

los herederos del adstipulante, del *sponsor* y del *fideipromissor*. Pero no existiendo ya en tiempo de Justiniano esta especie de obligaciones, la frase por la que está reemplazado este ejemplo en nuestro párrafo ha quedado oscura y no se comprende bien su aplicacion. En efecto, en los contratos, si el difunto cometió dolo, son responsables de él sus herederos (1); no exceptuándose más que el dolo cometido por el difunto en un depósito necesario; á ménos que no se suponga que Justiniano ha querido hablar de los contratos de derecho escrito, en los cuales, si ha habido dolo, no comprendiendo estos hechos de dolo la accion que nace del contrato, hay que recurrir á la accion *de dolo*, la cual no se daría contra los herederos, no habiéndose aprovechado de él (2).

Fuerint contestata. Sabemos suficientemente cuál era el efecto de la *litis contestatio* y cómo se convertía el derecho de la instancia organizada, desde que se habia verificado aquélla, en un derecho adquirido y transmisible á los herederos.

II. Superest ut admoneamus quod si ante rem iudicatum, is cum quo actum est satisfiat actori, officio iudicis convenit eum absolvere, licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat: et hoc est quod ante vulgo dicebatur, omnia iudicia absolutoria esse.

2. Nos resta advertir que si ántes de la sentencia el reo paga al actor, el juez debe absolver á aquél, aunque desde la entrega de la accion se hallase en el caso de ser condenado, y en este sentido se decia vulgarmente en otro tiempo que todas las acciones eran absolutorias.

Queda suficientemente explicado el origen y el sentido de la regla expuesta aquí por nuestro texto, y el disentiimiento que existió respecto de esto entre los sabinianos y los proculeyanos. Justiniano admitió la opinion de los primeros.

(1) Dig. 5. 17. 152. § 3. — *Eod.* 157. § 2. Ulp. — D. 44. 7. 49. Paul. — *Eod.* 12. Pomp. — D. 16. 3. 7. § 1. Ulp.

(2) D. 4. 3. 17. § 1. Ulp.

RESÚMEN DEL LIBRO CUARTO.

(DESDE EL TÍTULO VI AL XII.)

Diversas significaciones de la palabra accion. — Diversos sistemas sucesivos de enjuiciar entre los romanos.

La palabra *accion* tiene varias significaciones.

1.º En el sentido propio y natural (derivado de *agere*) significa el recurso, es decir, el acto mismo de acercarse á la autoridad para hacer valer sus derechos de una manera cualquiera, como actor ó como reo; pero más particularmente demandando.

2.º En un segundo sentido figurado, *accion* no es ya el acto mismo, es el derecho de hacer este acto; es decir, el derecho de presentar este recurso á la autoridad.

3.º En fin, un tercer sentido, figurado como el segundo, ya no es ni el acto mismo, ni el derecho de hacer este acto; es el medio que se emplea para ello, la forma que está á nuestra disposicion para ejercer el recurso.

Así en la primera significacion la accion es un hecho; en la segunda un derecho; en la tercera un medio, una forma.

Estas tres significaciones generales se emplean todas tres en el derecho romano; pero la palabra se presenta aquí ademas con otras acepciones técnicas, más ó ménos reducidas, que han variado segun las épocas y segun los varios sistemas de procedimiento.

Estos sistemas son tres.

PRIMER SISTEMA:—*Acciones de la ley.*

1.º El sistema de las acciones de la ley (*legis acciones*), que abre la historia del derecho romano, y que se refiere al primitivo origen nacional.

Su carácter es sacerdotal y patricio, consistiendo principalmente en hacer pantomimas simbólicas y en decir palabras sacramentales, ya los litigantes, ya el magistrado: es de derecho estricto, y está reservado exclusivamente á los ciudadanos.

Reinó enteramente por espacio de más de seis siglos; sin embargo, moderado por algunas adiciones ó modificaciones graduales. Los ciudadanos empiezan por sustituirle frecuentemente, de hecho, una práctica imitada de las formas seguidas con los extranjeros. En el siglo VI de Roma, la ley EBUTIA (probablemente en el año de Roma 577 ó 583) sancionó legislativamente esta práctica y suprimió la mayor parte del sistema de las acciones de la ley. Se consumó esta supresion en tiempo de Julio César y Augusto, por las leyes de JULIA *judiciaria* (probablemente año de Roma 708 y 729), que organizan más ámpliamente el sistema siguiente. Con todo, el primitivo sistema se conservó largo tiempo en fragmentos, y entero en algunos casos excepcionales, por ficcion y en usos simulados. Esta última huella no se borró enteramente hasta Justiniano. Así pues, no hay del primer sistema al segundo transición inmediata y reemplazo radical; se refunden el uno en el otro, extendiéndose los vestigios del primero al reinado del segundo.

En esta expresion *legis acciones*, acciones de la ley, la palabra *accion* indica una especie de procedimiento considerado en conjunto. Así, cuando se dice que hay cinco acciones de la ley, las acciones *sacramenti*, *per judicis postulationem*, *per conductionem*, *per manus injectionem* y *per pignoris capionem*, quiere decirse que hay en este sistema cinco especies de procedimientos determinados y sacramentales, cinco modos diferentes de obrar y proceder según los casos.

