

Hemos considerado ya la prenda como un contrato; aquí la trataremos como derecho real conferido al acreedor. Bajo este aspecto es preciso tratar á la vez de la prenda (*pignus*) y de la hipoteca (*hypotheca*), á las cuales se refiere, pero sólo como cuestion de categoría, en ciertos casos particulares, y dar una noción de lo que se ha llamado por los modernos un privilegio (1).

En los primitivos tiempos aquel que para hacer préstamos ó para seguridad de cualquiera otra obligacion deseaba obtener crédito, confianza, transferia al acreedor por la mancipacion la propiedad de cualquier objeto, de todo ó de parte de sus bienes, á veces áun de su propia persona; pero con la cláusula de fiducia (*sub fiducia*), la ley de remancipacion (*sub lege remancipationis*), es decir, con la cláusula de que una vez pagada la deuda se le devolveria la propiedad. En este caso, y salvas las consecuencias de esta cláusula, el acreedor se hacia propietario, *dominus ex jure Quiritium*, y tenía la *rei vindicatio*.

Para evitar al deudor el rigor y los riesgos de semejante enajenacion, se contenta el acreedor con la simple entrega de un objeto que retenia para seguridad del crédito. Éste fué el origen de la prenda (*pignus*); pero al principio los derechos del acreedor se limitaron á la detencion de la cosa: si llegaba á perder la posesion, no tenía ninguna accion *in rem* contra los demas detentadores.

Un pretor llamado SERVIO, cuya época no conocemos, pero que parece anterior á Ciceron, y que se ha confundido sin razon con el célebre Servio Sulpicio, contemporáneo del gran orador, fué el primero que concedió contra los terceros detentadores una accion pretoriana *in rem*, pero sólo en un caso especial, á saber: al locador de un fundo rústico respecto á las cosas empeñadas por el colono (*colonus*) para seguridad del precio del arriendo. Esta accion tomó del pretor que la introdujo el nombre de accion Serviana (*Serviana actio*) (2).

Extendida por los pretores que le sucedieron á los demas casos

(1) Dig. 20, tit. 1. *De pignoribus et hypothecis*, y tit. sig. — Cod. 8. tit. 14. *De pignoribus et hypothecis*, y tit. sig. — Pueden verse en la materia los textos que nuestro ilustre colega M. PELLAT ha publicado con su traduccion, seguidos de la traduccion de un sucinto tratado sobre el mismo asunto, por M. FR. AD. SCHILLING. Paris, 1840, en 8.º

(2) Parece que la costumbre de hacer empeñar al arrendador las cosas llevadas por él para la explotacion del fundo era antigua y general entre los romanos, puesto que CATON, *De re rustica*, 146, dice ya: «*Quae in fundo tilata erunt, pignori sunt.*»

de prenda, se llamó accion cuasi-Serviana (*quasi Serviana actio*).

En fin, el derecho pretoriano dió el último paso admitiendo que por la simple convencion, sin entregar al acreedor el objeto afecto al pago del crédito, se le pudiese conferir sobre este objeto el mismo derecho real que si se le hubiese dado en prenda (1); es decir, el mismo derecho de venderla en caso de necesidad y pagarse del precio, con preferencia á los demas acreedores, con la accion real *quasi Serviana* ó *hypothecaria actio*. Esta institucion pretoriana ofrecia una anomalía particular en el derecho romano, la de ser un derecho real constituido por la sola convencion; pero suministraba un medio muy cómodo de crédito, puesto que el deudor podia por ella dar en garantía al acreedor una cosa sin privarse de su uso ni de su posesion. La hipoteca existia ya en tiempo de Ciceron, pues se hace mencion de ella en sus escritos (2).

La prenda y la hipoteca difieren, pues, en que en la una hay entrega de la cosa al acreedor, y en la otra simple convencion; pero, por lo demas, el derecho de cobrarse con preferencia á los otros acreedores, y el derecho por medio de la accion *quasi-Serviana* contra los demas detentadores, existen y son los mismos en ambos casos, de suerte que, bajo este aspecto, con razon han escrito los juriscultos romanos: «*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*» (3). Tambien se toman, por lo comun, las dos expresiones una por otra, pudiendo decirse que en toda prenda hay una hipoteca, como en toda hipoteca una prenda.

