

## CAPITULO V.

En la jurisprudencia romana se encuentra en embrion la idea del enjuiciamiento convencional.—Exposición de varias leyes.—Cada una de ellas fué expedida en alguna de las épocas mas bonancibles para la ciencia.

La ley séptima, título décimocuarto, libro segundo del Digesto, se expresa de la manera siguiente en el párrafo catorce: “Cuando se pacta que no se intentará la denuncia de obra nueva, opinan algunos que el pacto no vale, porque debe intervenir en el asunto la *autoridad* del Pretor; Labeon, sin embargo, distingue si la denuncia de la nueva obra se refiere á cosa privada ó á cosa pública: en el primer caso, tiene por váli-

do el pacto, y no en el segundo. Esta distincion es exacta. Y por lo general es lícito pactar acerca de todo lo que se refiere al edicto del Pretor, con tal de que se trate de cosa privada, y no ha ya perjuicio para el público.”

La razon que habia, ántes de la respuesta de Labeon, para dudar sobre la validez del convenio, se desprende naturalmente de las siguientes consideraciones. La denuncia se hacia sin ingerencia del Pretor por el quejoso al dueño de la obra, á quien desde ese momento quedaba prohibido por el edicto continuarla sin permiso del denunciante, á no ser dando fianza de indemnizacion. A esta prohibicion se refiere la ley, al hablar de la *autoridad (imperium)* de dicho magistrado (\*); y como segun las reglas del

(\*) Cujac., tom. 1.º, pág. 929, letra E.

derecho romano, ni el solemne ni el pretorio podían ser alterados por los pactos de los particulares (\*), de ahí provino que algunos jurisconsultos fuesen de sentir que la renuncia del interdicto importaba una infracción de ellas.

Labeon, no obstante eso, debía tener muy presente el principio de derecho universal, según el cual puede cualquiera renunciar lo que está establecido para su beneficio: principio invocado poco tiempo antes por Ciceron, cuando decía: *Quod mihi lex mea causá det, eo mihi non uti non licebit?*: (§) principio, en fin, de que hizo recta aplicación, como lo reconoce la ley, el primero de los dos famosos jurisconsultos, al distinguir entre las cosas públicas y las privadas, para resol-

(\*) Ley 27, D. de reg. jur.

(§) Tercera verrina.

ver si es válido el pacto de no formalizar la denuncia de obra nueva.

La misma disposición, y por igual motivo, adoptaron respecto de los interdictos *quod vi aut clam* y *unde vi* las leyes tercera, párrafo segundo, título veinticuatro, libro cuarenta, y vigésima séptima, párrafo cuarto, título catorce, libro segundo del Digesto.

Al tocar este punto, se hace preciso notar que se expresó con ligereza Gothofredo cuando, al comentar la ley veintinueve C. de *pactis*, que se apoya en el principio referido, lo califica de *fundamento débil en demasía*, y esto porque no era lícito, conforme á la jurisprudencia romana, renunciar el derecho propio en algunos casos, como sucedía respecto de los alimentos, del privilegio de la dote y de la caución del usufructo; pero estas excepciones en nada afectan la con-

sistencia del apotegma, porque, aparte de ser rarísimas, no están en perfecta consonancia con la filosofía del derecho.

Se ve, pues, que las leyes traídas á colacion atendieron solamente á la incolumidad del principio, á la vez que protegían la libertad de pactar, sin preocuparse con los perjuicios que en lo particular pudieran resultar de la renuncia; porque el interes individual sabrá en cada caso compensarlos con tales ó cuales ventajas ó conveniencias que seria imposible apreciar por medio de providencias generales.

