

## RÉGIMEN JURÍDICO DEL IUDICIUM CALUMNIAE DECIMAE PARTIS.

Julio García Camiñas

*Sumario:* 1) *Sacramentum* y *iudicium calumniae decimae partis*. 2) *El concepto de calumnia procesal en derecho clásico*. 3) *Elementos del supuesto delictivo*. a) “*actionem instituere*”. b) “*agere non recte*”. c) “*vexandi adversarii gratia*”. d) *dolus scienter*. 4) *Ambito de aplicación e importe de la condena*.

Gayo dedica en sus *Institutiones* una particular atención a la *calumnia* cometida en un juicio privado o mediante un juicio privado, sin duda, porque debió de tener una incidencia social importante a lo largo de todas las etapas de la historia jurídica de Roma. Muy pronto, la notable trascendencia que para el logro de la paz social tiene siempre la rápida y eficaz administración de la justicia, perturbada por la existencia de litigantes calumniosos, vino a justificar la adopción por el *ius civile* de medidas jurídicas destinadas a excluir, y si ello no se lograba, a sancionar a los litigantes calumniosos. Entre esas medidas se encuentra el *iudicium calumniae decimae partis*.

### 1) SACRAMENTUM Y IUDICIUM CALUMNIAE DECIMAE PARTIS

En sus orígenes más remotos, la sanción de la calumnia procesal puede vincularse con el *sacramentum*<sup>1</sup>, es decir, con la apuesta sacramental que tanto el demandante como el demandado debían arriesgar cuando litigaban a través del primitivo modo de la *legis actio per sacramentum in rem* o *in personam*. De este modo, el *agere cum poena* se corresponde<sup>2</sup> con una de las fases de desarrollo de la sanción de la *calumnia* en los primitivos ritos procesales, sobre los que influyó la progresiva desacralización y secularización de la vida social a medida que se avanza en la época republicana. Es posible establecer una línea de continuidad<sup>3</sup> entre aquellas cantidades del *agere cum poena* y las

<sup>1</sup> TONDO, *La semantica di 'sacramentum' nella sfera giudiziale*, en *SDHI*. 35 (1969) 249 ss.

<sup>2</sup> MURGA, *Derecho romano clásico II. El proceso* (Zaragoza 1983) p. 118 ss.

<sup>3</sup> Aparece la relación entre *calumnia* y *sacramentum* en Varrón, *De lingua latina* 5, 180, cuando señala que *sacramentum* era “*ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro; qui petebat et qui infitabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pontificem deponebat, de aliis rebus item certo alio legitimo numero actum*”. Lo que resuelve intelectualmente la relación entre esa cantidad depositada, probablemente al tiempo que se prestaba un juramento, y aquella referencia que todavía conserva Gayo 4, 171, *modo iusiurandi religione*, para indicar la forma en que el juramento de calumnia refrenaba la litigiosidad calumniosa.

cantidades arriesgadas en la *condictio certae creditae pecuniae*<sup>4</sup> que representan una forma más perfecta de disuadir o, si no se logra, sancionar a los litigantes rechazados en sus pretensiones. No puede dejar de resaltarse, también, en línea de continuidad, que, como es sabido, en las reclamaciones de libertad se apostaban 50 ases y contra el *adsertor libertatis* se da el *iudicium calumniae tertiae partis*, según recuerda Gayo.

## 2) EL CONCEPTO DE CALUMNIA PROCESAL EN DERECHO CLÁSICO

El concepto de *calumnia* procesal con que se operaba en el derecho clásico puede obtenerse a partir de dos fragmentos de Gayo. Uno está en sus *Institutiones*, 4, 178, donde al referirse a quién puede ser condenado por *calumnia* en el proceso privado señala *nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis. Calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen*<sup>5</sup>.

La *calumnia* procesal aparece en el concepto de Gayo como la conducta del demandante que dolosamente litiga sin razón y por vengar a su adversario, buscando que bien el error o la iniquidad del juez le permitan alcanzar la victoria procesal. El dolo deriva del hecho de que el demandante sabe que su pretensión no se fundamenta en una *causa veritatis*, lo que deberá ser probado en el correspondiente *iudicium calumniae*.

En el segundo fragmento Gayo, 1 *ad legem duodecim tabularum*<sup>6</sup> (D. 50, 16, 233 pr.), dice: '*Si calvitur': et moretur et frustretur. inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est*; en este texto, al comentar la expresión *si calvitur* de la ley de las XII Tablas Gayo define a los calumniadores como aquéllos que entablan litigios fraudulentos y frustrados para vengar al adversario, poniendo de manifiesto que el concepto de *calumnia* procesal pertenece al *ius civile*<sup>7</sup>, originándose en el planteamiento procesal de acusaciones falsas en los juicios criminales.

---

<sup>4</sup> Así, MURGA, *Derecho Romano Clásico II. El proceso* p. 121 nt. 125, "mucho tiempo después de las viejas acciones de la ley, aún encontramos un *agere cum poena* en plena época clásica dentro de la tramitación de la *condictio certae creditae pecuniae*".

<sup>5</sup> La parte final de Gayo, 4, 178 y, en concreto, el que pudiese contener una glosa debe valorarse a la luz de las encontradas posiciones de los autores acerca del verdadero carácter de la obra de Gayo ¿lecciones del maestro o apuntes de los estudiantes?, que afectaría al estilo, y sobre lo que no es posible decidir según SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. ital. por NOCERA, Firenze 1968), p. 285. En particular, es notable la polémica sobre la existencia de elementos post-gayanos introducidos en el libro 4 referido a *actiones* ya en desuso. SOLAZZI, en *St. Riccobono* 1, 73, entiende la obra de Gayo como la más glosada de toda la Jurisprudencia clásica, pese a lo cual su sospecha por lo que se refiere a 4, 178 se limita a la "colección" final, y BRASIELLO sv. *calumnia*, en *Enciclopedia del diritto* V (Milano 1959) 815, parece dejarlo en la duda de "se non è un glossema"; sin embargo, SIBER, *Das Problem der vorjustinianischen Textveränderungen*, en *Atti del congresso Internazionale di Diritto Romano*, Roma I (Pavia 1934) p. 415 ss., piensa -seguramente de modo acertado- que en un libro, como el cuarto, que trata de un sistema de acciones ya en desuso, no tienen sentido las adaptaciones y, en consecuencia, niega que sea una glosa. En sentido distinto, A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca 1943) p. 100 nt. 105, estima que "es evidente que también en el libro de las *actiones* existen elementos post-gayanos".

