

§. CXXII. *Contrato perfecto por la cosa.*GAJI *Instit.* p. 151.INSTIT. 3, 14 15). *Quibus modis recontrahitur obligatio.*

Cuando uno quiere intentar una accion despues de haber entregado alguna cosa, se distingue como ha hecho la tradicion. Puede haberla hecho de dos maneras diferentes, porque su intencion desde el principio era, ó recobrar la misma cosa entregada, ó cambiarla por otra, ó por un servicio. Los casos de la primera especie, como los contratos por *verba, literæ y consensus*, llevan nombres particulares mientras que los de la segunda no los han recibido. Los Romanos hacen ya esta distincion desde el tiempo, cuya historia trazamos, pero no la espresan con los términos de contratos nominados (*contractus nominati*) y contratos innominados (*innominati*), denominaciones introducidas por los modernos. Asi, los dos modos de contraer la obligacion por la entrega de la cosa existian ciertamente en esta época. Encontramos indicados ademas en los antiguos jurisconsultos romanos cuatro contratos de la primera especie: los modernos los espresan sin reflexion con las palabras de *mutuum, commodatum, depositum y pignus*, cuando entre los antiguos se nombraba así la misma cosa dada de una de estas maneras, y para designar la accion ú operacion de entregarla se servian mas bien del término *mutui datio*, ó de otras locuciones semejantes. Pero puede suceder muy bien, que en tiempo de las Doce Tablas no fuese la lengua latina tan rica, como llegó á serlo en lo sucesivo, y que los Romanos de entonces no tuviesen mas que dos palabras, á saber: 1.º *æs* (1) ó en lo sucesivo, *res creditæ* y *mutuum*, para designar el caso en que bastaba restituir una cosa de la misma naturaleza y cantidad que la que se habia recibido; y 2.º *depositum* (2) cuando era preciso restituir el mismo objeto, es decir, la misma especie de cosa (*species*). En cuanto á la primera hipótesis nos han enseñado descubrimientos

recientes (3), que en lo sucesivo, y aun muy verosimilmente ya durante el primer período (4), se tenia muy buen cuidado de distinguir si la cosa que se entregaba así era dinero (*pecunia certa creditæ*, y aun en la Galia cisalpina dinero romano, *s. f. p. p. r.*, es decir, *signata forma publica populi romani*) ó de otra naturaleza. Por lo demas Gayo trata muy ligeramente la obligacion real y se ocupa en seguida del pago de la cosa de que uno se cree deudor sin razon (*indebiti solutio*); pero ni en su obra, ni en las Instituciones, se habla en este lugar del juramento, de que tratan en esta ocasion el Edicto perpétuo y las Pandectas.

(1) Aulo Gelio repite dos veces (15, 13, y 20, 1) que se encontraba la frase *ÆRIS CONFESSI* en las Doce Tablas.

(2) Se dice en LL. MOS. COLL. 10, 7: *Ex causa depositi lege XII Tabb. in duplum actio datur*. Esta regla no tuvo aplicacion en lo sucesivo.

(3) Estos descubrimientos son los de la inscripcion de la tabla de Heraclea (*Civilistisches Magazin*, tomo III, p. 358) y la de la Galia cisalpina (*lex de Gallia cisalpina*), en la que solo se trata del *duci jubere, in municipium* ordenado por la autoridad. Véase cap. XXI comparado con el cap. XXII, en que se trata tambien del *bona possideri*, que el *magistratus populi romani* prescribe (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 447 y 484).

(4) Tito Livio (8, 28) habla de *pecunia creditæ* al tratar de la conclusion del contrato, y Aulo Gelio dice (20, 1): *Maxime in pecunie mutuatitæ usu*. Podria ser que se encontrara un vestigio de este uso en la accion llamada *depensi actio*, calocada por Gayo con la accion en ejecucion del juicio (*judicati actio*) entre aquellas á que podian dar lugar las seguridades exigidas por los demandantes al principio de los juicios (*satisdatio vadimonium*); pero sobre la cual no encontramos ningun documento en nuestras fuentes.

§. CXXIII. *Contratos innominados.*

Los diversos casos que designados por los modernos bajo el nombre de contratos innominados, aquel por ejemplo en que la convencion se reduce á la obligacion de dar una cosa á fin de que en reciprocidad se dé ó haga alguna otra, *do* (y no únicamente *dabo*) *ut des*, ó *ut facias*, y acaso tambien aquel en que se consentia hacer una cosa, para que en cambio se hiciera ó diera otra, *facio* (y no *faciam*) *ut des* ó *ut facias* (1); estos diversos casos, decimos, deben dar lugar á acciones en esta época. Sin embargo, Gayo y las Instituciones no hablan de esto y

no es muy cierto que estas clases de obligaciones fuesen entonces contratos. Es probable que se pensase en forzar á ejecutarlos, cuando se trataba por medio de ellos de obtener una restitucion, mucho antes que se pensara en valerse de los mismos para hacer cumplir un compromiso.

(1) Véase la Memoria en que el profesor M. Reichelm ha intentado probar que los Romanos no conocian mas que dos especies de contratos innominados *do ut des* y *do ut facias* (*Göttingische gelehrte Anzeige*, es decir, Indicaciones sabias de Göttingue, 1800; p. 1878, 1880). Se dice espresamente en el fr. 5. §. 3. D. 19, 1: *Quod si faciam ut des, et postea quam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*

§. CXXIV. Contratos perfeccionados por las palabras.

GAJI *Instit.* p. 152.