Toda cosa susceptible de compra y venta puede darse en prenda ó hipoteca, sin distinguir, como entre nosotros hoy, las muebles de las inmuebles: tanto las cosas corpóreas como las incorpóreas, un usufructo como un crédito; tanto las cosas particulares (*singulares*) como las universales (*rerum universitates*); y hasta puede convenirse en que la hipoteca alcanzará á todos los bienes presentes y futuros del que la da (4).

Es tal la naturaleza de la prenda y de la hipoteca, que el derecho existe en totalidad para todo el crédito y para todos sus acce-

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 4. f. Gay.: «*Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.*»

(2) CICERON. *Ad familiar.* XIII, 56.

(3) Dig. 20. 1. *De pignor. et hyp.* 5. § 1. f. Marcian.

(4) Dig. 20. 1. *De pignor.* 9. § 1. f. Gay. 13. pr. f. Marcian.; 15. pr. f. Gay. 29. pr. y § 3. f. Paul. 34. § 2. f. Marcian. — Cod. 8. 17. *Quae res pign. oblig. poss. vel non*, const. de Alejand.

sorios, no sólo sobre el conjunto de la cosa hipotecada, sino sobre cada una de sus partes y de sus accesorios; de modo que si hay, por ejemplo, pago parcial ó division de la deuda ó del crédito, no deja de quedar por eso la cosa hipotecada en su totalidad por el resto ó por cada fraccion de lo debido; ó si, por el contrario, la cosa llega á perecer en parte ó á dividirse, cada fraccion de esta cosa no queda ménos empeñada por la totalidad de lo debido, que es lo que se expresa diciendo que la hipoteca es indivisible.

Los derechos del acreedor pignoraticio ó hipotecario consisten: 1.º, en el derecho de vender la cosa (*jus vendendi seu distraendi*); 2.º, en el derecho de cobrarse de su precio con preferencia á los demas acreedores; 3.º, en el derecho contra los terceros detentadores por garantía y ejercicio de los derechos precedentes.

1.º El derecho de vender la cosa (*jus vendendi seu distraendi*), parece no haber existido en el origen primitivo de la prenda, que se reducía entónces á una simple facultad de retencion; mas en consecuencia del desarrollo de la institucion se ha convertido en regla esencial, y el pacto contrario *ne vendere liceat* no quitaría este derecho al acreedor hipotecario (t. I, pág. 456). La venta no puede hacerse sino al vencimiento de la deuda para el crédito hipotecado solamente, y en las formas arregladas por la convencion, ó en caso de necesidad, en las determinadas por las leyes (1). La cláusula llamada *lex commissoria*, por la cual el acreedor y el deudor conviniesen en que, caso de no pagar en cierto plazo, la cosa empeñada la adquiriría sin venta alguna el acreedor, había sido prohibida por la jurisprudencia romana, porque podia conducir á un despojo perjudicial al deudor. Este derecho de vender no es en el derecho romano, como en el moderno, un derecho comun á todos los acreedores, sino que es la consecuencia de la prenda ó de la hipoteca, pues que ya sabemos que el derecho civil, salvos algunos casos particulares, no daba medios de ejecucion al acreedor más que contra la persona y no contra los bienes del deudor; y los que más tarde introdujo el pretor diferian todavía considerablemente del derecho de vender concedido al acreedor pignoraticio. Esta observacion es muy esencial para comprender bien la naturaleza particular de la prenda y de la hipoteca entre los romanos.