<sup>6</sup> LENEL, *Palingenesia I*, c. 243 (§ 422)

<sup>7</sup> Esto explica por qué Gayo no recoge en sus *Institutiones* la acción al *quadruplum* contra el *calumniator* que actuó por *lucrum* al tratarse de una acción pretoria, mientras que él centra su atención en los recursos civiles.

Gayo relaciona el significado de calumnia procesal con el significado propio del verbo *frustror*, por lo que el concepto de *calumniator* abarca esos casos en que se “hace vano”, se “frustra” un proceso. *Fraus* y *calumnia* son para los gramáticos antiguos ideas comparables, porque el fraude se integra en el campo conceptual de la *calumnia*<sup>8</sup>, siendo ésta una forma de fraude procesal<sup>9</sup>.

### 3) ELEMENTOS DEL SUPUESTO DELICTIVO.

En la definición de Gayo, antes trascrita, el concepto de *calumnia* procesal sancionable con el *iudicium calumniae decimae partis* se configura con una serie de elementos, que es necesario analizar para fijar con precisión los supuestos en que resulta de aplicación el que, de modo abreviado, llamamos *iudicium calumniae*.

#### a) “*actionem instituere*”

Así, incorpora la referencia a *actionem instituere* con sentido de entablar un proceso, que hace que esta forma de calumnia procesal sólo pueda ser cometida por el demandante y que sólo contra él pueda ser dirigido el *iudicium calumniae*, pues aunque también el demandado puede incurrir en *calumnia* procesal cuando se resiste dolosamente a la pretensión actora, y por ello se le obliga a prestar el juramento *de calumnia* en la forma que el propio Gayo, 4, 172, recuerda de *calumniae causa infitias ire*, sin embargo, no es sujeto pasivo del *iudicium calumniae*, utilizable sólo para sancionar la conducta calumniosa de quien actuó como demandante.

De este modo, en las acciones divisorias como recogía Paulo, 6 *ad Sabinum* (D. 10, 2, 44, 4): *qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire*<sup>10</sup>, es posible la calumnia en razón del carácter doble de la posición de los intervinientes, siendo posible la calumnia procesal tanto como demandantes (*intendere*) como en condición de demandados (*infittias ire*), pero sólo es aplicable la sanción del *iudicium calumniae* por su condición de demandantes y siempre que no hubiesen prestado el juramento de calumnia que, como veremos, impide el posterior ejercicio del *iudicium calumniae*.

<sup>8</sup> ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine, Histoire des mots* 4 (Paris 1959, reproducido en un solo volumen en Paris 1985), sv. *frustra*.

<sup>9</sup> *Frustrandi gratia* es la expresión utilizada por Gayo para referirse a la intención de eludir un proceso por parte de quien iba a ser demandado, supuesto, en cierto modo, reconducible a la calumnia. 4 *ad Edictum provinciale* - D. 4, 6, 25, *Quod quidem simili modo ad eum quoque pertinere dicemus, qui non frustrandi gratia id facere, sed quod multitudine rerum distringeretur*. En el mismo sentido, relacionable con la idea de calumnia procesal del demandado, aparece *frustrantur* utilizado por Paulo, 12 *ad edictum* -D. 4, 6, 24.

<sup>10</sup> CUYACIO estima que el texto es debido a Triboniano desde *et ideo*, según ALBERTARIO, *I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacio*, en *ZSS.* 31 (1910) 167; también para LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de calumnia*, en [TR. 21 (1953) 50 nt. 75] = *Études Romanistiques* p. 35 nt. 75, “le texte laisserait entendre que ce serment était constamment exigé de tous les plaideurs, ce qui n'était pas exact avant Justinien”. GLÜCK, *Commentario alle pandette* 12 (trad. ital. por BERTOLINI) p. 363 y BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano* (Roma 1886, Roma 1967) p. 202, observan acertadamente que la constitución de Justiniano relativa al juramento de calumnia, C. 58 (59) 2, 2, es del año 534, posterior al Digesto, por lo que no pudo influir en sus textos esa generalización del juramento.

El sentido de la calumnia procesal sancionada con el *iudicium calumniae*, puede comprenderse mejor poniéndolo en relación con un supuesto de hecho que sucedería a veces según se desprende de lo que afirma Ulpiano, 41 *ad Sabinum* (D. 47, 2, 27 pr.): *sed potest dici, quia nonnumquam debitores tabulas sibi restitui petant, quia nonnumquam calumniantur debitores quasi indebito soluto, ab his interesse creditoris tabulas habere, ne forte controversiam super ea re patiatur.*

La calumnia procesal consiste en este supuesto en el hecho de que un deudor después de haber pagado lo debido, interpone dolosamente la *condictio indebiti* porque sabe que su antiguo acreedor ha perdido las *tabulae creditoris*, principal medio de prueba de la existencia de la deuda, que justificó el pago que ahora calumniosamente pretende repetir. Una vez rechazado en su calumniosa pretensión, este demandante podría ser sancionado con el *iudicium calumniae*.

### b) “*agere non recte*”

Una segunda connotación que Gayo incorpora al concepto de la calumnia procesal y que reviste un gran interés jurídico es *non recte*<sup>11</sup> *se agere*, es decir, ir en contra del derecho mediante la utilización abusiva del ejercicio de una acción sin fundamento, lo que convierte a su ejercicio en ilegítimo. El derecho romano clásico, como es sabido, consiste esencialmente en un conjunto orgánico de acciones, lo que hace que el ejercicio de las *actiones* y el desarrollo del proceso sea el elemento central, especialmente protegido de las actuaciones calumniosas.

Este importante elemento conceptual de la calumnia es resaltado por Gayo, 4, 178, *severior autem coercitio est per contrarium iudicium..... contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*, cuando precisa, en este texto, que el juicio contrario sanciona incluso al demandante cuando a pesar de creer *recte agere*, sin embargo, resultó vencido<sup>12</sup> en un proceso que trae como consecuencia posible el *iudicium contrarium*<sup>13</sup>.