INSTIT. 3, 15, 16. *De verborum obligatione* 18. (19). *De divisione stipulationum.*

DIG. 45, 1. *De verborum obligationibus.*

Todos los contratos, sin exceptuar los sinalagmáticos ó bilaterales que estipulaban, es decir, que contenian una obligacion recíproca, ni los de beneficencia, podian dar materia á una accion civil (§. CXXI) cuando se componian, segun la costumbre romana, de una pregunta verbal (*stipulatio, interrogatio*), dirigida por el que debia ser acreedor, y de una respuesta verbal á esta pregunta (*sponsio, responsio, promissio*) hecha por la otra parte. Esta composicion de términos era análoga á la fórmula de un plebiscito, llamado á causa de esto *communis reipublicæ sponsio*, y al juramento, que se componia tambien de una pregunta y de una respuesta verbal. Necesitábase tiempo para que las partes pudiesen escojer palabras solemnes, de forma que debian haber reflexionado maduramente antes de empeñarse. No era esto motivo bastante para creer que se debiese dar mucha importancia á las palabras usadas por los que estipulaban. La *estipulacion* es un contrato propio de un pais de mediana estension y de un pueblo cuyas relaciones sociales sean reducidas. No obstante duró en Roma largo tiempo despues que la república dejó de encon-

trarse en las condiciones que acabamos de citar, y que habian contribuido á introducirlas. Exigiase siempre al menos en cuanto al acreedor, que hacia la pregunta (*¿dare spondes?*), que fuese Romano (1).

(1) Es casi ridicula la escepcion que establece Gayo para los pactos nacionales con los pueblos estraños.

§. CXXV. Diferentes especies de estipulaciones.

Podia ser objeto tambien de una estipulacion un negocio en que no habia que hacer mas que un simple cambio en la forma y añadir cláusulas. Ocurria este caso cuando en un proceso, como sucede muy frecuentemente, al menos en lo sucesivo, una de las partes estaba obligada á prometer alguna cosa á su contrario, ó bien cuando intervenia ya un *adstipulator* (1) de parte del que se hacia prometer una cosa cualquiera, ya una caucion (*fide promisor* ó *fide jussor*) de parte del que prometia.

(1) Encontramos en Ciceron este término que ha desaparecido en nuestras fuentes, pero que nos da á conocer el descubrimiento del manuscrito de Gayo. Empleábasele en los casos bastante frecuentes en que no podia el acreedor intentar por sí mismo la accion.

§. CXXVI. Digresion sobre la doctrina del FOENUS.

DIG. 22. *De usuris et fructibus.*

COD. 4, 32. *De usuris.*

Gayo y las Instituciones guardan un silencio profundo sobre un punto de doctrina que hace un papel muy importante en el derecho romano, y de que se ocupan los mismos que no se remontan á ellos para encontrar la fuente del derecho. Hablo de lo que el deudor de una suma de dinero estaba obligado á dar por su uso (*usura*, empleado tambien en plural *usuræ*), y que forma en algun modo el producto de este dinero. Es lo que se llamaba *fenus*; palabra derivada de *feo*, como en griego *τόκος* de *τίκτω*, y llevaba algunas veces el nombre de *versura*, aunque jamás se encuentra esta palabra en los escritos de los jurisconsultos.

tos (1). Usamos hoy para designar este rédito, otros términos que le han sido aplicados en los tiempos modernos por una especie de cambio. Son los de *renta* (en alemán *zinsen*, de *census*), y de *interés* (*id quod interest*). Este rédito, en cuya percepción se desplegaba mas que en todo lo demas la avaricia de los Romanos (§. XXXV, nota 2), era casi tan ordinario como el del cultivo de las tierras. Se le recibia todos los meses, y en esta época se acostumbraba estipular el número de dias de la segunda mitad del mes siguiente, desde los cuales habria de correr tal cantidad de rédito hasta el principio del segundo mes, es decir, hasta el vencimiento del plazo: esto anunciaba el término, que tantas personas en Roma veian llegar las unas con temor y las otras con esperanza. El interés era muy elevado siempre, y no puede dudarse que las Doce Tablas le habian fijado ya una tasa de la que no podia pasar el acreedor prestamista. Aunque en lo sucesivo se estableciera muchas veces sobre una base diferente, y se recurriera á otros medios para socorrer á los deudores desgraciados, la necesidad en que se estaba á cada instante de recurrir á medidas nuevas, indica bastante cuán poco correspondia cada una de ellas al fin que se proponia conseguir. Esto es, propiamente hablando, lo que hay solamente de esencial en el punto de doctrina de que nos ocupamos. El solo deseo de aplicarle con una precision exacta y rigurosa, deseo siempre loable en sí mismo, ha podido empeñar á ciertos críticos á tomar un trabajo estremado para explicar el *fœnus unciarum*, establecido por las Doce Tablas segun Tácito, y sobre todo de modo que esta tasa no estuviese en contradiccion con las espresiones usadas por los Romanos en lo sucesivo para designarle, y con el órden natural de los sucesos (2). La palabra *uncia*, que espresa una duodécima parte, designó mas tarde una relacion con otra tasa, es decir, con la *centésima usura*, de manera que un *uno por ciento al mes*, ó para conformarse con nuestro modo de decir un *doce por ciento*, era la tasa anual del inte-

rés. Otros autores, creyendo imposible que la ley de las Doce Tablas hubiera fijado la tasa á *uno por ciento* solamente, y que un plebiscito posterior sobre el *semunciarum fœnus* hubiese reducido este mismo interés, ya tan moderado, á un *medio por ciento*, no han querido tener en consideracion el número doce espresado por la palabra *uncia*, y han mirado el *unciarum fœnus* como sinónimo de la *centésima usura*, sin alegar otro motivo para esta analogia é interpretacion, sino que un mes es la duodécima parte de un año. Pero es mas verosímil que la palabra *doce* se refiera al capital de la deuda, que forma entónces el entero; y aunque en rigor puede comprenderse este término sin atender al tiempo, y aun si es necesario mirarle como la espresion del rédito mensual (3), la opinion de los que piensan que deben entenderse docenas anuales, reúne muchas mas probabilidades á su favor. Niebuhr ha confirmado esta hipótesis hasta cierto punto demostrando últimamente que corresponde exactamente á algunas indicaciones, que encontramos en verdad en época mas reciente, y á una de las cuales ha hecho sufrir aun Schrader correcciones esenciales; pero por otro lado la ha rectificado tambien, tomando por base del cálculo el año cíclico de diez meses, y fijando la tasa del interés de *ocho y un tercio á diez por ciento*, sin aumentar sin embargo esta correspondencia (4).