(1) Dig. 20. 5. y Cod. 8. 28. *De distracione pignorum et hypothecarum.*

2.º El derecho de preferencia ofrece materia importante que estudiar: si no hay más que un acreedor pignoraticio ó hipotecario á quien se haya empeñado la cosa, no ofrece dificultad alguna, reduciéndose para él al derecho de vender ó al derecho que de él resulta, y como nadie puede disputarle su puesto, es preferido á todos. Pero la misma cosa puede hipotecarse á muchos acreedores, ó darse como prenda al uno é hipotecarse á otros varios: en este caso hay concurso de acreedores hipotecarios sobre un mismo objeto, y si el precio no basta para el pago de todos, se procede á arreglar el orden en que han de ser preferidos los unos á los otros (1). — La regla general del derecho romano es que la preferencia de las prendas ó las hipotecas se determina por la fecha de su creacion; el primero en antigüedad es el mejor en derecho: «*Potior tempore potior jure*», es la máxima deducida de una constitucion del emperador Antonino (2). Y esto sin distincion entre la prenda y la hipoteca, de suerte que el acreedor hipotecario que no ha sido puesto en posesion de la cosa, pero que es anterior en fecha, es preferido áun al acreedor pignoraticio á quien ha sido entregada la cosa, pero posterior á él (3). — Con todo, hay ciertas hipotecas, á las cuales se ha concedido por excepcion, y prescindiendo de su fecha, un derecho especial de preferencia, las cuales toman orden, no con arreglo á la época de su creacion, sino segun el grado de favor de que gozan, y que son preferidas áun á las hipotecas anteriores á ellas. De este número son principalmente: la hipoteca del fisco, por los impuestos atrasados y por cualesquiera otros créditos (4); la de la mujer, por la dote (5); la de los otros que han hecho gastos en utilidad, ó para la conservacion de la misma cosa hipotecada (6). Aquí la cuestion de orden no es una cuestion de fecha, sino una cuestion de derecho. Los modernos han dado á las hipotecas que gozan esta preferencia el título de hipotecas *privilegiadas* ó el nombre de *privilegios*: denominaciones, sin embargo, que los romanos no han usado en este senti-

(1) Dig. 20. 4. *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur.*

(2) Cod. 8. 18. *Qui potior.* 4. const. de Anton. Véanse tambien en el mismo título las constituciones 2 y 3; y en el Digesto, 20. 4. *Qui potior.* 2. f. Papin. y 8. f. Ulp.

(3) Dig. 20. 1. *De pignor.* 10. f. Ulp.

(4) Cod. 4. 46. *Si propt. publ. pension.* 1. const. de Anton.—Dig. 49. 14. *De jur. fisco.* f. Ulp.

(5) Cod. 8. 18. *Qui potior.* 12. const. de Justinian.—Novel. 97. c. 3.

(6) Dig. 20. 4. *Qui potior.* 5, 6 y 7. f. Ulp.—Cod. 8. 18. *Qui potior.* 7. const. de Diocl. y Max.—Novel. 97. c. 3 y 4.

do técnico y especial. Por eso se cree que lo que nosotros llamamos hoy un privilegio no era entre los romanos un derecho aparte de naturaleza especial, sino una consideración para indicar en ciertos casos el orden de algunas hipotecas, y de aquí ha venido la costumbre de decir que en todo privilegio hay una hipoteca, lo que no es ya completamente exacto entre nosotros.

3.º El derecho, por tanto, puede ejercerse por el acreedor hipotecario contra todo detentador de la cosa hipotecada y aun contra todo acreedor hipotecario posterior al que tiene la cosa (1). Se ejerce por medio de la acción de que habla nuestro párrafo, la acción *quasi-Serviana*, que encontramos en los textos bajo los nombres de *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*, *persecutio hypothecaria*, *pigneratitia in rem*, ó más bien aún *pigneratitia*, aunque este último nombre se haya reservado especialmente para la acción *in personam*, cuyo objeto es la persecución de las obligaciones nacidas del contrato de prenda. En cuanto á la acción *quasi-Serviana*, tiende á hacer reconocer y ejercer contra todo detentador el derecho real que tiene el acreedor hipotecario, es decir, el derecho de vender la cosa y de cobrarse preferentemente del precio. Era, pues, una acción *in rem* que venía de la jurisdicción del pretor, y su fórmula estaba fundada, no como las acciones Publiciana ó Pauliana, sobre una hipótesis ficticia (*fictitia actio*), sino simplemente *in factum*.

