

un jurisconsulto y si estas no lo elegian, se lo nombraba el pretor. Una constitucion de los emperadores cristianos prescribió á los jueces que velasen porque defendieran á las partes abogados de igual talento, otra constitucion de la misma época, prohibió ser á un mismo tiempo abogado y juez y aun asesor. Vése tambien en este tiempo adscrito cierto número de abogados á los tribunales superiores: así los abogados que debian ejercer ante el prefecto del pretorio ascendia á 150; y ante el prefecto de la ciudad á 80. Para ser admitido en la clase de los abogados del prefecto del pretorio debia hacerse constar ante el rector de la provincia, que no se pertenecia al oficio de dicho rector, y además presentar un certificado de idoneidad de los jurisconsultos de quienes se habia recibido instruccion, el cual se consignaba en los registros públicos: todos los abogados adheridos al tribunal debian estar inscritos en una matrícula. El gobernador de la provincia examinaba tambien el nacimiento del aspirante, su reputacion y buenas costumbres. No podian abogar el menor de 17 años, el fátuo ni el infame, y debian jurar defender la justicia y abandonar la defensa en cuanto conocieran que el pleito era injusto.

137. En los primeros tiempos, ser orador y abogado, era llenar los deberes de la amistad y recoger las palmas de honor; así es que no era conciliable con este ejercicio la reclamacion de ninguna especie de honorario. Mas adelante, cuando fueron menos puras las ideas sobre la dignidad propia de estas funciones, se trató de hacer volver á los abogados á su nobleza primitiva por varias leyes que les prohibieron recibir presentes de los litigantes, entre las que merece particular mencion la ley Cincia del año 550, renovada por Augusto y las dadas por Claudio, por Neron y por Trajano. Posteriormente se permitió exigir honorarios. Por último, les estaba prohibido á los abogados hacer que les prometiera el litigante una parte del valor del pleito para el caso de salir vencedores, correr los riesgos del proceso mediante un precio, y asimismo, el pacto de *quota litis*.

138. Hé aquí trazados rápidamente los diversos sistemas y procedimientos judiciales en materia civil que adoptaron los Romanos, en los puntos que ofrecen mas interés con relacion á nuestro derecho, á que tendremos que hacer frecuentes remisiones en esta obra; no habiéndonos detenido en la exposicion de pormenores, ya por no dilatarlos mas de lo debido, ya tambien porque hallará mas útil lugar en las diversas partes de este tratado, al examinar los orígenes de nuestras instituciones, tomadas del derecho romano y las diferencias esenciales que separan este de aquellas. Sin embargo, los que deseen mas amplias explicaciones pueden consultar, entre otras obras, las Instituciones de Gaio, tan felizmente descubiertas en 1816, las de Justiniano; el título del Digesto de *obligat. et actionib.*, los sabios comentarios de MM. Ducaurroy, Ortolan, Bonjean y Etienne, la Historia del procedimiento civil de los Romanos por Walter, el Tratado de las acciones ó Teoría del procedimiento privado entre los Romanos por Zimmermann, y las eruditas obras de Bethmann Hollweg, de Hesychio y de Heffter.

VI.

MAGISTRADOS Y PROCEDIMIENTO CIVIL DURANTE LA DOMINACION DE LOS ROMANOS EN ESPAÑA.

139. Desde que los Romanos, en el siglo IV, llegaron á formar gobierno en España, establecieron en la Península las magistraturas y el órden de procedimientos que en los demás pueblos conquistados, en cuanto le fueron aplicables, segun las divisiones que hicieron del país.

