

TÍTULO VI.—*De las acciones.*

P. ¿Cómo se administraba la justicia en Roma?

R. Hubo sucesivamente en Roma tres sistemas distintos de procedimientos: 1.º, *las acciones de la ley*, que fueron abolidas, en parte al menos (2), por la ley *Æbutia* y por las dos leyes *Julia* (3); 2.º, el *procedimiento formulario* que, introducido por las leyes precitadas, subsistió hasta Diocleciano; 3.º, el procedimiento llamado *extraordinario*, que se puso en práctica después de este emperador. Estos tres sistemas no se sucedieron súbitamente, sino por transiciones lentas y graduales: reconócese frecuentemente la influencia del primero sobre el segundo, así como no se puede explicar el procedimiento *extraordinario* sino por las tradiciones del formulario.

(2) *En parte.* En efecto, la ley *Æbutia* y las dos leyes *Julia* dejaban subsistir las *acciones de la ley* para el caso en que el litigante era llevado ante los centumviros y para el caso en que se le reclamaba contra un daño inminente. (*Damni infecti*. V. Gayo, IV, 34.) Añádase que se continuó, hasta en tiempo de los emperadores cristianos, empleando la fórmula de las *legis actiones* en los actos de jurisdicción voluntaria, tales como la manumisión por vindicta, la *cessio in jure*, la adopción, la emancipación, etc.

(3) La ley *Æbutia* es anterior á Cicerón (V. *Introd.*, pág. 40); las dos leyes *Julia*, que completaron sin duda la reforma comenzada por la primera, datan del reinado de Augusto. (V. pág. 47.)

P. ¿Cuál era el carácter común del procedimiento por las *legis actiones* y del procedimiento por las *formulae*? (1).

R. El carácter común á estos dos sistemas de procedimiento que les distinguía de los *judicia extraordinaria*, en uso durante los últimos emperadores, era que constituían lo que llamaríamos el *juicio por jurados*, es decir, que ordinariamente el magistrado no determinaba definitivamente sobre el litigio, sino que después de haber fijado, como órgano de la ley, las consecuencias jurídicas de los hechos alegados, ya por el demandante, ya por el demandado, y después de haber establecido, en su consecuencia, la cuestión de que debía depender la condena ó la absolución del demandado (*jus dicere*), remitía la solución de esta cuestión, la comprobación de los hechos alegados por los litigantes, á uno ó á varios jueces ó jurados (*judex, arbiter, recuperatores*), elegidos de entre los simples ciudadanos (2) y encargados de pronunciar la sentencia (*judicare*); lo cual dividía el procedimiento en dos partes: la instancia ante el magistrado (*in jure*), y la instancia ante el juez (*in judicio*) (3).

P. ¿Qué eran las *acciones de la ley*?

R. Las *acciones de la ley* eran formas solemnes de proceder, compuestas de ademanes y de palabras determinadas con tan rigurosa precisión, que el error más leve, el menor cambio en las palabras consagradas podía entrañar la pérdida del proceso. (V. pág. 30.) Había *cinco acciones de la ley*: el *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *munus injectio* y la *pignoris captio*.

P. ¿Cuáles son los principales pormenores de cada uno de estos procedimientos solemnes?

R. El *sacramentum* consistía en una especie de apuesta, hecha en presencia del magistrado con ademanes y palabras sacramentales, á consecuencia de la cual cada uno de los litigantes depositaba en manos del pontífice una suma que se llama-

(1) Más adelante veremos el carácter distintivo de estos modos de procedimiento.

(2) El *judex* ó el *arbiter* se tomaban de una lista que, compuesta luego de 300 patricios, sufrió diversas modificaciones que ya explicaremos.

(3) Esta división del proceso entre el magistrado y el juez ó jurado es muy antigua: es ciertamente anterior á la ley de las Doce Tablas, porque una de las acciones consagradas por esta ley tenía por objeto, como vamos á ver, la *iudicis postulatio*. Si estaba en uso en tiempo de los primeros reyes, es un punto que se debate. Lo que hay de cierto es que las primeras nociones, algo exactas, que poseemos sobre el procedimiento romano, suponen la existencia de esta institución; es, por otra parte, la única manera de comprender cómo tan escaso número de magistrados podía bastar para la administración de justicia. (V. *Introd.*, pág. 29.)

ba *sacramentum*, porque se perdía por el que sucumbía en el proceso, empleándose en servicio del culto (*ad sacra publica*) (1).—Más adelante, en vez de consignar realmente la suma del *sacramentum*, admitía el pretor que las partes proporcionaran simples garantías ó fiadores (*prædes*) para asegurar la cobranza al tesoro público (*prædesque eo nomine prætori dabantur*. Gayo, IV, 13). La acción por el *sacramentum* era general en el sentido de que se recurría á esta forma de entablar el negocio cuando la ley no había autorizado un procedimiento especial: se aplicaba á la realización de un derecho real (*in rem*), enteramente como en la demanda relativa á una obligación (*in personam*), y solamente no eran las mismas en ambos casos las ceremonias que acompañaban al *sacramentum* (2).—Cumplidas las formalidades del *sacramentum*, las partes pedían un juez, que el magistrado les otorgaba sólo después de un plazo de treinta días. Cuando se trataba de una cuestión de propiedad, antes de instituir el juez ó el jurado, decidía el magistrado á cuál de los litigantes correspondía la posesión provisional del objeto litigioso, lo que se llamaba *vindicias dicere*: el que obtenía esta posesión, debía garantizar á su adversario la restitución del objeto y de los frutos (*prædes litis et vindiciarum*) en el caso en que éste ganase el pleito.

II. Falta enteramente la parte del manuscrito de Gayo, que exponía las formas y las reglas de la *judicis postulatio*: este punto está reducido á conjeturas. Sábese sólo que en esta acción de la ley cada parte se dirigía á un magistrado, diciendo: *Judicem (arbitremve) postulo uti des* (3). Es probable que la *judicis postulatio* se estableciera para autorizar á las partes, en ciertos casos excepcionales, á pedir directamente un juez, sin quedar sujetas á hacer consignación alguna análoga al *sacramentum*.

III. La *condictio*, menos antigua aún que las otras acciones de la ley, fué otra derogación de la forma primitiva y ordinaria del procedimiento. Ordinariamente, en efecto, el procedimiento comenzaba por la *in jus vocatio*, es decir, que el demandante llamaba en términos consagrados, y si era preciso

(1) La suma del *sacramentum* se fijaba por la ley de las Doce Tablas. Y era de 500 ases cuando el valor del litigio era de 100, ó inferior á sólo 50 cuando el valor era menor ó se trataba de la libertad. (Gayo, IV, 14.)

(2) En los procesos relativos á la propiedad, la *vindicatio* se hacía mediante un duelo simulado: las dos partes fingían disputarse el objeto del litigio (*vindicatæ*) hasta que el magistrado interponía su autoridad. (V. *Introd.*, pág. 29.) Los litigantes se provocaban en seguida, en términos consagrados, á depositar el *sacramentum*, y el procedimiento seguía su marcha ordinaria.

(3) Valerio Probo nos ha conservado esta fórmula: J. A. V. P. O. D.

llevaba á su adversario ante el magistrado. (V. lib. III, título XII.) Allí exponía solemnemente su demanda, y llenaba, como el demandado, las formalidades especiales, ya del *sacramentum*, ya, en casos excepcionales, de la simple *judicis postulatio*. Después el magistrado emplazaba á las partes á comparecer de nuevo á su presencia, treinta días más tarde, para nombrar juez: las partes se comprometían recíprocamente á no faltar en el día indicado (*vadimonium*) (1). Para evitar esta primera comparecencia ante el magistrado, así como las formalidades que á ella seguían, se autorizó al demandante para denunciar extrajudicialmente al demandado el objeto de su reclamación, requiriéndole á fin de que se presentase el día treinta ante el magistrado para recibir un juez (*actor adversario denunciabat ut ad judicem capiendum die XXX adesset*. Gayo, IV, 18). Esta denuncia se hacía sin duda en términos solemnes: era seguida probablemente de garantías mutuas que se daban las partes, *privatim*, de presentarse *in jus* en el día indicado. Parece ser la que dió nombre á esta forma sumaria de proceder que se llamó condición (2), y que se aplicó exclusivamente á las acciones personales, en las que se sostenía que el demandado estaba obligado á dar una cosa cierta (*quam intendimus dare nobis oportere*. Gayo, IV, 18) (3).

IV y V. En cuanto á la *manus injectio* y á la *pignoris captio* eran medios de ejecución, la primera sobre la persona y la segunda sobre los bienes del deudor.—La *manus injectio* se había primitivamente establecido como vía ordinaria de ejecución forzosa de las sentencias (*judicati*) (4). Extendióse des-

(1) Llamábanse *vades* las personas que se daban en fianza de la ejecución del *vadimonium*.

(2) *Condicere*, dice Festus, *est dicendo denunciare*. *Condicere* significa también convenir. (V. L. 66, D. 18, 1.) El nombre de *condictio* provendría, pues, propiamente hablando, de que las partes se convenían, fuera de la presencia del magistrado, en presentarse ante él al cumplir los treinta días para que les nombrara juez.

(3) La *condictio*, introducida con posterioridad á la ley de las Doce Tablas por la ley *Silia*, no se aplicó desde luego sino á las acciones que tenían por objeto una suma determinada (*certa pecunia*); extendióse en seguida por la ley *Calpurnia* (año 520 de R.) á toda acción personal que tuviese por objeto una cosa cierta (*de omni certa re*. Gayo, IV, 19).—En el procedimiento formulario se conservó el nombre de condición á la acción, cuya fórmula estaba caracterizada por las palabras: *Si paret dare oportere*, que recordaban los términos usados en la antigua *condictio*. (V. libro III, tit. XIV.)

(4) Antiguamente, en efecto, y salvo los casos excepcionales en que se había autorizado la *pignoris captio*, el acreedor no tenía el derecho de ejecución directa sobre los bienes. Mas se obligaba indirectamente al deudor á venderlos para evitar la *manus injectio*. Hasta más adelante no introdujeron los pretores la *missio in possessionem bonorum*. (V. lib. III, tit. XII.)

pués á otros casos, en los cuales se autorizó al acreedor á proceder como si hubiese habido juicio (*pro judicato*). Tenía por objeto constituir al deudor (*addictus, adjudicatus*) en una especie de esclavitud que duraba hasta que la deuda era pagada (1). La *pignoris captio*, que consistía en el embargo real de una cosa perteneciente al deudor, embargo hecho por autoridad privada, con ciertas solemnidades de ademanes y palabras, no tenía lugar sino en un pequeño número de casos determinados (2): el deudor no podía entonces recobrar la cosa tomada en prenda, sino pagando al acreedor.

P. ¿En qué consistía el procedimiento *formulario*? ¿En qué se diferenciaba del de las *legis actiones*?

R. Lo que caracteriza el procedimiento formulario no es precisamente el remitir el negocio á un juez ó jurado, porque, como hemos visto, esta remisión se usaba ya en el sistema de las *acciones de la ley*, sino en que las partes no tienen ademanes solemnes, ni están obligadas á usar de ademanes ni palabras sacramentales *in jure*: en la redacción de la *fórmula* ó instrucción escrita es en la que el magistrado, instituyendo juez, determinaba la extensión de sus poderes y las cuestiones que tenía que resolver (3).

(1) Véase lo que hemos dicho sobre la *manus injectio* y sobre la *addictio* que seguía á ella. (V. lib. I, tít. III, y lib. III, tít. XII.)

(2) El privilegio de la *pignoris captio* no pertenecía más que á algunos créditos favorecidos por un interés público. Así, en interés del culto, se daba contra el que, habiendo comprado una víctima no había satisfecho su precio. Por interés del servicio militar, la *pignoris captio* se permitía á los soldados contra aquél que, después de la asignación hecha por el tribuno del *ararium*, les debía dar el sueldo ó el precio del caballo y del forraje (*as militare, as equestre, as hordearium*). Gayo nos dice también (IV, §§ 26 á 29) que se concedía la *pignoris captio* á los publicanos para cobrar los impuestos.

(3) Antiguamente, es decir, cuando las *acciones de la ley* se hallaban en vigor, no estaba en uso que el magistrado hiciera constar por escrito la acción sometida al juez. Mas las partes tenían la precaución de llevar testigos que pudieran decir al juez cuáles eran los términos y la naturaleza de la cuestión que se le había confiado. Llamábase *litis contestatio* la invocación solemne que los litigantes dirigían á estos testigos cuando el juez estaba instituido y el magistrado había determinado el punto que se debía debatir ante él: *Contestari litem*, dice Festus, *dicuntur duo aut plures, quod ordinato iudicio, utraque pars dicere solet: Testes estote*.—El uso de apelar á los testigos acabó por desaparecer como inútil cuando las facultades del juez fueron determinadas en una fórmula escrita. El nombre de *litis contestatio* se conservó, sin embargo, bien que no se invocara ya á los testigos para expresar la base del procedimiento en que esta invocación se verificaba otras veces. Hubo *litis contestatio* por la entrega de la fórmula, la cual, en efecto, acreditaba la conclusión y el resultado del debate que se había verificado *in jure* ante el magistrado.—La ley 1, C. de *litis contest.*, que haría suponer que la *litis contestatio* se verificaba *in iudicio*, se considera únicamente como interpolada por Triboniano para acomodarla

La *fórmula* llegó á ser, en efecto, en el sistema introducido por la ley *Æbutia*, el acto importante del procedimiento. Por la *fórmula*, es decir, cambiando y variando con arte infinito los términos de esta orden de remisión, los pretores y los jurisconsultos hicieron pasar á la práctica las innovaciones y el desarrollo que el Derecho romano recibió durante el período más brillante de la historia jurídica.

