

nerales; y la denominacion de *actio personalis* por *actio in personam* se encuentra tambien en algunos textos (1).

Con todo, la accion real, así como la accion personal, se dirige contra una persona determinada; atacamos y pedimos la condena de aquel que pone obstáculos á nuestro derecho; si, pues, la *intentio* de la fórmula, que contiene la enunciacion del derecho, está redactada *in rem*, de un modo general y sin acepcion de persona, la *condemnatio* lo es siempre *in personam* contra el demandado, nuestro adversario: «*QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE.*» Pero hay que adherirse á la *intentio*, como á la parte vital y esencial, para calificar toda la fórmula y la misma accion.

De lo que precede se sigue que las acciones *in rem* y las acciones *in personam* sacan de la naturaleza misma del derecho su division, y de la redaccion de la fórmula su denominacion, aunque en el fondo domina la naturaleza del derecho.

En efecto, por más que en la rigurosa definicion del sistema formulario las acciones concebidas *in factum* no sean, como ya dijimos en la página precedente, ni *in rem* ni *in personam*, porque la *intentio* no fija en ellas ninguna cuestion de derecho civil, ni real, ni de obligacion, sin embargo, en el fondo, como están deducidas de derechos semejantes, reconocidas á lo ménos por el pretor, los juriconsultos romanos las calificaban de acciones *in rem*, ó de acciones *in personam*, hecha abstraccion de los términos de la fórmula, únicamente segun la naturaleza del derecho que pretenden hacer valer. Y así es como las acciones relativas á los derechos reales de prenda ó de hipoteca (*Serviana*, *quasi-serviana* ó *hypothecaria*), á los derechos reales de enfiteusis ó de superficie, acciones introducidas, no por derecho civil, sino por el pretor, y concebidas sólo *in factum* (2), están calificadas de acciones *in rem* (3), al paso que, por el contrario, una multitud de acciones

(1) Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 3. f. Ulp. — Inst. 2. 20. *De legat.* § 2. — Cod. 8. 19. *De his qui in prior.* 2. const. de Anton.

(2) Cod. 8. 33. *Si pignor. conv.* 1. const. de Sever. y Anton.: «*Intentio dati pignoris neque redita pecunia, non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit.*» Por este fragmento de la Constitucion se puede ver que la *intentio* de la accion *in rem* por prenda fijaba como cuestion, no un derecho, sino el hecho de haberse dado una prenda y no haberse pagado la deuda que garantiza.

(3) Más abajo, § 7. — Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 3. f. Ulp.: «... Qui *in rem* acturus est, qualicumque *in rem* actione: etiam pignoratitia, Serviana sive hypothecaria quae creditoribus competunt.» — 10. 3. *Comm. divid.* 7. § 12. f. Ulp.: «*Pignoratitia in rem*, etc.»

relativas á obligaciones pretorianas y concebidas puramente *in factum*, por ejemplo, la accion *constituta pecunia*, están calificadas de acciones *in personam* (1).

La accion *quod metus causa*, que el pretor da al que ha sido perjudicado por violencia hecha á su voluntad, ofrece, bajo este aspecto, algo de más notable. Es una accion que no procede del derecho civil, y cuya fórmula estaba concebida simplemente *in factum*; pero el hecho está expresado en ella de un modo general, sin designacion de la persona autora de la violencia; porque de cualquiera parte que venga esta violencia, basta que exista para que se dé la accion *quod metus causa* contra cualquiera que se aproveche de dicha violencia, aunque sea de buena fe (2). Así sucede, diferenciándose de la accion *de dolo*, que no se da más que contra el autor del dolo ó sus herederos. En consecuencia de esto, al paso que el demandante está obligado, en la fórmula que pone en cuestion el hecho de dolo, á designar su adversario, autor de este dolo (3), en la accion *quod metus causa* debe sólo fijar como cuestion, sin atender á la persona, el hecho de saber si ha habido en el negocio violencia contra su voluntad: «*ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse*» (4). Tambien los juriconsultos romanos dicen que esta accion es *in rem scripta*, es decir, concebida generalmente; y sin embargo, no deja por eso de figurar, así como la accion *de dolo*, entre las acciones *in personam* (5), porque el derecho que trata de hacer valer, aunque procedente sólo del edicto del pretor, es un derecho de obligacion. Algunos intérpretes modernos han deducido de aquí una clase especial de acciones con el título de *personales acciones in rem scriptae*; pero esta subdivision no se conoció en la jurisprudencia romana. No hay allí más que la aplicacion de este principio; que, á pesar de la redaccion general de la fórmula, predomina ántes que todo para calificar la accion, la naturaleza del derecho. Y casi en igual sentido ha dicho Ulpiano de los interdictos: «*Interdicta omnia licet*

