

El uso que introdujo estas prescripciones en interes del demandante ha introducido tambien un cierto número en interes y prenda del demandado (*quædam et pro reo opponerantur*). De las cuales citarémos tres especies particulares y muy notables.

Puede suceder que dos pleitos, uniéndose á hechos comunes, se liguén entre sí de modo que la solucion del uno debe influir, ya directa, ya indirectamente, en la del otro; en una palabra, que una de las decisiones debe establecer para el otro un juicio preparatorio, debe suministrarle un prejuicio cualquiera (*aliquid præjudicium*). En este caso, si una de las cuestiones es principal y la otra accesoria, consecuencia de ella, la razon dicta que esta última no se examine la primera, y venga á producir juicio preparativo contra la otra. Si el carácter de dependencia de la una respecto de la otra no es tan marcado, pueden determinar la eleccion otras consideraciones: por ejemplo, lo que ofrece mayor interes, lo que entra en las atribuciones de la jurisdiccion ó de la autoridad más elevada debe examinarse ántes. En fin, en caso de igualdad, de identidad entre ellas, lo mejor es juzgarlas juntas (1). Si, pues, se presenta por el demandante una de estas causas subordinada ó inferior, ó cuando más, igual á otra contra la cual pueda causar perjuicio, el demandado tiene interes en separarla por este motivo, y lo consigue haciendo insertar al principio de la fórmula una *prescriptio* concebida en éstos términos: «*EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRÆJUDICIUM..... NON FIAT*» (*que tenga lugar esta accion, si por ella no se prejuzga tal otra causa*). Por ejemplo, si reclamando el demandante como heredero un objeto particular de la sucesion, ú obrando en particion de herencia (*familia erciscunda*), el demandado le niega la calidad de heredero, hay en ello una cuestion principal. ¿Es heredero ó no? Las otras dos cuestiones, á saber: ¿puede reclamar la cosa hereditaria? ¿puede obrar la particion? no son más que accesorios corolarios. En consecuencia, si se intenta desde luégo ésta, el demandado hace insertar en la fórmula esta prescripcion: «*EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT*» (2). Esta prescripcion, relativa á la cuestion de herencia, designada por los jurisconsultos con el nombre de *prescriptio quod præjudicium hereditati non fiat* (3), es una

(1) Tenemos un ejemplo de este último caso, Dig. 37. 10. *De Carbon. ed.* 3. § 8. f. de Ulp.

(2) Gay. Com. 4. § 133.

(3) Dig. 5. 3. *De hered. pect.* 25. § 17. f. de Ulp.—44. 1. *De except.* 13. f. de Jul.

de las que recibian mayor número de aplicaciones y que con más frecuencia se presentaban en la práctica (1). Encontramos otros varios ejemplos de prescripciones semejantes, como la de por cuestiones de estado (2), la de *quod præjudicium prædio non fiat*, la de *quod præjudicium fundo partive ejus non fiat* (3), que debian multiplicarse hasta el infinito. Las prescripciones de esta clase llevaban tambien el nombre genérico de *præjudicia*, debiendo no confundirlas bajo esta denominacion con la *præjudicia* ó acciones prejudiciales de que ya hemos hablado anteriormente, pues son dos acepciones distintas de la misma palabra, no obstante haber entre ellas cierta analogia, y á veces una relacion íntima (4).

Las prescripciones por parte del demandado podian tener otro fundamento que el precedente. Si, por ejemplo, el demandado pretende que el *forum*, ó en otros términos, si el magistrado ante quien comparece es incompetente, ya á causa de la situacion de las cosas litigiosas, ya por el domicilio, debe ponerse al principio de la fórmula una prescripcion que se designa en los textos con el nombre de *prescriptio fori* (5), para que el juez, ántes de todo, examine y compruebe los hechos que darian lugar á la incompetencia.