P. ¿Es, pues, muy importante conocer el procedimiento formulario?

R. Sí, señor: el procedimiento formulario es verdaderamente la clave del Derecho romano; á este sistema de procedimiento se refieren los escritos de los jurisconsultos clásicos que sirvieron para componer el *Digesto* y las *Instituciones*. Sin su inteligencia es imposible comprender bien lo que nos dicen los textos, especialmente sobre las *obligaciones*, las *acciones* y las *excepciones*.

P. ¿Cuál era, en resumen, el curso del procedimiento según el sistema formulario?

R. 1.º El procedimiento comenzaba, como anteriormente, por la *in jus vocatio*, es decir, por la citación hecha por el demandante al demandado de seguirle ante el magistrado que ejercía jurisdicción, esto es, el pretor en Roma y el presidente en las provincias (1). Si el demandado no quiere, el demandante puede también compelerle por la fuerza; mas este principio se mitigó, ya en favor de ciertas personas cuya dignidad ó respeto debía ponerles al abrigo de esta medida violenta (2), ya en algunas épocas privilegiadas (3). El empleo directo de la fuerza, aunque siempre reconocido por la ley, resultaba, por otra parte, inútil, después que el pretor estableció una multa y una acción *in factum* (4) contra el que, citado *in jus*, rehusaba seguir á su adversario. En fin, el demandado podía

al sistema de los *judicia extraordinaria*, en que no había ni *judex* ni fórmula, y en que la *litis contestatio* sólo podía resultar de las conclusiones tomadas por las partes ante el magistrado que debía juzgarlas.

(1) El *duumviro*, en las ciudades de Italia. (V. pág. 34.)

(2) No se podía citar *in jus* á los magistrados en ejercicio, ni á los sacerdotes ocupados en el sacrificio. El hijo que quería citar á su ascendiente, el liberto que quería citar á su patrono, debía obtener el permiso del pretor; caso de contravención, exponíase á una acción *in factum*, de que hablaremos más adelante, que hacía condenar al hijo ó al liberto á una multa de diez mil sextercios, según Gayo (IV, 46), de cincuenta *aurei* del tiempo de Ulpiano. (L. 24, D. de *in jus voc.*)

(3) Como el tiempo de la siega ó de la vendimia. (L. 1, D. de *feriis*; L. 2, § 1, de *in jus voc.*)

(4) Una acción *in factum*, es decir, en la cual la condena del demandado estaba subordinada á la realización de un hecho material, á saber, que el demandado había rehusado presentarse *in jus*, sin ofrecer caución. (Gayo, IV, 46.)

dispensarse momentáneamente de comparecer delante del magistrado, dando caución de presentarse en el día convenido (1). Llamando á su adversario *in jus*, el demandante no estaba obligado á hacerle conocer el objeto de su solicitud antes de haber comparecido en presencia del magistrado. Mas el uso de denunciar al demandado la naturaleza y el objeto de la demanda (*litis denunciatio*), y de comprometerse mutuamente á constituirse en día fijo *in jus*, era cada vez más frecuente, hasta que se generalizó, y la citación por simple denuncia parece haber reemplazado, en tiempo de Marco Aurelio, á la antigua *in jus vocatio*.

2.º Una vez las partes en presencia del magistrado, explicaba el demandante el objeto de su demanda, y designaba á su adversario la fórmula de acción de que quería servirse (*editio actionis*) (2), y que perdía al magistrado (*postulatio actionis*). El demandado no podía oponerse á la concesión de la acción por motivos deducidos del hecho, porque la cuestión debatida ante el magistrado no consistía en saber si las alegaciones del demandante eran verdaderas ó falsas, sino sólo si, suponiéndolas verdaderas, eran de tal naturaleza que podían ocasionar la condena reclamada por el demandante. El demandado, pues, sólo podía sostener que, en derecho, la acción pedida no era admisible. Si la admisión de la acción no podía negarse ó si había sido declarada por el pretor, el demandado podía pedir también que se insertasen en la fórmula las *excepciones* que los hechos de la causa podían presentar (3). El pretor rechazaba la acción ó la excepción propuestas cuando no se fundaban en derecho (4). No había lugar á conceder

(1) Esta caución era en un principio un *vindex* que tomaba el proceso por su cuenta (V. lib. III, tít. XII); más adelante fué un simple *fidejussor*, que se obligaba sólo á hacer comparecer al demandado en día fijo. Este género de fianza era un *vadimonium* enteramente igual al que se daba *in jure* cuando, después de una primera comparecencia, las partes se comprometían á presentarse otra vez ante el magistrado en un día determinado. Cuando el demandado estaba ausente ó bien tan oculto que no se le podía citar, el pretor mandaba poner en posesión de sus bienes. (V. lib. III, tít. II.)

(2) Las fórmulas estaban expuestas por orden de materias en el *álbum* del pretor, es decir, inscritas en caracteres negros sobre un cuadro blanco. El demandante podía indicar la acción designando en el *álbum* la de que se quería servir. Podía elegir otra mientras no hubiese habido *litis contestatio*. La elección de la fórmula era más importante: haciendo uso de una acción que no convenía á los hechos de la causa, por ejemplo, de la acción *venditi*, cuando los hechos no caracterizaban una venta, el demandante se exponía á perder su derecho.

(3) Véase lo que hemos dicho sobre las *excepciones*, lib. II, tít. I; véase también el tít. XIII.

(4) *En derecho*, sea civil, sea pretorio. Precisamente esta prerrogativa de deter-

una acción, cuando las alegaciones que servían de base á una demanda fundada en derecho eran reconocidas por el demandado. La confesión equivalía á una sentencia, y el pretor autorizaba las mismas vías de ejecución que hubiese autorizado á haberse pronunciado sentencia (4).

3.º Declarada la acción admisible y fijado el punto de derecho, cuando no se trataba de comprobar las alegaciones contradictorias de las partes, se pasaba al nombramiento de juez ó jurado (2). Después, el magistrado redactaba la fórmula que,

minar sobre el derecho, de decir el derecho (*jurisdictio*), es la que permitía á los pretores crear reglas nuevas y una jurisprudencia particular sobre las diversas materias del derecho.

(1) Tal es el sentido de este adagio: *confessores in jure pro judicatis haberi placet*. Si, siempre confesando la deuda, disputaba el demandado la cantidad, se concedía una acción llamada *confessoria* que daba al juez misión, no de examinar si había obligación, sino sólo de apreciar la extensión de la deuda: *judex non rei judicatur, sed aestimandae datur*. (L. 25, § 2, D. ad. leg. Aquil.)

(2) El juez debía ser aprobado por las partes, que podían, ó elegirlo ellas mismas (*judicem sumere*), ó recusar el que les proponía el magistrado (*judicem recusare, rejicere*). Cuando las partes no podían convenirse sobre la elección de juez, se designaba por suerte. En todo caso, el magistrado era el que investía al juez (aprobado por las partes ó designado por la suerte) del derecho de juzgar (*judicem addicere*). Por lo demás, el juez no se designaba entre todos los ciudadanos indistintamente, sino por listas que tenían alguna semejanza con nuestras listas del jurado. Hasta el fin de la república, sólo los senadores tuvieron el derecho de figurar en estas listas que se formaban anualmente por el pretor urbano. En 631, la ley *Sempronia* transportó los *judicia* del Senado á los caballeros; y durante todo el resto del siglo VII, el derecho de ser comprendido en las listas de jueces fué objeto de controversia entre los dos órdenes y transportado sucesivamente del uno al otro. En 648, la ley *Aurelia* estableció tres decurias de jueces, compuesta, la primera, de los senadores, la segunda de los caballeros, y la tercera de los tribunos del tesoro. Augusto añadió la cuarta decuria *ex inferiori censu*, es decir, compuesta de ciudadanos que sólo pagaban un pequeño censo, y á los cuales se confió el juicio de los negocios menos importantes (*levioribus summis*). Calígula elevó el número de las decurias á cinco. Este fué el último estado del derecho hasta la abolición del *ordo judiciorum*. Las listas anuales de los *judices selecti* no contenían en un principio más que trescientos nombres; después se aumentaron mucho. Cicerón, *ad. Att.*, VIII, 16, dice que los *judices* eran ochocientos cincuenta, y Plinio, *Hist. nat.*, 33, 7, nos dice que en su tiempo las listas comprendían cerca de cuatro mil nombres. El juez tomado de las listas decuriales es el *judex* propiamente dicho, que se llama *arbitrator* en ciertos tiempos, es decir, en las acciones de buena fe, y á causa de la extensión particular que estas acciones dan á su misión. Mas, á veces, el pretor enviaba el negocio, no á uno solo, sino á varios jurados que se llamaban *recuperatores*. Los recuperadores no se elegían necesariamente en las listas de los jueces propiamente dichos. El magistrado nombraba, para ejercer sus funciones, las primeras personas que hallaba á mano: *nam ut in recuperatoriis judiciis*, dice Plinio, *Epist.*, III, 26, *sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus*. Esta circunstancia, añadida á algunos otros documentos, nos hace creer que los *recuperatores*

instituyendo el juez, determinaba los puntos que había de aclarar y la extensión de los poderes que se le conferían (1). Había entonces *judicium constitutum acceptum; lis inchoata; lis contestata* (2).

4.º Entregada la fórmula, las partes debían presentarse ante el juez, á menos que no hubiese dado el pretor plazos particulares para hacer la prueba ó para cualquier otro objeto; se emplazaban para comparecer *in judicio*, el tercer día (*comperendinatio, dies comperendinus*). No parece que las partes se dieran garantías para asegurar esta comparecencia (3). Ha-

estaban principalmente encargados de juzgar los negocios urgentes, en especial las reclamaciones relativas á la posesión. Como en los tiempos antiguos se daba el nombre de *recipatores* ó *recuperatores* á los árbitros encargados de regular las diferencias entre Roma y las naciones extranjeras (véase Festo en la palabra *recipratio*), se puede creer que los *recuperatores* se emplearon primitivamente para juzgar los procesos entre los ciudadanos romanos y los extranjeros. Más adelante la misión de los *recuperatores* se extendió á cierto número de causas que requerían celeridad, aun entre los ciudadanos romanos. Su nombre parece indicar que entraba en sus funciones, no sólo juzgar la contienda, sino hacer cumplir la decisión, haciendo recobrar al demandante aquello de que había sido despojado violentamente. Para completar este resumen de la organización judicial de los romanos, es menester recordar que al lado de estos jueces ó jurados (*judex, arbiter, recuperatores*), nombrados especialmente para cada asunto, había el tribunal permanente de los *centumviri*, compuesto de poco más de cien personas elegidas probablemente por las tribus, y divididas en cuatro secciones ó consejos. Había negocios que se trataban ante dos consultores y otros ante cuatro. El pretor enviaba á los *centumviri* ciertas causas, cuestiones de propiedad y de herencia, y cuestiones de estado que debían ser juzgadas *ex jure Quiritium*. Las enviaba sin fórmula, porque los *centumviri* eran jueces de derecho y de hecho, y se procedía ante ellos por la antigua forma del *sacramentum*. (V. pág. 23.)

(1) He aquí una de las fórmulas citadas por Gayo, IV, 539 y siguientes: *N..... Judex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit, si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sextertium x millia dare oportere, judex Numerium Negidium, Aulo Agerio sextertium x millia condemna: si non paret, absolve.*

(2) Véase lo que hemos dicho ya sobre la *litis contestatio*. Hemos visto, lib. III, tít. XIX, que uno de los efectos más notables de la *litis contestatio* era producir una novación en el derecho de los litigantes, reemplazándose la obligación primitiva por la de someterse al *judicium* y á la sentencia que el juez pronunciaría más tarde. Esta novación no se producía *ipso jure* sino cuando la acción era personal, concebida *in jus*, y se trataba de un *legitimum judicium*. Una de las condiciones necesarias para que hubiese *legitimum judicium* era que el asunto se hubiera enviado á un *judex* propiamente dicho. (V. el título de las *excepciones*.)

(3) No tenían interés algunas de las partes en no comparecer ante el juez. Esto es evidente respecto del demandante. En cuanto al demandado, su presencia no era necesaria para que el juez pudiese pronunciar la sentencia; la fórmula *si paret..... condemna* no implica esta necesidad. (V. M. Bonjean, título *des act.*, § 222.) Con todo, cuando el demandado dejaba de comparecer ante el juez, era citado una ó varias veces con ciertas formas, antes de que pronunciase la sentencia; mas, después

bía ciertos casos exactamente determinados, en los cuales se debía dar fianza para la ejecución del *judicatum*, y en esta garantía se hallaba naturalmente comprendido el compromiso de comparecer *in judicio*. (V. tit. XI posterior.)