Véase ahora el texto de la ley primera *C. de jurisdictione*: “No fué competente nuestro Procurador (\*) en un litigio puramente privado; pero como ambos adversarios lo elegisteis, y con vues-

\* Solo juzgaba los pleitos entre el fisco y los particulares.

tro consentimiento ha sentenciado, habreis de acatar el fallo, puesto que el procurador tiene facultad de juzgar en determinados casos, y ya que sabiendo vosotros que era incompetente, os habeis de grado sometido á su jurisdiccion. Lo mismo se observará para otros juicios semejantes, tanto respecto del que deduce la accion, como del que opone la excepcion.”

Así era que por convenio de las partes podia alterarse el órden judicial en cuanto al fuero competente, dándose al juez autoridad en asuntos en que por ley no la tenia. Esta concesion en favor de la libertad de pactar es tanto mas sorprendente, cuanto que va de por medio la jurisdiccion que, segun enseñan los tratadistas, es materia del derecho público, y fundan su doctrina en dos principales consideraciones:

1ª La jurisdicción emana de la soberanía, y las prerogativas á esta inherentes no pueden ser modificadas por convenciones particulares.

2ª Al orden público importa que las funciones jurisdiccionales estén bien deslindadas, para evitar, así las colisiones de los tribunales entre sí, como las controversias que entre los litigantes pudieran surgir sobre competencia de fuero.

Pero si bien se examinan los preceptos que en la materia rigen, aunque unísonos con los de la conveniencia pública, están directa y principalmente calculados para ahorrar molestias y perjuicios á los litigantes. Se estableció el fuero del domicilio, para evitar al demandado el trastorno que le causaría salir del lugar en que tiene su familia y sus afecciones, su casa y sus negocios.

Los fueros del lugar del contrato y

ubicación de la cosa llevan primariamente por objeto facilitar las diligencias que respecto de esta deben practicarse, y proporcionar á las partes la oportunidad de reunir y presentar sus pruebas con menores dilaciones y gastos.\*

Este es el lugar oportuno para consignar un axioma que debe tenerse muy presente, por ser uno de los fundamentos en que estriba la teoría desarrollada en el presente ensayo: *Los juicios son de orden público, en cuanto no puede el social consentir en que se recurra á la violencia para la consecución de los derechos individuales; pero los medios de acción y de defensa están principalmente establecidos en favor de los litigantes.*

Podría tal vez objetarse en contra de la ley de que se trata lo dispuesto en la

\* Esto debe entenderse respecto de la división local de las jurisdicciones; pero no habla con la específica, que es indudablemente una institución de derecho público.

décima octava *D. de jurisdictione*, la cual determina que, si habiendo las partes convenido en someterse á un tribunal que no sea el competente, mudare alguna de ellas de parecer, no podría sostenerse el pacto. Pero esa aparente antinomia se explica por la diferencia que el derecho romano estableció entre pactos *nudos y vestidos*, concediendo á estos accion y negándola á los otros. La última ley citada supone que se ha efectuado una convencion *aislada* para la renuncia del fuero; y en tal caso, por llevar el carácter de *nuda*, no es civilmente obligatoria para el que rehusa cumplirla. Pero lo contrario sucederia, si en ella concurrieran los requisitos necesarios para considerarla *vestida*, por ejemplo: si se la hubiera formalizado juntamente con un contrato, porque los pactos añadidos (*pacta adjecta*) producen

accion y excepcion. Así es que el precepto se refiere no á la esencia, sino á la forma del pacto.

El párrafo sexto de la ley quinta, título sesenta y tres, libro séptimo del Código, está concebido en estos términos: “Pero si las partes creyeren conveniente pactar, mediante escritura, que á ninguna de ellas sea lícito interponer el recurso de apelacion, ó bien que no se observe ninguno de los términos fatales, determinamos que subsista el pacto; pues queremos que la austeridad de la ley quede en este caso mitigada por los convenios de los litigantes.”