SEGUNDO SISTEMA:—*Procedimiento formulario.*

2.º El sistema del procedimiento por fórmulas, llamado también procedimiento ordinario (*ordinaria judicia*), que trae su ori-

gen de lo que se practicaba con los extranjeros, y por medio del cual puede decirse que se humaniza el procedimiento quirritario, de sacerdotal y exclusivamente ciudadano que era, se hace pretoriano, salvas algunas modificaciones, en los detalles aplicables á todos.

Su carácter esencial consiste en la redaccion de una fórmula (*formula*), cuyos elementos se discuten y fijan ante el magistrado (*in jure*), y la cual, entregada á las partes por éste, contiene el nombramiento del juez, con indicacion á este juez de los puntos, ya de hecho, ya de derecho, que han de examinar, y de la sentencia que debe dar según el resultado de este exámen; cuya fórmula confiere al juez su mision y le marca la extension más ó ménos ámplia de sus poderes. Su forma es tal, que puede decirse con alguna exactitud que está redactada como una especie de sentencia condicional. Conforme se desarrolló el sistema formulario, aplicándose á los ciudadanos, se dividieron las fórmulas en diversas partes, que pueden encontrarse todas, ó algunas separadamente; principales las unas (*partes formularum*), y las otras accesorias (*adjectiones*). Las primeras en número de cuatro: la *demonstratio*, la *intentio*, la *condemnatio*, y en tres casos particulares sólo la *adjudicatio*. Entre las segundas, las prescripciones (*prescriptiones*), las excepciones, réplicas, dúplicas, etc.

Introducido por la práctica pretoriana, y al principio sólo con motivo de los extranjeros, extendido en seguida de hecho á los pleitos entre los ciudadanos por medio de varios artificios y de algunas analogías de expresiones que lo ligaban con las antiguas acciones de la ley y lo hacian derivar de ellas; instalado legislativamente por la ley EBUTIA, y definitivamente organizado por esas dos leyes JULIA *judiciaria*, este sistema siguió vigente desde el siglo VI de Roma hasta el XI, en tiempo de Diocleciano. No fué reemplazado absolutamente y de una vez por el tercero y último sistema, sino que progresivamente se apoyó en cierto modo en este último sistema, como se habia fundado en él el de las acciones de la ley.

En este procedimiento, la palabra *actio* designa principalmente el derecho, conferido por el magistrado, de perseguir ante un juez lo que se nos debe, habiendo tantas acciones como derechos que perseguir. En sentido figurado se le hace significar la fórmula que resume y expresa este derecho, ó el *judicium*, es decir, la instan-

cia judicial que se organiza por la fórmula. De suerte que estas tres palabras *actio, formula, iudicium* se toman aquí por lo comun como sinónimas.

Mas, especialmente *actio*, no se aplica más que á las persecuciones de obligaciones; ó en otros términos, á las acciones personales, y esto por una razon puramente histórica, y es que las fórmulas no se han usado al principio más que en materia de obligaciones. En cuanto á las reclamaciones de propiedad ú otros derechos reales, la palabra propia es la de *petitio*. En fin, se llama *persecutio* el recurso ante el magistrado para que resuelva él mismo el negocio, por autoridad propia, sin remision ante un juez, lo cual se llama *extra ordinem cognoscere*, y de aquí esta distincion trilógica, *actio, petitio, persecutio*, que se encuentra casi sacramentalmente en el formulario de la práctica romana.

TERCER SISTEMA : — *Procedimiento extraordinario.*

3.º El sistema del juicio extraordinario (*extraordinaria iudicia*), que es el último, y el único existente en tiempo de Justiniano.

Su carácter esencial consiste en que no hay, segun él, diferencia entre el magistrado y el juez, nada de pantomimas ni de palabras sacramentales como en las acciones de la ley, ni redaccion ni entrega de una fórmula como en el procedimiento formulario. Las partes se citan directamente ante la autoridad competente, y esta autoridad, reasumiendo las funciones de magistrado y de juez, pronuncia la sentencia.

Este proceder, empleado únicamente como excepcion en estos casos bajo el procedimiento formulario, y calificado por lo mismo de extraordinario (*extra ordinem cognitio*), se extendió cada vez más, á medida que el régimen imperial se desenvolvía retrocediendo al poder absoluto. Una constitucion de Diocleciano (año de Roma 1047, 294 de J. C.) le hizo comun á las provincias : esta regla se generaliza en seguida en todo el imperio : algunas huellas del sistema á que sustituye se conservan al principio en apariencia y nominalmente, pero desaparece en seguida, completamente; de suerte que Justiniano, para caracterizar el cambio verificado, no tiene más que decir : « Hoy todas las instancias son extraordinarias : *Extra ordinem sunt hodie omnia iudicia.* »

Dejando á un lado las instituciones de este Emperador todo lo concerniente á la fórmula, no consideran las acciones más que como el derecho mismo de proceder, y no las tratan más que bajo este punto de vista.

En esta época, y bajo este procedimiento, la accion considerada así como un derecho, en su significacion más general, no es más que la facultad que tenemos directamente, y sin concesion especial, de perseguir ante la autoridad judicial lo que nos pertenece ó se nos debe : sin razon, pues, toma Justiniano de los jurisconsultos del tiempo de la fórmula una definicion que ya no es exacta en su época.

Diferentes divisiones de las acciones.