5.º Delante del juez se exponía desde luego el negocio sumariamente, lo que se llamaba *causam obiectio* ó *causæ collectio*. Después aducíanse las pruebas (1) y las defensas (*causæ peroratio*) (2). El juez á veces daba decisiones preparatorias (*interlocutiones, jussus, mandata*); la decisión definitiva se llamaba *sententia*.

6.º Una vez pronunciada la sentencia (3), la misión del juez había concluido (*judex qui semel sententiam dicit, judex esse desinit*. L. 44, 52, 55, D. de re judic.) Para la ejecución era preciso volver ante el magistrado, ya se quisiera proceder por la *manus injectio*, ya se quisiera conseguir la posesión de los bienes del condenado. (V. lib. III, tit. XII.)

P. ¿Cuáles eran las partes principales que entraban en la composición de las fórmulas?

R. Se distinguían cuatro, no comprendiéndose el nombramiento del juez, á saber: la *demonstratio*, la *intentio*, la *condemnatio* y la *adjudicatio* (4).

La *demonstratio* es la parte de una fórmula que indica el hecho acerca del cual versa el litigio. Ejemplos: *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensem argenteam deposuit*.

La *intentio* es la parte de la fórmula que enuncia la pretensión del demandante, el punto donde el juez deberá buscar el fundamento de la demanda. Ejemplos: *Si paret N. Negidium A. Agerio sextertium decem millia dare oportere. Quidquid*

de estas formalidades, la sentencia tenía la misma fuerza que si hubiese sido contradictoria. (C. LXXIII, D. de judic.)

(1) Los medios de prueba eran los *testigos*, el *juramento* y la *confesión*. La *tortura* se empleaba en ciertos casos contra los esclavos, por ejemplo, cuando se trataba de bienes dependientes de una sucesión. (V. *Paul.*, V, § 6.)

(2) El juez se hacía asistir con frecuencia, á título de consultores, por dos personas cuyas luces pudieran inspirarle confianza. Cicerón, dirigiéndose á estos consultores, dijo alguna vez: *Vosque qui in consilio adestis*, etc. *Pro Quint.*, 2, 6, 10, 30.

(3) La sentencia se pronunciaba de viva voz en la audiencia (*pronuntiare*). Pero podía escribirse anteriormente (*ex tabella pronuntiare*). Más adelante, la redacción por escrito llegó á ser obligatoria (*ex periculo recitare*. L. 1, 2, 3, c. de sent. ex per.)

(4) Independientemente de estas partes *principales*, así llamadas porque eran una consecuencia directa y ordinaria de la sola pretensión del demandante, se distinguían muchas partes *accesorias* que podían figurar accidentalmente en la fórmula á causa de algunas circunstancias particulares: tales eran las *excepciones*, las *réplicas*, las *duplicas*, etc., de que hablaremos en los títulos XIII y XIV, y las *prescripciones*, de las que hemos dicho ya algunas palabras (lib. II, tit. VI).

paret N. Numerium A. Agerio dare facere oportere. Si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse (1).

La *condemnatio* es la parte de la fórmula que da al juez el derecho de condenar ó absolver al demandado. Ejemplos: *Judex N. Negidium A. Agerio sextertium decem millia condemna; si non paret, absolve. Quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex bona fide ejus, id judex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret, absolvo.*—*Quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret, absolvo* (2).

(1) La *intentio* era la parte fundamental de la fórmula. No había ninguna fórmula sin *intentio*, mientras que, como ya veremos, las otras partes no entraban necesariamente en todas las fórmulas. Bajo el punto de vista de la *intentio* es principalmente bajo el que se han establecido la mayor parte de las divisiones de las acciones que vamos á referir, principalmente la famosa división de las acciones *in rem* ó *in personam*, y la de las acciones *in jus* ó *in factum*.

(2) Se ve, por estas fórmulas, que en ciertas acciones se fijaba al juez la suma á que había de condenar al demandado, en la hipótesis de que la cuestión fijada por la *intentio* se resolviera contra él (*sextertium decem millia condemna*): la *condemnatio* era entonces *certa pecuniæ*. La *condemnatio in certa pecuniæ* era, á veces, *cum taxatione*, cuando se fijaba al juez un máximo de que no podía pasar sin hacer suyo el proceso (*judex duntaxat decem milliam condemna*); y otras *infinita*, cuando se dejaba al juez un poder ilimitado para fijar la suma á que podía condenar (*quanti ex re erit. — Quidquid ob eam rem*). Por lo demás, la sentencia del juez debía ser siempre de una suma determinada, aunque la *condemnatio* de la fórmula no enunciase una cifra cierta. (Gayo, IV, 52.) Esta es la ocasión de hacer notar que la condena era siempre pecuniaria, de suerte que aun cuando se reclamase un cuerpo cierto, tal fundo, tal esclavo, el juez no podía condenar al demandado á dar ó restituir la cosa en especie (*non ipsam rem condemnat*. Gayo, IV, 48), sino que debía estimar en dinero el objeto del litigio y condenar á la suma de la estimación (*sed estimata re pecuniam eum condemnat*.) Parece que sucedía de otra manera en la época de las *legis actiones*, y que entonces la condena podía referirse directamente á la cosa reclamada. (*Sicut olim fieri solebat*. Gayo, *ibid.*) Esta regla de que la condena debía ser siempre pecuniaria, regla que puede parecernos singular, no tenía los inconvenientes que se pueden suponer, porque el rigor de las ejecuciones, que podía llegar á todos los bienes y á la misma persona del demandado, debía determinar con frecuencia al deudor que perdía ó que iba á perder su proceso á restituir la cosa litigiosa. Veremos, en efecto, hablando de las *acciones arbitrarias*, que estas acciones, en el número de las que figuran la reivindicación y la acción *ad exhibendum*, el juez tenía la facultad, en virtud sin duda de una cláusula que modificaba la *condemnatio*, de no condenar al demandado sino cuando no había obedecido la orden que el juez podía con anterioridad intimarle de restituir el objeto del litigio. Y como el juez podía elevar la condena pecuniaria á una suma exagerada (*sine ulla taxatione, in infinitum*), cuando el demandado no había cumplido esta orden (*jussus arbitrium*), este último tenía interés en sustraerse de la condena pecuniaria haciendo voluntariamente la restitución que se le ordenaba, lo que evitaba las ejecuciones á viva fuerza. Finalmente, parece que, por lo menos en tiempo de Ulpiano, estos principios habían recibido modificaciones y que el demandado que rehusaba obedecer al

La *adjudicatio* es la parte de la fórmula que da al juez el poder de adjudicar, es decir, de transferir la propiedad de la cosa en litigio á las partes que mejor le parezca. La adjudicación sólo se halla en las acciones *familiæ erciscundæ* (división de una herencia), *communi dividundo* (división de un objeto común) y *finium regundorum* (arreglo de límites); está concebida así: *Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato* (1).

P. ¿Se encontraban necesariamente juntas en cada fórmula estas cuatro partes?

R. No, señor: no podían encontrarse reunidas todas cuatro sino en las tres acciones divisorias, porque, como acabamos de decir, sólo en ellas había adjudicación. Ordinariamente, la fórmula contenía la demostración, la intención y la condenación (2). En algunos casos, la fórmula consistía solamente en una *intentio*, y entonces tomaba el nombre de *præjudicium* ó de acción *perjudicial*; la misión del juez se limitaba, en tal caso, á resolver la cuestión propuesta en la *intentio*, sin pronunciar ni condena ni adjudicación (3). En gran número de acciones, la fórmula se componía sólo de la *intentio* y de la *condemnatio*. Así sucedía en la acción *in rem*, y aun en la acción *in personam*, cuando ésta tenía por objeto una cosa, ó, por lo menos, una suma cierta (*certa pecunia*) (4): así sucedía también en todas las acciones *in factum* (5).

P. Explique Vd. el origen y la naturaleza de la distinción de las acciones *in jus* é *in factum*.

jussus del juez podía ser obligado á ello *manu militari*. Esto es lo que dice expresamente la L. 68, D. *de rei vind.*, que algunos comentadores suponen, aunque muy temerariamente á mi juicio, que fué alterada por Triboniano para acomodarla á los usos de su tiempo. El conjunto del texto y las palabras *jussus, judici, officio judicis*, parecen demostrar que el principio consignado en estos fragmentos estaba en vigor, aun bajo el sistema formulario.

(1) La adjudicación da á estas tres acciones un carácter particular que, como veremos, ha hecho que se llamasen *acciones mixtas*.

(2) Como en la fórmula consignada en el núm. 4, nota.

(3) Se empleaba la forma del *præjudicium* cuando se habían de resolver cuestiones perjudiciales, ó bien cuestiones principales, si las consecuencias que éstas debían entrañar no se reclamaban á la sazón. La acción judicial se podía referir, por otra parte, bien á cuestiones de derecho, bien á cuestiones de estado (*si fulano es libre, manumitido, hijo de familia*, etc.), bien á simples cuestiones de hecho, tales como la cantidad de una fianza ó de una dote. (V. Gayo, III, § 123; IV, § 44.)

(4) En efecto, la fórmula *si paret dare oportere* no implica la necesidad de indicar el motivo de la obligación, el hecho que la creó.

(5) En la acción *in factum* el hecho, en lugar de enunciarse aparte en la demostración, pasa á la *intentio*; la demostración se confunde en la *intentio*. (V. la pregunta siguiente.)

R. Esta distinción se refiere á la manera como está concebida la *intentio* de la forma. La *intentio*, en efecto, ofrece para su resolución una *cuestión de derecho*, en el sentido de que no basta al juez, para cumplir su misión, examinar los hechos materiales, sino que tiene precisión de buscar sus consecuencias jurídicas para decidir si los hechos han podido crear una obligación ó un derecho real en favor del demandante (*si paret dare oportere. Si paret hominem ex jure Quiritium Agerii esse*): la acción es entonces *in jus concepta*. Otras veces la *intentio*, en la cual se confunde entonces la *demonstratio*, no da, al menos, según la forma del lenguaje, más que un simple hecho que esclarecer (*si paret A. Agerium apud N. Negidium nensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse*. Gayo, IV, 47): la acción en este caso es *in factum concepta* (1).

P. ¿Eran sinónimas en el procedimiento formulario las palabras *formula*, *actio* y *judicium*?

R. Sí, señor: la fórmula entregada por el pretor creaba el poder del juez (*judicium*) y daba al demandante el derecho de procurar ante este juez la condena del demandado (*actionem*). Confundiéndose los efectos con la causa, las palabras *judicium* y *actio* llegaron á ser sinónimas *de formula* (2).

P. ¿Cómo fué abolido el procedimiento formulario?

R. Aun rigiendo el sistema formulario había casos en que el magistrado, en vez de enviar el negocio al juez, decidía por sí mismo el pleito. Dábase á esto el nombre de *judicium extraordinarium*, *extraordinem cognoscebat* (3). Estos casos se multiplicaron y se vió con más frecuencia instruirse los negocios y juzgarse directamente en el *oficium* de los magistrados imperiales, sin el auxilio de un *judex*. Diocleciano hizo de esta fórmula, en otro tiempo excepcional, una regla general. Todos los juicios fueron desde entonces extraordinarios (*extra ordi-*

(1) Las acciones *in factum* son de origen pretorio. Los pretores se servían de ellas, ya para crear derechos y darles una sanción que no hallaban en el derecho civil, ya para permitir proceder en juicio á personas á quienes el derecho civil no concedía esta capacidad, por ejemplo, á los hijos de familia que, por lo menos antes de la introducción del peculio castrense, y aun después de esta introducción, en todo lo que no se refería á él directamente, no podían ejercitar ninguna acción *in jus concepta*, porque, según el derecho civil, no podían considerarse ni propietarios ni acreedores. (Gayo, IX, 96, L. 13, D. *de oblig. et act.*)

(2) En su edicto el pretor decía indistintamente *actionem* ó *judicium dabo*. En las acciones *arbitrarias* la acción se llamaba simplemente *arbitrum*: se decía en este sentido *arbitrium tutelæ*.

(3) Así, por ejemplo, se hallaba establecido en materia de fideicomisos. (Véase lib. II, tit. XIII.)

nem jus dicitur qualia sunt hodie omnia judicia, § 8, *Inst. de interd.*) (1).

P. Una vez dadas estas nociones generales sobre la organización judicial en Roma, ¿qué debe entenderse por acción?

R. Las Instituciones definen la acción, el derecho de perseguir ante un juez lo que nos es debido, *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*. Mas esta definición, tomada del jurisconsulto Celso (L. 51, D. *de obl. et act.*), no era exacta sino bajo el sistema formulario, en el que nadie podía, en efecto, introducir una instancia *in judicio* sin tener el derecho, es decir, sin haber recibido la fórmula; aun bajo el sistema formulario, esta definición parecía aplicarse sólo á la acción personal. En el último estado del derecho, la definición sería más exacta diciendo: el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe ó lo que nos pertenece (2).

DIVISIÓN DE LAS ACCIONES (3).

Primera división.—P. ¿Cuál es la principal división de las acciones?

R. La principal división (*summa divisio*) de las acciones, es la que las distingue en acciones reales (*in rem*) y en acciones personales (*in personam*) (4).