(1) Más abajo, § 8 y sig.

(2) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 14. § 3 f. Ulp.: «*In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur, an alius, metum, fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensit.*»

(3) Dig. 4. 3. *De dol.* 15. § 3. f. Ulp.: «*In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.*»

(4) Dig. 4. 2. *Quod. met. caus.* 14. § 3. f. Ulp.

(5) Más abajo, § 31.

in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt» (1), para indicar que siendo leyes particulares, dadas especialmente para cada causa, son personales á las partes.

En fin, aún bajo el sistema formulario se decía de las *persecuciones*, por vía extraordinaria ante el pretor, que era *in rem* ó *in personam* (2), aunque se verificasen sin redacción ni entrega de ninguna fórmula, lo cual acaba de mostrar hasta la evidencia que la división dimanaba esencialmente, y ante todo, de la naturaleza del derecho.

Si se considera la redacción de la fórmula, no puede presentarse la idea de que una acción sea á la vez concebida *in rem* ó *in personam*; porque es imposible que el nombre del demandado sea al mismo tiempo enunciado y no enunciado en la *intentio*; pero puede suceder que la misma persona tenga relativamente al mismo objeto un derecho de propiedad y un derecho de obligación; por ejemplo, si me ha arrendado ó confiado una cosa en depósito, tengo á la vez, respecto á esta cosa, el derecho real de propiedad en general, y además, en particular, el derecho de obligación que resulta de nuestro contrato. Lo mismo los coherederos en la sucesión y los copropietarios de una cosa indivisa tienen á la vez, con relación á esta herencia y á esta cosa, el derecho real de propiedad en general, y en particular, el derecho de obligación procedente *quasi ex contractu*, para exigir la partición. Igualmente, si nuestros dos campos están vecinos, tengo, relativamente á mi campo, el derecho real de propiedad en general, y contra vos en particular el derecho de obligación que resulta *quasi ex contractu*, para obligaros á fijar límites. Pero son dos derechos distintos, que se ejercen por dos acciones distintas y separadas, según que necesito hacer reconocer el uno ó el otro. Así con relación á la naturaleza del derecho como respecto de la redacción de la fórmula, no podría ser la misma acción, bajo el sistema formulario, á la vez *in rem* ó *in personam*: por ejemplo, cuando procedo contra vos por las acciones divisorias *familie erciscundæ, communi dividundo*, ó por la acción para el señalamiento de límites (*finium regundorum*), persigo puramente el cumplimiento de vuestra obligación; mi derecho de herencia ó de propiedad, lejos de debatirse y decidirse en estas

(1) Dig. 43. 1. *De interd.* 1. § 3. f. Ulp.

(2) Dig. 44. 7. *De obl. et action.* 28. f. Papin.: «*Persecutio in rem vel in personam.*»

acciones, se da por supuesto en ellas; porque si se pusiese en cuestión, sería un negocio prejudicial, el objeto de un *præjudicium*, que habría que evacuar previamente (1). Así las tres acciones *familie erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum*, son, en cuanto á la naturaleza del derecho, tres acciones *in personam*, que persiguen el cumplimiento de una obligación nacida *quasi ex contractu*; y podemos asegurar que lo eran también en cuanto á la redacción de la fórmula, aunque esta redacción no haya llegado íntegra hasta nosotros, estando calificada de este modo en los textos (2).

