*, á la cual se refiere tambien el rapto de las doncellas. 2º *Privada* al contrario es la fuerza ménos atroz y cometida sin armas contra los particulares. Aquella se castigaba con la deportacion, §. 8. *Inst. h. t.*; el rapto de las doncellas se castiga por las leyes humanas con pena capital, *L. 11. L. 5. §. 2. ff. Ad L. jul. de vi publ.*; la fuerza privada se castiga con la infamia y confiscacion de la tercera parte de los bienes. El que altera en el dia la pública tranquilidad, es conde-

nado á pena capital, aunque en los mas de los casos es arbitraria la pena.

§. MCCCLXVI y MCCCLXVII. 7. La *lei julia del peculado y sacrilegios* castiga dos crímenes. *Peculado* es el robo del dinero público, cometido por el que lo administra: *sacrilegio* es el robo de la cosa sagrada en lugar sagrado, §. 9. *Inst. h. t.* La pena del primer delito era la deportacion ó el cuádruplo, *L. 6. §. ult. L. pen. ff. Ad L. jul. de pecul.* El sacrilegio se reprime unas veces estraordinariamente, otras con pena capital, *L. 9. pr. eod.* Aquella lei pareció necesaria, porque entre los romanos se castigaba el hurto mui blandamente; mas en el dia, en que es mas atroz la pena del hurto, á saber, la de horca, se castigan los reos de peculado y sacrilegos como los demas ladrones, al ménos entre los protestantes. Entre los católicos, el que roba el copon en que se guardan las hostias consagradas, es quemado vivo; y no es difícil adivinar el motivo de este rigor.

§. MCCCLXVIII. 8. La *lei fabia de los plagiaros* es de incierto tiempo y origen. Llámanse *plagiaros* los que roban los hombres, libres ó siervos. En el dia se llaman vulgarmente plagiaros los que se aprovechan de los libros de otros, y se adornan con plumas ajenas. Pero este delito no se castiga con ningun suplicio, sino con la mofa, como el delito de la corneja de Esopo. Los plagiaros propiamente dichos, son castigados unas veces con pena arbitraria, y otras con pena capital, segun la intencion que tuvieron y la gravedad del hecho; por

ejemplo, si un judío roba un niño cristiano para circuncidarle.

§. MCCCLXIX. De los cuatro crímenes restantes no diremos nada, pues no es tanta la severidad de nuestros tiempos, que merezcan un gran castigo. Basta saber las definiciones. *Crímen de soborno (repetundarum)* es el que cometen los que reciben dinero en su oficio injustamente, por ejemplo, los juezes que se dejan corromper con el oro. Son reos del crimen *ambitus* los que compran con dinero las magistraturas y cargos públicos. El crimen *de viveres (annonæ)* es, cuando uno acopia los víveres para encarecerlos. Cometen el crimen *residui* los administradores de los fondos públicos que dan mal las cuentas y defraudan el dinero administrado. Pero la corrupcion de este siglo hace que en delitos de esta naturaleza,

Parcatur corvis, vexet censura columbas.

APÉNDICE PRIMERO.

MODO DE CONCILIAR

EL DERECHO ROMANO

EN CASO DE UNA CONTRADICCION

ENTRE SUS DIFERENTES PARTES.

Cuando dos ó mas pasajes de los libros de Derecho romano contienen disposiciones diferentes ó contradicorias sobre una misma materia, ante todas cosas debe mirarse si esta contradiccion es solo aparente, y si se puede hacerla desaparecer por la correccion del testo ó por la interpretacion. Si no se puede, se parte de este principio: *Lex posterior semper derogat priori*. No obstante en los casos en que se encuentre una contradiccion, nunca se debe perder de vista el carácter particular de cada compilacion de leyes; y así sobre este punto hai varias reglas que observar: 1.^a Cuando la contradiccion viene de que se ha derogado una lei por otra posterior, la última debe ser siempre preferida; por ejemplo, las *Novelas* tienen mas autoridad que la *Instituta*, las *Pandectas* y el *Código*; y entre las mismas *Novelas* las últimas anulan las mas antiguas. El