(1) Fué permitido alguna vez á los magistrados superiores, cuando estaban muy sobrecargados de negocios, enviar á las partes á los *judices pedanei*. Mas esta remisión se hacía sin fórmula: los *judices pedanei* no eran jurados, sino magistrados inferiores que decidían sobre el derecho ó sobre el hecho, como hubiera podido hacerlo el magistrado que los había delegado. (V. *Introd.*, pág. 56.)

(2) En el procedimiento usado en tiempo de los emperadores cristianos, no hay, propiamente hablando, *acciones* (sinónimas de fórmulas), ni, como veremos, *excepciones*. Las palabras, por lo tanto, aunque subsistían, subsistían en una acepción necesariamente diversa de la primitiva. El demandante saca directamente de la ley el derecho que tenía en otro tiempo de obtener la fórmula emanada del magistrado; la acción es en adelante el ejercicio directo de derecho que sostenemos nos asiste según la ley.

(3) Los juriscónsultos romanos, considerando las acciones bajo diversos puntos de vista, habían establecido entre ellas divisiones bastante numerosas. De estas divisiones, unas se referían exclusivamente á la redacción de la fórmula, como las divisiones de las acciones *in jus* é *in factum*: Justiniano no las nombra, al menos expresamente, en las Instituciones; las otras podían concebirse en rigor y bajo ciertos aspectos, haciendo abstracción de la fórmula, como son las de que hablamos aquí. Véase, sin embargo, que aun respecto de estas últimas, la fórmula tuvo tal influencia, que es indispensable referirse al sistema formulario para tener una inteligencia completa de ellas.

(4) El texto (§ 1) dice formalmente que todas las acciones se dividen en dos ramas: *Omnium actionum summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt, aut in personam*. Sin embargo, terminada la división de las acciones en reales y

P. ¿Qué es acción personal?

R. Es aquélla por la cual el demandante afirma que su adversario tiene que responder con respecto á él de una obligación personal (*per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere et aliis quibusdam modis*) (1).

P. ¿Qué es acción real?

R. Es aquélla por la cual se procede contra uno sin alegar obligación alguna de su parte (*cum eo agi qui nullo jure ei obligatus est*). Tal es la acción por la cual el demandante reivindica una cosa como suya (*si Titius suam esse intendit, in rem actio est*) (2).

personales, el § 20 dice: *Quadam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam*. De aquí que un gran número de comentadores añadan á las dos clases precedentes una tercera clase de acciones que llaman *mixtas*, en el sentido de que son á la vez reales y personales. Mas ya veremos que la acción es personal cuando el demandante sostiene que el demandado está obligado hacia él; que se llama así, porque el demandado está necesariamente nombrado en la *intentio*; que la acción es real cuando el demandante procede sin alegar ninguna obligación, y el demandado no está nombrado en la *intentio*. Según esto, es preciso reconocer que una acción no puede ser á la vez real y personal, porque no se puede en una misma acción alegar y no alegar una obligación, nombrar y no nombrar al demandado. Creemos, pues, con los mejores intérpretes contemporáneos, que las acciones *mixtas* no se consideran bajo el mismo punto de vista que las reales y las personales, y que no se refieren por consecuencia á esta distinción. Según la *intentio* de la fórmula, es la acción real ó personal; según el efecto que produce y el doble poder que concede al juez de adjudicar la cosa y de condenar á la persona, se considera como mixta. Parece, en efecto, que en las tres acciones mixtas la fórmula contenía á la vez una *adjudicatio* y una *condemnatio*. (V. el título anterior.— V. igualmente lo que decimos después sobre las acciones mixtas.)

(1) *Et aliis quibusdam modis*. Con estas palabras alude Justiniano á las acciones personales, que en el sistema formulario tenían una *intentio* concebida de otra manera que las condiciones, cuya fórmula era, como se sabe, *si paret dare oportere*, ó *quidquid paret dare facere oportere*, por ejemplo, á las acciones *in factum concepta*, cuya fórmula, planteando al menos en apariencia una simple cuestión de hecho, daba lugar realmente á ver si el demandado estaba obligado.

(2) Para comprender mejor esta definición, es preciso recordar que existen, sin embargo, derechos absolutos, subsistentes á juicio de todos, que se llaman *jus in re*: tales son la propiedad y sus desmembramientos. (V. lib. III, tít. XIII.) Existen igualmente derechos relativos con respecto sólo á ciertas personas, y son las obligaciones propiamente dichas, es decir, las obligaciones especiales y *personales*, que se llaman *jura ad rem*. Ahora bien, la acción real es aquélla por la cual se afirma tener un derecho absoluto *jus in re* contra todo el que nos disputa este derecho; aquélla por la cual se pide ser reconocido como *propietario*, *usufructuario*, *hombre libre*, etc. La acción personal es aquélla por la que no se pide nada que no sea completamente personal á aquél contra el cual se procede, de modo que se sostiene que tal persona está obligada hacia el que reclama. Obsérvese que la obligación del demandado puede suponer en ciertos casos un *jus in re* (derecho absoluto) en la persona del demandante; pero si este derecho no es desconocido por su adversario,

P. ¿De dónde provienen estas denominaciones de acción *in rem* y de acción *in personam*?

R. Se dice comunmente que provienen de que la acción real se refiere á la cosa y se ejercita contra el poseedor, sea quien fuere; mientras que la acción personal se refiere á la persona del deudor y se da sólo contra ella. Mas esta proposición carece de exactitud por su generalidad, porque hay acciones personales, y principalmente la *ad exhibendum*, que se dan contra el poseedor, porque es poseedor (L. 3, §§ 13 y 15, D. *ad exhib.*), y que imitan bajo este aspecto el efecto de las acciones reales (1). El sentido de las palabras *in rem et in personam*, en materia de acciones, se determina por el que los mismos textos dan á las expresiones aplicadas á los edictos del pretor, á los pactos y á las excepciones. En todos estos casos. *in rem* significa una enunciación concebida en términos generales sin designación de persona; *in personam*, una enunciación relativa á tal ó cual persona determinada (2). En efecto, hay pretensiones que se pueden hacer sin nombrar al adversario, por ejemplo, cuando sostengo que soy propietario de tal fundo, ó que tengo un derecho de servidumbre ó de usufructo sobre tal fundo. Otras pretensiones, por el contrario, no pueden enunciarse sin nombrar la persona del adversario, lo

si la cuestión se refiere sólo á la obligación, la acción no por eso es menos personal. Así, cuando se persigue al autor de un perjuicio, si la calidad de propietario de la cosa perjudicada no se niega por el demandado, la acción será personal; pero será preciso recurrir á la acción real si el demandado pretende que él es propietario de la cosa. (V. el excelente artículo de M. Blondeau, en la *Themis*, tít. IV, pág. 133.) Es necesario no confundir, como se ha hecho con frecuencia, las acciones *muebles* ó *inmuebles* con las *reales* y *personales*. La primera distinción se aplica cuando se examina si la acción tiende á reclamar una cosa mueble ó inmueble, sea que nos pertenezca, sea que se nos deba transmitir su propiedad. Las acciones se dividen en *reales* y *personales*, no por razón del objeto que se quiere obtener, sino por razón de la *intento*, es decir, según que el demandante sostiene que le asiste derecho *in re* ó obligación en su favor.

(1) Podría decirse poco más ó menos lo mismo de la acción *noxal*, que compete contra todo individuo que fuese propietario del esclavo que ha cometido un daño. (V. el tít. VIII.) Por otra parte, hay acciones reales que no se dan contra todo deudor, por ejemplo, la *pauliana*, de que hablaremos después, que no se da contra el adquirente por título oneroso, sino cuando lo fué de mala fe, y que se da contra el que adquirió de mala fe aun cuando no posea. (L. 9, D. *quæ in fraude*.)

(2) Así, Ulpiano dijo que la disposición de un edicto es *in rem*, cuando es general y no designa persona, *generaliter in rem loquitur, nec adjicit personam a qua gestum est*. (L. 9, § 1, D. *de eo quod med.*) Igualmente un acto es *in personam* cuando sus efectos no deben aprovechar más que á una persona determinada, sin poder ser útiles á otros, por ejemplo, á sus herederos; es *in rem* cuando está concebida en términos generales, de manera que puede ser invocado por otros, además de la persona que ha concurrido á él. (L. 7, § 8; L. 13, 5, D. *de pactis*.)

que sucede en materia de obligación; porque no bastaría establecer de una manera general que yo soy acreedor, sino que es preciso necesariamente decir quién es el demandado que me debe. La acción es, pues, *in rem* cuando el derecho alegado por el demandante es enunciado en términos generales, sin nombrar al demandado, por ejemplo, *si paret fundum capenatem ex jure Quiritium Titii esse*; es *in personam* cuando se designa personalmente al demandado, por ejemplo, *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sextertium decem millia dare oportere*.

P. Sin embargo, parece imposible, al nombrar la persona, no nombrar todas las demás entre las cuales se suscita el litigio; y vemos en los textos (L. 27, ff. *de rei vind.*) que la acción real no puede servir sino contra aquél contra quien fué obtenida *in jure*; de suerte que si la cosa reivindicada viene á cambiar de manos, ¿será precisa una nueva acción para condenar al nuevo poseedor?

R. Así es; de suerte que lo que acabamos de decir no debe aplicarse á la fórmula entera, sino sólo á la *intentio*: sólo á esta parte de la fórmula se alude cuando se dice que la acción está concebida *in rem* ó *in personam* (1). Y se concibe muy bien, porque la *intentio*, en la acción real, no designa persona en particular; pues tal designación sería inútil, porque me basta haber probado que yo tengo un derecho absoluto, por ejemplo, que soy propietario de la cosa reivindicada, para obtener el triunfo contra el demandado, sea quien fuere, mientras que de nada me serviría probar que existía en mi favor una obligación, si no justificaba al propio tiempo que existía contra la persona á quien persigo.

P. ¿Tienen otro nombre las acciones reales ó personales?

R. Las acciones reales se llaman reivindicaciones (*vindicationes*, § 15) ó peticiones (*petitiones*); y también condiciones, si no todas las acciones personales, por lo menos todas aquellas en las cuales el demandante sostiene que su adversario está obligado á darle ó hacerle tal cosa (2).

P. ¿De dónde proviene esta denominación de condición?

R. Proviene de la antigua acción de la ley, la *condiction*, que se introdujo especialmente para reclamar la ejecución de

(1) En la acción real, como en la personal, el demandado se nombraba necesariamente en la *condemnatio*.

(2) Las condiciones eran acciones cuya *intentio* decía: *Si paret dare oportere, si paret dare facere oportere*. Las acciones personales cuya *intentio* estaba concebida de otra manera, por ejemplo, las acciones *in factum*, la acción de hurto (cuya *intentio* estaba concebida en estos términos: *si paret damnum decidere oportere*, Gayo, IV, 37) no entraban en la clase de condiciones.

una obligación de dar. En el sistema formulario, el nombre de condición fué transportado á la acción cuya *intentio*, reproduciendo los términos de la antigua condición, expresaba, aunque indirectamente, que el demandante alegaba una obligación de dar ó de hacer (*si paret dare..... si paret dare facere oportere*). El nombre de condición subsistió, aunque las antiguas formalidades de donde se derivaba no estén ya en uso. (V. lib. IV, tít. VI.) (1).

P. Las acciones reales ó las reivindicaciones, ¿se aplican sólo á las cosas corporales?

R. Aplícanse también á las cosas incorporeales. Por la acción real se reclaman los derechos de usufructo, de uso, las servidumbres prediales (§ 2).

P. ¿Cómo se dividen las acciones reales relativas á las servidumbres, ya sean personales, ya reales?

R. Estas acciones se dividen en *confesorias* y *negatorias*. La acción *confesoria* ó afirmativa es aquélla por la cual se sostiene que no se debe una servidumbre cualquiera; como cuando se sostiene que la persona que pretende ejercitar un derecho de paso ó de usufructo sobre nuestro fundo, no tiene tal derecho (2).

P. ¿Ofrece algo notable la acción negatoria?

R. Sí, señor: ofrece de notable que la prueba corresponde al demandado, quien, bajo este concepto, *partes actoris sustinet*; porque, en general, corresponde al demandante probar, por ser ordinariamente el que afirma. Pero aquí, al contrario, el demandante niega, y el demandado es el que afirma tener un derecho de servidumbre. A éste, pues, le corresponde la prueba (3).

(1) Sabido es que existen dos condiciones, á saber: la condición propiamente dicha ó *condictio certi*, cuyo objeto es cierto y determinado, y la *condictio incerti*, cuyo objeto es indeterminado (*quidquid dare, facere oportet*). Esta última condición es la que se designa frecuentemente con el simple nombre de acción, indicando la causa de la obligación, *actio ex stipulatu ex testamento*, etc.

(2) El texto pone en el número de las acciones *negatorias* aquélla por la cual pretendo que mi vecino no debe elevar su casa más alto (*altius tollendi*): para esto es preciso suponer que el derecho común no permite elevar los edificios más que á una altura determinada que el vecino traspasa, lo que se dirige á establecer una servidumbre sobre mi heredad. Mi pretensión constituiría una acción *confesoria* si el derecho común permitiera elevar los edificios á toda la altura que se quisiese; porque entonces pretender que mi vecino no debía elevar su casa más que á tal altura, sería afirmar que estaba sometido á una servidumbre. (V. lib. II, tít. III.)