Estoy, pues, convencido de que jamás ocurrió á los jurisconsultos, en tiempo del sistema formulario, considerar estas acciones á la vez *in rem* ó *in personam*, y hacer de ellas una tercera clase, bajo la denominación de acciones *mixtas*. Esto supuesto, la división de que nos ocupamos no consta más que de dos términos: acciones *in rem* y acciones *in personam*; no hay medio ni subdivisión posible. Si más tarde los redactores de las instituciones de Justiniano dijeron de las tres acciones de que acabamos de hablar: «*mixtam causam habere videntur, tam in rem quam in personam*», fué en una época en que los antecedentes del procedimiento formulario se habían perdido de vista; y aún así, no forman una tercera clase de acciones las acciones *mixtas*, puesto que en esta misma legislación de Justiniano están calificadas de acciones personales (3). Ya veremos, al ocuparnos de esta época, cómo los redactores de la Instituta llegaron á servirse de las expresiones que acabamos de citar, y qué sentido puede razonablemente atribírseles (4).

Los nombres de *vindicatio* y de *condictio*, derivados de las acciones de la ley, se conservaron, como hemos dicho, en las acciones *in rem* y en un cierto número de acciones *in personam* del sistema formulario, aunque las solemnidades que habían dado lugar á estos

(1) Dig. 10. 2. *Fam. ercisc.* 1. § 1. f. Gay., en el cual se lee, sin embargo, un caso en que el juez, aunque no sea llamado á decidir la cuestión de herencia, puede examinar si las partes tienen la cualidad de herederos, 36. f. Ulp.—37. f. Scevol.—44. 1. *De except.* 18. f. Afric.

(2) Dig. 10. 1. *Fin. reg.* 1. f. Paul.: «*Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.*»—Cod. 7. 40. *De ann. except. ital.* 1. § 1. const. de Justinian.: «*Omnes personales actiones... neque actionis familie erciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, etc., neque alterius cujuscumque personalis actionis, etc.*»

(3) Véase la nota precedente.

(4) Más adelante, § 20.

nombres no existian ya; pero hay, respecto á estas denominaciones, diferencias que es bueno dar á conocer.

Entre las acciones *in rem*, la que tiene por objeto la reclamacion del derecho de propiedad de una cosa corpórea se formula diciendo, no que el derecho de propiedad sobre tal cosa nos pertenece, sino que esta misma cosa es nuestra (*corporalem rem intendimus nostram esse*). Con efecto, el derecho de propiedad, como el más extenso y el más enérgico de los derechos reales, nos apropia de tal modo la cosa, que parece confundirse con ella y que es la misma que reclamamos. También la accion *in rem* lleva especialmente en esta cosa el nombre de *rei vindicatio*, ó *vindicatio* por excelencia. Por el contrario, si lo que reclamamos es un derecho de usufructo, de servidumbre ó de cualquiera otra fraccion del derecho de propiedad, no podemos decir que la cosa nos pertenece; es preciso, indispensable, que indiquemos el derecho que pretendemos tener (*intendimus jus aliquod nobis competere*). No la cosa, sino el derecho, es decir, un objeto incorpóreo, es lo que indicamos. También las acciones reales en estos casos están calificadas de *vindicaciones rerum incorporalium*.

En cuanto á las *condiciones*, se presentan diferencias más delicadas y más difíciles de determinar bien, y sólo la historia puede esclarecerlas y darnoslas despues á conocer.

Las obligaciones se perseguian en el último estado de las acciones de la ley por tres especies de acciones: la *judicis postulatio*, la *condictio* y la *manus injectio*, que daba lugar sólo para algunas causas especiales á un pleito decidido por el pretor mismo, sin remision ante ningun juez: herencia que han debido recoger las acciones *in personam* del sistema formulario. Baste esta advertencia para demostrar históricamente que no han debido tomar todas el nombre de *condiciones*, puesto que una gran parte de ellas sucedian, no á la *condictio*, sino á la *judicis postulatio* principalmente.