Resultaba de este derecho que los que recibían de alguno un objeto cualquiera, ya en propiedad, ya en hipoteca, tenían un interés poderoso en saber si este objeto estaba ya hipotecado de antemano. El derecho romano no suministraba medio alguno para hacer esta comprobación. El contrato de hipoteca no estaba sujeto á ninguna fórmula y podía ser hasta puramente verbal, reduciéndose toda la cuestión á probar de un modo ó de otro su existencia y su fecha, y desde entonces producía sus efectos (2). Así, mientras que en derecho romano las traslaciones de dominio no se verificaban más que por el hecho ostensible de la tradición ó por ciertos medios civiles, las hipotecas podían ser ocultas, y no se había pensado de ningún modo en establecer, respecto de ellas, un sistema de publicidad. Sin embargo, una constitución del empera-

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 16. § 3. f. Marcian. — 20. 4. *Qui potior.* 12. pr. y § 7. f. Marcian.
 (2) Dig. 20. 1. *De pignor.* 4. f. Gay.

dor Leon mandó que las hipotecas que se justificasen, ya por un *instrumentum publice confectum*, es decir, por un acto celebrado bajo la autoridad de un magistrado ó de un notario público, ya á lo ménos por un acto firmado por tres testigos de buena reputación (*probata atque integra opinionis*), fuesen, aunque posteriores en fecha, ántes de las que estuviesen desprovistas de estas pruebas (1). Esta constitución debió multiplicar el uso de los actos públicos para justificar las hipotecas, pero no establecía una regla imperativa, y no fijaba todavía el medio de ponerlas en conocimiento de todos.

Además de la voluntad de las partes encontramos todavía que podían constituir prendas ó hipotecas las disposiciones de la ley ó de la jurisprudencia y la autoridad del magistrado. Entre las hipotecas que resultan de la ley ó de la jurisprudencia, prescindiendo de toda convención de las partes, se hallan principalmente: la del colono de un fundo urbano, para seguridad de las obligaciones procedentes del arrendamiento sobre las cosas llevadas por el locatario al edificio arrendado (*invecta et illata*); la del locador de un fundo rústico, pero sólo sobre los productos del inmueble: en cuanto á los objetos llevados para explotación del fundo, no estaban hipotecados más que en virtud de una convención, la que Justiniano concede á los legatarios sobre la parte hereditaria de cada heredero en seguridad del cumplimiento de los legados á que está obligado; la del fisco por muchos de sus créditos; la de los pupillos, los menores y los locos sobre todos los bienes de sus tutores y curadores por las obligaciones resultantes de la tutela y de la curaduría, según las instituciones de Constantino Magno y de algunos emperadores posteriores hasta Justiniano; la de la mujer en los bienes del marido por la restitución de la dote y otras varias. Los juriconsultos romanos dan á estas hipotecas la calificación de hipotecas tácitas (2). En fin, hemos visto cómo por la *missio in possessionem bonorum* ó por la *pignoris capio* pretoriana el magistrado puede constituir una especie particular de prendas que se llama *pignus pretorium*.

VIII. In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas 8. También ha introducido el pretor por su jurisdicción acciones per-

(1) Cod. 8. 18. *Qui potior.* 11. const. de Leon.

(2) Dig. 20. 2. y Cod. 8. 15. *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.*

habet prætor; veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit de peculio servorum filiorumque familias, et ex qua quæritur an actor juraverit, et alias complures.

IX. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin, si stipulanti promisserint, jure civile tenentur.

Ya hemos tratado del constituto y de la accion de constituta pecunia. Este pacto y esta accion pretoriana traen su origen de una accion análoga que existia en el derecho civil y que se llamaba actio receptitia. El uso de los banqueros, comerciando en dinero, cambiando monedas, abriendo créditos á sus clientes, recibiendo de ellos sumas en depósito ó en préstamo con interes, adelantándoles, pagando ó prometiendo pagar por ellos; este uso era frecuente desde los tiempos antiguos entre los romanos; y las comedias de Plauto y de Terencio muestran á cada paso vestigios de él. Estos banqueros se llamaban argentarii. Por lo comun, cuando se debia á uno una cantidad de dinero, se le llevaba en casa de su argentarius, que pagaba por el deudor, ó por lo ménos que prometia pagar en cierto dia. Esta promesa por excepcion de las reglas ordinarias del derecho civil no tenía necesidad de hacerse con las formalidades de la estipulacion ni del contrato litteris; de cualquiera modo que se hiciese por parte de un argentarius, obligaba á éste y daba contra él esta accion civil. La operacion se designaba con el verbo recipere, recibir dia para el pago, y la accion que nacia de ella se llamaba actio receptitia.

