

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 jurisconsultos; 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.



En el lib. 4.º, tít. 5.º, hemos demostrado que la sentencia pronunciada contra la ley era nula por este solo hecho, y no habia necesidad de apelar de ella, porque sin este requisito se reponia el proceso á su primitivo estado.

La pena contra el juez que hubiera deliberadamente cometido semejante violacion de las leyes era la deportacion: «*Judex qui contra sacras principum constitutiones, contrave jus publicum quod apud se recitatum est, pronunciat, in insulam deportatur*» (1).

I. Ideoque, si noxali juicio ad-  
dictus est, observare debet ut, si  
condemnandus videtur dominus,  
ita debeat condemnare: PUBLIUM  
MEVIUM LUCIO TITIO IN DECEM AU-  
REOS CONDEMNO, AUT NOXAM DEDERE.

1. Por consiguiente, si debe  
juzgar respecto de una accion no-  
xal, y le parece que debe conde-  
nar al dueño, ha de redactar así su  
sentencia: CONDEMNO Á PUBLIO ME-  
VIO Á QUE PAGUE Á LUCIO TICIO DIEZ  
ÁUREOS, Ó Á QUE LE PRESTE NOXA.

*In decem aureos condemno.*—Ésta es la pena pecuniaria, la verdadera pena de la sentencia, porque en cuanto á la noxa, se deja el darla ó no, á merced del condenado, quien tiene esta facultad por beneficio de la ley. Así la accion *judicati* no podria ser intentada, en caso de necesidad, más que para reclamar el cumplimiento de la condena pecuniaria, segun más por menor hemos ántes de ahora explicado.

II. Et si in rem actum sit: si  
contra petitorum judicaverit, ab-  
solvere debet possessorem; sive  
contra possessorem, jubere eum  
debet ut rem ipsam restituat cum  
fructibus. Sed si possessor neget  
in præsentí se restituere posse, et  
sine frustratione videtur tempus  
restituendi causa petere, indulgen-  
dum est ei: ut tamen de litis æsti-  
matione caveat cum fidejussore, si  
intra tempus quod ei datum est  
non restituisset. *Et si hereditas peti-  
ta sit, eadem circa fructus interve-  
niunt quæ diximus intervenire de  
singularum rerum petitione. Illo-  
rum autem fructum quos culpa  
sua possessor non percepit, in  
utraque actione eadem ratio pene*

2. Cuando pronuncie sobre una  
accion real, si condena al deman-  
dante, debe absolver al poseedor:  
debe mandarle que *restituya la cosa  
con los frutos*. Pero si el poseedor  
alega de buena fe hallarse imposi-  
ibilitado de restituir inmediata-  
mente, y solicita se le conceda un  
plazo, debe concedérsele, si bien  
haciéndole responder con fiadores  
abonados por una suma igual al  
precio de la cosa litigada, para el  
caso en que no hiciese la restituc-  
cion en el plazo que se le hubiera  
concedido. Cuando sea llamado á  
juzgar sobre una *peticion de heren-  
cia*, debe sentenciar respecto de  
los frutos, al tenor de lo que de-  
jamos dispuesto para el caso de

(1) Paul Sent. 5. 25. 4.—Dig. 48. 10. 1. § 3. f. de Marcian.

habetur, si prædo fuerit. Si vero  
bona fide possessor fuerit, non  
habetur ratio consumptorum, ne-  
que non perceptorum. Post in-  
choatam autem petitionem, etiam  
illorum ratio habetur quia culpa  
possessoris percepti non sunt, vel  
percepti consumpti sunt.

peticion de objetos particulares, es  
decir, que en una y en otra accion  
deben imputarse de idéntico modo,  
respecto del poseedor de mala fe,  
los frutos que por culpa suya haya  
dejado de percibir. Pero si el po-  
seedor fuese de buena fe, entónces  
no se le deben exigir ni los frutos  
consumidos ni los no percibidos.  
Sin embargo, desde que esté incoa-  
da la demanda, deben imputarse,  
tanto los frutos no percibidos por  
culpa del poseedor, como los con-  
sumidos despues de la percepcion.

*Ut rem ipsam restituat cum fructibus.*—Trátase aqui del *arbitrium* prévio, que mediaba en las acciones arbitrarias, y, por consiguiente, en las acciones *in rem*, que creemos haber explicado ántes de ahora suficientemente. Notarémos únicamente de paso la facultad dejada al juez, de conceder, segun los casos, un plazo á la parte condenada para cumplir el *arbitrium*.