140. En un principio dividieron á España los Romanos en Citerior y Ulterior, en el año ciento noventa y tantos, antes de Jesucristo, haciendo límites divisorios de ambas al rio Ebro. En el año 600 de Roma, con motivo de las guerras intestinas promovidas en España, enviaron á cada parte de ella un cónsul. César Augusto dividió la Península en tres provincias, concediendo al senado la Andalucía, y quedándose él con la Lusitania y la provincia Tarraconense. El senado envió pretores para el gobierno de la primera, y el César, legados para las dos últimas. El emperador Adriano la dividió en seis provincias, la Bética, la Lusitania, la Cartaginense, la Tarraconense, la Galia y la Mauritania, y destinó para cada una un magistrado ó presidente, haciendo á las dos primeras consulares. Así se gobernó España hasta Constantino, quien con la traslacion de la silla del imperio á Constantinopla alteró la forma de gobierno, constituyendo siete provincias españolas con los mismos nombres de Adriano, añadiendo para la séptima la Tingitana. En los últimos tiempos de la dominacion romana en España, dividido el imperio romano en imperio de Oriente y de Occidente, se subdividió éste en dos prefecturas, la de las Galias y la de Italia, teniendo cada una á su frente un prefecto. La de la Galia se subdividió en tres diócesis, una de las cuales era España. En este tiempo se colocó á su frente un viceprefecto, y en cada una de sus provincias un gobernador consular, legado ó presidente.

141. Estos últimos ejercian, despues del príncipe, el poder supremo; gobernaban y administraban justicia y tenian jurisdiccion civil y criminal, sin mas recurso que la apelacion al soberano, excepto en las ciudades que gozaban del derecho itálico, esto es, del derecho de ser administradas como las de Italia.

142. Además de estos magistrados se conocian otros muchos, siendo los principales los *duunviros*, los *prefectos*, *censores* y *defensores*.

Los *duunviros* eran dos varones elegidos de la *curia* (cuerpo municipal de eleccion de las ciudades que gozaban de este privilegio, para dirigir y administrar los bienes del municipio). Estaba á su cargo el gobierno económico de las ciudades, la presidencia del senado de la provincia, y administraban justicia, instituyendo juicio y nombrando el juez. Debian ser del estado noble, como pertenecientes á la *curia*.

Los defensores se establecieron para dar al pueblo una magistratura aná-

loga á la anterior vinculada en la nobleza. Eran, pues, unos magistrados elegidos por el pueblo, encargados de defender los derechos de éste contra las injusticias de los demás magistrados, y las insolencias de sus subalternos, y asimismo de la administracion de justicia en primera instancia, hasta trescientos sueldos en lo civil, y respecto de lo criminal, en las faltas ligeras. El nombramiento de los defensores debia recaer en quien no fuese ni decurion ni militar, hacerse por todo el pueblo, y despues de la conversion al cristianismo, con intervencion del clero (Semper, *Historia del Derecho Español*, capítulo 3.º)

Los prefectos eran los magistrados enviados por Roma para gobernar las prefecturas ó colonias, y en las poblaciones en que sustituian á los duunviros, eran los primeros magistrados.

Los censores velaban por las costumbres; administraban los capitales é inspeccionaban las contribuciones y trabajos públicos.

143. Para conocer y determinar los litigios de importancia y ordenar la administracion civil reuníanse los presidentes ó gobernadores de las provincias acompañados de personas entendidas en el derecho y de asesores, en las ciudades principales ó cabezas de distrito ó diócesis de las provincias, formando así un tribunal de alta graduacion.

Estas sesiones, así como las ciudades en que se celebraban, llamábanse *conventos jurídicos*. En españa habia catorce; Cádiz, Córdoba, Ecija y Sevilla en la provincia Bética; Tarragona, Cartagena, Zaragoza, Cuenca, Astorga, Lugo y Braga, en la Tarraconense; y Mérida, Béjar y Santarem, en la Lusitania. Pero antes de celebrarse estas sesiones se hacia publicar á los pueblos comarcanos, para que noticiosos del dia señalado para la audiencia acudieran á exponer sus pretensiones en justicia. Las audiencias entendian, ó públicamente en el foro, donde estaba situado el tribunal, en sitio elevado, con silla para el presidente, con asistencia de los asesores, *accensos* ó alguaciles tabularios y demás ministros, ó secretamente en el palacio, introduciendo á los pretendientes. En la audiencia pública se expedia todo lo que pertenecia al ejercicio de la jurisdiccion contenciosa; en la secreta lo concerniente á la jurisdiccion voluntaria, y aquellos negocios que por su naturaleza rechazaban la publicidad. En cuanto á los trámites que se observaban eran los mismos que los establecidos en Roma por aquella época, y respecto de la diversidad de instancias regian las reglas que hemos expuesto al tratar de estos recursos en el número V. anterior.