(1) Tácito usa (*Ann.* 2, 16) una vez de la palabra *versura*, para decir que es prohibido el interés. No debe entenderse por esta palabra el préstamo del dinero en general, aunque puede interpretarse de este modo el pasaje en que Ciceron (*ad Attic.* 5, 21) refiere que no podian los habitantes de Salamina *versuran facere* en Roma á causa de la ley *Cabinia*.

(2) Tácito (*Ann.* 6, 16) está en oposicion con Tito Livio (7, 16 y 27). Montesquieu dice (*Espíritu de las leyes*, XXII, 22) que por poco versado que uno esté en la historia de Roma, verá que no debia ser obra de los Decenviros una ley semejante. Gibbon responde con razon á este aserto, preguntando si Tácito era un ignorante ó un hombre destituido de juicio.

(3) Cuántas veces se ve á un acreedor quejarse de que se le ha pagado aun mas de su capital; pero sin reintegrarse mas que por los intereses! Tito Livio nos dá un ejemplo de ello (6, 14). Sin embargo, cuando se lee atentamente el pasaje de este historiador y se le une á lo demas del testo, no se puede pensar que se trató de un interés ilegítimo. Mas tarde, pero en un caso particular, se per-

mitió llevar hasta un cincuenta por ciento. (*Civilistisches Magazin*, tomo III, p. 358). No puede sostenerse que el que necesita dinero quiera mejor vender sus bienes, aun con pérdida de la mitad, que tomar prestado á semejante precio, y que por ello es imposible un interés tan exorbitante, cuando se reflexiona cuán frecuente es que el que toma prestado, al menos en el primer instante de contraer la deuda, sólo tenga intencion de gravarse por un término muy corto, que la cosa que se vería precisado á vender produzca mas de lo que cuesta el préstamo; y sobre todo, que uno encuentre quien le preste bajo su responsabilidad personal una suma que le sería imposible adquirir con la venta de sus bienes.

(4) *Römische Geschichte*, es decir, *Historia romana*, tom. II, p. 431, 440. *Civilistisches Magazin*, tom. V, pag. 180.

§. CXXVII. Fuentes de obligaciones análogas á los contratos.

INSTIT. 3, 27. (28). *De obligationibus quasi ex contractu.*

Es difícil determinar cuáles eran entonces los casos análogos á un contrato, capaces de dar lugar á una accion civil. Es imposible, sin embargo, que no se ofrecieran muchos. Así, por ejemplo, el de la obligacion del legatario para con los herederos (que llaman los modernos *hereditatis aditio*), ocurrió realmente. Tales eran tambien el caso de la obligacion de un pupilo para con su tutor, y algunos otros que no fueron designados en lo sucesivo bajo este nombre. El demandante obtenia en juicio la restitucion del duplo cuando la parte contraria habia negado la obligacion.

§. CXXVIII. Adquisicion de la obligacion por medio de otras personas.

GAJI *Instit.* p. 171, 172.

INSTIT. 3, 28. (29). *Per quas personas nobis obligatio acquiritur* (1).

La máxima de que no puede adquirirse la propiedad por medio de un tercero, sino solo por las personas que tenemos bajo nuestro poder (§. CI), se aplicaba tambien á la cuestion de cómo podia llegar uno á ser acreedor por medio de otras personas. La cesion (*cessio*) no puede trans-

ferir á otro una obligacion que se estingue por el contrario en este caso. Las personas que están bajo el poder de otra no pueden adquirir una obligacion para sí. Esta materia, luego que el derecho romano acabó de tomar la consistencia de un cuerpo de doctrina, termina la serie de consideraciones relativas á las obligaciones nacidas de un contrato ó cualquiera otro acto análogo, á las cuales se une en efecto de un modo mas natural que á las obligaciones que resultan de un daño experimentado.

(1) Es sorprendente que no se atienda á este título cuando se examina la cuestion de si la palabra *obligacion* envuelve tambien la idea de una relacion juridica ventajosa. El mismo capitulo solo trata del modo con que se puede llegar á ser acreedor por medio de otros. Véase *Civilistisches Magazin* (tomo III, p. 399 y 418), y aun la edicion octava del comentario de Höpfner (p. 214).

§. CXXIX. Modo de extinguirse una obligacion.

GAJI *Instit.* p. 172 y 176.

INSTIT. 3, 29. (30). *Quibus modis obligatio tollitur.*

Gayo y nuestras Instituciones fijan el instante de acabar la obligacion en el momento de cesar la causa principal, y sin que sea preciso esperar á que la causa secundaria sea destruida igualmente. Las obligaciones se estinguen del mismo modo que nacen (1), es decir, que en la época de que se trata ahora, no cesan aun mas que por la entrega de la cosa ó por las palabras, dos modos que parece que han estado unidos y confundidos juntamente en el término *nexu liberare*. La obligacion no se estingue por la cosa (*re*), sino en el momento del pago, y por las palabras (*verbis*), sino en virtud de la *accepti latio* (derivada acaso de *fersne acceptum*?) modo evidentemente contrario á la estipulacion. Los modos particulares de acabar una obligacion, designados en lo sucesivo bajo la calificacion *per exceptionem*, no estaban entonces mas desarrollados que el origen de la obligacion natural. El modo indicado particularmente entre ellos, bajo el título de *annalis exceptio Italici contractus* (2), data de una época

mas reciente, como lo prueba su nombre, lo mismo que una ley relativa á él, la cual menciona Gayo (véase mas adelante, §. CLXVIII).