Gayo toma de nuevo en consideración esta nota conceptual de la *calumnia* sancionada con el *iudicium calumniae*, en vía de comparación con los otros recursos, cuando trata de la *restipulatio tertiae* o *dimidiae partis* que el demandante hace como contra-apuesta procesal de la *sponsio*, por igual importe, del demandado, en 4, 180, donde señala que *restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quemadmodum*

---

<sup>11</sup> En su significado el adverbio *recte* derivado de *rectus* se opone a *prauus*, como la actuación jurídica correcta es oponible a la calumnia; así, en la *lex Irmitana* cap. 84, *sponsio in probum facta* es una *sponsio* calumniosa. A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, en *Sodalitas Scritti in onore di Antonio Guarino* 6 (Napoli 1984) 2585; también, DOMINGO, *Sponsio in probum*, en *SDHI* 55(1989) 419. Para la conversión *v/b*, pensemos en el “aprobar” castellano frente a los “*approuver*, *aprovar* o *approvare*”, de las demás lenguas romances.

<sup>12</sup> Pese a BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana II* (Milano 1973), p. 423 nt. 122, el fundamento del juicio contrario no se asienta en el concepto de calumnia sino en la *temeritas*. Así, ya en GLÜCK, *Commentario alle pandette* 3 (trad. FERRINI, Milano 1888) p. 208.

<sup>13</sup> GAYO, 4, 177, es por la décima parte si resulta vencido en la *actio iniuriarum*; por la quinta cuando se reclama infundadamente contra la madre *ventris nomine in possessionem missa* como si hubiese cedido dolosamente su posesión a otra persona, o cuando se reclamó afirmando que se impidió entrar en la posesión al autorizado por el pretor. Un *iudicium contrarium* se ofrecía en el último de los edictos especiales (§ 197) que seguían al edicto general (§ 190) en el título *de iniuriis*, según el orden edictal reconstruido por LENEL, EP.3 p. 397 ss.; SANTA CRUZ y A. D'ORS, *A propósito de los edictos especiales 'de iniuriis'*, en *AHDE*. 49 (1979) 654.

*contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit.* Por lo que resulta que, en esta contra-apuesta procesal, el demandante es condenado a la *poena restipulationis* por el simple y objetivo hecho de haber perdido el proceso, sin que sea necesario investigar acerca de si sabía que litigaba sin razón, como con toda claridad se resalta al señalar *nec requiritur, an scierit non recte se agere*, es decir, sin que sea necesario determinar su calumnia procesal.

De lo expuesto resulta que *calumniae causa agere* es lo contrario al *agere recte*, pues el sentido último de la *calumnia* procesal es “*scire non recte se agere*”, por lo que, precisamente, el *iusiurandum calumniae* del demandante, que luego analizaremos, sirve para garantizar ante el pretor y frente al adversario, que la acción se ejercita justamente, es decir, desde el convencimiento en las propias razones de hecho y de derecho.

En este mismo sentido aparece utilizada la expresión *agere recte* por Pomponio, en 18 *ad Sabinum*<sup>14</sup> (D. 10, 4, 15): *Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem. Quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest*<sup>15</sup>.

A tenor del parecer de Labeón, recogido en el texto, no puede ejercitarse “justamente” (*agere recte*) la acción de hurto o la exhibitoria porque el dueño del fundo al no mover el tesoro<sup>16</sup> de sitio, ni lo posee ni lo deja de poseer con dolo malo<sup>17</sup>. El comentario de Pomponio permite establecer la relación contraria entre la *calumnia* procesal y el *agere recte*, porque lo que muestra como *iniquum* es que pese a ofrecerse el solicitante a jurar *non postulare calumniae causa*, sin embargo, no se le concede la acción o el interdicto<sup>18</sup> para hacer valer su legítimo interés.

Por otra parte, se configura también como calumnia procesal el ejercicio de una acción al margen de su verdadero fundamento jurídico, o razón de ser, dentro del orden de las acciones. Así se desprende de lo señalado en relación con la *actio ad exhibendum*<sup>19</sup> en libro 4 *Alfeni digesta a Paulo epitomata*<sup>20</sup> (D. 10, 4, 19): *ad exhibendum pos-*

<sup>14</sup> LENEL, *Palingenesia II*, c. 126 (§ 657).

<sup>15</sup> Para las críticas al texto, cfr. *Ind. Interp.*, sin que ninguna de las referidas afecte al aspecto esencial que aquí interesa.

<sup>16</sup> Para la adquisición del *thesaurus*, vid. KASER, *Das römische Privatrecht I*<sup>2</sup> (München 1971), p. 426 y bibliografía allí citada en nt. 15.

<sup>17</sup> Para el análisis de la legitimación pasiva en la acción exhibitoria de quien deja dolosamente de poseer, vid. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico*, en *SDHI*. 26 (1960) 217 s., para quien Labeón, en lugar de la acción exhibitoria negada por no considerar al dueño del fundo como poseedor del tesoro, otorga el interdicto *ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam, tollam, exportem*.

<sup>18</sup> Sobre esta referencia a la concesión de un interdicto, vid. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966), p. 321 nt. 36, donde debe corregirse Lab.-Ulp. por Lab-Pomp., y BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico*, en *SDHI*. 26 (1960) 217 s., para quien Labeón, en lugar de la acción exhibitoria negada por no considerar al dueño del fundo como poseedor del tesoro, otorga el interdicto *ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam, tollam, exportem*.

<sup>19</sup> Para la *actio ad exhibendum*, vid. KASER, *RPR*. cit., I<sup>2</sup> p. 434 y bibliografía citada allí en nt. 19.

<sup>20</sup> LENEL, *Palingenesia I*, c. 51 (§ 66); SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* cit., p. 365.

*sunt agere omnes quorum interest. sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur; animadvertere convenire. nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset*<sup>21</sup>.