Pues bien, la apelacion está considerada como el complemento de los juicios de mayor cuantía: es en ellos lo que el segundo cuerpo en las edificaciones de cierta importancia. Sus ventajas fueron reconocidas desde los tiempos bíblicos:

ella repara los agravios que se hayan inferido en primera instancia á los litigantes por torpeza ó mala fe: ella suple las omisiones y enmienda los yerros en que puedan las partes haber incurrido al exponer ó probar los hechos en que funden sus derechos: ella obliga á los jueces inferiores á ser diligentes y rectos en el cumplimiento de sus deberes, sabiendo que hay un superior que ha de revisar sus actos, corregir sus errores y castigar sus faltas.

En vano se trató, al iniciarse la revolucion francesa, de inducir á la Asamblea Nacional á que suprimiera la jerarquía judicial y las instancias. Aquella célebre legislatura se guardó muy bien de acoger tan perniciosa reforma, cuyo resultado hubiera sido privar á los litigantes, á su pesar y por razones de orden secundario, de las ventajas que co-

mo inherentes á la apelacion se acaban de reseñar. Pero si ellos, ya porque depositen ilimitada confianza en el juez de primera instancia, ya por verse en la necesidad de obtener una resolucion pronta, ora por evitarse gastos, ora por motivos de conveniencia especiales para cada caso, acordaren deliberada y espontáneamente concluir sus diferencias en una sola instancia, ¿por qué impedirles que obren como á sus miras convenga? Tanto más, cuanto que sus intereses pueden sufrir por el hecho de frustrarse algun contrato ó negocio cualquiera que tenga por base forzosa la renuncia de la apelacion.

Por estas y otras consideraciones análogas debió determinarse Justiniano á sancionar la ley que se comenta, de la cual surge naturalmente la deduccion que sigue:

*Si respecto de la apelacion, que comprende tantas y tan importantes diligencias judiciales, pareció conveniente al legislador "mitigar la austeridad de las leyes," permitiendo la omision del recurso por pacto expreso de los litigantes, con mucha mas razon habrá de concedérseles igual permiso (que no seria mas que el ejercicio de la libertad natural), tratándose de diligencias ménos interesantes ó en menor número, conforme á la regla de derecho que dice: "No debe impedirse lo ménos á quien es lícito lo mas. \**

Queda aun por exponer otra ley cuya importancia no podria nunca ponderarse demasiado, así porque entraña el mas fecundo gérmen del enjuiciamiento convencional, como porque su adopcion y desarrollo introducirán en el sistema hi-

\* L. 21 de divers. reg. jur.

potecario una mejora que reclaman los principios de la ciencia económico-política. Es la ley tercera, título catorce, libro octavo del Código. Héla aquí: "No hacen fuerza los acreedores que, ejecutando la ley del pacto, entran en posesion, por no habérseles devuelto su dinero; deben, sin embargo, tomarla mediante la autoridad del juez."

A primera vista parece haber contradiccion entre los dos miembros de que se compone el texto, puesto que en el primero se faculta al acreedor para entrar de propia autoridad en posesion de la prenda, y en el segundo se dice que debe ocurrir á los tribunales.

Para zanjar la dificultad, opinan algunos glosadores que la palabra *deben* ha de interpretarse por *pueden*, ya que suele tomarse una por otra en el Cuerpo del Derecho; pero la glosa no es ad-

misible porque estriba sobre el cambio en la acepcion genuina de una palabra que viene á ser como la clave del pensamiento expreso en la ley.

Otros son de parecer, que debe distinguirse si hay ó no resistencia de parte del deudor para la ejecucion del pacto. En el primer caso, afirman que es irreprochable el procedimiento. Respecto del segundo, sostienen que si bien no podria el deudor valerse del interdicto *unde vi*, obraria el acreedor con mas mesura y seguridad, procurándose la mediacion de la autoridad judicial; pues aunque no hubiera lugar el interdicto, podria objetarse la legalidad de la posesion, por exigir el órden público que no se obtenga por violencia la justicia. De ahí es que no incurriria el acreedor en la pena establecida para *la fuerza*; pero podria resentir los malos resultados

de la posesion ilegal, como son el no hacer suyos los frutos y la inhabilidad para trasferir el dominio. \*