(1) Fr. 153. (195). D. 50, 17. *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur.*

(2) Const. 1. C. 7, 40. *De Annali exceptione Italici contractus tollenda.*

§. CXXX. Delitos contra el derecho de otro.

GAJI Instit. p. 176, 187.

INSTIT. 4, 1. *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur.* 4. *De injuriis.*

II. Todo delito contra el derecho de otro (*noxa, noxia, maleficium, delictum, culpa*), no da margen á una accion, ni entra por consiguiente en la clase de obligaciones civiles. Pero muchas veces tambien, la accion envuelve en este caso algo mas que la simple restitucion, porque ocupa el lugar de la pena. De ahí se sigue naturalmente que los herederos del dendor no podian en este caso ser perseguidos del mismo modo que aquel lo hubiera sido en vida. Los cuatro casos que daban lugar á esta clase de accion, y que encontraremos enunciados mas tarde en el derecho romano, solo son aplicables en parte al primer periodo. El robo (*furtum*) comprende todas las sustracciones fraudulentas, al menos de cosas muebles (1), háyanse ejecutado con violencia ó sin ella. La division del robo en *manifesto* (*manifestum*) que se penaba con la esclavitud (*additio*) (2), y no *manifesto* (*nec manifesto*), que se castigaba con la restitucion del duplo (3), no era precisamente semejante á la distincion hecha mas tarde entre la rapiña (*rapina*), y hurto propiamente dicho (*furtum*), aunque tenga mucha analogía con ella. La frase de *furtum lance et licio conceptum* no determina una especie particular de robo; se refiere solamente al uso que habia de llamar tambien *furtum* á la misma cosa robada (4). Colocabanse igualmente entre los delitos contra la fortuna, el uso de materiales de construccion pertenecientes á otra persona,

cuando el constructor rehusaba entregarlos (§. XCI, nota 3.^a) (5), la corta de árboles de otro (6), la usura y la ley que tasaba el interés del dinero (7), la infidelidad del tutor (8), y la reivindicacion hecha de mala fé y sin título (*vindicta falsa*) (9). Otra multitud de daños, como el incendio ocasionado por imprudencia, y acaso tambien todos los que no estaban previstos por las leyes y atentaban directa ó indirectamente á las fortunas de los particulares, no llevaban consigo mas que una simple accion en indemnizacion de perjuicios (10). Habia otros delitos que no atacaban la fortuna, sino la persona del individuo dañado, como la mutilacion de un miembro (*membrum ruptum*) castigada con la pena del talion á fin de empeñar á las partes á una composicion amistosa (11), la fractura de un diente ó un hueso (*os fractum*) (12), y finalmente las injurias (13). Estas dos últimas especies de delitos se castigaban con una simple indemnizacion pecuniaria.

(1) Segun el §. 7, *Instit.* 2, 6, no es fácil determinar aun si estaba limitado ya el caso á las cosas muebles.

(2) Aulo Gelio (11, *ult.*) refiere la máxima de las Doce Tablas sin citar las mismas palabras de la ley. Teófilo (4, 12, *pr.*) la llama *καταλίκην... τιμωρίαν*.

(3) Caton (*de re rustica, præf.*) dice que las leyes establecian la pena del duplo contra el robo en general. Aulo Gelio (*loc. cit.*) limita esta pena al robo no *manifesto*. Festo (*v. Nec.*) indica como los términos propios de las Doce Tablas: *SI ADORAT* (sinónimo de *agit*, como nos enseña él mismo en la palabra *adorare*) FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT...

(4) Aulo Gelio (*loc. cit.*) dice que las Doce Tablas habian hecho presentir que los *furta quæ per lancem liciunque concepta essent* debian ser considerados como robos *manifestos*. Festo explica estas palabras del modo siguiente: *Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia, qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrum familiæ aut virginum presentiam*. Gayo (p. 178) se burla ya de esta explicacion. No se dice positivamente si las Doce Tablas imponian la restitucion del triplo *adversus eum qui obtulit* (PAULL. *sent.* 2, 31. §. 14, pasaje en que Gayo lee: *furti oblati*, en lugar de *furti concepti*, que está en el manuscrito).

(5) Muchos pasajes (por ejemplo fr. 23. §. 6. D. 6, 1) dicen que la *actio de tigno juncto*, segun las Doce Tablas, producía la restitucion del duplo.

(6) El Fr. 28, §. 6. D. 12, 2, dice que la queja en este caso se fundaba en las Doce Tablas.

(7) GAYO *de re rustica, præf.* *Majores... in legibus posuerunt... condemnari feneratorum quadruplo.*

(8) Diversos pasajes (entre otros el fr. 55, §. 1. D. 26, 7) hablan de una accion en restitucion del doble contra el tutor infiel, como contra el ladrón.

(9) Festo dice (*v. Vindictæ*) segun Servio Sulpicio... *in XII: SI VINDICTAM FAL*

SAM TULIT (añádese REI para completar el sentido) SIVE STILITIS (se añade también PRETOR para hacer el sentido perfecto) ARBITROS TRIS DATO, EORUM ARBITRIO FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO. Jacobo Godofredo ha colocado esta máxima en la tabla doce.