En fin, la especie siguiente de prescripcion es de un interes particular y muy notable. En virtud, ya de las disposiciones, ya de los edictos pretorianos, ya de las constituciones imperiales, no podian intentarse ciertas acciones más que en un plazo determinado; tales eran la mayor parte de las acciones pretorianas, que no se concedian más que por un año; tal era tambien, por ejemplo, la reclamacion de ingenuidad por un liberto, accion que no

(1) Dig. 4. 8. *De recept.* 32. § 10. f. de Paul.—5. 3. *De hered. pect.* 5. § 2. f. de Ulp.: «*Eorum iudiciorum quas de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium ejus fieri debeat*», 7. pr. y § 1. f. de Ulp. «*Ne præjudicium de testamento cognituro faciat*»; 25. § 17. f. de Ulp.—10. 2. *Famil. ercisc.* 1. § 1. f. de Gay., etc.

(2) Dig. 37. 10. *De Carbon. ed.* 3. 8. f. de Ulp. «*Ne aliquid præjudicium fiat impuberi per puberty personam*»—40. 14. *Si ingenuus esse dicit.* 6. f. de Ulp.—Cod. 3. 8. *De ord. jud.* 2. const. de Anton.—Véase tambien la prescripcion, *Si præjudicium non fiat ei qui ante quinquenium decessit.* Dig. 40. 15. *Ne de statu defunctorum post quinquenium queratur.*

(3) Dig. 44. 1. *De except.* 16 y 18. f. de Afric.—En Ciceron se halla indicada una prescripcion semejante, *De invent.* II. 20.

(4) Por lo comun hay que recurrir á una accion prejudicial para hacer juzgar y justificar el hecho dominante, cuando se opone á la prescripcion, *quod præjudicium non fiat*. Véase un ejemplo, Dig. 40. 14. 6. f. de Ulp.

(5) Dig. 2. 8. *Qui satisd. cog.* 7. pr. f. Ulp.—5. 1. *De judic.* 50 y 52. §§ 23 y 3. f. de Ulp., donde hallamos los ejemplos de esta prescripcion. Cod. de Teodosio, 11. 30. *De appellat.* 65. const. de Honor. y Teod. «*Prescripciones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas*»—Reproducido en el código de Justiniano, 8. 36. *De except.* 13.

se admitía pasados cinco años despues de la manumision (1). Si se intentaba una de estas acciones, el demandado alegaba haber espirado el plazo, y estaba interesado, en caso de contestacion sobre este punto, en hacer insertar al principio de la fórmula una prescripcion, que se llamaba *præscriptio temporis, annalis præscriptio*; por ejemplo: «EA RES AGATUR SI... etc.» (*Que tenga lugar esta accion, si desde tal hecho no ha transcurrido tanto tiempo*).— Lo mismo si el poseedor de un fundo provincial, despues de diez años ó veinte, segun el caso, de posesion de buena fe, era demandado para la restitucion por el propietario, sabemos que podia, en virtud de los edictos, insertar contra esta accion al principio de la fórmula una prescripcion llamada *præscriptio longi temporis*; por ejemplo: «EA RES AGATUR SI.... etc.» (*Que tenga lugar esta accion si no hay posesion de largo tiempo*) (2). Esta última especie de prescripciones tiene de notable que, aún despues que el sistema formulario cayó completamente en olvido, y despues de modificado sensiblemente su carácter, son las que han conservado la antigua denominacion de *præscriptiones*, y las que le han trasmitido hasta nuestros dias, sin que por lo comun nos demos cuenta de su origen histórico.

Vemos, en suma, que las *præscriptiones* se insertan en provecho del demandante ó del demandado (*ab actore vel a reo proficiscuntur*), que han sido recibidas por la práctica (*receptæ sunt*), y que se añaden, ya al principio de la fórmula, ya en la *demonstratio*, pero siempre ántes de la *intentio*, de donde les viene el nombre de *præscriptio*.—Vamos á hablar ahora de otras *adjectiones*, que se ponen por lo regular en la *intentio* y á veces en la *condemnatio*.

Podia suceder que la accion pedida al magistrado por el actor estuviese legitimamente fundada en derecho civil; que justificada la *intentio* ante el juez, debia segun el rigor de este derecho pronunciarse la *condemnatio* contra el demandado, y que sin embargo, segun ciertas circunstancias particulares, tomadas en consideracion por el pretor ó por la jurisprudencia, se considerase semejante condena como inícuca, ó por lo ménos como improcedente: (*Sæpe enim accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari*) (3). El pretor en este caso no se pone en lucha

(1) Díg. 40. 14. *Si ingenuus esse dicetur*. 2. § 1. f. de Satur. y 5. f. de Papin.

