

de las dos partes pertenece verdaderamente la posesion.—Hecho este exámen, si el vencido en la subasta de los frutos lo es tambien en lo principal del pleito, sale condenado á pagar el montante de la *sponsio* y de la *restipulatio*, miéntras su adversario queda libre de toda promesa y adquiere ademas la cosa con los frutos.—Si, por el contrario, sale vencido en el pleito el que fué vencedor en la licitacion de los frutos, se le condena, en primer lugar, á pagar el montante de la *sponsio* y la *restipulatio*; en seguida al pago del importe de la adjudicacion de frutos, en pena de haber tenido un goce y posesion que no le pertenecia; y últimamente, á la restitucion de la cosa y de los frutos, en virtud de su promesa formulada en la *fructuaria stipulatio*. Su adversario, en sentido inverso, queda absuelto de la *sponsio* y de la *restipulatio* (1).—Por consiguiente, consistiendo verdaderamente el pleito en investigar quién es deudor y quién no, en las *sponsiones* y *restituciones*, debe consistir la sentencia del juez, principalmente, en condenar y absolver al tenor de estas *sponsiones* y *restituciones*: así como, desempeñando en éstas simultáneamente las dos partes el papel de demandante y demandado, es preciso que la sentencia pronuncie determinadamente respecto á cada uno de ellos, absolviendo al uno y condenando al otro; y últimamente, se ve cómo, á pesar del carácter puramente pecuniario de las condenas formularias, se llega, en cierto modo, por medio de la *fructuaria stipulatio*, á la restitucion de la cosa y de los frutos (2).—Andando el tiempo dejó de ser indispensable esa *fructuaria stipulatio*; pues cuando el litigante, vencido en la licitacion de frutos, no habia cuidado de hacerla, ó la habia voluntariamente omitido (*omissa fructuaria stipulatione*), se inventaron dos acciones especiales, que se le concedieron, si ganaba el pleito, como consecuencia forzosa de su victoria: llamóse aún á estas acciones *judicium Cascellianum*, dicha así del nombre de su interventor, y servia para reclamar la posesion de la cosa (3); y la otra se llamó *judicium fructuarium*, y tenia por objeto reclamar los frutos percibidos durante el pleito (4). Llevaban ademas estas dos acciones el nombre, comun á ambas, de *judicium secutorium*, porque seguian, como consecuencia forzosa, á la

(1) Gay. 4. §§ 166, 167 y 168.

(2) Decimos en cierto modo, porque en último resultado, si el adversario se negase á hacer esta restitucion, nunca sufriria más que una condena pecuniaria, miéntras que en el procedimiento *per formulam arbitriam* se le podía obligar á restituir por fuerza, *manu militari*.

(3) Gay. 4. § 166.

(4) Gay. 4. § 169.

victoria conseguida segun la fórmula de la *sponsio* (*quod sequitur sponsionis victoriam*) (1).

Al describir Gayo estos trámites del interdicto *UTI POSSIDETIS*, nos dice que tambien se aplicarán al interdicto *UTRUBI*; pero la paridad de ambos nos hace estar por la afirmativa, y creer que si no se sus-tanciaban idénticamente, lo serian al ménos de un modo muy parecido.

Creemos haber explicado suficientemente de qué manera, cuando la fórmula de los juicios llamados *extraordinarios* llegó á ser la forma comun, debieron perder los interdictos su carácter especial, y producir acciones comunes, del mismo modo que si hubiesen sido pronunciados por el magistrado. Habiendo tambien caido en desuso, por el mismo tiempo, los compromisos *per sponsionem* y las demas especialidades del sistema formulario, claro es que se debió derogar casi todo este procedimiento especial de los interdictos que acabamos de describir.

TITULUS XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIIUM.

Nunc admonendis sumus, magnam curam egisse eos qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est. Ideoque eo maxime fieri potest quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria poena, modo jurisjurandi religione, modo infamiae metu coercetur.

TÍTULO XVI.

DE LA PENA DE LOS LITIGANTES TEMERARIOS.

Los custodios de la ley han puesto constantemente sumo cuidado en impedir que los hombres entablen pleitos injustos; y tal es tambien nuestro anhelo: por lo cual hemos creído que el mejor medio de reprimir la temeridad, tanto de los demandantes cuanto de los demandados, es sujetarlos con la amenaza de penas pecuniarias, ó por la religion del juramento, ó por el temor de ser infamados.