144. Pero no deben confundirse las sesiones de los conventos jurídicos con las juntas ó concilios en que se reunian las ciudades por medio de sus diputados para deliberar sobre sus intereses comunes y representar á los emperadores sus necesidades.

VII.

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA CIVIL ENTRE LOS GERMANOS.

145. Los Germanos se gobernaban por reyes elegidos entre la nobleza en las juntas ó congregaciones generales, segun nos refiere Tácito. Llevando

una vida errante y aventurera, estos pueblos salidos del Norte, y muy atraídos en la civilizacion, no tenian leyes escritas ni tribunales fijos; así es que el poder judicial residia en sus asambleas populares, las cuales juzgaban el hecho y aplicaban el derecho. Estas juntas se celebraban todos los meses, en los dias de luna nueva y plenilunio: los negocios de poca importancia se decidian por los principales; para la decision de los asuntos graves, como la eleccion de rey, causas civiles de importancia, las criminales, etc., conferenciaba y votaba todo el pueblo con igualdad en voz y voto, y solo los sacerdotes podian imponer silencio. Las causas civiles eran de grande importancia entre los Germanos. El que pretendia tener derecho á una cosa que otro le disputaba, se ponía en el caso de adquirir por la fuerza lo que este poseía y rehusaba darle en virtud de su simple demanda; el demandado apelaba tambien á las armas para mantener su posesion, y de aqui la frecuencia con que se recurria por los Germanos á los duelos ó *faidas*. Era, pues, necesaria la intervencion de la sociedad entre los contendientes para impedir las fatales consecuencias de estos combates, haciendo conocer de parte de quién estaba la razon: de lo contrario, las controversias sobre propiedades ú otros derechos amenazaban la tranquilidad pública, y podian ocasionar al Estado la pérdida sensible de sus mejores guerreros. Era, pues, preciso que la nacion entendiera de los pleitos civiles. Habia tambien otro motivo para esto: no existiendo leyes escritas, y decidiéndose en general los casos ó controversias que ocurrían por usos y juicios semejantes, la sociedad entera debia conocer de los litigios, puesto que ella era la que tenia la potestad de hacer las leyes, y de resolver las dudas que sobre estas ocurrieran, y que ella sola poseía todos los elementos necesarios para consultar lo que se practicaba en casos análogos á los que se presentaban, pues que no siendo conocidos sino por la memoria de los que habian asistido á su decision ó por la tradicion de los antepasados, á falta de registros, ella sola conservaba el recuerdo de las antiguas prácticas.

146. Así, pues, en dichas juntas se conocia y pronunciaba sentencia sobre los pleitos civiles. La ejecucion de estas sentencias se verificaba como las de los juicios criminales. Despues de pronunciadas, la sociedad entera ó el jefe su representante, se encargaba de que el condenado por ellas les diera cumplimiento. Si se negaba á cumplir el decreto de la nacion, se le imponía una multa, y si aun despues de esto insistía en su desobediencia, le separaba la sociedad de su seno, y le declaraba una guerra que no concluía sino por su sumision, por su emigracion á país extranjero, ó por su muerte natural ó civil.

147. La ley Sálica nos ha conservado este procedimiento. Despues de haber enumerado las pruebas que deben suministrarse, establece que el que haya cumplido estas formalidades se presente ante el rey, el cual si no acude el demandado ó no se satisface con el decreto ó fallo, le declara fuera de su proteccion, y en su consecuencia, pertenece el culpable y sus bienes al fisco, ó á la persona á quien el fisco se los diese; segun la misma ley, el que suministra alimento ó habitacion al condenado, sufriria una multa, aunque

fuera su mujer ó pariente suyo. Esta ley no hace distincion entre una causa civil ó criminal, de poca ó de mucha importancia. Sin embargo, los pleitos de corta entidad eran decididos por los magistrados ó próceres, segun aquel texto, *Principes qui jura per pagos vicosque reddum*. Pero esta competencia de los próceres no era probablemente mas que el derecho de mezclarse en las controversias entre particulares, para terminarlas amistosamente; así como los padres y parientes intervenian tambien en las contiendas que se suscitaban para aplacar los ánimos, y evitar por medios conciliatorios y de avenencia los fatales resultados de los duelos ó faida.