(2) Véase t. 1, p. 416 y sig.

(3) Gay. Com. 4. § 116.

abierta con el derecho civil, sobre todo si las circunstancias particulares alegadas en favor del demandado son contestadas y necesitan justificarse. El pretor concede, pues, al demandante la accion solicitada, pero á continuacion de la *intentio* añade una cláusula accesoria que subordina la condena al caso en que tal circunstancia especial no existiese. Por ejemplo, si obrando el demandante en virtud de una estipulacion, por la cual se le han prometido 10.000 sestercios, alega el demandado habersele perdonado esta suma por un pacto posterior, ó bien habersele arrancado la promesa por dolo: como que el pacto no es, segun el derecho civil, uno de los modos de disolverse las obligaciones procedentes de estipulaciones, y no siendo tampoco, segun el mismo derecho, el dolo causa de nulidad de semejantes obligaciones, la accion existe y el pretor deberá concederla; y la *intentio* se pondrá así: «SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO X MILLIA DARE OPORTERE»; pero inmediatamente despues se añadia como una condicion: «SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR»; ó bien para el caso de dolo: «SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT.» De modo que el juez no deberá condenar más que en dos casos: 1.º, si la alegacion formulada por el demandante en la *intentio* está justificada; y 2.º, si la alegacion formulada por el demandado en la cláusula accesoria no lo está. Así la condena, que ya era condicional, se hace doblemente tal; la *intentio* es una condicion afirmativa, SI PARET; y la cláusula accesoria una condicion negativa, SI NON, SI NIHIL; y esta cláusula se llama una excepcion (*exceptio*), porque excluye en un caso dado lo que se ha sentado en la *intentio* (1).

El demandante podia, á su vez, invocar alguna consideracion análoga para excluir la excepcion del demandado, que es lo que se llama una réplica (*replicatio*), la cual no es otra cosa que una excepcion contra la excepcion: «*Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones.... ut exceptiones excludant*» (2), y que se formula lo mismo: SI NON, etc. (3). Siguiendo la misma idea se encuentra la dúplica (*duplicatio*), la tríplica (*triplicatio*), y así por este orden.

(1) Gay. Com. §§ 115 y sig.

(2) Díg. 44. 1. *De except.* 2. § 1. f. Ulp.

(3) Véase Gayo, Com. 4. §§ 126 y sig.

Los ejemplos que acabamos de dar nos han presentado la excepción inserta á continuacion de la *intentio*: la cual, algunas veces, aunque no tantas, se incluía en la misma *condemnatio*. Así, por ejemplo, la tasacion indeterminada de la condena *in id quod facere potest*, de que hemos hablado, y que se formula en estos términos: «AULO AGERIO NUMERIUM NEGIDIUM DUNTAXAT IN ID QUOD FACERE POTEST CONDEMNA», está calificada de excepción en los textos y designada con el nombre de *exceptio quod facere potest* (1).—Y probablemente, aludiendo á esta doble colocacion, porque la excepción puede añadirse, ya á la *intentio*, ya á veces á la *condemnatio*, es por lo que la define Ulpiano así: «*Exceptio dicta est quasi quedam exclusio, que opponi cujusque rei solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est*» (2).

Es indudable que esta cláusula particular NISI RESTITUAT, que se insertaba en ciertas acciones, y de que ya hemos hablado arriba, era una especie de adjuncion (*adjectio*) que modificaba notablemente la mision del juez; debe notarse que estaba formulada en los mismos términos que una excepción, NISI, NEQUE, lo que equivale enteramente á SI NON, y se colocaba como la excepción, ya á continuacion de la *intentio*: «SI PARET FUNDUM CAMPENATEM DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM AULO AGERIO ESSE, NEQUE IS FUNEUS AULO AGERIO RESTITUATUR (3).....», etc.; ya en la *condemnatio*: «JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT, SI NON PARET ABSOLVITO» (4). Sin embargo, no hallamos que se haya calificado en los textos de *exceptio*, ni que se la haya considerado como una *adjectio* particular.