La palabra *calumnia* (*calumnia*), no sólo significaba entre los romanos la acusacion criminal intentada á sabiendas contra un inocente, sino el pleito entablado ó sostenido de mala fe, y con pleno co-

(1) Así entendemos el texto de Gayo en lo relativo á ciertas acciones, pues la diversa interpretacion que le dan Zimmern y aun Walter nos parece ménos exacta y satisfactoria.—Nos inclinamos á creer que el *judicium Cascellianum* y el *judicium fructuarium* correspondian al número de las acciones *arbitriarías*, por el carácter restitutorio que tenian y con cuyo auxilio se obtenia la restitucion, que debia ser consecuencia de los interdictos puramente prohibitorios, como lo eran el *UTI POSSIDETIS* y el *UTRUBI*.

nocimiento de no tener derecho para litigar. Al definir Gayo la calumnia, nos dice que consiste en la intencion, lo mismo que el crimen de hurto (*in adfectu est*); que comete calumnia el que sabe no tener derecho para litigar, y que por tanto intenta su accion sólo para vejar á su adversario, librando su triunfo, no en la verdad de sus alegaciones, sino en el error ó la iniquidad del juez (*qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis*) (1). La palabra calumnia, si bien hacia principalmente relacion al actor, se aplicaba tambien al demandado.

Varios eran los medios que contaba el derecho romano para impedir ó reprimir los pleitos intentados ó sostenidos calumniosamente.

Uno de estos medios, en tiempo de Gayo, dirigido contra el demandado, era en ciertos casos la *sponsio*; en otros, una pena pecuniaria; cuando no habia otro, el juramento (*jusjurandum*); y últimamente, algunas veces la infamia (*ignominia*).

La *sponsio* era una especie de depósito, una especie de multa, que en el sistema formalario habia sustituido á la consignacion de la accion de la ley *per sacramentum*, y segun la cual, en ciertas acciones, podia el demandante obligar al demandado á contraer con él un compromiso mútuo para que el que saliese vencido pagase al vendedor la cantidad empeñada (2). (Véase p. 527.)

La pena pecuniaria consistia en que en ciertas acciones tenia el demandado que pagar el doble, pero únicamente en el caso de que hubiese negado y contestado á la demanda (*adversus inficiantem duplatur;—lis inficiando crescit*): en otras acciones era condenado al doble, al triple ó al cuádruplo desde luégo, y aunque no hubiese negado, por la sola naturaleza de la accion (*statim ab initio pluris quam simpli est actio*). A la primera clase correspondian las acciones *judicati, depensi, damni injuriæ, legatorum per damnationem relictorum*; á la segunda, las acciones *furti manifesti*, en la cual salia el reo condenado al cuádruplo; la de *concepti et oblati*, en la que lo era al triple; y la de *nec manifesti*, en lo que era al duplo (3).

(1) Gay. 4. 178.—Véase tambien la paráfrasis de Teófilo, *hic*.

(2) Tal era la accion *De pecunia certa credita*, en la cual la *sponsio* debia ser la tercera parte de lo litigado; y la *de pecunia constituta*, en la cual era la mitad (Gay. 4. 171). Lo mismo sucedia, segun dejamos explicado, en los interdictos prohibitorios.

(3) Gay. 4. 171 y 173.

Usaban del juramento cuando no habia ninguna de las anteriores garantías, es decir, cuando no habia *sponsio* ni accion que se duplicase por sola la denegacion, ni la que por su naturaleza hacia pagar más del *tantundem* al demandado. En el caso, pues, de faltar todas estas garantías, se permitia por el pretor al demandante que exigiese al demandado juramento de que no sostenia el proceso de mala fe (*non calumniæ causa se inficias ire*) (1).

Últimamente, en ciertas acciones era infamado el reo que salia vencido en juicio.

Contra el demandante, los medios de reprimirlo y prevenir sus injustas demandas eran unas veces la accion de calumnia (*calumniæ iudicium*), otras la accion contraria (*contrarium iudicium*), y otras, en fin, la restipulacion (*restipulatio*), ó el juramento (*jusjurandum*) (2).

La accion de calumnia podia intentarse en todo pleito contra el demandante, alegando que intentaba ó habia intentado en demanda de mala fe, por espíritu de calumnia, tomando esta palabra en el sentido que hemos explicado. La pena en este caso era de la décima de la litis en las acciones, y de la cuarta parte en los interdictos (3). Podia el demandado intentar este *iudicium calumniæ*, ya en oposicion á la demanda misma durante el pleito principal; ya, como dice la paráfrasis de Teófilo, despues que el pleito estaba terminado y que el demandante lo hubiese perdido.

La accion contraria (*contrarium iudicium*) no tenia efecto más que en ciertas acciones ó en ciertos y determinados interdictos, para hacer condenar al demandante, unas veces á la décima, y otras al quinto de la litis, sólo por el hecho de haber perdido el pleito, y sin tener en cuenta la buena ó mala fe con que lo hubiese intentado (4). La ley, como se ve, era más severa en estos casos particulares.