Pero esta operacion y esta accion eran exclusivamente especiales de los argentarii: el pretor estableció por imitacion para cada uno sin distincion algo de análogo, cuando erigió en pacto pretoriano la simple promesa hecha, por cualquiera que fuese, de pagar

sonales, por ejemplo, la accion de constituta pecunia, á la que se asemejaba la accion receptitia; pero como por una constitucion hemos trasladado á la accion de constituta pecunia todas las ventajas de la accion receptitia, esta última como inútil ha debido desaparecer de nuestras leyes. El pretor fué tambien el que introdujo las acciones hasta el importe del peculio de los esclavos ó de los hijos de familia, la en que se trata de saber si el demandante ha prestado juramento y otras várias.

9. La accion de constituta pecunia se ejerce contra todo el que ha prometido pagar por sí ó por otro, con tal que no intervenga estipulacion, pues si habia prometido á un estipulante, estaria obligado por el derecho civil.

en dia fijo una deuda preexistente: acto designado con el verbo constituere, señalar un dia para el pago de una deuda preexistente, de donde nacia la accion constituta pecunia.

Por consiguiente, hubo para una promesa casi semejante dos acciones análogas: la accion receptitia, procedente del derecho civil contra los argentarii, que solamente practicaban semejantes operaciones; y la accion de constituta pecunia, accion pretoriana contra cualquiera persona. Dándose esta última accion contra cualquiera, se daba tambien contra el argentarius, de suerte que en el caso de la promesa hecha por éste, el acreedor tenía contra él la eleccion, ó de la accion civil receptitia, ó de la accion pretoriana de constituta pecunia.

Estas dos acciones no tenían absolutamente los mismos efectos, existiendo muchas diferencias entre ellas, de lo que nació que la accion civil, receptitia, fuese bajo diversos conceptos más ventajosa. En efecto, era perpétua, se aplicaba á todos los objetos, y se concedia sólo porque habia promesas, sin examinar si habia una causa preexistente; mientras que la accion de constituta pecunia, por el contrario, no era más que anual, no se aplicaba más que á las cosas que se apreciaban por el peso, el número ó la medida, y suponía siempre una deuda anterior (1).

Estas dos acciones subsistieron juntas, con su destino respectivo, hasta Justiniano, que las refundió en una sola, suprimiendo la accion receptitia, que era especial de los argentarii, y trasladando sus efectos á la accion general de constituta pecunia.

Así esta accion se dará contra cualquiera persona, por cualquier objeto, y será perpétua, continuando, sin embargo, en no concederse más que cuando la promesa de pagar se refiere á una deuda anterior (2).

La deuda condicional, no siendo todavía irrevocablemente deuda mientras que no se cumple la condicion, no puede ser fundamento sino de un constituto condicional; pero las deudas hasta cierto dia han podido dar lugar á un constituto, cuya exigibilidad fuese más inmediata. Cuyacio pretende que todo constituto era á término, puesto que el verbo constituere, como el de recipere, significaba

(1) Cod. 4. 18. De constituta pecunia. 2. const. de Justinian.

(2) Cod. 4. 18. De constituta pecunia. 2. const. de Justinian.

señalar ó recibir un día para el pago (1), y Paulo dice (2) que cuando se ha omitido indicar un término de un constituto, se ha concedido uno de diez días por lo ménos.

X. Acciones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.

De las acciones de *peculio* trataremos en el § 4 del siguiente título. Las ponemos con el texto en plural, porque la expresión de *peculio*, como cuidaremos de explicarlo, no indica más que una calificación aplicable á un gran número de acciones distintas.