Los efectos de las diversas adiciones á la fórmula no son los mismos. Las prescripciones por parte del demandante no tienen más objeto que el de limitar ó fijar bien su demanda, dando á conocer al juez el círculo á que está reducida.—Las prescripciones por parte del demandado son una condicion negativa puesta al ejercicio mismo de la accion: «EA RES AGATUR SI..... NON.....», etcétera (*que tenga lugar esta accion si..... etc.*) (5). Por consiguiente, el juez debe empezar por examinarlas, y si las decide

(1) Dig. 44. 1. *De except.* 7. pr. f. Paul. 24. 3. *Sol. matr.* 17. § 1. f. Paul.—42. 1. *De re judic.* 41. pr. f. Paul.

(2) Dig. 44. 1. *De except.* 2. pr. f. Ulp.

(3) CICERON. *In Ferr.* II. 12.

(4) Gay. *Com.* 4. § 47.

(5) *Ibid.* § 183.

afirmativamente, no debe pasar más adelante; no há lugar á condenar, y mucho ménos á absolver; la accion se reputa como no bien intentada, porque no se concedía más que bajo una condicion negativa que no se ha verificado (1). En cuanto á las excepciones, son condiciones negativas puestas, no al ejercicio de la accion, sino á la condena: «SI PARET..... primera condicion, afirmativa de la *exceptio*; SI NON ó SI NIHIL....., segunda condicion negativa de la *intentio*, CONDEMNA.» Por consiguiente el juez debe empezar por comprobar la *intentio*; si la encuentra fundada, pasa á la *exceptio*; y si resuelve ésta afirmativamente, debe absolver, porque tal es el órden que le prescribe la fórmula; SI NON PARET, ABSOLVE.—La *exceptio Quod facere potest* no hacía condicional la *condemnatio*; no tiene otro efecto que el de reducir el importe; era una especie de *taxatio incerta*.

El uso de las *prescriptiones* por parte del demandante parece haberse conservado durante todo el tiempo del sistema formulario; pero aún ántes del abandono de este sistema sufrieron las *prescriptiones* por parte del demandado una metamórfosis notable, transformándose todas en excepciones. Es decir, que en lugar de esta adiccion preliminar, al principio de la fórmula, EA RES AGATUR, SI..... NON..... etc., obtuvo el demandado, por el mismo hecho, esta otra adiccion á continuacion de la *intentio*: SI NON, etc. No fué, por decirlo así, más que un cambio de sitio, sin otra in-

(1) Yo me adhiero al parecer de los que creen que las prescripciones del demandado debían, en general, examinarse ántes de la *intentio*, y que en caso de decision afirmativa no llevan consigo absolucion, y por consiguiente no concluían con el proceso. Y para esto me fundo principalmente en los mismos términos de su redaccion: «EA RES AGATUR SI..... etc.» Hallo ademá en los textos ejemplos que me parecen evidentes, en los *præjudicia*, Dig. 37. 10. *De Carbon. edict.* 3. § 8. f. Ulp.—44. 1. *De except.* 16, y especialmente 18. f. Afric.—Respecto á la *prescriptio fori*, todo el mundo está de acuerdo; ¿cómo podría el juez absolver ó condenar habiéndose reconocido incompetente la jurisdiccion de donde emana la fórmula? En cuanto á las *prescriptiones temporis*, si constituyen un obstáculo radical á la accion, consiste en que este obstáculo no es de tal naturaleza que pueda ser removido más tarde, y que en consecuencia la *prescriptio* puede siempre reproducirse, lo cual sucede asimismo con el *præjudiciumne de statu defunctorum post quinquennium queratur* (Dig. 40. 15). Yo no creo que en su origen, cuando eran verdaderas *prescriptiones*, hayan debido producir una absolucion; no hay que aplicarlas lo que de ellas se dedujo más tarde, en la época en que se transformaron en excepciones (Cod. 7. 33. *De præscr. long. temp.* 9. const. de Diocl. y Maxim.).—M. ZIMMERN cita en el mismo sentido los siguientes pasajes de QUENTILIANO. *Instit. orat.* VII. 5. «Cum ex præscriptione lis pendet, de ipsa re queri non necesse est»; de AURELIO VIRORO, hablando de la *prescriptio*. *Ars rhet.* IV. 1: «Potius enim est, si litis conditio patiat, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus conluctari»; en fin, en el Código (8. 14. *De pignor.* 5. const. de Anton. Carac.): «.....Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tum dicta, si..... non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit.»—Puede, sin embargo, sostenerse la opinion contraria por varias razones. Véase sobre esto á M. BONJEAN, tomo I, págs. 444 y 445.