(10) Fr. 9. D. 47, 9. Gayo lo dice en su obra sin citar las palabras de las Doce Tablas. Acaso debe decirse aquí RUPITIAS por *damnum dederis* y SARCITO por *damnum præstato*. Véase á Festo en los artículos de estas dos palabras.

(11) Festo (v. *Talionis*) dice: *In XII... SI MEMBRUM RUPSERIT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO*.

(12) Jacobo Godofredo establece para probar que existía esta asercion en las Doce Tablas el pasaje siguiente: QUI OS EX GENETALI FUDIT, LIBERO CCC, SERVO CL ERIS POENE SUNTO, que se encuentra en la *LL. Mos. Rom. Collatio*, 2, 5, é introdujo allí las primeras palabras por pura conjetura, segun las que se leen en el manuscrito *quæ lex generalis est*, Pero Aulo Gelio (20, 1), Gayo (p. 186) y las Instituciones (4, 4) dicen que las Doce Tablas fijaban una multa en caso de *os fractum*.

(13) Aulo Gelio (20, 1) cita las palabras: SI INJURIAM FAXIT ALTERI, XXV ERIS POENE SUNTO, como las de las Doce Tablas. Véase también á Gayo (p. 186), y la *LL. Mos. Collatio* (2, 5), segun Pablo que se espresa casi literalmente lo mismo.

§. CXXXI. ACCIONES.

GAIJ *Instit.* p. 188, 251.

INSTIT. 4, 6. *De actionibus*.

La palabra accion (*actio*) es una de las que tiene mas acepciones diferentes en la lengua y particularmente en el derecho de los Romanos. En el sentido mas general es sinónima de *efecto*. Además ha significado sucesivamente la *accion propiamente dicha*, la *accion juridica* y la *fórmula misma* ó el protocolo de esta accion. En fin, acompañada de la palabra *legis* (*legis actio*), y considerada con referencia á un Plebiscito, indica en el derecho público la idoneidad para demandar ó ser demandado en juicio; mientras que en el derecho civil, donde se encuentra también con frecuencia el término de *legitima actio*, significa la queja ó el medio jurídico que se usa para hacer que se obre una mudanza de parte de alguno, con ó sin el concurso del magistrado, y volver á entrar por este medio en el goce de su derecho. Es verdad que Pomponio dice que las *legitimæ actiones* se desarrollaron en una época posterior á las Doce Tablas, y Gayo cita también algunos pasajes de las *legis actiones*, que no fueron determinados de un modo preciso,

sino en lo sucesivo, y por Plebiscitos; pero sin embargo podemos y debemos hablar ya aquí de la importante division que hace Gayo de las *legis actiones* que fueron reemplazadas despues por las *fórmulas* (*formulae*). Admite cinco clases, designada la 1.ª por un ablativo, mientras que el nombre de las demás está precedido de la preposicion *per*; diferencia que no se debe mirar como puramente accidental y arbitraria. En su consecuencia se puede demandar (*lege agere*): 1.ª SACRAMENTO; 2.ª PER *Judicis postulatio-nem*; 3.ª PER *Conditionem*; 4.ª PER *Manus injectionem*; 5.ª PER *Pignoris capionem* (1).

(1) El jurisconsulto á quien se hubiera dicho en otro tiempo, hay cinco *legis actiones*, hubiera pensado en seguida en el pasaje de Gayo referido en el Fr. 17. D. 50, 17, que trata de CINCO *actus legitimi*, qui non recipiant diem vel conditionem. Sin embargo, no tienen estos dos objetos la menor relacion entre si. Una observacion muy sencilla va á demostrarlo. Cuando se unen, como se ha juzgado á propósito hacerlo, las cinco iniciales de los cinco *actus legitimi*, esta union da por resultado la palabra MATHS; y acaso, como no se trata en estos actos de la *Mancipatio* sino de la *Emancipatio*, como la palabra *datio tutoris*, puede dar lo mismo una T que una D, acaso, decimos, seria preciso adoptar la palabra HADES. Por el contrario, si se unen las iniciales de las cinco *legis actiones* sin alterar el orden con que las hemos indicado, dan la combinacion siguiente: SIC M. P.

§. CXXXII. Examen particular de diversas especies de legis acciones.

1.ª El depósito ó consignacion judicial (*sacramentum*) es al parecer la mas antigua de ellas á causa de su estrecha relacion con el derecho sagrado. Era el modo mas oneroso y de mayor peligro, puesto que una de las dos partes estaba obligada á pagar quinientas libras de cobre, cuando se trataba de una demanda importante, y cincuenta cuando de un objeto menos grave. Esta diferencia de sumas es análoga á otra distincion de que he hablado antes (§. L, nota 1). Por lo demas se aplicaba igualmente en este caso la division de las acciones en *reales* y *personales*. Invocabase en el primer caso la vindicacion, es decir, que se trataba de determinar la posesion; así por ejemplo en un juicio sobre la libertad, se pronunciaba siempre en favor de

esta última (1), mientras que no era regla en todos los demás casos como se piensa de ordinario, fallar constantemente á favor del poseedor (2), sino mas bien en favor de aquel que invocaba el título de propiedad mas antiguo, como lo dice Gayo en términos claros. La vindicacion se efectuaba sobre el mismo terreno; pero despues se contentaron con llevar consigo un terron ó un ladrillo sobre el cual se ejecutaba, como sobre una cosa mueble, colocando encima una *festuca*. No se ha determinado la significacion de este término usado por Gayo, y que es sinónimo de *hasta*; pero no puede decirse que signifique una *lata* ó *astilla*, como pretende Heineccio, por analogía con el derecho alemán, porque Plauto dice (§. XCIII) tambien hablando de una liberta, que ha llegado á ser libre *festuca*.