(3) Cuando el demandante probó el fundamento de su pretensión, cuando, por ejemplo, probó la obligación, el demandado que se defiende por una excepción, es decir, que no se contenta con negar la alegación del demandante, sino que afirma un hecho, v. g., que pagó ó que el demandado tiene mala fe, es el que debe probar

P. En las contestaciones relativas á un objeto corporal, ¿hay lugar á una acción negatoria, como en las relativas á las servidumbres?

R. No, señor, porque sería inútil hacer reconocer que tal persona no es propietaria de una cosa, pues que de aquí no se seguiría que hubiera tenido él mismo su propiedad. La reivindicación de una cosa corporal no se da, por otra parte, al que posee, porque no tiene nada que pedir, y en el caso de que se le ataque, nada que probar (1). En cuanto al que no posee, su acción es afirmativa ó confesoria; así es que debe probar su derecho (2).

Segunda división.—P. ¿Cómo se dividen las acciones consideradas en su origen?

R. Se dividen en *civiles* y *pretorias*. Las acciones civiles son las que se derivan del derecho civil (*ex legitimis et civilibus causis*); las acciones pretorias son las que han sido introducidas por el derecho honorario. Entre éstas, lo mismo que entre las civiles, las hay reales y las hay personales.

P. ¿Cuáles son las principales acciones pretorias reales?

R. Justiniano enumeró cinco: la acción *publiciana*, la *contraria á la publiciana* (§ 5), la *pauliana*, la *serviana*, y la acción *cuasi-serviana* ó *hipotecaria*.

P. ¿Cuándo se da la acción *publiciana*?

R. Es preciso para este suponer que una cosa fué entregada con justo título (*ex justa causa*, § 4), es decir, con la intención de transferir la propiedad (como por título de venta, de legado, etc.) á cualquiera que, sin embargo, no había sido propietario según el derecho civil, y que perdió la posesión antes de haber usucapido esta cosa (3): no le pertenece, pues, la reivindicación, que sólo corresponde al que tiene el dominio quirritario. Mas el pretor le concederá una acción que, subordi-

que afirma. Hace por la *excepción* lo que el demandante hace por la *intención*. Tal es el sentido del adagio: *reus in exceptione actor est*.

(1) El poseedor tenía, por otra parte, para hacerse mantener en su posesión, el interdicto *uti possidetis ó utrobi*, de que hablaremos en el tít. XV.

(2) Hay, no obstante, un caso, dice el texto (§ 2), en que el poseedor está obligado á probar su derecho de propiedad (*sane uno casu, qui possidet nihilominus is actoris partes obtinet*): este pasaje ha suscitado grandes controversias; ¿cuál es este caso, único de que habla Justiniano? Según algunos, se trata aquí del caso en que el poseedor, perseguido por la acción *publiciana*, de que vamos á hablar, ha de valer la excepción *justi domini*.—Según otros, se trata del caso en que el propietario ejercitaría la acción negatoria para hacer declarar su fundo libre de servidumbre.

(3) Esto se refiere á que la entrega de las cosas *mancipi* no transfería el dominio quirritario, aunque la hiciera el verdadero propietario (V. pág. 188), y que la entrega de las cosas *nec mancipi* hecha *a nom domino* no transfería tampoco la propiedad, pudiendo dar sólo origen á la usucapición.

nando la condena del demandado, no al derecho de propiedad del demandante, sino al derecho que tendría si el tiempo de usucapición hubiese transcurrido, equivale de hecho á una verdadera reivindicación. Esta acción se llama *publiciana*, del nombre del pretor Publicio, que la introdujo con la mira de corregir el rigor del derecho civil. (V. lib. II, tít. I.) (1).

P. ¿Puede ser útil la acción *publiciana* al mismo propietario?

R. Sí, señor: esta acción es útil al mismo propietario, porque le dispensa de probar que tiene el dominio quirritario; prueba frecuentemente difícil de hacer, porque para ello es preciso probar que la cosa ha sido transmitida siempre *a domino*, de propietario en propietario. En la acción *publiciana*, basta probar que la cosa se ha recibido de buena fe.

P. ¿En qué casos se da la acción *contraria á la publiciana*?

R. En la acción *publiciana* se supone que una persona ha usucapido lo que no ha usucapido realmente: aquí se supone, por una ficción *contraria*, que el poseedor no ha usucapido cuando realmente usucapió. Esto sucede: 1.º, cuando una persona ausente (2) ó en poder de los enemigos, y contra la cual, por consiguiente, no se puede proceder, usucapió (3) la cosa de una persona presente; 2.º, cuando durante la ausencia de un individuo que estaba ausente por causas justas, ha sido su cosa usucapida. En estos dos casos, el pretor, para corregir el rigor del derecho que privaba al propietario de su cosa, cuando no había podido defenderla, concede una acción real por la

(1) Gayo (IV, § 36) trae la fórmula de esta acción: *iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit, quique ei traditus est, anno possidisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure quirritium esse oporteret*, etc. Obsérvese que resulta de esta fórmula que la acción *publiciana* no podía aprovechar más que al que estaba en posesión de usucapir, y que sólo había sido impedido por falta de tiempo: no aprovechaba, pues, más que al que había recibido una cosa de buena fe; no aprovechaba al que había recibido una cosa viciosa, por ejemplo, una cosa hurtada. Si el poseedor contra el cual se ejercitaba la acción *publiciana* era de buena fe y se hallaba en posición de usucapir, se defendía eficazmente por una excepción fundada en la máxima *in pari causa, melior est causa possidentis*. Si el poseedor sostenía ser el verdadero propietario de la cosa reivindicada por la acción *publiciana*, se defendería por la excepción *justi dominii*, y probando que realmente tenía la propiedad, ganaría su pleito conservando la posesión.

(2) Por cualquier motivo que lo esté, porque no sólo cuando el ausente llena una misión pública (*republica causa*) se da lugar á la acción de que se trata. (L. 21, § 1, ff. *ex quibus caus. maj.*)

(3) Sabemos que se puede poseer, y por consecuencia usucapir para otros. Cuando el ausente está en poder de los enemigos, debe suponerse que su esclavo ó su hijo de familia ha adquirido *ex causa pecuniaria* la cosa de otro, porque el prisionero no puede poseer de otra suerte, ni aun por medio de su hijo ó de su esclavo, y la posesión, y por lo tanto la usucapición, se interrumpen por la cautividad, hasta el punto de no restablecerlas el derecho de *postliminium*. (L. 19, *Cod.*)

que permite al propietario reivindicar su cosa como si no hubiese habido usucapión (*rescissa usucapione*), y como si, en su consecuencia, hubiese conservado siempre la propiedad. Esta acción, llamada *contraria á la publiciana ó cuasi-publiciana* (1), no se daba sino durante un año útil (V. lib. III, tit. IX) después de regresar el ausente (2).

P. ¿Cambió de algún modo Justiniano esta acción?

R. Justiniano, permitiendo interrumpir la usucapión ó la prescripción con respecto á un ausente por medio de una súplica presentada al magistrado (L. 2, c. *de ann. except.*), parece haber rehusado esta acción respecto del caso primero de que hemos hablado. Este príncipe extendió á cuatro años la duración de esta acción. (L. últ., c. *de temp. in int. rest.*)

P. ¿Cuál es la acción *pauliana*?

R. Es la que se da á los acreedores para reivindicar, como perteneciente siempre á su deudor, las cosas que enajenó éste en fraude (3) de sus derechos. También se apoya esta acción en una ficción: el pretor supone que no se entregaron estas cosas, y que, por consiguiente, quedaron siempre en los bienes de su deudor, en posesión de los cuales se hicieron poner. (V. lib. III, tit. XII.) La acción *pauliana* no dura más que un año. (L. 40, ff. *quæ in fraud.*)

P. ¿Contra quién se da esta acción?

R. Se da contra todo el que adquirió por título gratuito; pero no se da contra el que adquirió por título oneroso, sino cuando participó del fraude (4).

(1) Se llama también *rescissoria* por algunos comentadores, pero muy impropriamente, porque esta denominación haría creer que sólo existe dicha acción rescisoria, á pesar de que hay otras varias: la acción *pauliana* es de este número.

(2) La acción *cuasi-publiciana* es anual, porque impugna al derecho civil, atacando la usucapión adquirida conforme á este derecho; á diferencia de la *publiciana*, que suple al derecho civil, que lo auxilia, por decirlo así, y que es perpetua. (V. L. 37.)

(3) *En fraude*, es decir, en perjuicio de los acreedores y con intención de perjudicarlos. (V. lib. I, tit. VI.)

(4) Es cuestión muy debatida entre los comentadores la de si la acción *pauliana* es real ó personal. Los que sostienen, contra el texto positivo del § 6, que esta acción es únicamente personal, se apoyan en que no se da contra todos los terceros detentadores, porque, dicen, es propio de la naturaleza de la acción real darse contra todos los poseedores; mas ya hemos tenido ocasión de decir que este principio se presenta de un modo demasiado absoluto. Añaden que la acción *pauliana* se da contra los herederos del que estaba obligado, aun cuando no posean ya carácter exclusivo de la acción real; que si no se da contra el que adquirió por título oneroso que tuvo buena fe, es porque aparentemente nace del dolo del adquirente, y en su consecuencia, de una obligación. Creemos que la cuestión hubiera sido menos batida, y que los textos de que se prevalecen una y otra parte se hubieran fácilmente con-

P. ¿Qué es la acción *serviana*?

R. Es una acción introducida por el pretor Servio, que se da al propietario de una heredad rústica, para reclamar contra todo poseedor las cosas que su arrendatario dejó en seguridad de los arriendos (*quæ pignoris jure tenentur*, § 7) (1).

P. ¿Qué es la acción *cuasi-serviana*?

R. Es una acción, introducida á ejemplo de la *serviana*, por la cual el acreedor reclama contra todo poseedor la cosa que se le dió en prenda ó hipoteca (2).

P. ¿Qué diferencia hay entre la prenda y la hipoteca?

R. Se llama propiamente prenda lo que el deudor entrega á su acreedor, afectándolo á la seguridad de éste, é hipoteca lo que el deudor afecta á su acreedor, sin entregárselo (*sine traditione*). La hipoteca se constituye por una simple convención que ha sido confirmada por el derecho pretorio. La prenda es ordinariamente una prenda mueble (*maxime sit mobilis*); pero puede ser una inmueble. Púedese también hipote-

ciliado, si se hubiese advertido que los acreedores podían muy bien tener tanto una acción real como una acción personal. Ya hemos visto que la acción personal y la acción real existían con frecuencia en favor de una misma persona: sin alegar los ejemplos que hemos citado, diremos que así sucede respecto del que tiene la acción personal *quod metus causa*, puesto que puede preferir una acción real para reclamar lo que enajenó por temor. (L. 9, § 5, 1 *et seq.*, ff. *quod. met. caus.*) Así sucede también respecto del menor de veinticinco años perjudicado por una venta y que, teniendo una acción personal contra el adquirente, tiene, á veces, una acción real que se le da *rescissa alienatione*. (L. 13, § 1, ff. *de min.*) Creemos que sucede de la misma manera respecto de los acreedores, y que la acción que se les da para reclamar los bienes enajenados en fraude de sus derechos es real ó personal, según la cuestión que se ha promovido: si el pretor dijese, por ejemplo, *si resulta que tal sujeto está obligado á dar los fundos que compró por dolo*, etc., la acción sería personal. Mas si, como nuestro texto supone, el pretor encargó al juez que examinase si el fundo pertenecía al deudor, considerando la entrega como no hecha (*rescissa traditione*), es verdaderamente una acción real; se trata de hacer reconocer un *jus iure*.

(1) Cuando se trata de una heredad rústica, sólo las cosas afectas expresamente al pago de los arriendos son prenda para el propietario: exceptuáanse, con todo, los frutos del fundo arrendado, tácitamente comprendidos en la prenda. (L. 7, ff. *in quid caus.*) No sucede lo mismo cuando se trata de una casa alquilada: todo lo que se lleva á ella se juzga afectado tácitamente al pago del alquiler (L. 4, ff. *eod.*); la acción *serviana* no se instituyó más que para el arriendo de fincas rústicas; pero el arrendador de una casa puede reclamar por la acción *cuasi-serviana*.

(2) Esta acción es real (L. 17, ff. L. 18, c. *de pign. et hip.*), porque la cuestión que hay que decidir es si la cosa pertenecía al deudor cuando se dió en prenda ó hipoteca, circunstancia sin la cual el acreedor no hubiera podido adquirir ningún derecho *in re*. Obsérvese, sin embargo, que el acreedor no está obligado á probar que la cosa estaba *in dominio*, sino sólo *in bonis* de su deudor (L. 15, § 1, ff. *eod.*), es decir, que éste era poseedor con justo título y buena fe, porque semejante posesión tiene, á los ojos del pretor, las ventajas de la propiedad.

car, de esta suerte, tanto una cosa mueble como una inmueble.