En este fragmento se admite la legitimación activa en la *actio ad exhibendum* de todos aquellos que tienen un interés legítimo, que es valorado por el pretor antes de otorgar la acción, sólo concedible a quienes tienen el interés específico de un *iussum ducendi vel ferendi*. La interpretación jurisprudencial habría ido configurando casuísticamente la razón jurídica que justificaba el ejercicio de esta *actio*<sup>22</sup>, de tal manera que aunque solicitar las cuentas del adversario pueda entrar en el significante literal “exhibir”, supone sin embargo un uso capcioso del término, alejado del verdadero significado que para la Jurisprudencia tiene *exhibere*.

Mediante el proceder lógico de reducción al absurdo, se plantea en el texto si la legitimación activa podría extenderse hasta aquél que deseando aumentar su cultura, pide que se le exhiban tales o cuales libros, derivando la conclusión de que el ejercicio de la *actio ad exhibendum* para pedir las cuentas del adversario, es una forma de “calumniar” al *ius civile*. Todo ello muestra la existencia de un proceder *recte* en el ejercicio de cualesquiera recursos procesales, que origina a sentido contrario la calumnia procesal.

Por las *Institutiones* de Gayo podemos conocer también la existencia de discrepancias<sup>23</sup> sobre la posible concesión del *iudicium calumniae* entre Próculo<sup>24</sup> y el propio Gayo, que como es sabido se declara sabiniano; en efecto, en 4, 163, dice: *Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam*<sup>25</sup>, *quae appellatur arbitraria,.... Sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oporteret, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit non esse permittendum calumniae iudicio uti ei*<sup>26</sup>, *quasi arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. Sed alio iure utimur et recte: potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.*

<sup>21</sup> Este fragmento fue objeto de la progresiva y demoledora crítica de BESELER, *Beiträge* I p. 7. V p. 25 y *Unklassische Wörter*, en *ZSS.* 57 (1937) 5, y también de los reparos de SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* cit., p. 366 nt. 2, para quien el texto no podía ser clásico, “ma neppure suona compilatorio”; en sentido totalmente distinto, BURILLO, art. cit., en *SDHI.* 26 (1960) 240, porque entiende, con acierto, que faltan indicios formales sólidos para su crítica y además el modo de proceder reflejado en el texto concuerda con el método de los juristas republicanos.

<sup>22</sup> Al final de su desarrollo estarían legitimados activamente el que se presenta como dueño, como legatario de opción, como propietario pretorio, como usufructuario, como acreedor pignoraticio o como reclamante contra un esclavo autor de un delito cuando no es posible hallar al dueño: así, BURILLO, art. cit., en *SDHI.* 26 (1960) 253.

<sup>23</sup> SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* cit., p. 214 ss.; FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani* (Milano 1981); SACCHETTI, *Nozze sulle differenze di metodologia fra sabiniani e proculiani*, en *Studi Biscardi* 5 (Milano 1984) 369 ss.

<sup>24</sup> HONORE, *Proculus*, en *TR.* 30 (1962) 472 ss.

<sup>25</sup> *Formulam accipere* expresa que el demandado ya había aceptado la fórmula propuesta en la *litis contestatio*, KASER, *ZPR.* cit., p. 219.

<sup>26</sup> REINACH, en “*Belles Lettres*”; Baviera, en *FIRA.*, “*denegandum calumniae iudicium ei qui...*”

El fragmento contempla el supuesto del demandado que después de pedir un árbitro<sup>27</sup> para resolver en un interdicto simple *per formulam arbitrariam*<sup>28</sup> si debe restituir o exhibir<sup>29</sup>, pretende después reclamar por medio del *iudicium calumniae* contra el demandante. Próculo opinaba que tal petición de un *arbiter* por parte del demandado excluía la *calumnia* del demandante porque, -según le hace decir Gayo<sup>30</sup>-, implica el reconocimiento por parte del demandado de que algo tenía que exhibir o restituir, es decir, la existencia de una verdadera cuestión litigiosa y, por tanto, no debía otorgársele el *iudicium calumniae* porque la reclamación del demandante tendría el fundamento suficiente para excluir la calumnia. Por el contrario, Gayo propugna una solución jurídica distinta *et recte*, que parece conducir al otorgamiento del *iudicium calumniae*, pues entiende que la solicitud de un *arbiter*<sup>31</sup> no cierra la posibilidad de reclamar por calumnia, dado que obedece simplemente al deseo de litigar por una vía más sencilla, sin otras consecuencias en orden a la apreciación de fundamento en la pretensión actora.

En conclusión, tanto del fragmento de Pomponio como de los pasajes de Gayo analizados, se desprende que *recte* es el “*término marcado*” para precisar, a través de una relación de oposición con él, la concurrencia en el proceder del agente calumnioso de un uso abusivo de los cauces jurídicos establecidos para la defensa de los derechos desconocidos o perturbados<sup>32</sup>.

Una reclamación puede ser correcta por estar fundada en hechos verdaderos, lo que constituye la primera exigencia para accionar *recte*, y, además, debe ser correcto el planteamiento de una acción, es decir, conforme a una interpretación del derecho fundada, esto es, acorde con el *ius*, mientras que sus contrarios constituyen la *calumnia* procesal, sancionada con el *iudicium calumniae*.

### c) “*vexandi adversarii gratia*”

En la definición de la calumnia procesal de Gayo se hace referencia a *vexandi adversarii gratia*, lo que especifica cuál ha de ser el fin perseguido al plantear calumniosamente una *actio*. Gayo emplea la expresión “vejar”<sup>33</sup> para indicar que la calumnia

<sup>27</sup> GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*<sup>s</sup> (Paris 1911) p. 1057, recuerda que “le défendeur sollicite du magistrat la nomination de l’arbitre aussitôt après la prononciation de l’interdit”, momento seguramente en el que también debía anunciar su intención de interponer luego el *iudicium calumniae*.

<sup>28</sup> El sentido de este fragmento se confirma con Ulpiano, fr. Vind. 5 (*FIRA*. II 306), en LENEL, *Palingenesia II*, c. 930 (§ 1932); KASER, *ZPR*. cit., p. 256; GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milano 1955) p. 112.

<sup>29</sup> GIRARD, *Manuel élémentaire*<sup>s</sup> p. 1056, por razones desconocidas no era posible en los interdictos prohibitorios, como el *de migrando, uti possidetis, utrubi*, tal vez por comportar su violación siempre una pena.