2.º La demanda soléme de un juez (*judicis postulatio*) era nombrada en las Doce Tablas (3). Parece que tuvo lugar despues en todos los negocios judiciales por medio de una simple fórmula.

3.º La condicion (*condictio*) estaba establecida ya, aunque se hubiera debido esperar encontrarla mucho mas tarde, porque esta palabra ni aun está empleada por Ciceron.

4.º La *manus injectio* era precedida de un juicio. Aquel contra quien se intentaba no recobraba su libertad sino prestando una fianza (*vindex*) (4).

5.º La *pignoris capio* fué imaginada primero para los militares, pero se la aplicó despues en las Doce Tablas á algunos casos particulares concernientes al culto (5). Se diferenciaba, sin embargo, de las otras especies de *legis actio* en que no exigia la intervencion de la autoridad, y podia tener lugar aun en ausencia de la parte contraria.

(1) Es lo que dicen espresamente Tito Livio (3, 45), Dionisio de Halicarnaso (2, p. 712) y Pomponio Mela (5, 24) al hablar del procedimiento inicuo de que fué víctima Virgilio.

(2) Jacobo Godofredo ha insertado en la tabla sesta el pasaje siguiente: SI QUI IN JURE MANUM CONSERUNT, SECUNDUM EUM, QUI POSSIDET; AST SI QUI QUEM LIBERALI CAUSA MANUM ADSEERAT, SECUNDUM LIBERTATEM VINDICIAS DATO. Pero la

sola prueba en favor de esta máxima, además de los pasajes que Godofredo cita por nota, está sacada de Aulo Gelio (20, 10) que no dice una palabra de *vindicia secundum eum, qui possidet*. Para convencerse de que debía ser protegido el propietario mas antiguo en título, basta recordar que el que ejercía la vindicacion debía prestar una garantía, suficiente á cubrir tanto la cosa como los frutos, á aquel contra quien intentaba la accion (5, 130, nota 9). Aulo Gelio explica la formalidad segun las palabras de Ennio

Non ex jure manum conserunt, sed magis ferro rem repetunt.

Segun él, las palabras *ex jure* quieren decir en presencia del pretor; pero tambien podrian espresar: segun el derecho (como se dice en este sentido *ex jure Quiritium*). El pasaje en que Festo (v. *Vindicice*) dice que otras veces era llamada *illa* ó *gleba*, que *ex fundo sumpta in jus adlatæ erant*, no significa tampoco que tuviera lugar esta relacion á virtud de una ordenanza ó juicio del magistrado superior que conocia de la accion. Hay sobre esta materia tan difícil del proceso en vindicacion (*Lis Vindiciarium*), una excelente memoria de M. Savigny en su Diario, tom. III, p. 421.

(3) FESTO (v. *Reus*) Numa (esta version es falsa ciertamente) in *secunda tabula, secunda lege, in qua scriptum est: QUID HORUM FUAT UNUM JUDICI, ARBITROVE, REOVA.*

(4) GAJ. p. 195. Se habla de esta fianza (*vindex*) en las Doce Tablas. Aulo Gelio (18, 10) dice que se leía en ellas, *si recte commemini: ASSIDUUS VINDEX ASSIDUUS ESTO, PROLETARIO QUOIQUE VOLET VINDEX ESTO*. Es claro que la palabra *assiduus* se deriva aqui de *asse* y *dare* y no de *adsidere*; pero no significa el que tiene mucho dinero, quiere decir solamente aquel de quien se puede sacar mucho dinero. Puede dudarse tambien que *proletarius* venga de *proles*. Varron cita tambien este pasaje segun Nonio, sin nombrar la ley, á la cual da Ciceron (*Top.* 2) el nombre *Ælia Sentia*. Jacobo Godofredo ha referido estas palabras al *in jus vocare*, en la primera tabla. Fúndase aun sobre un pasaje de Gayo (*fr.* 22. s. 1. *D.* 2, 4), en que no se trata ni de caucion (*vindex*), ni de vindicacion (*vindicare*), leyéndose solamente: *Si quis ejus personam defendet*. Las palabras de Festo (v. *Vindex*): *Vindex ab eo qui vindicat, quo minus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur*, pueden aplicarse muy bien á la *manus injectio*.

(5) Parece que Gayo lo da á entender claramente (p. 197). Pero se suscita la dificultad de que los militares romanos no recibieron sueldo hasta despues del tiempo de las Doce Tablas, y el pasaje de Gayo probaria, por el contrario, que eran pagados antes de esta gran ley.

§. CXXXIII. Doctrinas estrechamente ligadas con las que preceden.

Es casi imposible descubrir, ni en Gayo ni en las Instituciones, cuáles son los principios por que se calcularon en lo sucesivo ciertos puntos de la accion jurídica en materia civil, mientras que otros no. Es verdad que se allanan muchas dificultades reflexionando sobre la relacion que debió haber entre la coordinacion de las materias de derecho en cuerpo de doctrina y el Edicto de que fué ésta un medio preparatorio. No desaparecen sin embargo todas. No se

comprende, por ejemplo, por qué se habla dos veces de los funcionarios llamados *cognitores* y de los *procuratores*, mientras que no se habla una sola vez de la apelacion. Puede decirse tambien, que todo lo relativo á estas doctrinas forma parte de un derecho menos antiguo, y al hablar del derecho público tendré ocasion de pasar revista á multitud de objetos diversos que los jurisconsultos romanos no creian de su incumbencia, porque no se ocupaban mas que del derecho civil. Diversos pasajes de las Doce Tablas perfectamente claros, que pueden colocarse en este lugar, nos autorizan para señalar tambien entre las doctrinas de que hablamos en este momento la máxima de que la accion del robo (*furti actio*) es noxal (*noxalis*) (1); además la queja en reparacion de un daño causado por un cuadrúpedo doméstico (*si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*), caso en que podian componerse amistosamente, ya abandonando el animal al individuo dañado, ya pagando el precio del daño (*æstimationem noxiæ offerre*) (2), en fin el pasto de ganados en un lugar y durante un tiempo no permitidos (3), delito cuyas circunstancias particulares nos son desconocidas, y respecto al cual ignoramos si era ó no necesaria su consumacion para que se reputase cometido. Debemos referir tambien á esta primera época el principio de que no era permitido, cuando uno no tenia un interés directo en la cosa, intentar una accion en justicia por otro (4), á no ser en nombre de una corporacion (*pro populo*), en el de un esclavo privado de su libertad (*pro libertate*) ó en el de un pupilo (*pro tutela*).