fluencia en cuanto á los efectos; cambio que se habia ya verificado en tiempo de Gayo: «*Quæ nunc in speciem exceptionis deducta est*» (1). Tambien en el lenguaje de los jurisconsultos que figuraban en el Digesto de Justiniano, las palabras *præscriptio*, *exceptio*, se tomaban frecuentemente la una por la otra, sea que las prescripciones se llamasen en él *excepciones*, sea que, á veces, aunque muy raras, las excepciones se calificasen allí de *prescripciones*. Las *præjudicia*, que no eran más que especies de prescripciones, se convirtieron en una especie de excepciones, de donde ha tomado el nombre uno de los títulos del Digesto (lib. 44, tit. 1). *De exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis*.

Del modo de redactar la fórmula.

La fórmula, cuyos elementos acabamos de estudiar, no tenía, como las acciones de la ley, un rigor sacramental en los términos en que estaba concebida; una vez trazado el cuadro general, tal como acabamos de darle á conocer, se adoptaba la fórmula para la expresion, á los diversos casos y circunstancias.

Aunque fuese el pretor el que llevase la palabra y el que en definitiva determinase la redaccion y se la entregase á los litigantes, sin embargo, esta redaccion de la fórmula se verificaba con arreglo á las proposiciones y á las indicaciones de cada una de las partes. El demandante era el que elegia la especie de accion que pretendia deducir, y el que la hacia saber, por lo comun, designándola simplemente en el *album* cuando estaba especialmente indicada ó formulada en él (2). Despues, para redactar la fórmula de esta accion con arreglo al caso, presentaba sus *præscriptiones* si queria insertarlas (3); la *demonstratio*, segun los hechos que alegaba (4); la *intentio*, segun la pretension que aducia (5); y aún la *condemnatio*, si tenía lugar, la *taxatio* que pedia al magistrado pusiese en ella (6). Lo mismo el demandado presentaba sus

(1) Gay. Com. 4. § 133.

(2) Dig. 2. 13. *De edendo*. 1. pr. y § 1: «*Qua quisque actione agere volet, eam edere debet...* § 1. *Edere est (etiam) copiam describendi facere, vel in libello complecti et dare, vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producta adversarium suum ad album et demonstrat quod dicitur taturus est, vel id dicendo quo uti velit.*»

(3) Gay. Com. 4. § 131.

(4) *Ibid.* § 59.

(5) *Ibid.* § 41.

(6) Gay. Com. 4. § 57, y Com. 3. § 224. — Véase tambien Com. 4. §§ 35 y 36.

excepciones y sus prescripciones, á las que el demandante podia contestar por medio de réplicas, y así á este tenor (1). Presentaba estas diversas partes probablemente ya formuladas (2), y para su redaccion le servian de mucho los jurisconsultos, salvo el derecho que tenía el pretor de hacer á los litigantes las observaciones que juzgase oportunas, de insertar por su propia autoridad ciertas prescripciones ó ciertas excepciones, y aún de rehusar, segun los casos, la accion, las excepciones pedidas (*actionem denegare*) (3). El demandante podia, hasta cierto punto del procedimiento, modificar, corregir tal ó cual parte propuesta por él para la fórmula, y aún cambiar de accion; y lo mismo el demandado respecto de sus excepciones (4). En definitiva, despues de estos debates *in jure, pro tribunali*, decretaba el magistrado la fórmula (5), y los litigantes debian respectivamente sufrir las consecuencias de lo que se hubiese inserto sobre sus proposiciones (6).