<sup>30</sup> LENEL, *EP*.<sup>3</sup> p. 449, estima, sin mayores argumentos, que Próculo no pudo sostener una opinión errónea como le atribuye Gayo.

<sup>31</sup> Para el sentido de *arbiter*, BENVENISTE, *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas* (trad. Mauro Armijo, Madrid 1983), p. 310.

<sup>32</sup> Análogamente a como se utilizaba la <<*fides*>> para precisar, por oposición a ella, la existencia del <<*dolo*>> en los fragmentos, recogidos en la *sedes materiae* del depósito, según señala PANERO, *Deponere y Redere en la actio depositi in factum* (Barcelona 1989) p.113.

<sup>33</sup> La misma expresión vejar es utilizada por Ulpiano cuando describe la actuación calumniosa de aquél que apela, en el procedimiento cognitorio, por calumnia y para vejar a un adversario, protegido por una excepción permanente para los cargos públicos obligatorios. Se le sancionaba con la imposición de las costas procesales; así, en Ulpiano 2 *opinionum* (D. 50, 5, 1, 1): *Qui excusatione aliqua utuntur, quotienscumque creati fuerint, etsi iam ante absoluti sunt, necesse habent appellare. sed si per calumniam et saepius idem adversarius vexandi gratia eius, quem scit perpetua vacatione subnixum, id facere probatus erit, sumptus litis exemplo decretorum principalium praestare iubeatur ei, quem sine causa saepius inquietavit.* Paulo lo utiliza en 14 *ad edictum* (D. 2, 8, 5).

procesal supone una violación de los principios éticos informadores de la vida social, cuya vigencia se expresa en instituciones como la calumnia procesal. Esta no consiste, pues, en meros inconvenientes y molestias derivados del proceso, sino que la expresión *vexare* conlleva, en los textos jurídicos, una especial carga de significado negativo. Así, para Ulpiano es “vejar” el aprovecharse de los más débiles y menesterosos, a quienes el *Praeses provinciae* deberá proteger especialmente<sup>34</sup>; obligar a lo innecesario<sup>35</sup>; producir temor<sup>36</sup>; someter a pleitos y gastos<sup>37</sup>; reclamar con innúmeros procesos singulares lo que podría hacerse valer con una acción única<sup>38</sup>; afrontar a alguien<sup>39</sup>; incluso la imposición a uno mismo de gastos para plantear reclamaciones sin viabilidad alguna<sup>40</sup>; llega a significar en el estilo ya postclásico de Arcadio Carisio<sup>41</sup> extralimitarse en una facultad<sup>42</sup>. Es decir, vejar asume en los textos una carga de sentido, siempre negativa, que permite

<sup>34</sup> Ulpiano, 1 *opinionum* (D. 1, 18, 6, 5): *ne tenuis vitae homines sub praetextu adventus officiorum vel militum, lumine unico vel brevi suppellectili ad aliorum usus translatis, iniuriis vexentur, praeses provinciae providebit.*

<sup>35</sup> Ulpiano, 4 *ad edictum* (D. 2, 13, 6, 2) al pedir al banquero *supervacuas rationes vel quas habet edi.*

<sup>36</sup> El temor que inspira la vejación es distinto del *metus* y no daría lugar a la restitución del edicto “*Quod metus causa gestum erit*”; así, en Ulpiano, 11 *ad edictum* (D. 4, 2, 7 pr.): *Nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo, neque alicuius vexationis timorem per hoc edictum restitui. Proinde si quis meticulous rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque vi neque metus causa factum est.* A. D’ORS, *El comentario de Ulpiano a los edictos del “metus”,* en *AHDE*. 51 (1981) 223 ss.

<sup>37</sup> Si se hace contra un menor de veinticinco años, origina la *restitutio in integrum*; así, en Ulpiano, 10 *ad edictum* (D. 4, 4, 6): *Minoribus viginti quinque annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum, cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.*

<sup>38</sup> El comprador de la herencia -pese a que posee a título singular, *pro emptore*- está legitimado pasivamente, en vía útil, en la *hereditatis petitio* para evitar de este modo las reivindicaciones singulares de cada uno de los bienes que forman parte de la herencia comprada; así, Ulpiano en 15 *ad edictum* (D. 5, 3, 13, 4): *Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.* Sobre esta *actio utilis* LONGO, *L’hereditatis petitio* (Padova 1933) p. 35 ss.; VALIÑO, “*Actiones utiles*” (Pamplona 1974) p. 158 ss.; CALONGE, *Los iuris possessores legitimados pasivos en la hereditatis petitio*, en *Homenaje Ursicino Alvarez* (Madrid 1978) p. 41; en general, TORRENT, “*Venditio hereditatis*”. *La venta de herencia en derecho romano* (Salamanca 1966).

<sup>39</sup> Así, con ocasión de la conducción de un cadáver. Ulpiano en *libro nono de omnibus tribunalibus* (D. 11, 7, 38): *Ne corpora aut ossa mortuorum detinerentur aut vexarentur neve prohiberentur quo minus via publica transferrentur aut quominus sepelirentur, praesidis provinciae officium est.* DE LAS HERAS, *La consideración del cadáver en derecho romano* (Albacete 1987) p. 65 ss.

<sup>40</sup> Caso de los cognados, más allá de los hermanos, que se empeñan en acusar sin éxito posible la inoficiosidad de un testamento; así, en Ulpiano 14 *ad edictum* (D. 5, 2, 1): *Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum opinere spem non haberent.* Para la crítica de este fragmento, D’ORS, *DPR*. 8 p. 326 nt.4, que considera dudosa la referencia a *parentes, liberi, fratres*. En general, para la *querella* pueden consultarse LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Firenze 1930); RENIER, *Etude sur l’histoire de la querela inofficiosi en droit romain* (Liège 1942); KLIMA, *Querela inofficiosi testamenti* (Praga 1947); MARRONE, “*Querela inofficiosi testamenti*” (Palermo 1962) y en *NNDI*. 14 (1968); DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria* (Napoli 1972).

<sup>41</sup> LENEL, *Palingenesia I*, c. 59; SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* cit., p. 462.