La accion de la ley *per conditionem* tenía lugar exclusivamente para las obligaciones de transferir su propiedad (*dare*), al principio en virtud de la ley SILIA, una cantidad cierta de dinero (*certa pecunia*); y despues en virtud de la ley CALPURNIA cualquiera otra *res certa*. En primer lugar no hubo en el sistema formulario más que las fórmulas perentorias de estas obligaciones que tomasen el título de *condiciones*; heredaban á la vez la mision y el nombre

mismo de la accion de la ley, aunque no hubiese tenido lugar la declaracion llamada *condictio*. Así la *intentio* de estas fórmulas era necesariamente «DARE OPORTERE» *certam pecuniam* ó *rem certam*; expresando una obligacion de derecho civil, unilateral. Las causas que podian darle origen son en gran número: en los contratos, los formados *re, verbis* ó *litteris*, á los cuales se refieren estas expresiones de Ciceron: «*pecunia data, stipulata, aut expensilata*» (1); en los hechos de donde proceden las obligaciones *quasi ex contractu*, el legado *per damnationem* de una cosa cierta, el pago por error de una cosa indebida: en los delitos, la repeticion en la cosa hurtada, concedida contra el ladrón en derogacion de los principios; en otros muchos casos, en que, despues de haber enajenado una cosa por causas que no se han efectuado ó que son ilícitas, ó sobre las cuales es permitido retroceder, hay el derecho de exigir que se restituya la propiedad; en fin, generalmente todos los casos en que puede sostenerse, segun el derecho civil, que una persona se halla obligada unilateralmente á transferirnos en propiedad (*dare oportere*) tal cantidad precisa de dinero ó tal cosa determinada (2). Tal es la *condictio* propiamente dicha del sistema formulario: no es otra cosa más que la sucesion de la antigua accion de la ley *per conditionem*, á la que se han reunido también algunos casos particulares de la *manus injectio*. — De esta idea de la *condictio* propiamente dicha resulta claramente la aplicacion de la máxima de que la *vindicatio* y la *condictio* son inconciliables, y no pueden tener lugar ambas para un mismo objeto (3): pues en la una sostenemos que tal cosa es nuestra, y en la otra que nuestro contrario se halla obligado á transferirnos la propiedad de ella. Sólo contra los ladrones y en odio de ellos se habia admitido por acepcion tal acumulacion.

Mas con el tiempo, y á medida que era mayor el que habia trascurrido desde las acciones de la ley y de la memoria de ellas, la denominacion de *condictio* adquirió más extension. Si en vez de la obligacion unilateral y de derecho civil de dar (*dare*) una cosa cierta, se trata de una obligacion semejante de dar (*dare*) una cosa incierta; si, por ejemplo, en vez de una *res certa* es una *res in-*

(1) CICER. *Pro Rosc. c. 5*: «*Condictio certi est pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata.*»

(2) Dig. 12. 1. *De reb. cred. 9. f.* de Ulp.: «*Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, etc.*»

(3) Dig. 13. 3. *De cond. tritic. 1. § 1. f.* de Ulp.