Para las acciones, como para todas las cosas, puede hacerse un gran número de divisiones ó clasificaciones diferentes, segun los diversos puntos de vista bajo los que se las consideren. Las principales de estas divisiones, en la época del procedimiento extraordinario, son las siguientes :

PRIMERA DIVISION. — *Acciones reales (in rem) y acciones personales (in personam).* — *Acciones prejudiciales.* — *Acciones que parecen mixtas, tanto in rem, como in personam.*

La division de las acciones en reales y personales es una division esencial y fundamental, comun á todos los sistemas de enjuiciar entre los romanos, y que debe hallarse en todos tiempos y en todas las legislaciones. Está sacada de la naturaleza de los derechos, que las acciones tienden á hacer valer. La accion real es la que se dirige á la reclamacion de un derecho real; la accion personal, la que tiende al cumplimiento de una obligacion, ó si se quiere más amplitud, la accion real es aquella por la que el demandante afirma que tiene, con exclusion de cualquiera otra persona, la facultad de disponer ó de sacar más ó ménos utilidad de una cosa corpórea ó incorpórea. La accion personal es aquella por la que el demandante sostiene que el demandado está obligado para con él, y persigue el cumplimiento de esta obligacion.

El nombre de accion *in rem* y de accion *in personam* les viene del sistema formulario, porque la *intentio* de la fórmula que enun-

cia el derecho pretendido, en las unas está concebida generalmente sin designacion de persona, lo cual expresan los romanos diciendo que está concebida *in rem*, al paso que en las otras, la *intentio*, para enunciar el derecho, tiene que comprender necesariamente el nombre de la persona que se pretende estar obligada, y se redacta individualmente con relacion sólo á esta persona, lo que los romanos expresaban diciendo que estaba concebida *in personam*.

Así, en resúmen, las acciones *in rem* y las acciones *in personam* traen de la naturaleza misma del derecho su division, y de la redaccion de la fórmula su denominacion, aunque en el fondo domine la naturaleza del derecho.

La accion *in rem* se aplica á todas las especies de derechos reales: á la propiedad, el más extenso de todos; á sus diversos desmembramientos, ó derechos de usufructo, de servidumbre, de enfiteusis, de superficie; á los derechos de prenda ó de hipoteca; como tambien á los de libertad, de ingenuidad, de paternidad, y otros de esta naturaleza relativos al estado de las personas.

Cuando tiene por objeto la reclamacion de la propiedad de una cosa corpórea, lleva el nombre especial de *rei vindicatio*, que se deriva del sistema de las acciones de la ley.

Cuando tiene por objeto la reclamacion de un derecho de usufructo ó cualquiera otra servidumbre, se divide en dos especies, tomando para cada una de ellas una denominacion particular: *actio confessoria*, cuando el demandante sostiene un derecho de servidumbre sobre una cosa perteneciente á otra; *actio negatoria* ó *negativa*, cuando el propietario de una cosa sostiene que un derecho de servidumbre, que pretende su adversario, no existe. Para la propiedad plena y completa, una fórmula negativa, en que se limitase á negar que el adversario era propietario, sería ridícula y no conduciría á nada. Si sucede de otro modo en las servidumbres, consiste en que en el fondo, respecto á ellas, la fórmula negatoria viene siendo una verdadera afirmacion de derecho. La accion confesoria y la accion negatoria tienen de particular que pueden ejercerse hasta por el que está en cuasi posesion del derecho reclamado, por el solo motivo de ser perturbado ó amenazado en su posesion, ó de temer serlo.

Cuando la accion *in rem* tiene por objeto la reclamacion de una calidad ó de un derecho relativo al estado de las personas, tales como los de libertad, de ingenuidad, de paternidad, etc., toma un

carácter especial, y el nombre de accion prejudicial (*præjudicialis actio*). Bajo el sistema formulario, la accion prejudicial tenía de particular que su fórmula no contenía condena; el juez, pues, no tenía que condenar ó absolver al demandado, sino sólo reconocer y declarar por su sentencia la existencia, ya de un hecho, ya de un derecho, que se hacía desde entónces judicialmente cierto, y del que las partes deducirían más tarde, en caso de necesidad, todas las consecuencias legales. Lo referente á la redaccion de la fórmula desapareció en tiempo de Justiniano; pero fuera de esta redaccion que no tiene lugar, el carácter de la accion subsiste el mismo.

A esta division de acciones reales (*in rem*) y de acciones personales (*in personam*), añaden las Instituciones de Justiniano, como formando un tercer miembro, acciones que parecen ser mixtas en el sentido de que son tanto *in rem* como *in personam*; á saber, las acciones de particion de herencia (*familie eriscundæ*), de particion de una cosa comun (*communi dividundo*), y señalamiento de limites (*finium regundorum*); pero en realidad estas acciones son personales (*in personam*), porque persiguen el cumplimiento de una obligacion, y así están calificadas aún en los textos de Justiniano. En cuanto á la época del sistema formulario, era absolutamente imposible que la *intentio* de la fórmula estuviese concebida á la vez generalmente (*in rem*) é individualmente contra tal persona (*in personam*), y por consiguiente que no existen acciones tanto *in rem* como *in personam*. La idea que parece condujo á los redactores de las instituciones de Justiniano á dar esta calificacion á las tres acciones que acabamos de indicar, es que son las tres únicas acciones en las que puede haber á la vez *adjudicacion* y *condena*; es decir, atribucion de la propiedad de todo ó parte de las cosas, y prestacion por parte de las personas.—Aun en este sentido, la expresion *in rem* no es exacta, si se la quiere tomar en su significacion técnica, porque el resultado de una accion *in rem* es el reconocimiento de una propiedad preexistente; al paso que la *adjudicacion* que contienen las tres acciones de que se trata es la atribucion de una propiedad nueva, creada por la sentencia misma.

