

## ACCIONES JUDICIALES

249 El derecho romano considera la *actio* no solamente como un simple *medio* de obtener justicia, sino que la da cierto carácter de *derecho especial, facultad* de exigir en justicia lo que se nos deba, *jus persecuendi iudicio quod sibi debetur*; es como un derecho *distinto* del derecho que garantiza. Esto depende indudablemente de dos causas: primera, de que en el derecho romano había un sistema de obligaciones *naturales* que producían muchos efectos *civiles*, y sin embargo estaban destituidas de acción, de manera que existía el derecho y no existía la facultad de ejercitarlo judicialmente demandando; y segunda del origen formalista de las acciones, el cual vamos á referir.

250 El principio de que nadie puede hacerse justicia por mano propia no está explícita y comprensivamente formulado en el derecho romano; pero se deduce del conjunto de preceptos que imponen penas al que hace uso de vías de hecho para ejercer su derecho y de los que reglamentan los casos en que es difícil distinguir los límites entre lo que es defensa y lo que es ataque.

251 Ya hemos visto en la historia general del derecho romano que la justicia se administraba primero por los Reyes, después por los Cónsules, más tarde por el Pretor ó Pretores urbano y peregrino,

los decenviros, centunviro, duviro y aun Ediles, en Roma; y por los Propetores ú otros funcionarios con *imperium* (Procuradores, Gobernadores, etc.) en las provincias conquistadas, reservando á estas la jurisdicción de sus autoridades municipales; ya hemos indicado la distinción un poco vaga entre *imperium* y jurisdicción, así como la separación del *jus* y el *iudicium*, ó sea la cuestión de hecho de la de derecho. Ahora vamos á narrar el desenvolvimiento del derecho procesal civil, de lo que hoy se llama derecho ó leyes adjetivas.

252 El conjunto de patriarcas primitivos obedecían al caudillo ó Rey en los negocios de interés público, en la guerra y en la paz, en tanto que se trataba de lo que afectaba á la comunidad formada por esa agrupación de patriarcas soberanos en su familia; pero esos patriarcas entre sí gozaban de cierta independencia y quizá dirimirían por medio de la guerra sus disensiones, como en la época del feudalismo se hacían la guerra los Señores entre sí. Debíó comprenderse que esta anarquía era en realidad contraria á los intereses comunes y probablemente se interpuso la autoridad del jefe de la tribu ó nación, Rey ó Caudillo, para evitar la guerra privada; esa intervención tenía, pues, en su origen algo de arbitral, y para someter á los contendientes fué preciso ocurrir á garantías de religión, al *sacramentum*. Dos quirites disputan sobre la propiedad de un esclavo, el Rey ocurre al lugar del altercado, interpone su autoridad y les aconseja apelar á una apuesta cuyo monto se deposita en lugar sagrado, en manos de los pontífices, y la cual perdería para el erario el que no probase su derecho, debiendo hacer esta declaración el Rey asistido de los ancianos, más tar-

de los centunviros y los decenviros y por último los Pretores. Esto es lo que se llamaba *actio sacramenti*, ó *legis actio per sacramentum*, en la cual el verdadero objeto del litigio era la apuesta y el que lo motivaba figuraba como accidente; y más tarde en lugar de apuesta se daban fiadores de ella. (1)

353 Este procedimiento sólo cabía cuando la disputa podía resolverse por un *si* ó un *no* categórico; para casos más complejos la ley de las doce tablas confirmó la acción *per iudicis postulationem*, ó sea pedimento de un árbitro, en cuyo caso no había *sacramentum*. Este procedimiento fué un progreso porque hizo posibles los litigios sobre hechos complejos; pero conservaba formas sacramentales en los términos de la demanda y su contestación, y para facilitar más la acción judicial la ley Silia en el siglo 6º de Roma creó otro procedimiento llamado *per conductionem* para el caso de demandarse una cantidad de dinero fija, procedimiento que después la ley Calpinia extendió á toda demanda sobre cosa cierta, en virtud del cual el demandante se limitaba á citar á juicio á su deudor, y esta citación era la *condictio*. Esta nueva forma conservaba, sin embargo, algunas huellas del formalismo de las otras, por ciertas obligaciones que contraían los litigantes. Al lado de estos tres procedimientos para todo litigio, había otros dos que pedían llamarse *ejecutivos*, siendo uno de ellos la *legis actio per manus iniectionem* en cuya virtud en ciertos casos de derecho cierto ó para ejecutar lo ya juzgado podía el acreedor apoderarse del deudor y re-