148. Mas adelante, divididos los Germanos en varias poblaciones y comarcas, eran demasiado numerosas las asambleas de toda la nacion, y en extremo difícil reunirse en un punto dado, por la distancia á que se hallaban establecidas varias de aquellas poblaciones. Con el objeto, pues, de evitar las dificultades y gastos que eran consiguientes, se redujeron estas asambleas, introduciéndose una nueva organizacion judicial que pudiera terminar los pleitos y causas. Además, estendidas las tribus conquistadoras por diversos territorios, y acrecida extraordinariamente la poblacion, se aumentaron tambien los negocios, y fue necesario establecer una jurisdiccion local, para dejar á las grandes asambleas, ó estados generales, el conocimiento de los negocios de interés para toda la nacion. En su virtud se reemplazaron los antiguos jefes de pequeñas tribus, por magistrados que ejercian las mismas funciones ó cargos civiles ó militares que aquellos, y á que se daba el título de *condes*. Cada conde presidia las reuniones del condado, y congregaba en ellas á los hombres libres, ya para llevarlos á la guerra, ya para mantener la paz interior de los juicios y su ejecucion. Estas asambleas se decian *placita minora*, para distinguirlas de las anteriores, que se llamaban *placita majora*. Estos condados eran fracciones de toda la sociedad, y cada uno de ellos formaba una parte distinta de las demás, con las cuales solo se reunia cuando se trataba del interés comun. Cada condado se subdividia en demarcaciones llamadas *decanías*, *centenas*, *tyuphadias* ú otra denominacion. El *tyuphado*, el *vicecomes*, reunia los hombres libres ó *arimanes* de su canton para todo lo que interesaba á este. Cuando el asunto que se ofrecia interesaba á varios cantones, debia llevarse á conocimiento del conde y de los hombres libres que este tenia bajo su jurisdiccion, si interesaba á mas de un condado, tenia que decidirse por el rey ó los comicios de la nacion. Así la naturaleza de la causa, que podia interesar á habitantes de otra centena ó condado, era lo que establecia la competencia del tribunal ó asamblea, y como no se conocian las apelaciones, que no se introdujeron hasta mas adelante, esto explicaba los diversos grados de jurisdiccion. Así, pues, las reuniones solemnes de los hombres libres se celebraban bajo la presidencia del rey, ó de su delegado especial, siempre que se trataba de asuntos que concernian á la nacion entera, aunque no concurriese toda ella: los condes presidian los arimanes en lo concerniente al condado, y los *chulteti* ú otros oficiales de un rango inferior, reunian los arimanes de su canton. A veces el conde podia conocer de los asuntos del centenario, y lo mismo las asambleas

generales de los del conde; pero esto no se hacia con carácter de superioridad de jurisdiccion, y como por via de apelacion, sino porque así convenia al interés de las partes por hallarse en el lugar donde se celebraban dichas reuniones. Como los juicios emanaban siempre del pueblo, nadie podia arrogarse el derecho de conocer nuevamente de una causa terminada; no por derivarse un juicio de una fraccion mas ó menos pequeña del pueblo, dejaba de tener su origen en el verdadero soberano. Los hombres libres de la centena, por ejemplo, juzgaban lo concerniente á los intereses de la centena, de manera, que siendo los juzgadores los interesados mas inmediatos en la tranquilidad y bienestar del canton, no habia razon suficiente para que interviniera otra asamblea en la enmienda de sus decisiones. En una palabra, todas las sentencias tenian su fuerza obligatoria de la asociacion y de la garantía de los intereses comunes; así era, que cualquiera que fuese la parte del pueblo que los pronunciase, su autoridad era la misma.