SEGUNDA DIVISION.—*Acciones civiles; acciones pretorianas.*

Esta division de las acciones está tomada de la autoridad que las estableció: division existente por todas partes en la legislacion

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

romana entre el derecho civil y derecho pretoriano, y que aplicada á las personas, á la propiedad, á las sucesiones, á las obligaciones, se la vuelve á encontrar todavía al tratar de las acciones.—La accion civil es la que está fundada en una ley, un senado-consulto, una constitucion ó cualquiera otra fuente de derecho civil: la accion pretoriana, la introducida por el edicto del pretor.—En tiempo del sistema formulario, los dos principales medios empleados por los pretores para investir de acciones los casos no sancionados por el derecho civil, habian sido, ya de fundar una fórmula sobre una hipótesis ficticia (*fictitiæ actiones*), ya, con más frecuencia todavía, de redactarla *in factum*, es decir, con una intención que fijaba la cuestion al juez, no como una cuestion de derecho, sino como una cuestion de hecho (*actiones in factum conceptæ*). Aunque en tiempo de Justiniano no hubiese semejantes redacciones, sin embargo, han dejado sus huellas en la definicion y en la exposicion de las diversas acciones pretorianas.

El pretor ha creado de este modo, ya acciones *in rem*, ya acciones *in personam*.

Entre las acciones *in rem* pretorianas se cuentan principalmente:

Como acciones ficticias, las dos acciones Publicianas y la accion Pauliana, fundadas, la primera (*Publiciana actio*) en la hipótesis ficticia de que una usucapion que no se habia cumplido, lo habia sido; la segunda, calificada por los comentadores de *Publiciana rescisoria*, en la hipótesis inversa, es decir, la hipótesis de que una usucapion que se habia consumado, no lo habia sido; y la tercera (*Pauliana in rem*, igualmente *rescisoria*), en la hipótesis ficticia de que una enajenacion hecha por el deudor en fraude de sus acreedores no habia tenido lugar. Es preciso no confundir con esta última otra accion *Pauliana*, que es personal (*in personam*), que vino más tarde, y que, aunque tiende á un fin análogo, se diferencia, sin embargo, esencialmente de ella.

Como acciones redactadas *in factum*: la accion *Serviana*, dada al locator de un fundo rústico para perseguir contra todo detentador el ejercicio de su derecho de prenda, sobre las cosas expresamente empeñadas por el colono para la seguridad del pago de los alquileres,—y la accion *quasi Serviana*, ó *hypothecaria*, para la persecucion de cualquier otro derecho de prenda ó de hipoteca.

Entre las acciones pretorianas *in personam*, puede citarse: la accion *de pecunia constituta*, en que Justiniano ha refundido la an-

tigua accion civil *receptitia*; las acciones *de peculio*, *de jurejurando*; las acciones penales contra la alteracion del álbum (*de albo corrupto*), contra la *vocatio in jus* de un ascendiente ó de un patrono sin autorizacion, contra las violencias y los obstáculos opuestos al ejercicio de una *vocatio in jus*, y otras muchas.

TERCERA DIVISION: Acciones persecutorias de la cosa; acciones de una pena, ó penales; acciones persecutorias á la vez de una cosa y de la pena, ó mixtas.

Esta division de las acciones se deduce del fin hácia que se dirige la accion, ó más bien de la naturaleza de la utilidad que el demandante debe sacar de ella.—La pena de que aquí se trata, no es una pena pública reclamada é impuesta en nombre de la sociedad. Estas acciones penales no son más que acciones de derecho privado; pero que comprenden, á título de pena privada, y en utilidad del demandante, una condena pecuniaria además de lo que se le debe como restitucion ó como reparacion del perjuicio por él sufrido.

En el número de las acciones persecutorias de la cosa (*rei persecuendæ causa*) están todas las acciones *in rem*, y casi todas las que dimanen de los contratos. Con todo, la accion no tiene siempre este carácter, por ejemplo, en la accion de depósito necesario. Son persecutorias de una pena (*pænæ persecuendæ causa*) varias de las acciones que nacen de los delitos; tales como la accion de hurto manifesto y no manifesto.

En fin, son mixtas (*tam pænæ quam rei persecuendæ causa*) otras acciones procedentes de delitos: como la accion *vi bonorum raptorum*, y la de *ex lege Aquilia*.—La accion de depósito necesario, aunque dirigida contra el mismo que ha recibido el depósito ó contra su heredero personalmente culpable de dolo, es también mixta, porque se da en el duplo. Lo mismo sucede con la accion contra los que esperan ser citados ante el juez para entregar á las santas iglesias ú otros sitios piadosos las cosas que se les han dejado á título de legados ó de fideicomisos; porque se da igualmente en el duplo.