(1) La ley Pinaria permitió á los litigantes pedir un *judex* (no árbitro, como en la *iudicis postulatio*) que decidiese quién había hecho un *sacramentum justum* ó *injustum*.

quirir al Juez para que se lo adjudicase; y el aprendido sólo podía defenderse (supuesta la evidencia del derecho) dando un *vindex* (fiador), aunque había algunos casos en que podía defenderse sin dar *vindex*. La *pignoris capio* usada con el objeto de hacer efectiva la manutención de los caballos del ejército y que procedía contra los que tuviesen esa obligación, fué considerada por la ley de las doce tablas como un procedimiento general de embargo de bienes que podía hacerse *extra jus*, fuera del tribunal.

254. Todo este sistema de procedimientos conteniendo formalidades inútiles desapareció por la ley *Obutia* (1) anterior á la época de Cicerón, exceptuando los litigios de la competencia de los Centunviros, pues ella estableció el sistema llamado formulario al que dieron mayor rextensión las leyes *Juliae* bajo Augusto. En el sistema anterior de las *legis actiones* no había otras clases de juicio que la prevista en los tres procedimientos mencionados; en el moderno sistema cabe toda clase de juicio con tal que se redacte la fórmula y esta se derive de alguna ley; esas fórmulas al principio estaban redactadas á ejemplo de las empleadas en las *legis actiones* (*ad fictionem legis actiones*, dice Gayo); pero con el tiempo se adoptó una gran variedad de fórmulas nuevas sancionadas por los edictos y la práctica y en las cuales cabían todos los casos imaginables. Toda fórmula debía contener tres elementos: la *demonstratio* ó exposición de los hechos: la *intentio* ó prestación que pedía el demandante; y la *condemnatio* que era la orden

(En todos estos procedimientos había gestos y palabras simbólicas y ritualidades cuya falta ó imperfección anulaba el juicio: *totum actum corrui*.

que el Magistrado daba al *Juez* para condenar al demandado según el examen de los hechos; de manera que el Magistrado podía rechazar la fórmula de la demanda si ella no era legal, y en caso de que la demanda no versase sobre una suma de dinero, debía fijar la cantidad en que el Juez podía condenar, pues toda condenación debía ser en dinero, lo cual cambió más tarde, como luego veremos. En los litigios de las *legis actiones* no se admitía procurador; pero en el sistema formulario se admitió el *cognitor*, así como el oficio auxiliar de abogados. En cuanto á la citación para juicio era un acto privado, pues el actor se apoderaba del demandado por la *in jus vocatio*, y hasta que lo llevaba al tribunal exponía su demanda; pero desde Marco Aurelio se introdujo la previa citación y la *litis contestatio* que operaba como cuasi contrato. La cosa juzgada es reputada, la verdad legal irreformable que debe ejecutarse; pero esta ejecución era diferente bajo la ley de las doce tablas, que bajo la legislación de Justiniano: según aquellas había ejecución personal que consistía en pedir la adjudicación del deudor que debía ser vendido fuera de Roma (más allá del Tíber), ó matado (lo cual no se practicaba), y el acreedor lo heredaba; según la segunda, en ciertos negocios de derecho público ó sagrado el actor pedía embargar los bienes del condenado en juicio por medio de palabras solemnes. La primera forma de ejecución se dulcificó permitiéndose al acreedor tener á su servicio al deudor; después la ley *Pætelia Papiria* (313 a. de J. C.) prohibió encadenar al deudor; y en tiempo del Bajo Imperio sólo podía aprisionarse en la cárcel pública, convirtiéndose así esta ejecución en negocio de orden público. El embargo real sirvió de tipo á procedimiento más gene-

ral para todo caso de deuda, pues desde Antonino el Píadoso se aplicó á toda condenación pecuniaria. El Pretor Rutilio antes de la época de Cicerón organizó además la venta de todos los bienes del deudor condenado; pero elegido este procedimiento no cabía la *manus injectio*. El embargo de la cosa debida no apareció sino al fin de la época clásica, pues en el sistema formulario la condenación tenía que ser pecuniaria; pero al fin de esa época y en el Bajo Imperio se dió una acción arbitraria (*arbitrium*) para embargar la cosa debida, y bajo Justiniano todas las sentencias condenatorias versaban sobre la cosa demandada. Así, pues, en la legislación justiniana había cuatro formas de ejecución: el embargo de lo debido: el de otros bienes para rematarlos, y hacerse pago: el de la venta de todos los bienes en caso de insolvencia del deudor; y la de prisión por deudas en el mismo caso y como subsidiaria solamente, siendo á cargo del acreedor mantener ó alimantar al preso.