<sup>42</sup> Es conocida la despreocupación de los juristas clásicos por la prueba, materia propia de los retóricos, que sólo es objeto de tratamiento jurídico en textos tardíos; así, Arcadio Carisio en *libro singulari de testibus* (D. 22, 5, 1, 2): *Quamquam quibusdam legibus amplissimus numerus testium definitus sit, tamen ex constitutionibus principum haec licentia ad sufficientem numerum testium coartatur, ut iudices moderentur et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur.* SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess* (München 1969) p.135 ss.

entender la actuación vejatoria propia de la calumnia procesal como una forma de oposición al estándar de conducta<sup>43</sup> para las relaciones jurídicas, que representa el *bonus vir*<sup>44</sup>.

#### d) *dolus scienter*

Retomando la definición de Gayo de la calumnia procesal, debe notarse que para la realización de la actividad típica es necesario el conocimiento *ab initio* por el demandante de la sinrazón de su causa. “ Qui intellegit” supone una actuación “a sabiendas” y por consiguiente un *dolus scienter* como concurso de conocimiento y voluntad<sup>45</sup>. De modo progresivo, la Jurisprudencia va dando relevancia en su construcción del dolo a la voluntad como elemento de la ejecución de un delito<sup>46</sup>. En la calumnia procesal el demandante reclama confiado en el error o la iniquidad del juez, porque conoce positivamente la falta de fundamento de la acción que ejercita. Gayo cierra la definición resaltando el elemento subjetivo por la comparación con lo que sucede en el hurto, *calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen*, es decir, de una forma redundante como es propio de las obras didácticas<sup>47</sup>. Sin embargo, pese a la relevancia del elemento intencional, la calumnia sancionada con el *iudicium calumniae* no se resuelve finalmente en un juicio de intenciones<sup>48</sup>. El demandante vencido sólo será condenado por calumnia cuando se logre la prueba de su actuación dolosa, lo que exige una difícil técnica probatoria<sup>49</sup>; en efecto, la calumnia procesal *ex facto oritur*, si bien en este caso consiste, no sólo en los hechos, sino en una especial forma de ser de los mismos, pues el ejercicio de una acción es un acto lícito y hasta fundamental en el derecho clásico. Conseguir la certeza procesal en el *iudicium calumniae* obliga a desarrollos probatorios que pueden resultar excesivamente complejos, lo que justificaría la conclusión justiniana de que este *iudicium calumniae* fue inoperante; de todos modos, no debe olvidarse el carácter esencial que el ejercicio de *actiones* tiene en el derecho clásico, lo que facilitó, sin duda, parámetros para el ejercicio *recte* de cada una de ellas. Por otra parte, en el *iudicium calumniae* encontraría plena aplicación la semiótica en el sentido de prueba por indicios, que traslada la dificultad desde los hechos a la valoración por el juez, si bien ha de tenerse también en cuenta que la verificación de los hechos se ve facilitada

<sup>43</sup> Estos modelos de conducta, reconocidos socialmente, no son patrones acabados, pues se van conformando progresivamente. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma* (Madrid 1987) p. 77 s.

<sup>44</sup> La oposición de conceptos se aprecia con claridad en Ulpiano 24 *ad Sabinum* (D. 33, 1, 3, 3): *Sed et si fuerit adiectum “ viri boni arbitrati”, hoc sequemur, ut pro positione patrimonii sine vexatione et incommodo heredis fiat*, donde recoge una cláusula testamentaria de ejecución de un legado anual. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi* (Milano 1889) p. 247; en general, MASCHI, *Studi sull'interpretazione dei legati* (Milano 1938).

<sup>45</sup> La necesidad de un conocimiento reflexivo, *sciens prudens*, aparece ya en relación con el concepto general de calumnia en PSENT. 1, 5, 1: *Calumniosus est qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat*. Y se reproduce en CONS VI 20: *Item leges, qua poena calumniatores plectendi sunt*, LIB. 1 SENTENT. TIT. DE CALUMNIATOR.: *Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat*.

<sup>46</sup> Así, en las fuentes junto a las formas *consulto, sciens, dolo malo, sciens dolo malo*, aparece *animus calumniandi* en D. 5, 1, 10 pr., y *animus transigendi*, opuesto a *calumnia*, en D. 3, 6, 1, 3.

<sup>47</sup> Por otra parte, como ya fue debidamente analizado, el sentido de los textos referibles a la calumnia demuestra que el *animus calumniandi* es esencial para la *calumnia*, así, en particular D. 5, 1, 10 pr.

<sup>48</sup> BOHACEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai compilatori: CJ. 2, 4, 18*, en *Studi Riccobono I* (Palermo 1936) 351, “non può essere incolpato di agire calumniae causa, finchè ci sia una sufficiente causa obbiettiva del suo intervento; i concreti motivi reali di tale intervento sono però irrilevanti”.

<sup>49</sup> MASCHI, *La preuve de fait du dol*, en *Recueils J. Bodin 16* (Bruxelles 1965) 349 ss.; BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, en *JUS II* (1960) [Coniectanea (Milano 1966)]; PUGLIESE, *La preuve*, en [Recueils de la Société Jean Bodin 16. *La preuve* (Bruxelles 1964)] = *Scritti giuridici scelti* 1 p. 340; GIUFFRÈ, “Necessitas probandi”. *Tecniche processuali e orientamenti teorici* (Napoli 1984).

porque la calumnia procesal tuvo lugar en un proceso, es decir, *in iure* y *apud iudicem*. Al operarse con indicios, la prueba es indirecta, pero se practica de igual manera que la directa porque los indicios sobre la *calumnia* pueden desprenderse de la declaración de testigos, de la confesión de las partes etc., es decir, de los medios habituales de prueba para los procesos formularios.

Por otra parte, puede conjeturarse que el enjuiciamiento de la calumnia procesal vendría también facilitado por reglas de experiencia sobre la conducta de las partes en el proceso, dado que los hechos raramente serían singulares, y presentarían elementos constantes, como la simulación del derecho reclamado o la carencia de pruebas, produciendo la consolidación de formas de conducta propias de los demandantes calumniosos.