Los condes en un principio fueron nombrados por el pueblo; mas adelante por los reyes. Los magistrados inferiores eran nombrados por el pueblo.

149. El procedimiento adoptado en los *placita minora* era sencillo y breve. El demandante citaba á juicio al demandado para el dia que se celebraba junta ó para el que señalaba el conde, y explicaba la causa de su demanda; el demandado comparecia y proponia sus excusas y excepciones: si no comparecia, era citado por tres veces, bajo multa que se repartia entre el conde y el demandante.

La citacion, llamada *admallatio*, debia hacerse en el domicilio del reo, al mismo, á su mujer, ó á alguno de su familia. Para hacer efectiva la multa, en caso de no comparecencia, se le podian embargar bienes. Presentado á juicio el demandado, alegaba sus excepciones y defensas. Concediansele términos largos para verificar las pruebas. Estas consistian, ya en la presentacion de testigos, en el juramento prestado por medio de cierto número de conjuradores, y en el combate judicial.

150. Los testigos eran de dos especies: ó se presentaban para probar un hecho que imposibilitase la demanda, ó sirviese de excusa total contra esta, ó solamente jurando la falsedad ó improcedencia de la reclamacion, ó que el demandado decia verdad. Estos testigos se llamaban *conjuradores*, *sacramentales* ó *compurgadores*. Cuando se presentaban testigos de la primera clase, se examinaba la mayor ó menor fe que merecian sus declaraciones. Cuando comparecian testigos de la segunda, se examinaba, para dar ó no valor á la declaracion, si el declarante tenia un interés personal que diera una seguridad suficiente de la verdad ó de la probabilidad de lo que aseguraba. Juzgábase existir este interés, cuando el testigo era pariente ó vecino del demandado, hombre libre y habitante del mismo condado que aquél; pues el espíritu público y el interés particular impulsaban á cada germano á velar por la conducta de sus vecinos, conciudadanos ó parientes, porque les alcanzaba á veces la pena, en el caso de que alguno de estos quedara impune, por fuga, etc.

151. Las pruebas vulgares conocidas con el nombre de juicios de Dios ó juicios por excelencia, *ordalia*, á que recurrían frecuentemente los Germanos, por efecto de la creencia supersticiosa que les dominaba, sobre que el Ser Supremo intervenía en ellas para sostener la inocencia acusada, ó para castigar al delincuente cuyo crimen no podía averiguarse, eran las siguientes. La *prueba de la cruz*, que consistía en colocarse los contendientes en frente de una cruz, considerándose condenado por la sancion divina, el que caía primero en tierra. Las pruebas del *hierro ardiente* y del *agua hirviendo*, que consistían en llevar cierto tiempo en la mano una barra de hierro ardiendo, ó en andar sobre estos hierros, ó en introducir el brazo desnudo en una caldera de agua hirviendo, considerándose al que podía resistir esta prueba que gozaba de la proteccion divina por su inocencia, y al que no podía soportarla, como abandonado del poder divino por su culpabilidad. La prueba del combate judicial que consistía en sostener un duelo singular las dos partes interesadas en la causa ó pleito, ó bien las personas que elegían ó se presentaban por ellas para este efecto, como sucedía respecto de los ancianos, mujeres, niños, etc., considerándose al que salía vencedor, como asistido por la divinidad en premio de su derecho. La aplicacion del duelo, como prueba á los procedimientos judiciales, tuvo su origen en el uso de interrogarse los auspicios por los pueblos antiguos sobre el éxito de las guerras que sostenían con otros pueblos, y mas especialmente en el modo cómo dichos auspicios se consultaban. Para ello, se aprisionaba á un guerrero del pueblo enemigo, y armándole á la usanza de su país, se le hacia sostener un duelo ó combate privado con otro guerrero de la nacion que consultaba la suerte, y el éxito de este combate singular era considerado como el pronóstico de la guerra, pues se suponía que intervenía en él la Divinidad.