255. Para concluir esta materia diremos algo sobre los recursos relacionados directamente con la organización judicial. Al principio los Jueces eran elegidos entre los Senadores y bajo Servio Tulio se establecieron los tribunales de decenviros y centunviros, que conocían, los primeros de cuestiones de estado civil, y los segundos de acciones reales; y bajo Augusto formaron un solo Tribunal. Al fin del tercer siglo antes de nuestra era la elección de Jueces de hecho, cuyo origen hemos mencionado, era regla absoluta, y los centunviros sólo conocían de ciertas cuestiones de herencias y derechos reales; y en cuanto á los Jueces de hecho mencionados se dividían en *judices* para cuestiones de derecho estricto, en *arbitri* para cuestiones de *buena fe* y en *recuperatores* para cuestio-

nes de capacidad personal; eran elegidos entre los Senadores y caballeros y *censitarios* que pagaban determinado impuesto; en Italia funcionaban los decuriones y en las provincias los ciudadanos romanos ó los extranjeros en negocios relativos á ellos; eran designados por los litigantes pues Cicerón dice: *neminem volerunt maiores nostri, ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios, convenisset*; la función de Jueces de hecho era carga consejil. Había algunos negocios en que el magistrado (Pretor) juzgaba por sí mismo, como los de alimentos, quejas de esclavos, *restitucion in integrum*, fideicomisos, honorarios, por no estar previstos por el derecho civil, y se llamaban *cognitiones extraordinariae*. Pero los Emperadores y á su ejemplo los magistrados se atribuyeron el derecho de conocer y decidir sin intervención de los Jueces multitud de negocios, y Diocleciano completó esta tendencia, erigiendo el juicio por el magistrado en regla general.

256. En el Bajo Imperio el Prefecto de la Ciudad recibió las atribuciones judiciales de los antiguos Pretores y ediles curules; en las provincias el Prefecto del Pretorio se sobrepuso al Gobernador; en las ciudades desprovistas de funcionarios municipales los defensores adquirieron jurisdicción, y como el magistrado delegaba sus poderes varias veces, aparecieron los Jueces pedaneos. (así llamados, porque administraban justicia á *pié*, esto es, sin tener un tribunal ó asiento permanente, ó porque sólo fallaban en 1ª Instancia, el *pié* de la gerarquía jurisdiccional). Esta bajo Justiniano se forma del Prefecto de la Ciudad (con 30 leguas de territorio jurisdiccional) en Roma y Constantinopla y de los Gobernadores en las provincias, así como de los magistrados municipales y

los defensores, estos últimos con muy limitada jurisdicción, hasta 300 sólidos, y sin tener el *imperium*, y pudiendo delegar sus funciones en los jueces pedaneos cuyo cargo era consejil. En Roma el Prefecto *anonae* y el Prefecto *vigilum* tienen competencia en negocios especiales; y el Emperador auxiliado de su consejo (*Consistorium*) juzga en apelación por sí, ó por delegados, ó por vicarios de la Diócesis. Así nació el recurso de apelación desconocido antes, pues como hemos dicho cada magistrado era soberano en la órbita de sus funciones, salvo el derecho de intercesion, es decir, el veto dictado por un magistrado superior.

#### DERECHO PENAL.

257. Nada tenemos que agregar á lo que hemos explicado al hablar de la evolución del derecho romano en general. Allí hemos llamado la atención sobre el estado caótico del derecho penal; la aglomeración de innumerables constituciones imperiales sobre delitos y penas; la falta de sistema y de principios filosóficos en esa aglomeración de decretos del ródén criminal; la ausencia completa de ideas y de plan filosófico de derecho penal, la prodigalidad de penas muerte, mutilación, confiscación, etc. bajo el despotismo imperial; la tortura como medio probatorio y elemento procesal; la arbitrariedad de las jurisdicciones no definidas en el orden criminal, y sobre to-

do, el haber dado los Emperadores cristianos el primer molde de la Inquisición. (El año de 332 Theodosio decretó pena de confiscación y muerte contra los maniqueos y ordenó á los Prefectos que *inquirieran* ese delito). Estos son los rasgos característicos del derecho penal en los últimos tiempos del Cesarismo.