CUARTA DIVISION : *Acciones en el tanto, en el duplo, en el triple ó en el cuádruplo.*

* Las acciones, en esta cuarta division, están consideradas bajo una relacion aritmética entre el importe de la condena y un término de interes que sirve de unidad, y que, en ciertos casos, se trata de duplicar, de triplicar ó de cuadruplicar. Este término de unidad, en el fondo, es el valor real de la causa; es decir, el verdadero interes á que tiene derecho el demandante. Bajo el sistema formulario es probable que fuese preciso tomarle tal como estaba formulado en la *intentio*, y que la proposicion se estableciera entre la *intentio* y la *condemnatio*.

Son en el tanto, por ejemplo, las acciones que se dan en la estipulacion, en el *mutuum*, en la venta, en el arrendamiento, en el mandato y otros.

Son en el duplo, inmediatamente y por sí mismas, las acciones *furti nec manifesti* y *servi corrupti*; — son en el duplo, pero sólo en el caso de denegacion, la accion *ex lege Aquilia*, la del depósito necesario; y aún en el caso de simple retraso en la entrega, la accion *ex legato quod venerabilibus locis relictum est*.

Es en el triple la *condictio ex lege* dada por Justiniano en los que, en el *libellus conventionis*, especie de acto de asignacion, han exagerado su demanda.

Son en el cuádruplo las acciones *furti manifesti, quod metus causa*; la relativa á las sumas pagadas para suscitar un proceso por fuerza ó sutileza, ó recibidas para abandonar semejante proceso; y la *condictio ex lege* dada por Justiniano contra los *executores litium* (especie de porteros), que hubiesen exigido de los demandados más de lo debido.

QUINTA DIVISION : *Acciones de buena fe, acciones de derecho estricto, acciones arbitrarias.*

Esta division se ha sacado, durante el sistema formulario, de la naturaleza y la extension de los poderes conferidos al juez por la fórmula.

Accion de derecho estricto (*stricti juris*) es aquella en que la fórmula fija al juez una cuestion de derecho civil á la que está estrictamente ceñido, sin poder tomar en consideracion ninguna circunstancia de equidad ó de buena fe, fuera de los principios de este derecho.

Accion de buena fe (*bonæ fidei*), bajo este sistema, es aquella en que el juez, por medio de estas expresiones EX FIDE BONA, ú otras equivalentes, está encargado por la fórmula á condenar ó absolver segun la buena fe. En su consecuencia : 1.º, todo hecho de dolo de una de las dos partes debe tomarse en consideracion por el juez; de donde se sigue que toda excepcion deducida de un principio de buena fe está inherente y como sobreentendida en ella; 2.º, todo lo que es de uso comun en las costumbres y en la práctica debe suplirse de oficio por el juez; 3.º, el juez debè hacer compensacion de lo que las partes se deben recíprocamente la una á la otra, como consecuencia del mismo negocio (*ex eadem causa*); 4.º, los frutos de las cosas debidas ó los intereses, si se trata de cantidad de dinero, son de cuenta del deudor, á partir desde su morosidad.

En fin, la accion arbitraria (*actio ó formula arbitraria*) es aquella en que el juez, por medio de estas expresiones NISI RESTITUAT, ú otras semejantes, recibe por la fórmula el poder de dar, ántes de la sentencia, una orden previa (*jussus ó arbitrium*), por la cual, apreciando *ex aquo et bono* la restitucion, ó más generalmente, la satisfaccion debida al demandante, manda al demandado hacer esta restitucion ó dar esta satisfaccion; de suerte que si el demandado obedece y ejecuta esta orden de grado ó por fuerza (*manu militari*), es absuelto; si no, es condenado á una suma determinada por la apreciacion del juez, ó más frecuentemente, por el juramento del demandante.

En tiempo de Justiniano, lo concerniente á la redaccion de la fórmula yá no existia; pero subsistieron los principios.

Por regla general, las acciones son de derecho estricto.

Las acciones de buena fe son la excepcion, y para indicarlas se procede tambien por enumeracion. Justiniano cita como tales en su época las acciones de tres contratos reales : *commodati, depositi, pignoratitia*; — Las de los cuatro contratos consensuales, *ex empto-vendito, locato-conducto, pro socio, mandati*; — Las de los cuatro cuasi-contratos, de los cuales dos son análogos á la socie-

dad, *familia eriscundæ, communi dividundo*; y dos análogos al mandato, *negotiorum, gestorum, tutelæ*; — La accion *præscriptis verbis*, procedente de la permuta (*ex permutatione*), y del contrato estimatorio (*de aestimato*), lo que creemos deberse haber generalizado y extendido á todos los casos de la accion *præscriptis verbis*; — Entre las acciones reales, la *hereditatis petitio*, que Justiniano, para resolver las dudas suscitadas con este motivo, decide que deben comprenderse entre las acciones de buena fe. — En fin, la accion *ex stipulatu* en restitucion de la dote, en la cual funda Justiniano la antigua accion *rei uxorie*, suprimida por él, y á la cual, contra los principios ordinarios de la estipulacion, atribuye el carácter de accion de buena fe que tenía la accion *rei uxorie*.