152. Instruida la causa ó el pleito, se pasaba á su decision ó sentencia. El conde presidía la sesion, resumía los hechos, las alegaciones y el resultado de las pruebas aducidas por las partes, y exhortaba á los jueces á que fijaran las cuestiones, y á que pronunciaran la sentencia, con arreglo á la ley ó jurisprudencia que era aplicable al caso propuesto. Esta sentencia se pronunciaba á nombre del conde, no obstante no emitir su voto esta autoridad, ni ser responsable de ella. La ejecucion de la sentencia incumbía tambien al conde, á instancia de la parte que la habia obtenido, á no ser que comprendiera su condena intereses de gran cuantía que afectaran á la nacion, pues entonces pertenecía su ejecucion á la asamblea general. Aunque los condes no eran responsables de la sentencia pronunciada en las juntas presididas por ellos, tenían interés directo en que á nadie se negase la justicia, pues además de que percibían parte de las multas del que salía vencido en juicio, y de que, en tiempo de los emperadores se les pedia cuenta de su conducta por las autoridades que estos enviaban, *missi dominici*, para velar por la recta administracion de justicia, se hallaban expuestos á que la parte agraviada por la sentencia, llámase á duelo al conde, al mismo tiempo que á los jueces que la habian pronunciado, segun era costumbre introducida entre los Germanos; costumbre que dió origen al uso de la apelacion por

medio del duelo, esto es, de que se considerase enmendada la sentencia cuando la parte vencía en singular combate á los jueces que la habian pronunciado. Véase á Montesquieu, *Espritu de las leyes*.

153. El procedimiento era público en las asambleas, ya generales, ya particulares, pues teniendo todo hombre libre, no solo el derecho, sino la obligacion de concurrir al juicio, debía hallarse en estado de conocer la demanda, la contestacion y las pruebas. Estas se proponían de viva voz. Los combates judiciales, las pruebas por la cruz, el fuego y el agua, la purgacion por juramento, exigían la presencia de los que podían ser llamados á conocer de ellas, es decir, del pueblo todo; el resumen que hacia el conde era público, y cada juez daba su opinion ó voto en voz alta ó por signos, cuando la votacion se hacia por aclamacion, elevando las manos ó sentándose y levantándose.

154. Ultimamente, las dificultades que se fueron presentando en lo sucesivo para la convocacion de las asambleas; el retraimiento á su asistencia de los hombres libres que hacían de jueces, á causa de ser este cargo obligatorio y gratuito, y el abuso que hicieron los condes, en el nombramiento de estos jueces, movió á los emperadores á nombrar cierto número de magistrados, con el nombre de *scabini*, escabinos ó *echevini*, á quienes confiaron exclusivamente la administracion de justicia. La institucion de estos jueces, dió tres garantías principales á los juicios: su instruccion superior á la de los guerreros que anteriormente administraban justicia con el nombre de arimanes; la experiencia que debían tener, por su hábito de juzgar, y que faltaba á los llamados accidentalmente para las funciones de juez; y la de que siendo nombrados por concurso del pueblo y eleccion del príncipe, debían cumplir exactamente su cargo para no incurrir en el descontento de los enviados del rey, *missi dominici*, para inspeccionar la administracion de justicia en todo el imperio.

VIII.

ORGANIZACION JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO CIVIL DE LOS VISIGODOS EN ESPAÑA, DESDE SU IRRUPCION HASTA LA INVASION DE LOS ARABES.

155. En los primeros años de la invasion de los Visigodos en España, si bien introdujeron estos pueblos algunas novedades en la Península, confiando el gobierno político de las poblaciones á gobernadores ó duques de las provincias, y á condes que lo eran de las ciudades, principales cabezas de algun distrito, continuaron gobernándose por sus propias leyes, dejando á los Romanos, que así se llamaban entonces todos los Españoles, el libre uso de las leyes romanas, y nombrando los magistrados que habian de juzgarles de los naturales de España. Así era, que estaba mandado, que para sentenciar los pleitos entre un godo y un romano, se asesorase el juez godo con otro romano. Regía, pues, en aquella época el derecho personal ó de castas, gobernándose cada una por su ley propia; el romano por la romana, el