#### CODIFICACION.

En un párrafo del Capítulo 4º daremos pormenores sobre los trabajos de codificación y bibliográficos de Justiniano y los posteriores á ese Emperador, considerándolos como precedente de nuestro derecho patrio; ahora nos limitamos á cerrar este estudio del derecho romano dando una noticia sobre las fuentes literarias que han servido para reconstruir, para exhumar, por decirlo así, el derecho romano en su vasta integridad sistemática, y á dar algunas nociones sobre la síntesis filosófica á que llegaron los expositores de ese derecho, pues ella ha sido seguida servilmente, no sólo por los expositores modernos de derecho, sino por los legisladores y aun por el derecho canónico ó eclesiástico.

258. Hemos mencionado en cada período de la historia del derecho romano los jurisconsultos á cuyos trabajos se debe el desenvolvimiento de esa ciencia. De las obras de esos jurisconsultos no han llegado hasta nosotros sino muy pocas y otras han sido reconstruidas con auxilio de los fragmentos del Digesto tomados de aquellas; las que han llegado hasta

nuestros días son las siguientes y ninguna de ellas anterior siglo II del cristianismo, exceptuando los Códigos.

259. El *Corpus Juris Civiles* de que hablaremos al estudiar la codificación de Justiniano.

260 Las *Instituciones* de Gaius, quien floreció bajo Marco Aurelio, y las que fueron descubiertas por Niebuhr en Verona en 1816 en un palimpsesto.

261 Parte notable de la obra de Ulpiano *Liber singularis regularum* publicada en 1549 por Juan Tillet Obispo de Maux, y algunos otros fragmentos encontrados en la Biblioteca de Viena. Las *Sententiae Receptae* de Paulo y un tratado de *jure fisci* publicada la primera obra en 1525 y encontrada la segunda en el palimpsesto de Gayo. Una obra titulada *Assis distributio* de Mœciano bajo Antonio Pio.

262 Algunos fragmentos de Pomponio, Papiniano y Modestino, y otro titulado *de gradibus*, de autor desconocido. Una obra que se ha llamado *Fragmentum de juris speciebus et manumissionibus* del gramático Dositheus del siglo III de nuestra era.

263 Los *Vaticana Juris Romani Fragmenta* descubiertos en el Vaticano por el Abate Mai en 1823.

264 *Lex Dei, sive Mosaicarum et Romanarum legum colatio* de autor desconocido, quizá del siglo V.

265 Fragmentos de colecciones de constituciones hecha por los jurisconsultos Gregorianus y Hermogenianus, conocidas por *Codices Hermogenianus y Gregorianus*.

265 Una compilación de consultas de jurisconsulto desconocido del siglo V ó VI publicada por Cuyo en 1563 con el título de *Consultatio veteris jurisconsultis*.

266 Los Códigos Theodosiano, las Novelas Teo-

dosiana y poststheodosiana, el Edictum Theodorici ó Lex romana ostrogothorum, la lex roma visigothorum y la lex romana burgundionum de que hablaremos al tratar de la codificación del derecho romano en el lugar que hemos indicado.

267 Además de estas obras jurídicas, los eruditos, historiadores y jurisconsultos han aprovechado para estudiar el derecho romano los monumentos é inscripciones, monedas y medallas, siendo las primeras varias inscripciones en mas de treinta tablas de bronce y marmol descubiertas en varios lugares. Han aprovechado también las obras de autores no jurisconsultos, como historiadores, poetas, oradores, retóricos, filósofos y los Padres de la Iglesia de los primeros siglos.