certa, como una cosa que se toma en un género, un usufructo, una servidumbre y otras semejantes, que ha sido estipulada ó legada *per damnationem*, la causa de la obligacion es en este segundo caso la misma que en el primero, y se ha acostumbrado igualmente á aplicar á la accion que de ella resulte el título de *condictio*. Si ha llegado al mismo resultado para los casos en que en lugar de una obligacion de dar (*dare*) se tratase, como, por ejemplo, en la estipulacion ó en el legado, de una obligacion de hacer (*facere*), como de dar caucion, de librar de una deuda, de ceder las acciones de un crédito y otras semejantes. Desde entónces el título de *condictio* se aplicó tambien á las fórmulas de *intentio incerta*, declarando un derecho de obligacion unilateral de dar una cosa indeterminada ó de hacer: « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE. »—En este estado define Gayo la *condictio* cuando dice: « Appellantur..... in personam vero actiones quibus dare fieri oportere intendimus, condictiones » (1). No se trata en este texto de las obligaciones de *PRÆSTARE*, que parecian, por consiguiente, excluidas de la calificacion de *condictiones*, aun cuando proceden de un principio unilateral y civil, como, por ejemplo, de una estipulacion ó de un legado *per damnationem*. Confieso que no veo un motivo suficiente para esto, y que me siento inclinado á no interpretar la definicion de Gayo en el sentido de esta exclusion.—Sea como quiera, se ve que la *condictio* formularia así extendida se halla absolutamente fuera de la accion de la ley *per conditionem*, y que ha entrado en el dominio que en otro tiempo pertenecia á la *judicis postulatio*. Sin embargo, no ha tomado de ella ninguno de los casos de obligaciones recíprocas y apreciables *salva fide*, á las que se aplicaba esta última accion de la ley: ha permanecido absolutamente extraña á los casos de esta naturaleza; pero sirve como de medio y de transicion para ellos.

Ahora vamos á hallar la huella de estos recuerdos y de este desarrollo histórico hasta en el pormenor de las diversas denominaciones usadas bajo el sistema formulario á propósito de las condiciones.—Habiendo tomado la condicion, extendida á las obligaciones inciertas, el nombre de *condictio incerti*, la verdadera y primitiva condicion recibió, por oposicion, el de *condictio certi*.—La expresion de *condictio incerti* no se ha usado, sin embargo, sino como

(1) Gay. Com. 4. § 5.

calificacion general (1), y las acciones de esta naturaleza han solido tomar frecuentemente su nombre particular del hecho de que proceden. Así es que se ha dicho *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento*, cuando el objeto de la estipulacion ó del legado ha sido una *res incerta*. Aun para la *condictio certi*, el nombre de *condictio certi*, ó simplemente *condictio*, ha quedado como más especialmente propio de las acciones que nacen de los tres contratos civiles, *re, verbis ó litteris*, y del legado *per damnationem*; á los otros casos se han aplicado denominaciones particulares acomodadas á cada uno de ellos: *condictio indebiti*, *condictio furtiva*, *condictio causa data, causa non secuta* ú *ob causam datarum condictio ob turpem vel injustam causam*, etc. (2).—En fin, por un vínculo más estrecho, con los recuerdos de la antigua accion de la ley *per condictio-nem* y de su origen primitivo, segun la ley SILIA, se ha reservado el título de *condictio certi* ó *condictio* por excelencia, más eminentemente á la condicion por una suma determinada de dinero (*certe pecunie*); y en oposicion á esto, se ha dado á todas las demas, ya ciertas, ya inciertas, la denominacion genérica de *condictio triticaria* (3), derivada del género que despues del dinero se presta más á una determinacion precisa, como es el trigo (*triticum*).

Se ve por esto que la palabra *condictio* ha sido más ó menos extendida ó limitada en su significacion, segun los objetos á que se ha aplicado, los recuerdos históricos á que se ha referido, ó las palabras con que se ha puesto en oposicion.—En último lugar, en su mayor extension y oponiéndola únicamente á las acciones *in rem*, hasta se le ha hecho significar toda accion *in personam* (4).

Siendo las acciones ó fórmulas concebidas *in factum* extrañas por su origen ó por su naturaleza á las cuestiones de derecho, tanto de obligacion como de propiedad, están fuera de las diversas condiciones de que acabamos de hablar. En ellas no se fija ninguna cuestion de *dare* ni de *facere*, ni aun de *præstare oportere*; y habiendo quedado redactadas como cuestiones de hecho, no puede por ningun título aplicárseles el nombre de condiciones.

(1) Dig. 12. 7. *De cond. sin. caus.* 3. f. de Julian.—13. 1. *De condic. furti.* 12. § 2. f. de Ulp.