(1) *s. A. Instit.* 4, 3.

(2) *Fr. 1. p. §. 1 y 2. D. 9, 1. Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege XII Tabb. descendit, quæ lex voluit aut... æstimationem noxiæ offerre.* Se dice aun (*pr. Instit.* 4, 9): *Quæ animalia, si noxiæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem.* No sabemos precisamente las palabras que usaba la ley.

(3) *Fr. 14. §. 3. D. 19, 5.*

(4) *Pr. Instit.* 40.

DERECHO PÚBLICO.

I. DERECHO POLÍTICO.

§. CXXXIV. Poseedor del poder soberano.

El poder soberano no pertenecia propiamente mas que á todo el pueblo (*populus*). Era ejercido tambien, sin embargo, por cada una de las dos secciones del pueblo en general, es decir, por el Pueblo, haciendo abstraccion del Senado (*plebs*), y por el Senado. Lo era asimismo por los magistrados, como representantes del pueblo (*magistratus populi Romani*). Cada uno de estos cuatro modos de ejercer el poder soberano llegó á ser en lo sucesivo una fuente de derecho. El órden en que están enumerados aqui no se refiere á que su número fué en disminucion, sino á que la *Plebs* y el *Populus* adoptaban proyectos redactados ya en forma de ley, mientras que el Senado por el contrario empezaba á deliberar sobre el modo de dar sus decisiones. Por lo demás, el Senado es mas antiguo y legítimo que la *Plebs*.

§. CXXXV. POPULUS.

I. Todos los Romanos adultos, y aun los libertos, como tambien los sometidos á la patria potestad, formaban parte del Pueblo en general (*populus*). La asamblea se llamaba comicios (*comitia, comitiatus maximus*). En el principio se recojian los votos por curias; pero en la época á que hemos llegado solo era observada esta costumbre, cuando precisaba seguir el uso antiguo, porque estaba íntimamente unido á las ceremonias del culto. Pero no se le observaba sino despues que se habia tomado ya la decision propiamente dicha por otra asamblea del pueblo ó los pontífices, por ejemplo, cuando se trataba de dar el poder supremo

(*imperium*) en tiempo de guerra, ó de hacer, ya una arrogacion (§. LXXII), ya un testamento (§. CVII). Se hacia por centurias la votacion que decidia de una eleccion ó de un proyecto de ley. Este uso aseguraba á los ricos la preponderancia bajo mas de un concepto, porque se les llamaba siempre los primeros, y si creemos á la historia, la *centuria prærogativa*, es decir, la primera llamada á votar, que era siempre en esta época una de la primera clase, hizo inclinar la balanza á su lado mas de una vez. Frecuentemente no se consultaba mas que á las ricas, porque además de las ochenta centurias de primera clase, habia diez y ocho de caballeros agregados á esta; de modo que cuando se reunian estas dos porciones de la primera clase, componian la mayoría de sufragios, sin que se necesitara consultar á las otras. Tenian las ricas otra ventaja, la de votar de viva voz y no por tablillas (*tabullæ*). Se empezaba siempre por fijar el dia de la asamblea que habia de verificarse antes de la noche: el lugar de la reunion era al aire libre, fuera de la ciudad, en el Campo de Marte (*campus Martius*) como si se hubiera tratado de levantar un ejército contra el enemigo. La presidencia de la asamblea se confiaba á un magistrado designado generalmente por ella. Este ejercia gran influencia, porque de él dependia exclusivamente, que se consultara ó no al pueblo sobre tal ó cual cuestion. Tenia, pues, para hablar un lenguaje moderno, la *iniciativa*, la cual tiene una importancia muy distinta del derecho de *veto*. Solamente podia proponerse en el Senado someter un negocio á la deliberacion de la asamblea del pueblo. No se tenia la menor idea del derecho de peticion y de enmiendas; y era preciso adoptar ó desechar un proyecto de ley como habia sido presentado. El colegio de los Augures ejercia tambien una especie de *veto* indirecto, por que llamándole á decidir si se habian observado todas las ceremonias relativas á los auspicios (1), su respuesta influia naturalmente en la validez de la resolucion de la asamblea. En cuanto á los negocios en sí mismos, los unos tenian por

objeto la eleccion de los magistrados, y como era preciso convocar anualmente la asamblea del pueblo para tratar de esto, contentábanse casi siempre con dar á estas asambleas el nombre de *comicios* (*comitia*) (2). Los otros consistian en deliberaciones sobre proyectos de ley (*leges*) presentadas por un magistrado. Podian versar sobre toda clase de objetos y ser relativos, no solo á los principios generales de derecho, sino tambien á algunos casos particulares (3). No hay razon, pues, como se vé, para confundir la palabra *lex* con la de *ley*, y menos aun para considerar sinónimas las espresiones de *legem ferre* y *dar una ley* (4). La palabra *promulgare* tenia tambien una significacion diferente de la que se la da hoy en el latin moderno.