*Et si hereditas petita sit.* Véase, respecto de la peticion de herencia, lo que hemos dicho en el tomo 1, pág. 632.

III. Si ad exhibendum actum  
fuerit, non sufficit ut exhibeat rem  
is cum quo actum est; sed opus est  
ut etiam rei causam debeat exhi-  
bere, id est, ut eam causam habeat  
actor quam habiturus esset, si cum  
primum ad exhibendum egisset,  
exhibita res fuisset. Ideoque si in-  
ter moras usucapta sit res a posses-  
sore, nihilominus condemnabitur.  
Præterea fructuum medii temporis,  
id est, ejus quod post acceptum ad  
exhibendum judicium ante rem ju-  
dicatam intercessit, rationem habe-  
re debet judex. Quod si neget is  
cum quo ad exhibendum actum  
est, in præsentí exhibere posse, et  
tempus exhibendi causa petat, id-  
que sine frustratione postulare vi-  
deatur, dari ei debet: ut tamen ca-  
veat se restitutum. Quod si ne-  
que statim jussum judicis rem exhi-  
beat, neque postea exhibiturum se

3. En la accion *ad exhibendum*,  
no basta que el demandado ma-  
nifieste la cosa; es menester que  
tambien manifieste la causa, por-  
que si durante las dilaciones del  
pleito se concluye el término de  
la usucapion, será condenado el  
actor. El juez debe ademas tener  
en cuenta los frutos producidos en  
el tiempo intermedio, es decir, en-  
tre la interposicion de la accion  
*ad exhibendum* y el juicio. Si el de-  
mandado se encuentra de tal mo-  
do que le es imposible manifestar  
la cosa inmediatamente, y su de-  
manda solicitando plazo parece de  
buena fe y sin fraude, debe conce-  
dérsele, pero con tal que dé  
caucion de que cumplirá lo pro-  
metido. Pero si por su culpa el or-  
denamiento del juez para la exhi-  
bicion inmediata de la cosa ó la  
caucion de hacerlo despues, no se



caveat, condemnandus sit in id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.

Con las disposiciones de este párrafo sobre la accion *ad exhibendum*, deberán tenerse presentes las nociones que más ántes hemos dado sobre las acciones arbitrarias. Sabemos que la accion *ad exhibendum* era tambien de las arbitrarias, y por consiguiente, ántes de la sentencia definitiva mediaba un *arbitrium* que ordena la exhibicion.

IV. Si familiae erciscundæ iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet, et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut jam dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit, aut rem hereditariam corripit aut consumpserit. Quæquidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur.

V. Eadem interveniunt, et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. Quod si de una re, veluti de fundo: si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet; et si unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, veluti si homo forte aut mulus erit de quo actum sit: tunc totus uni adjudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnandus.

cumple, debe ser el reo, ó demandado, condenado á pagar todos los perjuicios y todo el interes que tuviera el actor en que la exhibicion se hiciese inmediatamente.

4. Si se trata de la accion *familie erciscundæ*, téngase presente que por ella debe adjudicarse cada cosa á cada cual de los herederos, y si la adjudicacion parece más considerable respecto de uno, debe, como ya hemos dicho, el juez establecer compensacion entre los coherederos por medio de una suma cierta. Igual sentencia debe recaer contra cada heredero respecto de su coheredero al repartirse los frutos percibidos de la herencia por uno de ellos, y para las cosas deterioradas ó destruidas. Y estas reglas son las mismas aunque haya más de dos herederos.

5. Lo mismo sucede en la accion *communi dividundo* cuando se trata de repartir muchas cosas. Pero cuando es una sola, como un fundo, en este caso, si puede dividirse cómodamente, el juez debe adjudicar las partes á cada uno en particular, y si le parece mayor la de uno, para la compensacion, le obligará á que dé una suma cierta. Pero si la cosa no puede dividirse, como un esclavo ó un mulo, entónces á uno solo se le concede el todo, y éste, para compensar á su copropietario, debe pagar una suma cierta.

VI. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex an necessaria sin adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari: quo casu, conveniens est ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc iudicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus, vel arbores finales cecidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur, veluti si quis jubente iudice metiri agros passus non fuerit.

6. En la accion *finium regundorum*, el juez debe examinar si es necesaria la adjudicacion, y sólo es en un caso: si acomoda distinguir los campos con límites más evidentes que los que ántes tenían. Entónces, en efecto, es necesario adjudicar á uno, una parte del campo del otro; y por consiguiente, el beneficiado en este caso debe ser condenado en una suma cierta, que percibirá el otro. Tambien por esta accion será condenado igualmente el que *fraudulenter* hubiese atentado contra los límites; por ejemplo, arrancando los mojones ó cortando los árboles que marcan aquéllos. En fin, sufrirá pena por contumacia el que, á pesar de la orden del juez, se oponga á que se midan los campos.