XI. Item si quis, postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur; justissime accommodat ei talem actionem per quam non illud queritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

En nuestro párrafo se trata del juramento que las partes, para concluir el pleito y evitar la contienda judicial, convenían en diferirse el uno al otro, fuera de toda instancia, sin estar *in judicio*, ni aún *in jure*. Hay en ello una especie de transacción que el derecho pretoriano ha confirmado, y que según las expresiones de Paulo tiene más autoridad todavía que la cosa juzgada (3). Nuestro texto supone que el que se juzga acreedor es el que, conformándose con la voluntad de su adversario, ha jurado que le debe. Desde entónces, y en caso de negativa de pagar por parte del deudor, la única cuestión ya á los ojos del pretor no es saber si el crédito existe ó no, sino si se ha prestado el juramento. En consecuencia de esto, da al acreedor para la persecución de su derecho una acción pretoriana, llamada de *jurejurando* ó *an juraverit*, que está concebida *in factum*, y en la cual el juez no tendrá más que comprobar el juramento. Este juramento puede también, según el

(1) Lib. 29. Paul. ad. edict.

(2) D. 13. 5. 21. § 4.

(3) Dig. 12. 2. 2. f. de Paul.

caso, si su resultado ha sido favorable al pretendido deudor, dar lugar, ya á una denegación de acción, ya á una excepción de *jurejurando* en su favor, como veremos más adelante (tít. 12, § 4).

Además de este juramento, fuera de toda instancia y como transacción para evitar el proceso, restan todavía otras especies de juramento, el deferido ó referido por las partes, la una á la otra, en el curso mismo de un proceso; ya ante el pretor (*jusjurandum in jure*), ya ante el juez (*jusjurandum in judicio*); ó el que el mismo juez defiere, para ilustrarse, á cualquiera de las partes; ó en fin, el que defiere para apreciar el importe de la condena (*jusjurandum in litem*). Nuestro texto no se ocupa aquí de los efectos de estas varias especies de juramentos, de que ya hemos dicho alguna cosa.

XII. Pœnales quoque actiones bene multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti, adversus eum qui quid ex albo ejus corrupisset; et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset; item adversus eum qui vi exmerit eum qui in jus vocaretur, cum jusve dolo alius exmerit; et alias innumerabiles.

12. Gran número de acciones penales fueron también introducidas por la jurisdicción del pretor: por ejemplo, las acciones contra el que hubiese borrado una parte cualquiera del *album*; el que hubiese citado *in jus*, sin permiso previo, á su padre ó á su patrono; el que hubiese arrebatado con violencia ó hecho desaparecer con dolo á una persona llamada *in jus*, y otra porción de acciones.

Ex albo ejus corrupisset. Ya se sabe lo que era el *album* del pretor: cualquiera que le causase el menor deterioro, ya rompiéndole, ya manchándole, ya haciéndole desaparecer, ya alterándole, era castigado en virtud de una acción pretoriana popular, llamada acción de *albo corrupto*. Las alteraciones de los edictos de los emperadores llevaban tras sí la pena de la falsificación (1).

Lo que ya hemos dicho de la prohibición hecha á los hijos ó á los libertos de citar *in jus* á sus ascendientes ó á su patrono sin autorización previa, y de la acción *in factum* que se daba contra ellos por infracción de esta prohibición, como también de la acción pretoriana dada contra los que se hubiesen resistido á una *vocatio in jus*, ó usado de violencia ó de dolo para impedir la, nos parece suficiente para la inteligencia de los ejemplos presentados aquí por nuestro texto.

(1) D. 48. 10. 32. Mod.—Paul. Sent. 13. 3.

CAPILLA ALFONSINA
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
V. A. N. I.

XIII. Præjudiciales acciones in rem esse videntur: quales sunt per quas quæritur an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa *legitimam causam* habet, per quam quæritur an aliquis liber sit: cæteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

Hemos indicado el carácter de las acciones prejudiciales bajo el sistema formulario, que tenía de particular que la fórmula no contenía condena, y que la sentencia se limitaba á reconocer y comprobar, ya un hecho, ya un derecho que constaba desde entónces judicialmente, y al que las partes recurrían más tarde, en caso de necesidad, para deducir todas las consecuencias legales. Lo referente á la redaccion de la fórmula ha desaparecido en tiempo de Justiniano; pero prescindiendo de esta redaccion, que no tiene lugar, el carácter de la accion permanece el mismo.