268 Ya se ha indicado que uno de los defectos de los jurisconsultos romanos es la debilidad de sus planes, divisiones y definiciones, ó en términos más precisos, su incapacidad para la síntesis y las vastas y científicas generalizaciones; defecto que corresponde á sus cualidades, pues siendo el derecho romano (como la política romana) un desenvolvimiento sucesivo, gradual, tradicional, porque tal era el espíritu del pueblo *rei*, enemigo de grandes y radicales reformas y cambios bruscos, debió predominar el análisis lógico, la exactitud de los pormenores, la ley del desarrollo serial de las ideas, sin destruir las bases ó principios tradicionales; y por esto se ha comparado el espíritu y las instituciones romanas á las inglesas. Las vastas generalizaciones corresponden á los vastos ideales y á los grandes cambios y revoluciones, que en un día destruyen todo lo existente y lo sustituyen con nuevas instituciones; y el derecho romano es extraño á estas conmociones filosóficas, y á ello

debe su lógica, su perfección literaria, su exactitud y precisión. Pero á ello debe también su ausencia de definiciones, sus planes arbitrarios, sus métodos y sistemas artificiales que pretenden vaciar en moldes viejos fenomenos nuevos. ¿No sería asombroso, sin estas explicaciones, que el *Corpus juris* no tenga definiciones de *dominio*, *servidumbres* etc. siendo esas nociones fundamentales en derecho? Y en cuanto al plan doctrinal ¿hay cosa más imperfecta ante la filosofía que dividir todo el derecho en *persona, cosas y acciones*, pretendiendo encerrar en esa artificial clasificación, distinciones verdaderamente científicas, como las que separan el derecho penal del civil, el civil del administrativo y político etc.? (1)

269 El imperio de la tradición ha hecho clásica esas divisiones, y hay espíritus que no pueden concebir el derecho en otro molde lógico, por mas que el derecho, en virtud de la ley ineludible de la división del trabajo, se haya descompuesto en reamificaciones y especialidades perfectamente distintas y que no caben en la arbitraria clasificación de las Instituciones. Hasta los códigos modernos han seguido ese método imperfecto, que pugna, como veremos al estudiar la división natural del derecho, con el orden lógico de las relaciones entre los diversos grupos cuya unidad forma la legislación de un pueblo. En cuanto al Digesto, la división de sus diversas materias en cincuenta Libros, es completamente arbitraria; y la otra división en siete partes es pueril y con esa puerilidad la reprodujo nuestro Don Alfonso el Sabio en el código de las *Siete Partidas*. *Et in septem partes eos didicimus, non perperam, neque sine ratio-*

(1) Véase nuestra clasificación y generalización del derecho en el último capítulo de esta obra.

*ni, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes.* Esta naturaleza previligiada y simbólica del número siete (1) se convirtió en el proemio de nuestras *Leyes de Partidá* en naturaleza theológica y mística, y el legislador encuentra en ese número siete, no solo propiedades cabalísticas y astronómicas, porque son siete los planetas etc., sino símbolos religiosos, porque son siete los sacramentos etc.

270 En cuanto á generalizaciones científicas son pocas las que se encuentran en las 9,000 leyes ó fragmentos del Digesto y en el texto de la Instituta; pero en el orden filosófico llegaron los juriconsultos romanos á distinguir el derecho público del privado, aunque sin precisar la distinción, y llegaron sobre todo á consignar una distinción, que aunque inexacta, debía servir para perfeccionar el estudio filosófico del derecho y separar la ley positiva de la justicia natural, y la justicia jurídica de la moral. Distinguieron entre el *jus civile* ó derecho propio de cada pueblo, *jus gentium* ó derecho que es comun á todos los pueblos cultos (lo que hoy se llama derecho natural), y *jus naturale* comun á los hombres y á los animales, confundiendo ley natural biológica con ley natural moral; pero provocando con estas distinciones estudios y críticas que debían derramar la luz en la ciencia del derecho.

271 Distinguieron la moral del derecho (*non omne quod licet honestum est*) y siguiendo las opiniones de la escuela estoica definieron la justicia: *vo-*

(1) También el derecho canónico tiene su número privilegiados y el judío Phiton de la escuela ablejandrina fué probablemente quien primero puso en boga las propiedades maravillosas del número 7. (Havet III, 429.)

*lunta constans et perpetua jus suum cuique tribuendi.* El analisis de la ley no les condujo á una racional y filosófica exposición de su origen, efectos y naturaleza; y dividiéndola por las apariencias ó accidentes dijeron que el oficio de las leyes: es *legis virtus est imperare, vetare, permitere, punire*, confundiendo así los efectos materiales de la ley con su verdadero objeto social. Por último, dieron una definición de Jurisprudencia tan vaga y comprensiva á la vez, que no da idea precisa, ni menos científica, del Derecho considerado como ciencia: *Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justí atque injuti scientia.*