(2) Dig. 12. tit. 4. y sig.; 13. tit. 1 y sig.

(3) Dig. 13. 3. *De condic. tritic.* 1. f. de Ulp. « Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam conductionem petit, etc. »

(4) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 25. pr. f. de Ulp.: « Actionum genera sunt duo: in rem, que dicitur vindictio; et in personam, que condictio appellatur. »—Aun se hallan muchos vestigios en el Dig. 12. 1. *De jurejur.* 2. § 48. f. de Paul.

Acciones in jus ó in factum.—*Acciones directas* (directæ) ó *útiles* (útiles).—*Acciones fingidas* (fictitiæ actiones).—*Accion in factum præscriptis verbis.*

La anterior division de las acciones está fundada principalmente en la naturaleza misma del derecho que se persigue: veamos las que proceden esencialmente de los términos de la fórmula. Se presenta la primera la distincion ya expuesta más arriba, de acciones *in jus* ó *in factum conceptæ*.

Esta distincion, cuyos pormenores ofrecen alguna oscuridad, se esclareció con la sola consideracion de su origen histórico. No olvidemos que la fórmula *in factum conceptæ* es el primer germen del sistema formulario, la redaccion primitiva tal como se ideó en su primer destino para los extranjeros, y que para estos extranjeros no podia ser de otro modo, porque respecto á ellos no podia haber cuestion de derecho civil, de propiedad ú otro derecho real ó de obligacion. El pretor ponía en cuestion un hecho y en virtud de su poder ligaba á esta solucion afirmativa la consecuencia de una condena pecuniaria. Hay que tener presente que la fórmula *in jus conceptæ* ha venido despues desde el momento en que se quiso hacer extensivo el uso de las fórmulas á los procesos de los ciudadanos entre sí; porque desde entónces ha habido cuestiones de derecho civil que fijar. Tambien Gayo define esta fórmula diciendo que tiene una *intentio* de derecho civil (*juris civilis intentio*), ya de propiedad ó de otro derecho real: «SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE»; ya de obligacion: «SI PARET» ó «QUIDQUID PARET FACERE OPORTERE»; ó tambien lo que parece la fórmula especial para el caso de hurto: «SI PARET PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE» (1). Muchas veces á un ojo poco ejercitado y con la lectura de toda la fórmula, la diferencia entre la redactada *in factum* y de la *in jus* parece poco comprensible (2); pero mirándolo bien, se ve que en último resultado es para el derecho real generalmente la idea y la expresion de REM

(1) Gay. Com. 4. § 45. cotejado con el § 37.

(2) Véase el ejemplo de las dos fórmulas hechas cada una para una misma causa en Gay. Com. 4. § 47, en la página siguiente, nota 1.

ESSE ó *JUS COMPETERE* (*rem aliquam* ó *jus aliquod A. A. esse* ó *competere*), y para la obligacion la idea y la expresion de *OPORTERE* (*dare, facere, præstare, ó pro jure damnum decidere oportere*), que resume y contiene esencialmente en sí una cuestion de derecho; ideas y expresiones que no se hallan en la fórmula *in factum*. Sabemos tambien por el modo de desenvolverse y completarse el procedimiento formulario, que en la redaccion *in factum*, la primera que se inventó, no se habian distinguido ni denominado en la fórmula las dos partes, que más tarde toman el nombre de *demonstratio* y de *intentio*. Sólo progresando, y en las fórmulas *in jus*, se hizo esta distincion: de suerte que no es aplicable á las fórmulas *in factum*. De esta fórmula se dice comunmente que la *demonstratio* se confunde en ella con la *intentio*, ó á la inversa, que la *intentio* se confunde con la *demonstratio*: más exacto sería decir que no tiene ni una ni otra; y en efecto, puede verse que la definicion y los ejemplos que da Gayo de ella, no se refieren más que á una fórmula redactada *in jus* (1). En cuanto á la fórmula *in factum*, no tiene más que dos partes: la una, que no se llama ni *demonstratio* ni *intentio*, que fija la cuestion del hecho segun la pretension del demandante; y la segunda, que contiene la *condemnatio*.