De las várias especies de acciones.

En el procedimiento formulario y en el sentido técnico dado á la palabra accion bajo este sistema, puede decirse que hay tantas acciones como derechos reclamables por esta vía. Consideradas bajo diversos puntos de vista, con relacion, ya á su origen histórico, ya á los términos de la fórmula, ya á la naturaleza ó á la extension de los poderes del juez, ya, en fin, por otras consideraciones, se dividen estas acciones en várias clases, y como sucede en toda clasificacion, cuantos son los puntos de vista distintos, otras tantas son las diferentes divisiones. Indiquemos aquí, en pocas palabras, las más importantes.

(1) Gay. Com. 4. §§ 133, 119, 126 y sig.

(2) Hablando probablemente en primera persona, como en el ejemplo que nos da Gayo. Com. 4. § 59; el pretor trasformaba en seguida la fórmula en su propio nombre.

(3) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 26. f. Ulp. y 27 f. Pomp.

(4) Cod. 2. 1. *De edendo*. 3. const. de Sever. y Anton. «*Edita actio speciem futuræ litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus redditus decernit æquitas.*»

(5) ASCONIUS, *In Verr.* c. 3. «*Et tandem inquisita, audita, cognitaque ntrinque causa, in verba litis ejus componebat quod iudici præscribebat ut secundum illud præsens controversia definitionem reciperet.*»

(6) Véase sobre esto lo concerniente á la plus-petition. Gay. Com. 4. §§ 53 y siguientes. — El demandado que habia recibido una fórmula inícuca, por ejemplo, en que se habia fijado una *condemnatio* exagerada, podia ser restituido *in integrum* por el pretor, es decir, restablecido en el mismo estado que si no se hubiese concedido esta accion. No era tan fácil respecto al demandado. *Ibid.* § 57.

Acciones in rem ó in personam. — Supuesta clase de acciones personales in rem scriptæ. — Supuestas acciones mixtæ tam in rem quam in personam. — Condiciones (condictiones).

La division fundamental de los derechos en reales y personales, division que está en la naturaleza misma de las cosas, que es de todas las épocas y de todos los lugares, no podia dejar de tener una gran influencia sobre las acciones que tienden á hacer valer estos derechos; la ha tenido bajo el sistema de las acciones de la ley (1); la ha tenido en el procedimiento formulario, y la tuvo en las *cognitiones* ó procedimientos extraordinarios sin fórmula. En todas partes, ya bajo una denominacion, ya bajo otra, se han distinguido las acciones cuyo objeto era la reclamacion de un derecho real, de las que se dirigen al cumplimiento de una obligacion: es preciso, pues, ántes de todo, reconocer que esta distincion dimana de la naturaleza del derecho reclamado, y no del modo de proceder por fórmulas. Gayo, bajo el sistema formulario, la establece como constitutiva de la division capital de las acciones: « *Quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam* » (2); y Justiniano, cuando ya no existia este sistema, lo presenta todavía en primera línea con este carácter fundamental (*summa divisio*) (3). Sin embargo, recibe del contexto de la fórmula una precision especial, que importa examinar.

Si se quiere dar la nocion de la accion real y de la accion personal, sin referirse particularmente á tal ó cual sistema de procedimiento, sino en general y para todos, hay que buscarla en la nocion misma del derecho. Es una definicion errónea, como lo ha hecho notar M. Ducaurroy, y despues de él M. Bonjean, es decir, generalizando extraordinariamente una frase de Ulpiano, que la accion real es la que se da contra todo poseedor, por la cual se persigue la cosa donde quiera que se halle (4). Lo primero, esto

(1) Así la accion de la ley *per sacramentum* era diferente, segun que se trataba de la persecucion de un derecho real ó de una obligacion, y las acciones *per iudicis postulationem* y *per condictio-nem* no tenian lugar más que para obligaciones.

(2) Gay. Com. 4. § 1.

(3) Más adelante, § 1.