La *restipulatio* era respecto del demandado lo que la *sponsio* respecto del demandante: la una era recíproca de la otra, y de esta reciprocidad resultaba el mútuo compromiso para las partes, de

(1) Gay. 4. 172.—En este pasaje hallamos tambien que, respecto de los herederos, de las mujeres y de los pupilos, se dispensaba la duplicacion y la *sponsio*, y sólo se les sometia al juramento.

(2) Gay. 4. 174.

(3) Gay. 4. 175.—Atendiendo á las plausibles razones alegadas por Mr. Everard Dupont (pág. 136 de su *Disertacion*), quizá respecto de los interdictos deba ser la quinta parte en lugar de la cuarta.

(4) Gay. 4. 177 y sig.

pagar la suma ofrecida en perdiendo el pleito. En esta accion, lo mismo que en la anterior, tampoco se tenía en cuenta la buena ó mala fe de las partes, pues la que perdía el pleito, por el solo hecho de perderlo, pagaba la pena pecuniaria (1).

Finalmente, en todos estos casos, el demandado podía, si quería, limitarse á exigir al demandante juramento de que no obraba de mala fe (*non calumniæ causa agere*) (2). Pero si apelaba al juramento, no podía intentar luégo ninguna otra accion (3).

Esta reseña nos hará más fácilmente comprensibles los siguientes párrafos que contienen las disposiciones relativas al asunto en cuestion, tal como se hallaban en tiempo de Justiniano, cuando caidas ya en desuso la *sponsio*, la accion de calumnia, la accion contraria y la *restipulatio*, habian sido substituidas por el juramento (*jusjurandum*), que por consiguiente se aplicaba con mucha extension. La Instituta de Justiniano, lo mismo que la de Gayo, empiezan exponiendo los medios relativos al demandado, y luégo pasan á los concernientes al demandante.

I. Ecce enim jusjurandum omnibus qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit quod putans sese bona instantia uti ad contradicendum pervenit. Et adversus inficientes ex quibusdam causis dupli vel tripli actio constituitur: veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agitur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio: veluti, furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex causis his et aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione compre-

4. En primer lugar, en nuestra constitucion mandamos que todo litigante preste prévio juramento. El reo no podrá presentar sus excepciones sin haber jurado ántes que si contradice la demanda, es por creerse con derecho á hacerlo. En ciertos casos, el que niega de mala fe, debe pagar el doble ó el triple de lo litigado: tales son los casos de daño injusto, ó de legados píos. Otros casos hay en que desde luégo la accion es más que del tanto, como, por ejemplo, el del hurto manifesto, en que hay que pagar el cuádruplo, y el del hurto no manifesto, en que hay que pagar el duplo: pues en estos casos, ya niegue, ya confiese el demandado, la accion es siempre más que del tanto. En cuanto al demandante, tambien debe jurar, segun nuestra constitucion, que no procede calumniosamente; y lo

(1) lb. 180 y 181.

(2) lb. 176.

(3) lb. 179.

hensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit: quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod nunquam factum esse invenimus. Sed pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

mismo deben hacer los abogados de las partes, segun se manda en otra de nuestras constituciones. Todas estas formalidades se han establecido para substituir la antigua accion de calumnia, que ha caido en desuso, porque condenaba al demandante á la décima del valor de la cosa litigada, y jamas hemos visto aplicada esta pena. Por eso en su lugar hemos introducido el juramento mencionado, y la obligacion, en el litigante injusto, de pagar á su adversario los daños y perjuicios que le cause con su demanda.

Ex constitutione nostra. Esta constitucion está inserta en el Código de Justiniano, y contiene el juramento prescrito al demandado y el prescrito al demandante (1).

Vel tripli. El texto parece significar que la negativa podía ser, en ciertos casos, castigada con el pago del triple (*adversus inficientes..... dupli vel tripli*). Pero ademas de que los comentadores convienen en que no hay ejemplo alguno del triple, fácil es convencerse de que es un error de redaccion en la Instituta de Justiniano el referir la palabra *tripli* á las inmediatamente anteriores, *adversus inficientes*, pues basta leer la Instituta de Gayo, de donde está tomado nuestro párrafo, y en la cual la palabra *tripli*, que alude á las acciones *furti concepti* y *oblati*, dice relacion con los casos en que, desde su origen, la pena es más que del tanto (2). Tampoco Teófilo ha cometido aquel error en su paráfrasis (3).

Quod alia nostra constitutione comprehensum est. La constitucion aquí mencionada es la décimacuarta, párrafo 1.º, libro 3.º, título 1.º del Código de Justiniano, en la cual hallamos expresada la fórmula de este juramento de los abogados (*patroni causarum*), que debia ser, como todos, prestado sobre los santos evangelios.

II. Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati,

2. Es infamante la condena en ciertas acciones, tales como las de hurto, rapto, injurias, dolo; y ademas en las de tutela, mandato,

(1) Cod. 2. 59. 2.

(2) Gay. 4. §§ 171 y 173.

(3) Teófilo, *hic*.

depositi, *directis*, non *contrariis* actionibus; pro socio quæ ab utraque parte directa est; et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. Sed fusti quidem aut vi honorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, *sed etiam pacti, et recte*. Plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

Directis non contrariis. Ulpiano dice que esto es justo, porque en las acciones contrarias no versa la cuestion sobre la buena ó mala fe del litigio, sino sobre arreglo de cuentas, que suele resolverse en algun modo por la instancia: «*Nec immerito; nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo qui fere iudicio solet dirimi*» (1). Y así es la verdad, pues sabido es que en las acciones contrarias no eran los perseguidos el tutor, el mandatario ó el depositario, sino el pupilo, el mandante y el deponente, á quienes se les pedia indemnizasen á los primeros de los gastos, expensas ó resto de cuentas que se les adeudasen. Por consiguiente, ninguna mala fe cabe en ignorar el importe exacto de estas indemnizaciones y querer arreglarlo por vias judiciales. Sin embargo, Ulpiano nos cita un caso en que habria mala fe de parte del mandante, y en el cual, por consiguiente, la accion contraria del mandato le produciria la nota de infamia: este caso seria si, negándose á reintegrar al mandatario de las deudas que éste hubiese adquirido por él, saliese condenado por la accion *contraria mandati* (2).

Sed etiam pacti, et recte. Porque la transaccion, dice Ulpiano, envuelve en este caso la confesion de un delito (*quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*) (3).

III. Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Utque enim imprimis adversarius in jus vocandus est, ad eum qui jus

depósito, *directas y no contrarias*; como tambien en la accion *pro socio*, que es directa para ambas partes, y en la cual cae infamia sobre cualquiera de los socios que salga condenado. Pero en las acciones de hurto, rapto, injurias y dolo, no solamente sufren infamia los que salgan condenados, sino tambien *los que transijan*; pues hay mucha distancia de ser deudor por delito á serlo por contrato.

3. El ejercicio de toda accion empieza en aquella parte del edicto, por la cual el pretor cita al demandado. Preciso es, pues, ante todo, citar á su adversario *in jus*, es decir, ante el juez competente.

(1) Dig. 3. 2. 6. § 7.

(2) Ib. § 5.

(3) Ib. 5.

dicturus sit. Qua parte prætor parentibus et patronis, item parentibus liberisque patronorum et patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si ab ipso prætore postulaverint et impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.

En esta parte de su edicto significa y manda el pretor que, por respeto á sus ascendientes y patronos, y aún á los ascendientes é hijos de los patronos y patronas, no pueden respectivamente citarlos *in jus* sus descendientes y libertos, sin pedir, y obtener ántes, licencia del pretor. Contra los que citasen sin este requisito, establece el pretor una pena de cincuenta sueldos.

Véase lo que anteriormente dejamos dicho en otro lugar.

TITULUS XVII.

DE OFFICIO JUDICIS.

TÍTULO XVII.

DEL OFICIO DEL JUEZ.

En este titulo dan ciertos detalles las Instituciones de Justiniano acerca de las reglas que debe seguir el juez en las principales acciones que se someten á su fallo.

Las extensas explicaciones que ya hemos dado de las acciones, nos dispensan de añadir aqui cosa alguna; y para la inteligencia de los siguientes párrafos nos bastará referirnos á lo que ya dicho dejamos.

Superest ut de officio iudicis discipiamus. Et quidem imprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet quam quod *legibus*, aut constitutionibus, aut *moribus* proditum est.

Réstanos hablar del oficio del juez. Ante todo, su primer deber es no juzgar nunca sino con arreglo á las *leyes*, las constituciones y las *costumbres*.

Legibus. Esto debe entenderse tambien respecto de los senadoconsultos *quæ legis vicem obtinent*.

Moribus. Esto debe ser extensivo á las respuestas de los juriconsultos; en una palabra, á todo el derecho civil. Durante el sistema formulario no se hallaba comprendido en esta obligacion del juez el derecho pretoriano, sino únicamente el derecho civil. El pretor era efectivamente quien, siempre que queria poner en vigor alguna disposicion del derecho honorario, lo hacia por la naturaleza ó por los términos de la fórmula que daba. Pero en tiempo de Justiniano no tiene ya lugar esta distincion, pues que entónces, por una parte, no se expedian ya fórmulas, ni, por otra, habian adquirido fuerza de ley casi todas las disposiciones del derecho honorario.