En suma, y como consecuencia de su mismo origen histórico, se pueden resumir de este modo los caracteres de la accion *in factum conceptæ*: no fija cuestion de derecho, de donde se sigue que no tiene *demonstratio* ni *intentio* propiamente dichas; que está fuera del derecho civil; y en fin, que generalmente y en rigor permanece extraña á las principales decisiones de las fórmulas civiles (*in jus conceptæ*).

Algunos escritores han creído deber distinguir y enumerar varias especies de acciones (*in factum conceptæ*), complicando de este modo la materia y haciéndola difícil de comprender, mientras que en el fondo no es nunca más que un modo solo y único de redaccion empleado para distintos usos.

En efecto, la fórmula *in factum conceptæ* fué ideada al principio para los extranjeros, pero en seguida tuvo aplicacion en varias circunstancias aun á los litigios de los ciudadanos, siendo para los pretores en materia de acciones uno de los mil medios inge-

(1) Gay. Com. 4. §§ 40 y 41 comparados con el 60.

niosos empleados por ellos para eludir el rigor del derecho civil ó para suplir sus vacíos. Puede decirse que en general cuando el derecho pretoriano quería proveer de medios de accion en los casos en que el derecho civil no se les concedia, y en los que, por consiguiente, no era posible idear una fórmula *in jus*, uno de los expedientes más frecuentes para conseguirlo era recurrir á una fórmula *in factum*, la cual se reducía á repetir para los ciudadanos lo que al principio se habia hecho para los extranjeros.

Así los ciudadanos *alieni juris*, los hijos de familia, por ejemplo, no teniendo en el orden privado y segun el derecho civil personalidad por sí mismos, no podian poseer en su nombre ninguna accion de derecho civil (*in jus concepta*); pero el derecho pretoriano, en los casos en que le parecia equitativo, conseguia dárselas redactándolas *in factum* (1).—Es uno de uno de los motivos, sin duda, que hacian que el álbum sobre puntos de derecho civil contuviera á veces las dos especies de fórmula, la una redactada *in jus* y la otra *in factum*; y Gayo nos da un ejemplo en el depósito y en el comodato (2).

Tambien recurria el derecho pretoriano á las fórmulas redactadas *in factum*, ya para revestir de accion derechos completamente fuera del derecho civil, introducidos sólo por el edicto (3), ya para

(1) Dig. 44. 7. *De obl. et act.* 9. f. de Paul: «Filiifamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat.»—19. f. de Ulp.: «*In factum* acciones etiam filifamiliarum possunt exercere.» Examínese el Dig. 5. 1. *De judic.* 18. § 1. f. de Ulp., en que se dice precisamente á propósito de las acciones *ex maleficio*, ó *ex contractu*, por ejemplo, *depositi*, *mandati*, etc.: «Et Juliano placet.... posse eum (filiifamilias) *utili judicio* agere.» Luego la accion útil de que aqui se trata es una accion redactada *in factum*.

(2) Gay. Com. 4. § 47. Hé aqui la fórmula del depósito concebido *in jus*: «JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUAE DERE AGITUR (ésta es la *demonstratio*); QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA (ésta es la *intentio juris civilis*, con las expresiones características de una obligacion de derecho, *dare facere oportet*); EJTUS JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO» (ésta es la *condemnatio*).—Hé aqui la fórmula basada en la misma causa, pero redactada *in factum*: «JUDEX ESTO, SI PARET AULO AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDIUM AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE (ésta es la primera parte correspondiente á la *demonstratio* y á la *intentio* reunidas, fijando, no una cuestion de derecho, *dare facere oportere*, sino una cuestion de hecho): QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO: SI NON PARET, ABSOLVITO.»