La fórmula arbitraria forma un género aparte, especialmente peculiar de las acciones *in rem*; siendo indispensable, bajo el sistema formulario, para evitar los inconvenientes del principio de que toda condena es pecuniaria. Por medio de la orden previa de restitucion, ejecutada, en caso de necesidad (*manu militari*), el demandante era reintegrado en su misma cosa, cuando era posible. Por consiguiente, son arbitrarias todas las acciones reales, tanto civiles, como la *rei vindicatio*, las acciones *confesoria* y *negatoria*, cuanto pretorianas, como las acciones *Publiciana, Serviana, quasi-Serviana*. Además, entre las acciones personales civiles, las *ad exhibendum* y *finium regundorum*; entre las acciones personales pretorianas, las *quod metus causa* y *de dolo malo*, porque estas cuatro acciones tienen un carácter restitutorio ó exhibitorio; y tambien en la accion *de eo quod certo loco*, que presenta una circunstancia especial. Es cuestion saber si las acciones noxales se hacian arbitrarias sólo por la cualidad de ser noxales.

SEXTA DIVISION : Acciones directas y acciones indirectas.

La accion *directa* es la que se da contra una persona por las obligaciones procedentes de sus propios actos, ó de los actos de aquella á quien sucede.

Accion *indirecta* es la que se da contra una persona en razon de los hechos de otro, principalmente de sus esclavos ó de sus hijos de familia; pudiendo aplicarse á las obligaciones nacidas de contratos ó cuasi-contratos, de delitos ó cuasi-delitos.

Para las obligaciones procedentes de contratos ó cuasi-contra-

tos, el principio del derecho civil es que el jefe de familia no está obligado por los hechos de sus esclavos ó de sus hijos de familia; pero el derecho pretoriano introdujo las diversas acciones indirectas *quod jussu, institoria, exercitoria, tributaria, de peculio* y *de in rem verso*.

Puede decirse de la mayor parte de estas acciones, especialmente de las calificadas de *institoria, exercitoria, de peculio* y *de in rem verso*, que son más bien que acciones propiamente dichas, calificaciones, atributos, que pueden tomar las diversas acciones procedentes de los diversos contratos ó cuasi-contratos. Así la accion de venta, de compra, de arrendamiento, de sociedad, será, segun el caso, *institoria, exercitoria, de peculio* y *de in rem verso*, cuando estos contratos emanan de un *institor*, de un *exercitor*, de un esclavo ó de un hijo de familia.

Para las obligaciones que nacen de delitos ó cuasi-delitos de las personas *alieni juris*, ha creado el mismo derecho civil el principio de las acciones que se dan contra el jefe, y que se llaman acciones noxales.

SÉPTIMA DIVISION : Acciones noxales; accion de pauperie.

Se llama noxal una accion, cuando deja á aquel contra quien se dirige la facultad de librarse de la obligacion procedente de un delito, de un cuasi-delito, ó de un perjuicio causado, abandonando la persona que le ha cometido ó el animal que le ha ocasionado.

Las acciones noxales se derivan, no del derecho pretoriano, sino del derecho civil, y están basadas en la consideracion de que el jefe de familia debe estar obligado, por lo ménos hasta el valor de su derecho de propiedad sobre el individuo autor del delito, ó sobre el animal, causa del perjuicio.

La condena está modificada por estas palabras: «AUT NOXÆ DEBERE», que dejan al demandado la alternativa de pagar, ó si le parece mejor, de libertarse haciendo el abandono noxal. Tal vez la misma *intentio* de la fórmula estaba modificada ella misma por esta adiccion, NEQUE NOXÆ DEBAT; lo cual hubiera hecho cualquiera otra accion noxal arbitraria, por lo ménos en el sentido de que la fórmula habia dado formalmente al juez la mision de absolver al reo si abandonaba la cosa ántes de la sentencia.

Hablando de las acciones noxales, debe decirse que este epíteto de *noxales* designa únicamente una cualidad, un atributo, con que pueden ser revestidas las diversas acciones nacidas de delitos ó cuasi-delitos; así, las acciones *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriæ*, *ex lege Aquilia*, y otras semejantes, se hacen *noxales* cuando se dan contra el jefe de familia, por el hecho de su hijo ó de su esclavo.

La acción de *pauperie*, que viene de las Doce Tablas; y que se da contra el propietario de un animal para la reparación del daño causado por éste, es una acción particular, con su existencia propia, que además tiene la cualidad de noxal.

OCTAVA DIVISION: *Acciones perpétuas y acciones temporales.*

Las acciones se consideran aquí relativamente á su duración. Ya no se trata de la duración de la instancia, una vez que la acción ha sido intentada, sino de la duración del derecho mismo de proceder, contando desde el momento en que nace este derecho. Así consideradas las acciones, son perpétuas ó temporales.

Antes del Bajo-Imperio la expresión perpétua se tomaba á la letra, designando una duración infinita. Eran perpétuas, en general, y salvas algunas raras excepciones, las acciones civiles, es decir, fundadas en una ley, un senado-consulta, una constitución ó cualquiera otra fuente de derecho civil.—Eran temporales, limitándose por lo común su duración á un año, la mayor parte de las acciones pretorianas, es decir, fundadas solamente en el edicto del pretor. Sin embargo, el pretor había creado también acciones perpétuas, y tuvo en cuenta la regla siguiente en esta materia: limitó á un año de duración las acciones penales inventadas por él, ó las acciones persecutorias de la cosas, pero contrarias al derecho civil, tales como las acciones rescisorias, al paso que hizo perpétuas las de las acciones penales, tales como la acción *furti manifesti*, y generalmente las acciones persecutorias de la cosa, que se daban más bien por imitación, por correctivo ó como suplemento, que en contradicción del derecho civil.