Aunque estas acciones no sean enteramente idénticas con las acciones *in rem*, puesto que éstas contienen siempre la pretension de un derecho real por parte del demandante, debiendo conducir á una condena ó á una absolucion, al par que las acciones prejudiciales tienden á veces sólo á la justificacion de un hecho, y no llevan jamas tras sí condena; sin embargo, como tampoco se dirigen á la persecucion de una obligacion, y que, por consiguiente, no se hace en ellas mencion de ninguna persona obligada, y que el hecho ó el derecho que trata de justificar esté expresado en ella de un modo general *in rem*, con razon dice nuestro texto que parecen ser acciones *in rem*.

Los derechos que las acciones prejudiciales aspiran con más frecuencia á comprobar son los que se refieren al estado de las personas, como los de ingenuidad, de libertad, de patronato, de paternidad, de filiacion y otros semejantes, los cuales sabemos que son derechos reales. Los comentadores de derecho romano anteriores á nuestra época creían que el uso de las acciones prejudiciales se reducía á estas aclaraciones de estado; pero desde que Gayo nos ha dado á conocer su verdadero carácter, podemos reconocer, ya en Gayo, ya en las *sentencias* de Paulo, y aún en el Digesto, varios casos de accion prejudicial, que tienen por objeto justificar un hecho. Tales son las acciones prejudiciales en que se

13. Las acciones prejudiciales parecen ser acciones reales: tales son aquellas por las que se exa una si uno es libre ó liberto, que tienen por objeto hacer reconocer la filiacion. Entre estas acciones no hay más que una que esté fundada en el *derecho civil*, á saber, aquella por la cual se trata de saber si uno es libre: las otras proceden de la jurisdiccion pretoriana.

trata de saber *quanta dos sit* (1), si los *sponsors* ó los *fidepromissores* han sido instruidos, como prescribe la ley, de la extension de su obligacion (2); *an res de qua agitur major sit centum sextertius* (3); *an bona jure venierint* (4).

La *liberalis causa* al principio era una verdadera *vindicatio*, y sólo más tarde se convirtió en un *præjudicium*. Puede considerarse bajo dos aspectos: ya en la hipótesis de que se trate de declarar á uno esclavo, ya en la hipótesis de que se trate de declarar á uno libre: en el primer caso la accion compete á cualquiera que se crea propietario ó usufructuario del hombre en litigio; en el segundo, la accion pertenece al hombre mismo, cuya calidad está en cuestion, á sus parientes ó á su esposa. Antiguamente esta accion no se ejercitaba por la persona litigiosa, sino por un *lictor* ó *assertor libertatis*, porque la *liberalis causa* era una verdadera *vindicatio*; el hombre litigioso era presentado y vindicado á presencia del pretor como cualquiera otra cosa corpórea, litigiosa entre dos partes que tienen pretensiones contrarias. Una vez juzgada la cosa entre el *assertor* y el pretendido dueño, no quedaba decidida más que entre ellos, y uno podia venir pretendiendo ser el dueño del mismo individuo, aunque el primero hubiese salido mal. Si el esclavo sucumbia, aún podia hacer juzgar la misma cuestion tres veces contra el mismo adversario por medio de otros *assertores*; pero Justiniano, al permitir al esclavo defender por sí mismo su libertad, decidió que la cosa juzgada con este motivo quedaba juzgada para todos.

El estado de una persona puede litigarse aún despues de su muerte; pero los emperadores Claudio y Nerva han decidido que el estado de que se hallaba en posesion un difunto al tiempo de su muerte no pudiese ser disputado más que durante cinco años, si se queria hacerlo de peor condicion (5).

Legitimum causam. La *causa liberalis* era tambien anterior á la ley de las Doce Tablas, habiéndola insertado Apio Claudio en esta ley (6).

(1) Gay. Com. 4. § 44.

(2) Gay. Com. 3. § 123, pág. 183.

(3) Paul. Sent. V. 9. *De stipul.* § 1.

(4) Dig. 42. 5. *De reb. auctor. judic.* 30. f. de Papin. Just.

(5) C. 7. 16. 6.

(6) D. 1. 2. 2. § 24. Pomp.