(4) Dig. 44. 7. *De obl. et act.* 25. pr. f. Ulp.: « *In rem actio est per quam rem nostram, quas ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est, qui rem possidet.* »

no es dar á conocer su naturaleza íntima y primitiva, es querer definirla por un hecho secundario y derivado; en segundo lugar, este hecho no siempre es cierto, ni hay acciones personales, tales como la accion *ad exhibendum*, que se dan contra todo poseedor (1), y las acciones noxales, por las cuales se persigue al esclavo en poder de cualquier propietario que le tenga (2); por el contrario, la accion reivindicatoria se da á veces contra el que ya no posee (3), y hay acciones que para darse contra el poseedor exigen con él otras circunstancias que la de la posesion (4). Para proceder lógicamente hay que atenerse, pues, no á este hecho secundario, sino á la misma nocion de los derechos reales y de los derechos personales. El derecho real es aquel del cual resulta para una persona la facultad de disponer ó de aprovecharse más ó ménos de una cosa corpórea ó incorpórea, hecha abstraccion de cualquiera otra persona, y absteniéndose cada cual de ponerle obstáculos; en cuanto al derecho personal, no es más que el derecho de obligacion, que establece un vínculo particular entre dos personas, es decir, definitivamente, y dejando el estilo figurado, aquello de que resulta para una persona la facultad de obligar á otra á dar, hacer ó prestar alguna cosa. Sabemos que en el derecho real no hay, fuera de la masa general de los hombres, más que una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho, al paso que en el derecho personal hay dos personas; la una sujeto activo, la otra sujeto individualmente pasivo, y una cosa objeto del derecho (*General. del der. rom.*, p. 107 y sig.). De aquí se sigue que la accion real, en general, es aquella por la cual el demandante defiende que tiene, con exclusion de cualquiera otra persona, la facultad de disponer de una cosa corpórea ó incorpórea, ó de sacar más ó ménos utilidad de ella; y esta accion se aplica á todas las especies de derechos reales, á la propiedad, el más extenso de todos, á sus diversos desmembramientos ó derechos de servidumbre, de enfiteúsis, de superficie: á los derechos de prenda, de hipoteca, como tambien á los de libertad, de ingenuidad, de paternidad, y otros de esta naturaleza, relativos al estado de las personas. No hay que figurarse, como comunmente se ha creido, que el ejercicio del

(1) Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 15. f. Ulp.

(2) Más adelante, tit. 8. *De noxal. act.* § 5.

(3) Dig. 6. 1. *De rei. vind.* 27. pr. y § 3. f. Paul.

(4) Tal es la accion Pauliniana.

mismo derecho real consiste en el ejercicio de la accion, sino que se ejerce este derecho disponiendo, gozando de la cosa corpórea ó incorpórea objeto del derecho, y retirando el provecho y utilidad que nos pertenece. Si necesitamos intentar la accion, es porque nuestro derecho es desconocido, ó porque alguno pone obstáculos, y es preciso recurrir al juez para que desaparezcan estos obstáculos. En cuanto á la accion personal, es aquella por la cual el demandante sostiene que el demandado está obligado para con él, y persigue el cumplimiento de esta obligacion.

Si de la nocion general de la accion real y de la accion personal pasamos á la que es peculiarmente propia del procedimiento formulario, será preciso referirnos á la redaccion de la fórmula, no en todas sus partes, sino especialmente en su *intentio*. Atendiendo á la vez Gayo á la naturaleza del derecho reclamado y á la concepcion de la *intentio* de la fórmula, define así la accion real y la accion personal: «*In personam actio est, qua agimus quotiens cum aliquo qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est, cum intendimus dare facere præstare oportere.*—§ 3. *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi-fruendi, eundi agendi, etcétera.*»—Desde luégo hay que notar que esta definicion se aplica exclusivamente á las fórmulas redactadas de modo que se fije una cuestion de derecho (*in jus conceptæ*). Y en efecto, no sucede más que en estas fórmulas en que el demandante sostiene un derecho, ya de propiedad ó cualquiera otro derecho real (*cum rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod*), ya de obligacion (*cum intendimus dare facere præstare oportere*). En las fórmulas, tales como se concibieron primitivamente para los extranjerios, y se aplicaron en ciertos casos, áun á los ciudadanos, las fórmulas *in factum conceptæ*, no es cuestion de derechos, ni real ni de obligacion: el pretor sienta un hecho en cuestion, y en caso de afirmativa manda al juez que condene. En rigor tambien se considera generalmente en el sistema formulario como excluidas de la division del derecho civil, y no se comprenden ni en las acciones *in rem* ni en las acciones *in personam*, tales como las ha definido Gayo.