Véase sobre las tres acciones: *FAMILIÆ ERCISCUNDÆ* y *COMMUNI DIVIDUNDO* et *FINIUM REGUNDORUM*, lo que hemos dicho en el tomo 1 y en éste.—Estas tres acciones tenían de particular que llevaban consigo *adjudicacion* y *condenacion*.

Así en las acciones *FAMILIÆ ERCISCUNDÆ* y *COMMUNI DIVIDUNDO* habia *adjudicacion* á cada una de las partes, de la porcion que el juez les concedia, y por este medio, adquisicion exclusiva de propiedad, y ademas *condenacion* contra unos respecto de los otros para el pago de la suma ó sumas ciertas con que han de compensar á las partes, y tambien para las prestaciones personales de los copropietarios ó coherederos por las menguas y deterioro de la cosa comun. Tambien podia suceder que la accion tuviese únicamente por objeto, no el verificar ó realizar una division, sino las prestaciones personales, y en este caso no producian las acciones arriba citadas *adjudicacion*, sino sólo *condena*.

En cuanto á la accion *finium regundorum*, hemos visto tambien lo que el texto nos explica nuevamente; es decir, en lo que consistia la *condena*, y cómo la *adjudicacion* no era más que accidental, á no ser en los casos en que el juez creia útil alterar los límites, y por consiguiente, atribuir á uno de los vecinos la propiedad de una parte del terreno que pertenecia ántes al otro, salva la condenacion pecuniaria contra el que saliese mejorado, para compensacion. Pode-



mos hacer notar que, hablando propiamente, en el derecho antiguo se llamaban *finis* el espacio sin labrar, *nullius*, de cinco piés de anchura, que mediaba entre los fundos (*Hist. de la legisl. rom.*, tab. VII, § 4, pág. 91), y que la accion *finium regundorum* tenía por objeto arreglar estos límites.

*Aliquid malitiose commisit.* Habia, ademas, contra los que destruian los límites, penas públicas, que están indicadas en el Dig., libro 47, tít. XVI, *de termine moto*, y que á veces llegaban hasta ser un destierro.

VII. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit cui adjudicatum est.	7. Todo lo que se adjudicaba por estas acciones se hacía inmediatamente propio de aquel á quien se adjudicaba.
--	--

Sabemos, en efecto, que la *adjudicacion* era, aún segun la ley de las Doce Tablas, uno de los medios legales de adquirir el dominio romano.

Martín T. Carrón.

## RESÚMEN DEL LIBRO CUARTO.

(DESDE EL TÍT. XIII AL XVII.)

### Excepciones. — Réplicas, dúplicas, etc.

La excepcion es un medio de defenderse de la accion.—En el sistema formulario era en realidad una excepcion, ó una restriccion puesta por el pretor, á la forma de la condena en la *intentio* ó en la *condemnatio*.

Se empleaban cuando, segun decreto estricto, la accion existente y que el actor tenía por alguna circunstancia particular alegada por la demanda, y de que el juez no podia ocuparse por derecho pleno; era injusta si la excepcion tenía algo de cierta. El pretor, creando una excepcion para este caso en la pretension del demandante, encargaba al juez que tuviera en cuenta esta circunstancia y que le diese valor en derecho.—Tambien se recurría á las excepciones en ciertos casos en que los hechos alegados por el actor eran de tal naturaleza que se podia con ellos solos rechazar la accion si sobre ellos se contendiese.—Pero cuando la accion por su propia naturaleza llevaba consigo la prevencion judicial de que se tuvieran en cuenta los hechos alegados, era inútil interponer excepciones; por consiguiente, en las acciones de buena fe, todas las excepciones que se fundasen en la buena ó mala fe se sobreentendian de pleno derecho.

Las excepciones citadas por el texto son: las que provienen de dolo (*exceptio doli mali*), de la violencia (*metus causa*) ó del error: la de dolo en general: las otras dos se aplican á casos especiales.—Las excepciones de hecho (*in factum*; — *in factum compositæ*) no son una especie particular de excepciones, sino tan sólo una forma de cómo se pueden redactar; en efecto, se dice que son de hecho cuando el pretor ha especificado un hecho precisa y circunstancialmente, que el juez debe averiguar. Tales son las excepciones (*pe-*