Según unas constituciones del Bajo-Imperio, toda acción, ya real, ya personal, se extingue por treinta años de no ejercicio: el término más largo es el de cuarenta años para un pequeño número de casos excepcionales. Así en tiempo de Justiniano no hay ver-

daderamente acción perpétua; pero se ha conservado este epíteto para indicar las acciones de treinta años (que ántes eran perpétuas), por oposición á aquellas cuya duración está limitada á un tiempo más corto.

NOVENA DIVISION: *Acciones transmisibles é intransmisibles á los herederos ó contra los herederos.*

El heredero, al continuar la persona jurídica del difunto, recoge, en general, todas sus acciones, tanto las que tenía el difunto como las que había contra él.

Sin embargo, se exceptúan ciertos casos en los cuales el derecho del difunto ó su obligación tiene un carácter enteramente individual y está como adherido á su persona física.

Así de las acciones del difunto las que tenían por objeto la protección de derechos enteramente personales, como el usufructo, el uso, la habitación, no pasan á los herederos, como tampoco la acción de injurias, la de testamento inoficioso, y en general, las que son un ejercicio de resentimiento personal.

En cuanto á las acciones que había contra el difunto, siendo la criminalidad exclusivamente personal y efecto del delito, las acciones penales, procedentes de los hechos del difunto, no se dan, en cuanto á la persuasión de la pena á un privada, contra los herederos; y sólo se da contra aquéllos en lo que el delito del difunto haya podido enriquecerlos.

Pero si la *litis contestatio* ha tenido lugar viviendo el difunto, toda acción se convierte en un derecho adquirido, transmisible en contra de los herederos ó en favor.

Sentencia.—Condena.

La sentencia contiene condena ó absolución del demandado. En ciertos casos, los de las tres acciones *familiæ eriscundæ*, *communis dividundo*, *finium regundorum*, comprende, ó puede comprender además, adjudicación, y tiene de particular la condena, que puede pronunciarse aquí contra cualquiera de las partes.—En fin, en las acciones prejudiciales, la sentencia no contiene ni condena ni absolución, sino sólo comprobación de la existencia ó no existencia de un derecho ó de un hecho.

CAPILLA ALFONSINA
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
D. A. N. L.

La condena, bajo el sistema de las acciones de la ley, podía alcanzar directamente á la cosa, objeto del litigio.—Bajo el sistema formulario era siempre pecuniaria.—En el procedimiento extraordinario, y especialmente en tiempo de Justiniano, se vuelve á lo que se practicaba en las acciones de la ley: la condena puede recaer directamente sobre la misma cosa litigiosa, y así puede ser una cantidad pecuniaria cierta (*certa pecunia*), ó una cosa (*rei*).

Plus-petición y otros errores en la demanda.

Era una consecuencia forzosa de los principios del procedimiento formulario que á la exageración á la demanda, en otros términos, la plus-petición (*pluris-petitio*) debía acompañar absolución del demandado, y por consiguiente, nulidad de acción para el demandante, ya *ipso jure*, ya *exceptionis ope*, de todo ejercicio ulterior de la misma acción: *causa cadebat*, según la expresión usada entónces.

En tiempo de Justiniano ya no sucedía así, y los efectos de la plus-petición son ménos peligrosos para el demandante.

Se puede pedir más de lo debido en cuatro modos: respecto de la cosa pedida, del tiempo, del lugar, y en fin, del modo de la obligación; por ejemplo, cuando es alternativa y se pide uno solo de los objetos que comprende; cuando es de género (*generis*) y se pide un objeto determinado (*speciem*). Los romanos expresan estas cuatro especies de plus-petición en estas cuatro palabras: *re, tempore, loco, causa*.

Según una constitución del emperador Zenon, el demandante antes de tiempo (*qui tempore plus petit*) debe sufrir un plazo doble del primitivo, sin poder reclamar los intereses vencidos en el intervalo, y con obligación, si quiere renovar su acción, de reembolsar al demandado todos los gastos ocasionados por la primera instancia.

Según Justiniano, cualquiera otra plus-petición se reprime por la obligación impuesta al demandante de pagar al demandado el triple de los perjuicios que la exageración de la demanda ha podido causar á éste; especialmente el triple del excedente de los derechos que se haya visto obligado á dar á los *executores* ó porteros.

Los demás errores en la demanda, como la demanda en ménos, ó la demanda de una cosa por otra, son de ningún peligro para el

demandante, en el sentido de que pueden repararse en la instancia misma.

Causas que pueden disminuir el importe de la condena.—Compensación.

La condena puede no ser en la totalidad de la cosa debida por varios motivos.

Desde luego esto es una consecuencia de las compensaciones que expone Modestino: «*Debiti et crediti inter se contributio*», y cuya utilidad y fundamento explica Pomponio en estas palabras: «*Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.*»

Hay que distinguir bien bajo el sistema formulario tres especies distintas de compensación:

1.º La compensación de las acciones de buena fe, que tiene lugar sin intervención del magistrado ni concesión especial, para las obligaciones procedentes de la misma causa (*ex eadem causa*), áun de objetos distintos (*ex dispari specie*), y cuyo efecto es dar al juez la facultad de no condenar al demandado más que al pago del resto:

2.º La compensación de las acciones del *argentarius* ó banquero, traficante en dinero, que debe verificarse por el *argentarius* mismo, y que tiene lugar para las obligaciones procedentes de causas diversas (*ex dispari causa*), mas para objetos de la misma naturaleza y fungibles (*ex pari specie*), y cuyo efecto es hacer caer de su derecho por causa de plus-petición al *argentarius* que ha descuidado hacerla él mismo en la demanda:

3.º La compensación en las acciones de derecho estricto intentada por todos, que no se opone sino por medio de una excepción de dolo, que tiene igualmente lugar en las obligaciones procedentes de causas distintas, mas por objetos de la misma especie y fungibles (*ex pari specie, et dispari causa*), y cuyo efecto es hacer perder el derecho á consecuencia de la justificación del dolo al demandante que no la ha hecho por sí, ó propuesto por un *proscriptor*, ó que ha rehusado ántes de la *litis contestatio* tomarla en consideración.