Fuera de toda duda está, que el acreedor se excederia compeliendo al deudor resistente al cumplimiento del pacto por los medios de apremio que emplea el poder público para la ejecucion de un fallo, y que deberia, para llegar á ese resultado, ocurrir á la autoridad judicial. Pero en tal caso, ¿ha de procederse conforme á la sustanciacion comun, por demanda y respuesta, ó en la via de apremio y sin mas actuaciones que las necesarias para dar la posesion? En este punto hay tambien divergencia de pareceres; bien que segun el mas conforme al espíritu de la ley, que es el que sigue la mayoría (en la cual se encuentra Grego-

\* Donell, comentario á la ley de que se trata.

rio Lopez), \* si al hacerse el convenio, se pactó la vía de apremio para el evento de oposicion del deudor, deberá seguirse el procedimiento pactado.

El fundamento de este sentir se percibe desde luego: el legislador quiso á tal grado roborar la *ley del pacto*, que declaró no ser caso de fuerza la posesion tomada de propia autoridad. Si pues dispone á renglon seguido que para mayor seguridad se pida al juez la ejecucion del convenio, y si por este se determinó el procedimiento que deberia emplearse, el seguir otro seria infringir y hacer irrisoria la *ley del pacto*, cuando tanta importancia se le atribuye.

Se infiere de lo expuesto que, segun la letra y espíritu de las leyes referidas, puede mediante pacto renunciarse ya

\* Glosa 4ª á la ley 14, tít. 14, Part. 5ª

una accion, ya una excepcion, ya el procedimiento comun para sustituirlo con el que convencionalmente se adopte.

No hay mas que generalizar estas ideas, para llegar á la del enjuiciamiento convencional en los términos en que la formula este opúsculo; pero lo que de mas notable tienen es que fueron surgiendo en épocas consideradas como las de mayor lustre y progreso para la jurisprudencia romana.

La primera de esas leyes, aunque tomada de las obras de Ulpiano, realmente se funda en una respuesta de Marco Antistio Labeon, que vivió en tiempo de Augusto, cuando la jurisprudencia era considerada como la parte mas importante de la filosofía, y cuando el gefe del Estado, para enaltecerla, concedió á varios jurisconsultos, entre otros al segundo de los enunciados, el privilegio de dar

respuestas que se consideraban como emanadas de la autoridad suprema.

Durante el gobierno de los Antoninos florecieron los mas eminentes legistas, como Gayo, Emilio Papiniano, Herencio Modestino, Séptimo Severo, Julio Paulo y Domicio Ulpiano. Los dos últimos, sobre todo, escribieron numerosos tratados, de los cuales se obtuvo gran provecho en la formacion de las Pandectas, puesto que los extractos de Ulpiano forman una tercera, y los de Paulo una sexta parte de ellas.

La justa reputacion de estos sabios llegó á tal grado, que sus respuestas eran consultadas con preferencia al texto de la ley, principalmente las que aclaraban puntos difíciles de derecho. De aquí resultó un fenómeno singular, y fué que los romanos poseyesen entónces una literatura jurídica, por decirlo así, en

que la belleza del lenguaje, la concision y la admirable claridad en el desenvolvimiento de las cuestiones mas intrincadas, contrastan con la decadencia que, desde el tiempo de Séneca, comenzó á notarse en la literatura propiamente diccia. Pues bien, en esa época, que puede considerarse como la de oro para la jurisprudencia, fué expedido por los emperadores Severo y Antonino el rescripto que autoriza al acreedor para entrar de propia autoridad en posesion de la prenda en virtud de *la ley del pacto*.

Justiniano sancionó la renuncia del fuero competente y la de la segunda y ulteriores instancias; y ahí están las legislaciones modernas de los países latinos, calcadas todas sobre la justiniánea, para atestiguar hasta qué punto fué bonancible aquel reinado para la ciencia!