P. Cuando se hipotecó sucesivamente una cosa á varios acreedores por diversas convenciones, ¿quién es el preferido?

R. Es preferido el primero á quien se hipotecó, según la máxima *prior tempore potior jure* (L. 4, c. *qui poti.*) De suerte que si la acción cuasi-serviana se ejercitaba por un acreedor cuya hipoteca era menos antigua, contra uno que tenía otra anterior, obtenía éste una excepción que paralizaba la acción del primero (L. 6, c. *eod.*)

P. ¿Cuáles son las acciones personales que se crearon por los pretores?

R. Hay un gran número de ellas (*et alias complures*, § 8): el texto cita, como ejemplos, las acciones *constitutæ pecuniæ*, *de peculio*, *ex jurejurando*.

P. ¿Cuál es la acción *pecuniæ constitutæ*?

R. Es una acción creada por el pretor para obtener la ejecución de un *constituto*. Ahora bien, se entiende por *constituto* un pacto pretorio (V. lib. III, tít. XII), por el cual se promete de nuevo lo que ya se debía, ó lo que debía otro, sea civilmente, sea naturalmente (1). Es preciso suponer que tal promesa se hizo por un simple pacto (*nulla stipulatione*), porque si se hiciese por una estipulación, había lugar á la acción civil que resultaba de ella. (V. lib. III, tít. XV.)

P. ¿Cuáles son las cosas que se pueden *constituir*? En otros términos, ¿respecto de qué cosas se da la acción *de constituta pecunia*?

R. En otro tiempo esta acción no tenía lugar sino respecto de las cosas que pueden ser objeto de un mutuo, es decir, de las que se evalúan por su número, peso ó medida. (V. lib. III, tít. XIV.) Mas Justiniano quiso que se diese respecto de todas, lo cual es consecuencia de una constitución (L. 2, c. *de const. pec.*) por la que abrogó, ó más bien transfirió á esta acción otra civil llamada *receptia*, que tenía alguna analogía con la primera (2). La palabra *pecunia* significa, pues, aquí, no sólo una suma de dinero, sino también todo lo que está en el comercio. (L. 178, ff. *de verg. sig.* V. lib. II, tít. I.)

P. ¿Qué es la acción de *peculio*?

R. Es una acción por la cual se compele al padre de fami-

(1) El *constituto* hecho respecto de la deuda de otro es una especie de fianza; este pacto no produce novación: produce sólo respecto del acreedor la facultad de pedir otra cosa, ó en otro lugar, ó en otro tiempo, ó de proceder contra otra persona. (L. 1, § 3, de *pec. const.*)

(2) Sobre esta acción *receptitia*, todo se reduce á conjeturas muy vagas: parece que se daba contra los banqueros (*argentarios*) que se empleaban como intermediarios en las ventas, en los préstamos y en otras negociaciones.

lia á cumplir las obligaciones estipuladas (*ex contractu*) por el hijo de familia ó el esclavo, hasta la concurrencia del valor de su peculio. Según el derecho civil (*ipso jure*), el padre de familia no había de responder de tales obligaciones (V. lib. III, tit. XIV); mas pareció equitativo (*æquum*) al pretor que respondiese hasta lo que alcanzase el peculio del hijo ó del esclavo que se obligó, porque este peculio se considera, por decirlo así, como el patrimonio de la persona á quien el padre de familia confió su administración (1).

P. ¿Sólo se concedía la acción *de peculio* respecto de las obligaciones que nacen de un contrato?

R. Se concedía también respecto de las obligaciones que nacen como de un contrato; mas nunca se daba respecto de las obligaciones que resultaban de un delito ó como de un delito. (V. lib. IV, tit. V.) (2).

P. ¿La acción *de peculio* es verdaderamente una acción particular?

R. No, señor: es sólo una modificación de diversas acciones, resultante de las obligaciones contraídas por el individuo *alieni juris*. Si, pues, el hijo de familia ó el esclavo hizo una venta ó recibió un depósito, se tendrá siempre contra el padre de familia la acción *ex vendito depositi*, etc., pero solamente hasta donde alcanzare el peculio (*de peculio*). (V. Vinnio, sobre el § 10.)

P. ¿Cuál es la acción *ex jurejurando*?

R. Cuando una de las partes desiere á la otra el juramento (*postulante adversario*) se forma una especie de transacción, por la cual las partes prometen referirse al juramento que se preste sobre la existencia de la deuda; de manera que si, á propuesta de su adversario, el demandante jura que se le debe (3) algo, el demandado tiene obligación de pagar. En este

(1) Se ve por aquí que se trata del peculio cuya propiedad tiene el padre, y por lo tanto, según el nuevo derecho, sólo del *profecticio*; el padre no puede responder respecto de los peculios *castrense* ó *cuasi-castrense*, ni aun del *adventicio*, que pertenecen al hijo, sino que sería éste responsable, porque se halla civilmente obligado. (L. 44, ff. *de pecul.*) De donde se sigue que si no se ha podido obtener del padre la suma íntegra de la deuda, porque excedía del peculio, podrá ser también perseguido el hijo por el resto. De la propia manera el esclavo es deudor, pero *naturaliter tantum*, de la nota que contraja.

(2) Pero se tendría contra el dueño la acción *noxal*, de que hablaremos en el título VIII. Obsérvese también que cuando el hijo de familia ha sido condenado por un delito, el padre responde por la acción *judicati de peculio* (L. 3, § 11, *eod.*), porque la sentencia produce una nueva obligación que realiza novación de la antigua deuda: ahora bien, en virtud de esta obligación, que se asimila á la que resulta de una estipulación, es perseguido el padre con la acción *de peculio*. (V. Vinnio.)

(3) Lo mismo sucedería si el demandado hubiese dispensado al demandante del juramento en el momento en que se hallaba éste dispuesto á prestarlo.

caso sólo había antiguamente una obligación, resultante de un simple pacto, que el derecho civil no protegía; mas el pretor la confirmó creando la acción *ex jurejurando*, en la cual la condena del demandado dependía de la cuestión no ya sobre si había ó no obligación, sino si hubo ó no juramento prestado (1) en debida forma.

P. Las acciones personales pretorias de que se ha hablado aquí se daban para confirmar negociaciones: ¿mas no introdujeron también los pretores acciones penales?

R. Sí, señor: tales son la acción *de albo corrupto*, la acción *de patrono aut parente in jus vocato*, la acción *de in jus vocato vi exempto*. Tales son también las acciones *de dejectis vel effusis*, *de suspensis vel positis* (de que hemos hablado en el título precedente) y muchas otras.

P. ¿Contra quién se da la acción *de albo corrupto*?

R. Se da contra los que han destruído ó hecho destruir el *álbum* del pretor. Llamábase así el cuadro blanqueado sobre el cual se inscribía el edicto del pretor con caracteres negros (V. lib. IV, tit. VI), y que era expuesto en el foro á fin de que cada uno pudiera enterarse de él.

P. ¿Contra quién se da la acción *de patrono aut parente in jus vocato*?

R. Se da contra el descendiente ó el manumitido, que llama á su ascendiente ó á su patrono *in jus* sin permiso del pretor. La pena es de 50 piezas de oro.

P. ¿En qué circunstancias se da la acción *de in jus vocato vi exempto*?

R. Llamado el demandado ante el magistrado *in jus*, si no obedecía la orden que le daba con este motivo el demandante, podía ser compelido por medio de la fuerza. Y para impedir que los amigos del demandado intentasen oponerse á esta fuerza mayor, el pretor introdujo la acción de que se trata contra los que usaran ó hiciesen usar de violencia para impedir que se presentara el demandado *in jus*. Esta acción daba, al que hacía ir al demandado ante el magistrado, el derecho de hacerse pagar por los autores de la violencia una suma equivalente al valor del proceso, sin perjuicio de los derechos que conservase contra su adversario primitivo.

P. ¿Pueden comprenderse las acciones *perjudiciales* entre las acciones reales?

R. Sí, señor (*præjudiciales actiones in rem esse videntur*, § 43). En efecto, la cuestión planteada en el *præjudicium* es-

(1) El juez sólo tiene, pues, que examinar un hecho, el de la prestación del juramento: así, la acción *ex jurejurando* es *in factum*. (V. lib. IV, tit. VI.)

tá concebida en términos generales: el juez está encargado de averiguar si tal sujeto es libre, si tal otro es manumitido, si tal es hijo de tal otra persona. Resulta de aquí que no se nombra el demandado en la *intentio* que constituye aquí toda la fórmula. (V. lib. IV, tit. VI.) Las acciones prejudiciales no tienen sólo por objeto decidir sobre cuestiones de estado: podían tener por objeto el importe de una deuda, y la acción no era personal por ello si no se contendía sobre la misma obligación. La mayor parte de las acciones prejudiciales eran de origen pretorio. Justiniano nos enseña que el *præjudicium* concerniente á la libertad (*an liber sit*) era casi el único que provino del derecho civil.

P. ¿Podemos reclamar una cosa que nos pertenece por la condición propiamente dicha? (V. lib. III, tit. XIV.)

R. No, señor (§ 14): en efecto, según la fórmula de esta acción, el demandado no debe ser condenado sino cuando resulte que tenía obligación de transferir la propiedad (*si paret dare oportere*): ahora bien, el detentador de una cosa nuestra no puede responder de tal obligación, porque no puede hacernos propietarios de lo que ya nos pertenece.—Sin embargo, por odio á los ladrones, y para compelerles por medio de muchas acciones, se estableció que, además de la acción de hurto, que les obliga á pagar el doble ó el cuádruplo, fueron sometidos á la condición, aunque el propietario tuviese contra ellos acción real. (V. lib. IV, tit. II.)

Tercera división.—P. ¿Cómo se dividen las acciones por causa del fin con que se intentan?

R. Se dividen en tres clases: las acciones que han sido llamadas impropriamente *persecutorias de la cosa* (*rei persecuendæ gratia comparatæ*, § 16), es decir, por las cuales reclamamos aquello de que somos privados, bien se nos haya quitado lo que nos pertenece, bien no se nos haya dado lo que se nos debe;—las acciones *penales* (*pænæ persecuendæ*), por las cuales pedimos una condena pecuniaria á título de pena;—y las acciones *mixtas*, por las cuales solicitamos al propio tiempo la cosa y la pena.

P. ¿Cuáles son las acciones *rei persecuendæ*?

R. Son todas las acciones reales, y la mayor parte de las personales que nacen de los contratos. Sin embargo, la acción de depósito *miserable*, es decir, del depósito hecho en caso de incendio, de tumulto ó de naufragio, es *mixta*, siempre, no obstante, que se ejercite contra el depositario ó contra su heredero que fuese también culpable de dolo (1), porque la con-

(1) Si el heredero no era perseguido por su dolo personal (*de dolo ipsius*, § 17),

denación se eleva entonces al doble para castigar al depositario infiel que abusa de la triste posición en que se hallaba el depositante. (V. lib. III, tít. XIV.)

P. ¿Son puramente penales todas las acciones que nacen de los delitos?

R. No, señor: unas son puramente *penales* y otras son *mixtas*. En el número de las primeras es preciso poner la acción de hurto que, ya se trate del doble, ya del cuádruplo (Véase lib. IV, tít. I), no se dirige siempre más que á obtener la pena del delito. En efecto, además de esta acción, el propietario hurtado tiene la acción *in rem* para reivindicar su cosa, y, según ya hemos dicho, la condición para hacerse pagar su estimación en todos los casos. Por el contrario, la acción *vi bonorum raptorum* es *mixta*, porque el cuádruplo comprende no sólo la pena, sino también la cosa. (V. lib. IV, tít. II.) Igualmente la acción de la ley *Aquilia*, para el daño causado injustamente (*injuriæ*), es *mixta*, no sólo cuando se procede por el doble contra el que negó el daño (*adversus inficiantem*), sino también á veces aunque no se proceda sino por sólo la cantidad (1), por ejemplo, cuando se mata á un esclavo tuerto ó cojo que hubiera tenido durante el año un gran precio. En efecto, el dueño pide entonces el precio más elevado que el esclavo pudo tener durante el año, y por consiguiente, algo más de lo que perdió. Es también *mixta* la acción dada contra aquél que, por entregar á las iglesias y otros establecimientos religiosos las cosas que se le dejaron á título de legado ó de fideicomiso, hubiera esperado á que se le citase á juicio: en tal caso es compelido á dar la cosa ó la suma legada, y otro tanto más á título de pena, por lo cual la condenación sube al doble (§ 49).

P. ¿No hay acciones *mixtas* en otro sentido que el anterior, aunque siempre con respecto al resultado que producen?

R. Sí, señor: hay acciones *mixtas* en el sentido de producir doble efecto, y dan al juez doble poder sobre las cosas y sobre

sino por el dolo de su autor, la acción sería contra él por sólo la cantidad, porque la pena no se pide nunca sino contra el autor del daño y no contra sus herederos: la acción sería, pues, puramente *rei persequendæ*.