Unas y otras, por lo demás, cuando se admiten, obran *ipso jure*, en el sentido de que tienen un efecto retroactivo, que se re-

fiere, para calcular el resto, al instante mismo de la coexistencia de ambos créditos recíprocos.

Justiniano suprimió la necesidad de la excepcion *de dolo*, y por consiguiente, generalizó é hizo comun á todos lo que habia tenido lugar ántes, especialmente para los *argentarius*. Pero al dar esta aptitud á la compensacion, que se verificaba ántes *ex dispari causa et pari specie*, exige ademas que ambos créditos fuesen ciertos (*jure aperto*) y líquidos (*cum causa liquida*). Quiso tambien, por respeto á la fidelidad debida al depósito, que no pudiese tener lugar la compensacion en la accion *depositi*. Por otra parte, á consecuencia de la abolicion de las fórmulas y de las reglas sobre la caducidad, es el juez el que, no haciéndolo el demandante, hace la compensacion y disminuye la condena.

Condena in id quod facere potest, ó, segun la expresion de los comentadores, beneficio de competencia.

En ciertos casos se ha concedido al deudor la ventaja de no poder ser condenado sino en lo que sus facultades le permitan (*in id quod facere potest*), lo que por interpretacion de la jurisprudencia lleva consigo la idea de que se le deje lo suficiente para no ser reducido á la última miseria (*ne egeat*).

En el sistema del procedimiento formulario hacia saber el deudor esta ventaja bajo forma de restriccion puesta á la condena, *duntaxat in id quod facere potest CONDEMNA*, y en consecuencia, los romanos le daban el título de *exceptio quod facere potest*. Los comentadores la designan con el nombre bastante bárbaro de *beneficio de competencia*.

Compete este beneficio á los ascendientes perseguidos por sus descendientes; á los hermanos entre sí; al patrono, su mujer, sus hijos y descendientes demandados por sus libertos; á los esposos entre sí; á los socios procediendo uno contra otro por la accion *pro socio*; al donante atacado por el donatario en cumplimiento de su donacion; habiendo de particular en este caso que el patrimonio se calcula en él, deducidas las deudas del donante respecto á los demas acreedores, para que el donatario no se aproveche de la libertad sino despues de pagadas las deudas (*et quidem is solus deducto cere alieno*); al que hace cesion de bienes y á otros varios.

TITULUS XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

Sequitur ut de exceptionibus discipiamus. Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepé enim accidit ut, licet ipsa persecutio quo acto experitur justa sit, tamen iniusta sit adversus eum cum quo agitur.

TÍTULO XIII.

DE LAS EXCEPCIONES.

Despues de las acciones deben examinarse las excepciones, las cuales se dan como medio de defensa á aquellos contra quienes se dirige la accion. Sucede, en efecto, muchas veces que la accion del demandante, aunque fundada en derecho, es injusta respecto á la persona atacada.

Hemos indicado ya el origen y la naturaleza de las excepciones entre los romanos, las cuales fueron una consecuencia natural del procedimiento por fórmulas y de la division de las funciones judiciales entre el magistrado decidiendo el derecho, y el juez decidiendo el negocio. Su verdadero carácter no existe en toda su integridad, no se comprende bien más que en este sistema. Ya en tiempo de Justiniano se desnaturalizó este carácter, porque el procedimiento por fórmulas no estaba en uso: así, pues, nos veremos precisados á referirnos incesantemente al sistema de las fórmulas para explicar bien las excepciones.

El magistrado encargado de decidir el derecho, ó segun la expresion consagrada, encargado de la jurisdiccion, por lo regular el pretor, cuando se le pide la accion, y en consecuencia, la fórmula que debe arreglarla con remision ante el juez, debe tener, ya que negar, ya que conceder esta accion. Debe negarla, si segun las reglas del derecho, no existe accion; es decir, si segun las reglas del derecho, los hechos alegados, aun teniéndolos por ciertos, no constituyen una obligacion, no producen accion; ó bien si la accion ha cesado de existir y se ha extinguido en derecho. Esta cuestion de saber si hay accion ó no la resuelve sólo el magistrado. Si no da accion, todo queda concluido; no ha lugar á defensa ni á ninguna excepcion, y no se va ante el juez.

Si, por el contrario, da la accion, entónces extiende la fórmula acomodándola á las partes, y las envia ante el juez, y en este caso pueden ser necesarias las excepciones. En efecto, sabemos que la pretension del demandante, que es el fundamento de la accion, se halla resumida en esta parte de la fórmula, que se llama *intentio*, y que el juez está encargado de examinar si esta *intentio* es fun-