Ya dijimos (*General. del der. rom.*, p. 147 y sig.) que siendo los elementos constitutivos de todo derecho real únicamente una persona, sujeto activo, y otra, como objeto del derecho, la *inten-*

tio de la fórmula para fijar la cuestion de semejante derecho no tiene más que designar la persona que pretende tenerla y la cosa que es objeto de él: «*SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITUM AULI AGERII ESSE.*» Mientras que el derecho de obligacion, conteniendo ademas y necesariamente en tercer término el deudor, sujeto individualmente pasivo del derecho, no puede formarse este derecho en la *intentio*, sino haciendo figurar tambien á esta segunda persona como sujeto pasivo: «*SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE PRÆSTARE OPORTERE.*» Y hé aquí precisamente por qué los jurisconsultos romanos han dicho de la primera *intentio* que era *in rem*, y de la segunda que era *in personam*; y hé aquí por qué, tomando en seguida por la *intentio* la fórmula entera, y por la fórmula la misma accion, se ha llamado *actio in rem* la que tenía por objeto la reclamacion de un hecho real, y *actio in personam* la que se dirige á la persecucion de una obligacion. Efectivamente, la expresion *in rem* indica, por lo comun, en el lenguaje del derecho romano, una disposicion general, sin preferencia de persona: tal es la *intentio* en que se formula un derecho real; y la expresion *in personam* designa una disposicion aplicada especialmente á una persona indeterminada: tal es la *intentio* formulando una obligacion. Encontramos aplicadas estas expresiones al edicto del pretor (1), á los pactos, á las estipulaciones (2) y á las excepciones (3). Cuando se les ha empleado para las acciones, no se ha hecho, pues, más que servirse de locuciones usadas y ge-

(1) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. § 1. f. Ulp.: «Prætor hoc edicto generaliter et *in rem* loquitur nec adjicit a quo gestum.»—13. 5. *De pecun. const.* 5. § 2. f. Ulp.: «Quod exigimus, ut sit debitum quod constituitur, *in rem* exactum est: non utique ut is, cui constituitur, creditor sit.»—42. 5. *De reb. auct. jud.* 12. pr. f. Paul.: «Commodius dicitur, cum Prætor permiserit (*in bona* debitoris mitti non tam persone solius petentis quam creditoribus, et *in rem* permissum videri.)»

(2) Dig. 2. 14. *De pactis.* 21. § 1. f. Paul.: «Et si *in rem* paciscatur (*servus*), proderit domino et heredibus ejus pacti conventi exceptio; quod si *in personam* pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio.»—28. § 2. f. Gay.: «Si vero *in rem* pacti sunt (*filius aut servus*), id est *ne ea pecunia peteretur*... etc.»—57. § 1. f. Florent.: «Si ex altera parte *in rem*, ex altera *in personam* pactum conceptum fuerit, veluti *ne ego petam*, vel *ne a te petatur*: heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus.»—7. 9. *Ususfruct. quem.* 5. f. Ulp.: «Huic stipulationi *dolum malum abesse*, abfuturumque esse continentur: et cum *in rem* sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum, et adoptivi patris.»

(3) Dig. 44. 4. *Doli mali except.* 2. §§ 1 y 2. f. Ulp.: «Specialiter exprimendum est de cujus dolo quis queratur: non *in rem*, *Si in ea re dolo malo factum est*: sed sic, *Si in ea re nihil dolo auctoris factum est*... etc.»—4. § 33. f. Ulp.: «Metus causa exceptio *in rem* scripta est: *si in ea re nihil metus causa factum est*: ut non inspiciamus an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque.»