El carácter extra-jurídico de la prueba nos privó del conocimiento sobre su realización<sup>50</sup>, pero el sentido casuístico del derecho clásico permite hasta cierto punto la reconstrucción de la problemática de la calumnia procesal; así, ante la falta de materiales para una mayor investigación, se puede revivir un caso concreto de calumnia a través de un texto de Ulpiano, *libro 4 opinionum* (D. 4, 3, 33): *Rei, quam venalem possessor habebat, litem proprietatis adversarius movere coepit et posteaquam oportunitatem emptoris, cui venundari potuit, peremit, destitit: placuit possessori hoc nomine actionem in factum cum sua indemnitate competere.*

El fragmento requiere la reintegración crítica de <*iudicium calumniae*> para sustituir a [ *actionem in factum cum sua indemnitate* ], fruto de la alteración justiniana<sup>51</sup> para adaptarlo al nuevo régimen de condena por las costas y gastos procesales<sup>52</sup>.

La calumnia procesal se llevó a cabo de la siguiente manera: un poseedor tiene una cosa en venta; aparece un comprador a buen precio y el trato está a punto de concluirse, cuando un adversario del vendedor plantea calumniosamente la acción reivindicatoria para vejarle haciendo desaparecer esa oportunidad de venta, después de lo cual desiste de la acción planteada con ese único fin. El supuesto es, desde luego, de calumnia procesal, pues como sabemos por Ulpiano (D. 5, 1, 10) puede realizarse mediante el desistimiento de una acción *quod calumniandi animo instituerat*. La motivación jurisprudencial para conceder el *iudicium calumniae* deriva de una apreciación conjunta de las circunstancias concurrentes en el planteamiento de la reivindicatoria, la incidencia sobre la venta y el posterior desistimiento. El análisis de este supuesto revela como se resolvió jurídicamente y contribuye de este modo a una mayor integración del concepto de *calumnia*.

---

<sup>50</sup> La despreocupación de los juristas clásicos por las pruebas hace que WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. de ORESTANO, Milano 1938) p. 191, diga “la moderna scienza processuale ha sviluppato su questo una ricca trattazione teorica. Molto di ciò può venire utilizzato senza preoccupazioni anche per il diritto processuale romano”. Para PUGLIESE, *La preuve*, en *Scritti giuridici scelti* I p. 342, “la notion de preuve, telle qu'on la concevait alors, était remarquablement différente de celle à laquelle nous sommes accoutumés”.

<sup>51</sup> LENEL, *EP.*<sup>3</sup> p. 108, admite expresamente que en lugar de las palabras entre corchetes Ulpiano habría escrito *calumniae iudicium*, lo que se confirmaría con la interpretación de GRADENWITZ, *Rescripte auf Papyrus*, en *ZSS.* 23 (1902) 356 ss., 377, sobre el rescripto transmitido en el *Pap. Amherst* II 27, en el sentido de que *contra eum qui post litem institutam destitit* estaba previsto en el Edicto un recurso jurídico. Pero debe tenerse en cuenta que las palabras ‘*edicto perpetuo*’ son mera conjetura y que además WENGER, *Arch. f. Papyrusforsch* 2, 41 ss, lo relaciona con la *calumnia* en el proceso criminal.

<sup>52</sup> Sentido en que utiliza este fragmento CHIOVENDA, *La condena en costas* (trad. de De la Puente, Madrid 1928), p. 464.

El *calumniator* parte de un conocimiento y una intención (*sciens, prudens, animus*), pero va más allá y realiza actos, que son perfectamente externos y en los que se objetiva ese hacer calumnioso. Debe resaltarse además que conceptos como *calumnia, bona fides*<sup>53</sup>, *dolus*, implican elementos intencionales, pero no se resuelven en puro psicologismo, pues pueden someterse siempre al control negativo de contraste con la ética jurídica imperante, quedando, en último caso, dentro del arbitrio del juez el decidir sobre su concurrencia en un acto jurídico concreto.

Por otra parte, no es más difícil para el juez decidir sobre la *calumnia* del demandante que determinar cuándo un poseedor es de buena fe en consideración a la *iusta causa*, ha de hacerlo ponderando las razones -justas o injustas también-, que le llevaron a plantear el litigio, de modo que la existencia de una verdadera *res litigiosa*, permite excluir la intención calumniosa, mientras que la futilidad de la *res in iudicium deducta*, depondrá en favor del ejercicio calumnioso de la acción.

#### 4) ÁMBITO DE APLICACIÓN E IMPORTE DE LA CONDENA.

El juicio *de calumnia* se puede oponer contra el demandante en todas las acciones y es, en general, por la décima parte del importe que el demandante ahora convertido en demandado había reclamado con calumnia y, en especial, por la tercera parte cuando se dirige contra el *adsertor libertatis* que reclamó calumniosamente la libertad de un esclavo<sup>54</sup>.

El *iudicium calumniae* tiene una fórmula autónoma<sup>55</sup> en relación con el proceso principal, que se tramita en un proceso independiente, siendo uniforme cualquiera que fuese la acción intentada por el demandante a quien se imputa la *calumnia*. Así puede deducirse de la expresión de Gayo, repetida hasta tres veces, de que *calumniae iudicium opponitur*, mientras que el juramento *iniungitur*<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Sobre *fides* LOMBARDI, L., *Dalla fides alla bona fides* (Milano 1961); CAMACHO, *Sobre la bona fides en el derecho romano de obligaciones* (Granada 1962); HAUSMANINGER, *Die "bona fides" des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht* (Wien-München 1964); CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho* (Madrid 1991); NÖRR, *Die "fides" in römischen Völkrecht* (Heidelberg 1991).

<sup>54</sup> GAI. 4, 175: *Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis, praeterquam quod adversus adsertorem tertiae partis est.*

<sup>55</sup> Existe una notable polémica en torno a este aspecto, así GIRARD, *Manuel élémentaire*<sup>5</sup> p. 1039 nt. 4, entiende que es "une formule délivrée probablement en meme temps que celle de l'action principale et jugée après elle". Para HITZIG, sv. *Calumnia*, en RE. 3 (1897) col. 1420 s., "die processualische Gestaltung des *iudicium calumniae* ist nicht klar", estima verosímil una reconvección unida a la fórmula principal; en el mismo sentido KELLER-WACH, *Der römische Civilprozess und die Actionen*<sup>6</sup> (Leipzig 1883, reimp. 1966) p. 296, 693. Entiende que tenía una fórmula específica WLASSAK, *Praescriptio und bedingter*, en ZSS. 33 (1912) 117 ss; más claramente LEMOSSE, art. cit., en [TR. 21 (1953) 36] = *Études Romanistiques* p. 341, "est una action indépendante"; PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio* I (Heidelberg 1913) p. 56 nt. 5, "eine selbständige Klageformel"; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (Roma 1936; trad. esp. Buenos Aires 1954) p. 280, "el demandado absuelto tiene derecho a dirigir contra el actor una acción"; LENEL, *EP*<sup>3</sup> p. 108, deja al arbitrio de cada uno la determinación de si el *iudicium calumniae* dependía de la fórmula principal o si, como es más verosímil (wahrscheinlicher), existía una fórmula independiente para él.