(1) Era un principio del derecho político de los Romanos: JOVE TONANTE CUM POPULO AGERE NEFAS. Nacia de la costumbre de reunirse al aire libre. Asi cuando un augur ó un magistrado queria impedir que se tomase alguna resolucion, solo necesitaba declarar que habia observado el cielo (*de celo servare*) y le encontraba contrario; el colegio decidia despues.

(2) Esta circunstancia es sobre todo importante para el hecho referido por Tácito (*Annal.* 1, 15): *Comitia e campo ad patres translata*, hecho de que hablaremos al esponer la historia del tercer periodo; pero cuyo conocimiento es ya necesario para formarse una idea exacta del segundo.

(3) No podian ocuparse en estas asambleas de leyes particulares (*privilegia ne irroganto*), aunque era permitido proceder en ellas extraordinariamente contra un ciudadano (*de capite civis*). Ciceron distingue espresamente estos dos casos (*De leg.* 3, 12). La primera prohibicion era general, la segunda solo concernia á los tribunos.

(4) Como lo ha hecho Ernesto (*Clavis Ciceroniana*) en el preámbulo del *Index legum*.

§. CXXXVI. PLEBS.

II. El Pueblo en la acepcion limitada de esta palabra (*plebs*) se componia de los que no eran miembros del Senado (Véase antes, §. XXVII, nota 2). Su asamblea llevaba el nombre de *Concilium*. Recojíanse en ella los votos por tribus. Se elegian en la misma los tribunos del pueblo, y se deliberaba además sobre los proyectos presentados por ellos. Estos proyectos eran y llevaban como los otros el nombre de *leges*; pero cuando pasaban tomaban el nombre particular de *decisiones del pueblo* (*plebiscita*) (1). No era

permitido pronunciar una sentencia capital contra un Romano en estas asambleas, y esta restriccion muy importante hace aun mas dificil de comprender, porque llegó á ser necesario en lo sucesivo, que el pueblo tomase nuevas decisiones, para hacer obligatorios los Plebiscitos á todos los ciudadanos.

(1) Se lee dos veces: *lex sive id plebivescitum est*, en el modo de proceder trazado para la Gallia cisalpina (*Civiltistisches Magazin*, tom. II, p. 443). La particula *ve* entre *plebi* y *scitum* parece completamente inútil.

§. CXXXVII. Senado.

III. Comprendia el Senado no solamente á los Patriocios, es decir á los ciudadanos bajo cuya dependencia estaban muchos plebeyos por consecuencia del derecho de patronato, sino cierto número de plebeyos admitidos en él en la época del censo. La dignidad de senador no era vitalicia ni anual: su duracion dependia, propiamente hablando, de la conducta del que llevaba el titulo, porque el que habia sido hasta entonces senador podia ser omitido en el censo próximo. Deliberábanse los negocios en el Senado por una parte de las mismas personas que tomaban parte en ellos en la asamblea general del pueblo (*populus*); pero era de mucha menos importancia, primeramente porque cada senador tenia derecho de hacer una proposicion, aunque no fuese sino en forma de adiccion á su opinion personal (*sententia*), respecto al objeto sobre que se deliberaba (1), además, porque no habia el rigor de admitir ó desechar simplemente la proposicion, sino que por el contrario era permitido modificarla ó enmendarla. Fijábase en cada sesion la época y el lugar de la siguiente, y en cada una de ellas se ocupaban de todos los negocios posibles, menos de la eleccion de magistrados (2). La mayoría de votos no bastaba siempre para producir un senado-consulta regular (*senatus consultum*): muchas veces impedia un tribuno por su veto toda decision, y en este caso se contenta-

ban con decir que habia habido la autorizacion del Senado (*senatus auctoritas*).

(1) *Præterea censeo...*

(2) Sin embargo, la necesidad de presentar á la confirmacion ó reprobacion del Senado las elecciones hechas por el pueblo, no era aun una simple formalidad, como llegó á serlo en lo sucesivo (Liv. 1, 17); porque Ulpiano usa positivamente (*Bell. civ. 1, 1*) de esta locucion: *el Senado ha nombrado para los cargos*.

§. CXXXVIII. MAGISTRATUS.

IV. Cuando muchos magistrados del pueblo (*magistratus populi Romani*, acaso tambien *prætores*) estaban revestidos del mismo cargo á la vez, no trataban en comun, ni por mayoría de sufragios, los negocios confiados á su administracion; cada cual gozaba de un poder independiente, como si hubiera sido solo; pero cada uno de los que tenian una autoridad igual ó superior á la de otro magistrado podia oponerse á la ejecucion de la voluntad de este (1). Lejos de reprochar á un magistrado que hubiera consultado á sus parientes y amigos, se consideraba por el contrario motivo de alabanza, y algunas veces escogia por sí mismo su sustituto, sin estar precisado á elegirle entre los que le habian precedido. Habia muchos casos en que podia delegar su poder (*mandare jurisdictionem*); pero habia tambien derechos personales que no era permitido delegar asi. Habia pocos nombramientos hechos inmediatamente por el Pueblo y el Senado, y se cuidaba en todos, que ninguno conservase su puesto despues de la época en que debia dejarle, cuando no se tenia intencion de entregárselo, porque los cargos públicos, sin excepcion, eran cuando mas anuales. Asi, habian adoptado los Romanos el modo mas arbitrario de destitucion, pues que bastaba la no reeleccion de un magistrado superior al fin del año, para que conociese que debian cesar sus funciones. Ningun empleo tenia emolumentos; todos eran honoríficos, obstáculo insuperable para que pudiesen obtenerlos los ciudadanos pobres. Habia tambien esta diferencia notable entre los magistrados ro-