(1) Parece á primera vista que la acción de la ley *Aquilia* sólo puede darse por la simple cantidad; porque una de dos, ó hay degeneración de parte del autor del daño, y entonces la acción se da por el doble, ó hay confesión, y entonces no se debe dar acción, según la máxima *confessus in jure pro judicato habetur*. Mas es preciso notar que la acción de que se trata puede darse *ad æstimandum*; las partes, de acuerdo sobre la existencia del hecho perjudicial, pueden no estarlo sobre la estimación del daño; entonces se da la acción por la cantidad; *in hac actione*, dice la ley del 25, § 2, ff. *ad leg. Aquil., judex non rei judicandæ, sed æstimandæ datur*.

las personas (*tam in rem quam in personam*, § 20), sobre las cosas que se le permite adjudicar y las personas que se le permite condenar. Tales son las tres acciones *familiæ erciscundæ* (división de una herencia), *communi dividundo* (división de una cosa común) y *finium regundorum* (arreglo de límites). En estas tres acciones, en efecto, el juez tiene el poder de adjudicar equitativamente las cosas á una ó á otra de las partes, y de condenar á aquélla cuya porción resulte mayor, á que pague á la otra una cantidad de dinero: tiene igualmente facultad para condenar á una ó á otra de las partes, según las obligaciones de que habían de responder, ya respecto de la restitución de frutos, ya respecto de todas las demás indemnizaciones (V. el tit. XVII del oficio del juez.) (1).

Cuarta división.—P. ¿Cómo se dividen las acciones relativamente á la cantidad de la condena?

R. Se dividen en acciones dadas por el simple, el doble, el triple ó el cuádruplo (2), es decir, para obtener una condena simple, doble, triple ó cuádruple de la que se fijó en la *intentio*, ó en otros términos, de lo que pretende el demandante habérsele privado.

(1) En la primera edición de esta obra dimos otra interpretación á nuestro célebre § 20, alegando á este propósito el sistema expuesto en la *Themis*, t. V, pág. 368, según el cual el § 20 debía entenderse así:—Ciertas acciones, tanto reales como personales (así es como se explicaban las palabras *tam in rem, quam in personam*), tienen un carácter *mixto*, en el sentido de que en ellas el papel de demandante pertenece igualmente á cada una de las partes, ó lo que viene á ser lo mismo, en el sentido de que el juez puede condenar así al demandante como al demandado, ó adjudicar á favor del uno ó el otro, mientras que ordinariamente, y en las acciones que se llaman por esto *simples*, el demandante no está expuesto más que á ver rechazada su demanda.—Mas esta explicación, muy ingeniosa por otra parte, tenía la imposibilidad de citar acciones reales que tuvieran el carácter de que aquí se habla. En efecto, las tres acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* y *finium regundorum*, citadas en el texto, son personales (y puramente personales, lo probaremos en el título XVII; véase, por otra parte, L. 1, ff. *fin. reg.* 1, § 1, de *anual. except.*) Se han invocado los *præjudicia*; mas en estas acciones el papel de demandante pertenece verdaderamente al que ejercita la acción, y por otra parte no se puede decir de estas acciones lo que el texto dice de las precedentes para indicar lo que las hace mixtas. *In quibus tribus permittitur judici, rem aliqui, ex litigatoribus adjudicare, et si unius pars prægravari videtur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.* Creemos que la explicación dada más arriba, que es por la que M. Ducaurroy se ha decidido en la última edición de sus *Instituciones explicadas*, núms. 1.209 y siguientes, es mucho más satisfactoria y más conforme al texto. (V. lib. IV, tit. VI.)

(2) Ninguna acción llega al quintuplo (§ 21).—Es probable que en las acciones dadas por el simple, la condena de la fórmula contenía una cantidad igual á la enunciada en la *intentio* (*si paret X millia dare oportere, X millia condemna*), y que en las acciones por el doble, el triple, etc. La *condenación* contenía una cantidad múltiple de la enunciada en la *intención*.

P. ¿Cuándo se da la acción por el simple?

R. La acción se da por el simple siempre que tiene por objeto *perseguir la cosa*; entre las acciones *penales* las hay también que se dan por simple: tal es la acción *de in jus vocato vi exemplo*. (V. lib. IV, tít. VI.)

P. ¿Cuándo se procede por el doble?

R. Se procede por el doble, v. g., en caso de hurto no manifiesto, en caso del daño previsto por la ley *Aquilia*, en caso de depósito miserable, en caso de soborno de un esclavo (1) y en caso de legados hechos á establecimientos religiosos.

P. ¿Hay que distinguir entre las acciones por el doble que se acaban de citar?

R. Sí, señor: entre estas acciones, unas se dan siempre por el doble, como las de hurto no manifiesto ó de corrupción de esclavo; otras sólo se dan por el doble en caso de denegación, como las acciones de la ley *Aquilia* y de depósito miserable (V. lib. IV, tít. VI), ó en caso de morosidad, como en los legados hechos á establecimientos religiosos (§ 16).

P. ¿Cuándo se procede por el triple?

R. Justiniano permitió proceder por el triple contra aquél que, en la exposición de su demanda (*in libello*), pidió más de lo que se le debía, á fin de que los ejecutores (*viatores, id est, executores litium*, § 24) pudiesen exigir del demandado una suma mayor por sus salarios, porque estos salarios eran proporcionados á lo que montaba la demanda. El demandado puede pedir tres veces el valor del daño que sufrió por esta razón, aunque no obstante el daño se cuenta sólo por su valor y la pena no es más que del doble (2).

P. ¿Cuándo se procede por el cuádruplo?

R. Se procede por el cuádruplo, por ejemplo, en la acción de hurto manifiesto, en la acción *quod metus causa*, en la acción que se da contra aquéllos que se hicieron entregar dinero para intentar contra alguno un proceso injusto (*calumniæ causa*) ó para renunciar á intentarlo. Justiniano permitió tam-

(1) La acción de corrupción de esclavo (*servi corrupti*) se da contra el que ha compelido al esclavo de otro á sustraerse por la fuga de la potestad de su dueño, á insubordinarse, á corromperse, que lo ha hecho, en fin, vicioso de alguna manera. En esta acción se comprende, en la suma de la condena, el valor de las cosas que el esclavo lleva en su fuga.

(2) En tiempo de Justiniano, que parece generalizó un modo de introducir la instancia que se había usado antes en casos urgentes, el demandante presentaba al magistrado una súplica firmada por él (*libellus*) que contenía la exposición de su demanda. En virtud de esta súplica, el magistrado daba un edicto que contenía la orden de citar al demandado y de comunicarle el *libellus*. Este edicto se ejecutaba por uno de los hujieres del tribunal.

bién proceder por el cuádruplo contra los hujieres que hubieran exigido salarios por una tasa que excediese la legal (§ 25). Debe notarse que la acción *quod metus causa* difiere de las otras por el cuádruplo, en que la naturaleza de esta acción permite al juez absolver al demandado que, según sus órdenes (*judicis jussu*), hubiera restituído al demandante lo que hubiese obtenido de él por miedo (1); mientras que en la acción de hurto manifiesto, por ejemplo, el demandado es indistintamente condenado al cuádruplo (§ 27).

Quinta división.—P. ¿Cómo se dividen las acciones relativamente á la extensión de las facultades del juez?

R. Se dividen en acciones de buena fe (*bonæ fidei*), acciones de derecho estricto (*stricti juris*) y acciones arbitrarias (*arbitrarie*).

P. ¿Qué se entiende por acciones de buena fe?

R. Llámanse así las que dan al juez el poder de determinar, no según el rigor del derecho civil, sino según la equidad, según la buena fe (2). Tales son las acciones que resultan de la venta, del arrendamiento, de la gestión de negocios, del mandato, del depósito, de la sociedad, de la tutela, del comodato, de la prenda, las acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, la acción *præscriptis verbis*, cuando nace de la perinuta ó del contrato *innominado* llamado *estimatorio* (3), y, en fin, la petición de herencia (4).

P. ¿Cuáles son las acciones que se llaman de derecho estricto?

R. Son las que, no autorizando al juez á determinar según la equidad, le dejan obligado á pronunciar según el derecho ci-

(1) Véase lo que decimos más adelante sobre las acciones *arbitrarie*.

(2) El nombre de acciones *bonæ fidei* les proviene de que, para autorizar al juez á tomar en consideración las circunstancias que debían modificar la obligación del demandado según la equidad, se había imaginado añadir en la *intentio* de la fórmula las palabras *ex fide bona*. (V. Gayo, 4, § 47; Cicerón, 3, *offic.* 17.)—La creación de las acciones de buena fe, y la introducción de las *excepciones* (V. tít. XII), que tenían por objeto eludir y corregir la rigidez del derecho primitivo, del derecho de las Doce Tablas, señalan el tránsito del *jus civile* al *jus gentium*. (V. *Introd.*, pág. 36.) Hemos dicho ya (lib. IV, tít. VI) que el juez de las acciones de buena fe se llama *arbiter*, en oposición al *judex* de las acciones de derecho estricto.

(3) El contrato *estimatorio* tiene lugar cuando se envía la cosa á un comisionista para venderla á tal precio, de manera que si se vende á un precio más alto se aprovecha el comisionista del exceso; si la cosa no se vende, puede ser restituída. Se ha dudado si en tal caso hay venta, alquiler de servicios, sociedad ó mandato: en la duda se concede una acción *præscriptis verbis*.

(4) La enumeración de las acciones de buena fe que hacemos aquí según el texto de las *Instituciones* (§ 28), ¿es limitativa? He aquí una cuestión muy debatida. Vinio sostiene la afirmativa, fundándose en que Justiniano, al hacer la enumeración de que se trata, no la hace preceder de la preposición restrictiva *veluti*.

vil. Tales son las acciones *ex stipulatu* y *ex testamento*, la condición que nace de un mutuo (1) y las acciones que nacen de los delitos.

P. ¿Cuál es el efecto de la diferencia entre las acciones de buena fe y las de derecho estricto, relativamente á la compensación? (V. lib. III, tít XIX.)

R. El poder que el juez tiene, en las acciones de buena fe, de apreciar la buena ó la mala fe de las partes, le autoriza implícitamente á fijar la suma de la condenación según la equidad (*ex æquo et bono*); y de consiguiente, si el mismo demandante tuviera que responder de alguna obligación hacia el demandado, el juez, apreciando los compromisos respectivos de las dos partes, no condenaría al demandado sino después de deducir lo que le debía el demandante; y de la misma manera no le condenaría á nada si era acreedor por una suma mayor que la de que se había reconocido deudor. Porque la coexistencia de dos obligaciones respectivas no impide que exista cada una de ellas según el derecho civil, ó en otros términos, la compensación no se cuenta en el número de los modos de extinguirse las obligaciones de pleno derecho. (Véase lib. III, tít. XIX.) Así, en las acciones de derecho estricto, el juez no podía realizar ninguna compensación: debía condenar al demandado á pagar íntegramente la deuda que resultaba contra él de una estipulación, por ejemplo, ó de un testamento, sin tener que ocuparse en saber si el demandado era á su vez acreedor del demandante por otros títulos (2). Esto se refiere al derecho antiguo. Porque Justiniano decidió que la compensación de las cosas líquidas (*quæ jure aperto nituntur*) (3)

(1) Se puede observar que las acciones de derecho estricto han quedado unidas á los contratos ó á los cuasi-contratos unilaterales, mientras que las de buena fe han sido imputadas á los contratos ó cuasi-contratos que producen obligaciones sinalagmáticas.

(2) Para que el juez pudiese hacer estas investigaciones hubiera necesitado estar especialmente autorizado por la fórmula: esto es lo que sucedía cuando, en conformidad con un rescripto de Marco Aurelio, el pretor añadía á la fórmula concebida *in jus* la excepción de dolo. Esta excepción, en efecto, modificando la orden de condenar y exceptuando de la generalidad de este orden el caso en que hubiese dolo, permitía al juez absolver al demandado si el demandante le debía una suma igual á la reclamada, ó no condenarle sino hecha la deducción de lo que le debía el mismo demandante, porque hay dolo cuando se exige una suma de una persona á la cual debemos otra semejante. (V. el título *de las excepciones*.)

(3) De que en tiempo de Justiniano fuese admisible la compensación aun en las acciones reales, parece resultar, sea cual fuere la opinión de todos los intérpretes, que el juez puede autorizar el pago de una cosa por otra (*rem pro re*) cuando el detentador de la cosa reivindicada es acreedor del reivindicante. El valor de la cosa reivindicada era entonces apreciado por el juez.

se admitiera de derecho indistintamente en todas las acciones, tanto reales como personales, excepto en la acción de depósito, ó cuando se procediera contra una persona que se hubiese apoderado por fuerza de la cosa de otro (1).

P. ¿Se contaba en otro tiempo la acción *rei uxoriæ* entre las acciones de buena fe?

R. Sí, señor; pero he aquí las innovaciones que Justiniano introdujo sobre este punto. La mujer tenía en otro tiempo dos acciones para pedir su dote (2), la acción *rei uxoriæ* y la *ex stipulatu*. Esta última sólo podía resultar de una estipulación formal; pero era mucho más ventajosa para la mujer principalmente: 1.º, porque, por lo mismo que era de derecho estricto, obligaba al marido á devolver la dote íntegramente, sin poder hacer las retenciones (á causa, por ejemplo, de los gastos útiles para conservar la cosa dotal) que podía efectuar por la acción *rei uxoriæ*; 2.º, porque obligaba á restituir la dote en seguida, mientras que en la acción *rei uxoriæ* tenía cierto plazo, al menos tratándose de cosas fungibles. Justiniano, suprimiendo la acción *rei uxoriæ*, dió á la mujer en todos los casos, aun cuando no hubiera habido estipulación, la acción *ex stipulatu*; mas por una singularidad notable, declaró que la acción *ex stipulatu* se convertiría entonces, y sólo para este caso, en una acción de buena fe. En efecto, esta acción deja al marido el beneficio de competencia y el plazo de un año para la restitución de los objetos dotales no inmuebles: éstos deben ser restituídos inmediatamente. (L. ún., C. § 7, de *rei ux.*)

P. ¿Concedió Justiniano otra ventaja á la mujer?

(1) Esto haría suponer que en tiempo de Justiniano había aún *acciones* y *excepciones*; mas estas palabras no se usan aquí en su significación propia y primitiva. En tiempo de Justiniano se reputaba que el magistrado recibía de la ley la acción y la *excepción* que el juez recibía en otro tiempo del pretor. (V. lib. IV, tít. VI.)