<sup>56</sup> GAI. 4,181; 4, 176, *calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere*; 4, 163, *si calumniae iudicium et oppositum fuerit decimae partis.*

Para completar el análisis del régimen jurídico del *iudicium calumniae* hay que señalar que si el demandante está sometido a la contra-apuesta<sup>57</sup> no se puede ejercitar contra él ni el juicio contrario<sup>58</sup> ni tampoco el juicio de calumnia, y además no era posible siquiera exigirle el juramento de calumnia<sup>59</sup>.

Por otra parte, en todos los casos en que es posible el juicio contrario, cabe también ejercitar el juicio *de calumnia* pero debe elegir el demandado uno de ellos<sup>60</sup>, optando previsiblemente por el juicio contrario porque permite conseguir la condena por una quinta parte frente a la décima parte del juicio *de calumnia*; además, la condena en el juicio contrario viene facilitada por derivar del hecho objetivo de la absolución del demandado, que supone la condena en el juicio contrario para quien había sido su demandante.

Del mismo modo, puede elegirse por parte del demandado el pedir el juramento de calumnia o esperar e interponer después el juicio de calumnia, pues si se exige del demandante el juramento *de calumnia* queda excluido el juicio de calumnia posterior y también el juicio contrario<sup>61</sup>.

En conclusión, para poder ejercitar el *iudicium calumniae* es necesario que el demandante no esté sometido a la *poena restipulationis*, no haya optado el demandado

<sup>57</sup> La contra-apuesta, *restipulatio*, opera con el criterio del vencimiento objetivo sin entrar en el análisis de si sabía que litigaba sin razón, por lo que el demandante si pierde paga a su adversario lo apostado, siendo correlativa de la *sponsio* del demandado y, al igual que esta, sería *tertia pars* en la *actio de pecunia certa credita et dimidia pars* en la *actio de pecunia constituta*; así en GAI. 4, 180. La eficacia de la *sponsio/restipulatio* resultaría, con toda probabilidad, directamente de la decisión recaída sobre la deuda principal, decidiendo el mismo juez que conoció de la fórmula principal, como parece desprenderse de Cic. *Pro Rosc. Com.* 4,10 y 5,14; GAI. 4,13, 4,171, 4,180-181. Apuesta y contra-apuesta se utilizaban también en el procedimiento interdictal cuando no se ha pedido un árbitro, según GAI. 4, 165: *itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur: nam actor provocat adversarium sponsione, quod contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit, ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur; deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis. sed actor sponsionis formulae subicit (?) et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur....*(24 versus in C. *legi nequeunt*). GAN-DOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milano 1955) p. 112. No parece viable lo sugerido por D'ORS, *DPR.*<sup>8</sup> p. 153 nt. 1, que la *sponsio tertiae partis* no diera lugar a una acción por separado, y por tanto pudiera incluirse en la propia *condemnatio* de la acción crediticia la posibilidad de condenar al actor por la *restipulatio*; la acumulación plantea una dificultad especial en la *actio de pecunia constituta*, que es pretoria. Vid. D'ORS y GIMENEZ CANDELA, *Fianza parcial*, en RIDA.30 (1983) 122 s.

<sup>58</sup> Para el juicio contrario señala Gayo 4, 178: *contrario vero iudicio omni modo damnatur actor: si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*, por lo que no parece acertado hablar de un *iudicium contrarium de calumniae*, confundible con el *iudicium calumniae*, como hace PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria* (Torino 1951) p. 16. El juicio contrario es una medida más severa, pues el demandante resultará siempre condenado por haber perdido el proceso intentado, incluso aunque hubiese litigado convencido de sus razones. Servía de compensación por el "demanda que algo queda" para los demandados en acciones donde se imputaban hechos con fuerte rechazo social, siendo freno importante para quien pretendiese ejercitar indebidamente una de estas acciones. El *iudicium contrarium* es para BETHMANN-HOLLWEG y WLASSAK una acción con fórmula autónoma, mientras que RUDORFF, LENEL o KELLER-WACH lo entienden como una reconvencción insertada en la fórmula principal, aspecto que requiere una revisión total. Por ahora, PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio* I p. 56 ss.

<sup>59</sup> GAI. 4, 181: *Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est.*

<sup>60</sup> GAI. 4, 179: *Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur.*

<sup>61</sup> GAI. 4, 179: *Qua ratione si iurisiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet.*

absuelto por el juicio contrario cuando puede elegir, y además que no haya deferido *in iure* al demandante el *iusiurandum calumniae*.

El *iudicium calumniae* de carácter civil y recogido en el edicto *de calumniatoribus*, sólo sanciona la *calumnia* procesal del demandante, debido a que su configuración técnico-jurídica exige la referencia a un proceso anterior donde se realiza la *calumnia actoris*, que justifica el subsiguiente *iudicium calumniae*.

La condena en el *iudicium calumniae* produce las consecuencias propias de la infamia, como se desprende de Ulpiano 2 *ad legem Iuliam de adulteriis* (D. 48, 2, 4), que se refiere a las limitaciones del derecho a acusar diciendo “..... *sed et calumnia notatis*<sup>62</sup> *ius accusandi ademptum est*, donde la forma *calumnia notatis* señala a los condenados -condena que lleva aparejada la infamia- en el *iudicium calumniae* del proceso privado.

---

<sup>62</sup> Para LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, en ZSS. 53 (1933) 160 nt. 1 [= *Gesammelte Schriften* 2 (Köln-Graz 1963)] la expresión *et calumnia notatis* sería evidentemente una glosa.