(3) Tenemos en otro lugar de esta obra, precisamente con motivo de la ley AQUILLA, el ejemplo de una accion útil, es decir, concedida por extension y por analogía de una accion directa, que por otra parte está concebida *in factum* y que puede llamarse por esto *actio in factum utilis ex lege AQUILLA*. Y tenemos al mismo tiempo el ejemplo de una accion creada únicamente por el derecho pretoriano, con exclusion de la ley AQUILLA, porque los hechos no presentan suficiente analogía con esta ley calificada de accion *in factum* simplemente; cotéjense sobre esta observacion varios textos del Digesto en que la accion útil de la ley AQUILLA es casi siempre calificada sólo de *actio in factum*: Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 7. §§ 3 y 6. f. de Ulp.; 9. pr. y § 2. f. de Ulp.; 11. §§ 8 y 10. f.

ampliar por analogía y utilidad las acciones civiles ó casos que no reunian verdaderamente todos los caracteres exigidos por el derecho civil. Estas acciones, ampliadas de este modo, son las que hemos encontrado muchas veces bajo el título de accion civil (*utilis actio*), en oposicion á la accion que procede directamente del derecho civil, llamada en este sentido accion directa (*directa actio*).

Para obtener los dos resultados de que acabamos de hablar, es decir, para investir de una accion los derechos introducidos solamente por el edicto, para sacar de su esfera las acciones civiles, recurria el pretor á dos distintos expedientes.

Frecuentemente á una fórmula redactada *in factum*: así la mayor parte de las acciones pretorianas y de las acciones útiles son acciones *in factum conceptae*. Por lo demas, esta extension por analogía de una accion ya existente á casos ó á personas que no entran completamente en su esfera, podia llevarse hasta varios grados; y de este modo puede encontrarse la accion útil de una accion de derecho civil ó la accion útil de una accion pretoriana (1); ó en fin, áun la accion útil de una accion útil; pero es preciso no ver en esto tantas especies de acciones útiles; esto sería complicar y oscurecer inútilmente la materia. Nunca hay más que la aplicacion de la misma idea; extension por analogía y por utilidad de una accion ya existente á casos que no entran en su esfera, pero que se aproximan á ellos ó á personas á quienes en rigor no debería darse (2).

El otro procedimiento, empleado tambien por el pretor, tenía por objeto dar, no sólo una accion *in factum*, sino tambien una accion *in jus* para derechos que no eran, sin embargo, más que pretorianos ó que se habian extendido fuera de los términos del

de Ulp.; 17. pr. f. de Ulp.; 29. § 7. f. de Ulp.; 33. § 1. f. de Paul.; 53. f. de Nerat.—Tenemos otros ejemplos de acciones introducidas únicamente por el derecho pretoriano y calificadas de acciones *in factum*: Gay. Com. 4. § 46.—Lo mismo en el Digesto de Justiniano: 27. 6. *Quod falso tutor.* 9. § 1. f. de Ulp.; 40. 12. *De liber. caus.* 13. pr. f. de Gay. 42. 8. *Qua in fraud. cred.* 10. pr., y 14 f. de Ulp. Las acciones *quod metus causa* y *de dolo malo*, introducidas por el edicto, eran tambien acciones redactadas *in factum*.

(1) Tal es la *utilis in factum actio* de que habla Gayo, Dig. 11. 7. *De religiosis.* 7. pr. y § 1.—Asi tambien encontramos en los fragmentos del Vaticano, § 90, la indicacion de un interdicto útil: «Inde et interdictum UTI POSSIDETIS utile hoc nomine proponitur...., etc.»

(2) Dig. 5. 1. *De judic.* 18. § 1. f. de Ulp.: «.... Posse (filiifamilias) *utili judicio* agere.»—Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 11. § 10. f. de Ulp.: «An fructuarius vel usufructuarius legis Aquilla actionem haberet, Julianus tractat: et ego puto melius, *utile judicium* ex hac causa dandum.»—17. f. de Ulp.: «Si dominus servum suum occiderit bonae fidei possessori, vel ei qui pignori accepit, *in factum* actione tenebitur.»