(2) Para saber si la dote debía ser restituída y á quién debía restituirse, se distinguía por el antiguo derecho el origen de esta dote y la manera cómo se había disuelto el matrimonio. La dote era *profecticia* cuando procedía de un ascendiente paterno de la mujer; era *adventicia* cuando procedía de cualquiera otro.—Cuando el matrimonio se disolvía por la muerte anterior de la mujer, el marido no estaba obligado á devolver la dote profecticia más que al ascendiente donante, si existía; no devolvía la adventicia al que la constituyó ó á sus herederos, sino en el caso en que se hubiese prometido esta devolución por una estipulación.—En caso de divorcio ó de fallecer antes el marido, la dote, profecticia ó adventicia, debía restituirse sólo á la mujer si era *sui juris*; si no, juntamente á la mujer y al ascendiente de que dependía. Esta restitución tenía lugar mediante la acción *rei uxoriæ*. Justiniano concedió la acción *ex stipulatu* á la mujer y á sus herederos, sin distinguir la dote adventicia de la profecticia, si el matrimonio se había disuelto por la muerte de la mujer ó del marido, aunque no hubiese habido estipulación, sino como si ésta se sobrentendiese.

R. Sí, señor: concedió además á la mujer una hipoteca tácita, ó más bien un privilegio sobre los bienes del marido; porque la mujer es preferida aun á los acreedores hipotecarios de fecha anterior, lo que es contrario á los principios de las hipotecas. Por lo demás, este derecho de preferencia no se concede sino cuando es la misma mujer la que procura recobrar su dote (*cum ipsa mulier*, § 29); no pasa á sus herederos, ó por lo menos á todos sus herederos: respecto de la cuestión sobre si pasó siempre á los hijos, se debate entre los autores. (V. M. Ducaurroy, núm. 4.227.)

P. ¿Cuáles son las acciones que se llaman arbitrarias?

R. Son las que autorizan al juez á determinar una satisfacción, que el demandado deberá dar al demandante, y á absolver al primero en el caso de que hubiera dado en efecto la satisfacción prescrita. En esta clase de acciones, la *condenación* se somete, no sólo á la prueba del punto de hecho ó de derecho enunciado en la *intentio*, sino también á la condición de que el demandado no haya dado la satisfacción que le impuso el juez (*nisi arbitrio judicis actori satisfaciat*) (1).

P. ¿Hay acciones arbitrarias tanto entre las acciones reales como entre las personales?

R. Sí, señor. Todas las acciones reales son arbitrarias, á excepción de la *petición de herencia*, que es la única real entre las acciones de buena fe. En el número de las acciones reales arbitrarias se puede poner la acción *quod metus causa* (Véase lib. IV, tit. VI), la acción de *dolo malo*, la acción por la cual se pide lo que se prometió en un lugar determinado (*de eo quod certo loco promissum est*) y la acción *ad exhibendum*. En estas diversas acciones es permitido al juez arbitrar, según la equidad y según la naturaleza del negocio (2), el modo cómo se deberá satisfacer al demandante y absolver al demandado que preste esta satisfacción.

(1) La orden del juez que determina la satisfacción que se debe dar, es obligatoria respecto del demandante lo mismo que del demandado.—El demandante no puede rehusar la satisfacción prescrita. El demandado puede ser compelido *manu militari* á ejecutar lo que el juez prescribió, por ejemplo, á restituir la cosa reivindicada si está en posesión de ella. En esto el *jussus* ó *arbitrium* del juez, que determina la satisfacción que ha de prestar el demandado, difiere de la condena, que marca siempre una suma que se debe pagar. (Gayo, II, § 48.)

(2) *Veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat*, § 31.—En las acciones reales, la satisfacción prescrita por el juez consiste siempre en restituir la cosa. Sin embargo, en la acción serviana y cuasi-serviana se deja al demandado la elección de restituir la cosa hipotecada ó de pagar la deuda.—Cuando la cosa reivindicada ha sido restituída de grado ó por fuerza al demandante, la *condenación* puede también comprender los frutos y otros accesorios. Si el deman-

P. ¿Puede consignar el juez en su sentencia sumas ó cosas indeterminadas?

R. No, señor: aunque se haya procedido por cosas ó por sumas inciertas, como en la acción *ex testamento*, cuando se pide *quidquid ex testamento dare vel facere oportet*, el juez debe, mientras sea posible (1), mandar restituir ó condenar al pago de cosas ó sumas determinadas (§ 32); sin esto la sentencia sería nula. (L. 3 y 4, C. de sent. que sine cert. quant.)

P. ¿Cuándo hay *plus-petición*?

R. Hay *plus-petición* cuando el demandante comprende en su demanda (en la *intentio* de la fórmula) más de lo que se le debe; lo cual puede suceder de cuatro maneras; 1.º, *por razón de la cosa (re)*, cuando se pide una suma mayor que la debida, ó cuando pretende una persona ser propietario de la totalidad de la cosa, á pesar de tener derecho sólo á una parte; 2.º, *por razón del tiempo (tempore)*, cuando se pide pura y simplemente lo que se debe á término ó bajo condición, pues es claro, en efecto, que cien escudos pagados hoy, valen más que cien escudos pagados dentro de un año; 3.º, *por razón del lugar (loco)*, cuando se pide en un lugar lo que el deudor ha prometido pagar en otro, sin hacer mención del lugar convenido para el pago, por ejemplo, cuando se pide pura y simplemente en Roma lo que se estipuló pagar en Efeso; porque entonces la demanda propendería á privar al promitente de la ventaja de pagar en Efeso (2); 4.º, *por razón de la causa*, cuando determinándose en la *intentio* de la acción el objeto de la obligación, se quita al deudor la elección que le pertenece, como cuando, después de haber estipulado *diez mil sextercios ó el esclavo Stico*, se limita su demanda á una de las dos cosas;

dado se hallaba en la imposibilidad de restituir, y esto por dolo suyo, sería condenado según la estimación fijada y jurada por el demandante. (L. 68, 1, de rei vind.)

(1) Hay casos en que no puede determinar el juez el objeto que se debe entregar ó restituir, como cuando se deben varias cosas alternativamente, ó cuando una cosa se debe en general; porque perteneciendo la elección al deudor, no podría el juez sin perjudicar el derecho de éste, determinar la cosa que se había de pagar. (Véase, finalmente, lib. II, tit. I.)

(2) Esta ventaja puede ser considerable, porque tal mercancía, tal género puede valer mucho más en un lugar que en otro. Cuando, pues, se pide en Roma lo que el deudor prometió pagar en otro lugar, no es preciso sostener pura y simplemente que hay obligación (*pura intentio*), sino que es preciso añadir que hay obligación de pagar *en tal sitio*: entonces la acción se convierte en arbitraria, y el juez puede, en la condena que pronuncie, por no haber el deudor satisfecho al acreedor, tener en consideración la ventaja resultante al primero de la facultad de pagar en el sitio convenido, como tendría en consideración el interés que tuviera el acreedor en que se hiciera el pago en este lugar, si se había designado en favor suyo el lugar del pago.

porque entonces, aun cuando el objeto pedido fuera de menos valor (*licet vilissimum*) que el otro, como puede ser más cómodo para el deudor dar el objeto que no se le pide, la demanda se considera exorbitante. Lo mismo sucedería respecto de quien, habiendo estipulado una cosa en general, v. g., un esclavo, quisiera en su demanda fijar la especie y pidiese, para seguir con el mismo ejemplo, el esclavo Stico.

P. ¿Cuál es el efecto de la plus-petición?

R. Por derecho antiguo, el que demandaba más de lo que se le debía, perdía su causa, es decir, se quedaba sin sus derechos (*rem amittebat*) (1). Hubiera podido librarse de tal efecto por una *restitución in integrum*; mas el pretor la concedía difícilmente, á no ser al menor de veinticinco años. (V. lib. III, tít. XXIX.) Sin embargo, cuando el error del demandante había sido tal que el hombre más juicioso hubiera podido engañarse, el pretor venía también en auxilio del mayor de veinticinco años, como cuando se había pedido un legado íntegro y el demandado producía en seguida codicilos hasta entonces ignorados que revocaban, en parte, los legados, ó que, conteniendo legados hechos á otros legatarios, hacían el primer legado reducible á las tres cuartas partes, en virtud de la ley *Falcidia*.

Mas el antiguo derecho fué abrogado en este punto por Zenón y por Justiniano. La constitución de Zenón no prevee más que la plus petición por razón del *tiempo*: dice que en este caso el plazo será doble en favor del demandado, y que, concluído, el demandante no podrá presentar una nueva instancia sino después de haber satisfecho los gastos ocasionados por su demanda prematura. La constitución de Justiniano decidió que el que hubiese pedido más por cualquier otro concepto que por razón del tiempo, sería condenado á pagar al demandado el triple del daño que esta demanda le hubiese causado. (V. lib. IV, tít. VI.)

P. ¿Corre algún riesgo el que pide menos de lo que se le debe?

R. No, señor (*sine periculo agit*, § 34): sin embargo, por el antiguo derecho, no sólo era precisa una nueva acción para pedir lo que se quedaba debiendo, sino que no se podía intentar útilmente bajo la misma pretura. (V. Gayo, IV, § 56.) Zenón dispensó de una nueva demanda, autorizando al juez pa-

(1) En efecto, la condena estaba subordinada á la prueba de la *intentio* (*si paret æ millia dare oportere*). Así, pues, cuando el demandado debía menos que la suma enunciada en la *intentio*, si la condición que podía sólo ocasionar la condena no se realizaba, el demandado debía ser absuelto. Esto era, pues, una consecuencia del sistema de las fórmulas, que debió desaparecer con la abolición de éste.

ra condenar por el total, aunque sólo se hubiera pedido primeramente una parte.

P. ¿Sufre algún perjuicio el que pide una cosa por otra?

R. No, señor (*nihil eum periclitari*, § 35). Antiguamente el que había pedido una cosa por otra, por ejemplo, el que había pedido el esclavo Eroto, á pesar de que se le debía el esclavo Stico, ó el que había pedido, en virtud de un testamento, una cosa que se le debía en virtud de una estipulación, podía intentar una nueva acción (Gayo, IV, § 53), porque, en efecto, no se podía oponer la autoridad de la cosa juzgada, pues el nuevo proceso no se instruía por causa del mismo objeto, ó no se fundaba en la misma pretensión. En adelante se permitió al demandante corregir su demanda primitiva (*in eodem iudicio*), de suerte que no fué ya necesario hacer una nueva instancia.

Sexta división.—P. ¿Se obtiene siempre en todas las acciones la totalidad de lo que se debe?

R. No, señor: hay acciones en las cuales se obtiene á veces la totalidad y á veces *menos de la totalidad*. Esto tiene lugar en la acción de *peculio*, la cual no se da contra el padre de familia sino hasta donde alcanzase el peculio; de suerte que si la obligación contraída por el hijo ó el esclavo excede al peculio, el demandante no logra la totalidad. Igualmente se obtiene *menos de la totalidad* cuando cabe la compensación (Véase lib. IV, tít. VI), ó cuando el demandado goza del beneficio de competencia.

P. ¿Cuál es el beneficio de competencia?

R. Se llama así el derecho particular concedido á ciertas personas de no ser condenadas más que hasta donde alcancen sus facultades (*quatenus facere possunt*), es decir, á lo que pueden pagar sin privarse de las cosas necesarias para la vida.

P. ¿A qué personas se concede este beneficio?

R. El beneficio de competencia se concede al marido perseguido para que devuelva la dote (1) (§ 37), á los ascendientes, á los patronos demandados por sus descendientes ó manumitidos, al socio perseguido por su consocio, al donante perseguido por causa de la donación (§ 38), al deudor, en fin, perseguido por los acreedores á los cuales había hecho cesión de sus

(1) Justiniano, anunciando que la devolución de la dote se disminuye también por ciertas retenciones, dijo que los gastos necesarios disminuyen la dote *ipso iure*, es decir, sin que hubiese necesidad de excepción. Esto no tenía lugar por el antiguo derecho, sino en la acción *rei uxorie*; pero la retención tenía lugar, no sólo por los gastos necesarios, sino también por los útiles.

bienes, respecto de lo que había adquirido después de la cesión (\$ 40) (1).

(1) Obsérvese que el beneficio de competencia es un privilegio personal que no aprovecha á los herederos ni á los fiadores.