

lógica, y ántes de todo, establecer y fijar bien la noción del hecho, ya en hipótesis, ya en realidad. Los juriconsultos romanos han sobresalido en hacer esto con precision: en esta parte son modelos.

§ II. HECHOS Ó ACTOS JURÍDICOS.

53. Idea del hecho ó acto jurídico.

Hay ciertos hechos que tienen especialmente el objeto de establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir ó aniquilar derechos.

Tal es su fin, y tal su destino propio. Por consiguiente, el derecho los tiene, ya individualmente respecto de algunos, ya al ménos por clasificacion general respecto de otros, previstos anticipadamente, y reglamentados en su naturaleza, en su forma y en sus efectos. Tales son, por ejemplo, la manumision de los esclavos, la emancipacion de los hijos de familia, las nupcias, la adopcion, los testamentos y actos de la última voluntad, los diversos contratos, y tantos otros, que no se pueden apreciar bien sino conociendo los derechos á que se refieren.

Estos son los hechos que designamos bajo la calificacion general, aunque no romana, de actos jurídicos.

54. De la forma de los actos jurídicos.

El número y calidad de las personas auxiliares que deben concurrir al acto jurídico, el tiempo y lugar en que debe verificarse, las palabras que en él deben pronunciarse, las acciones y actos exteriores que deben acompañarle, los escritos ú otros medios á propósito para conservar su memoria; todos estos elementos se hallan comprendidos en la idea de la forma.

Entre los actos jurídicos unos tienen una forma rigurosamente establecida, de la que toman su validez, y fuera de la cual no existen. Y las prescripciones de la ley acerca de esto pueden recaer sobre tal ó cual elemento constitutivo de la forma, sobre muchos ó sobre todos á un tiempo.

Otros actos no exigen para su existencia ninguna forma especialmente prescripta; con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse, esto basta.

Respecto de los primeros, de los que tienen una forma rigurosamente prescrita, los hay en las cuales la misma ciudad debe intervenir, ya indirectamente, por la cooperacion de algun magistrado, ya por sí misma, como en los comicios, á que sucedió despues el poder imperial.—Hay otros, por el contrario, cuya realizacion queda abandonada á los particulares, y que sólo exigen la intervencion de ciudadanos.

55. Carácter especial del derecho romano respecto de los actos jurídicos.

Los progresos de la civilizacion espiritualizan las instituciones lo mismo que á la humanidad entera. Las desprende de la materia, y las traslada al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los datos jurídicos. Con tales actos una civilizacion adelantada se asocia inmediata y principalmente á lo que es espiritual; á la voluntad, á la intencion; no pide á la materia sino lo que es indispensable para descubrir y para asegurar la voluntad.

Pero no sucede lo mismo con las civilizaciones que se hallan en su origen. En éstas las sociedades aparecen materializadas. El orden de los sentidos, del cuerpo y de las impresiones físicas tiene en ellas más poder que el orden intelectual. Lo que en los actos jurídicos parece predominante sobre toda cosa, no es lo que corresponde al espíritu, la intencion, sino la forma. Porque la forma es la apariencia visible, sensible, el elemento material, el revestimiento terrestre con que se representa el pensamiento.

En aquellas épocas no se poseía, al ménos de una manera vulgar y fácil á todos, el medio tan sencillo de fijar y transmitir un recuerdo, cual es la escritura.

La trasmision debe hacerse por los hombres, y aún todavía con este medio no tendria el hombre bastante poder.

Es preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu.

La voluntad, este elemento inmaterial como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable; penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla es preciso revestirla de un cuerpo físico: verificado el acto material, ya no se puede impedir.

Pero ¿cuáles serán estos actos exteriores, que darán á los actos

jurídicos una forma sensible? Aquí una idea contemporánea de las mismas épocas ejerce su influencia, la idea de analogía; espíritu de los niños, de los hombres ó pueblos. Estos actos se hallarán en una analogía cualquiera con el objeto que se quiere conseguir, con el derecho que se quiere crear, modificar, transferir ó extinguir, ó con cualquiera cosa que se refiera á las creencias populares.

De esto se llega al símbolo, porque el símbolo no es otra cosa que la analogía representada en cuerpo y en accion (1). Por otra parte, estos actos, estos objetos, simbólicos frecuentemente en el principio, han sido una realidad, y no han llegado á ser ficticios sino con el trascurso del tiempo.

Así entre los romanos el peso y la limpieza del cobre (*æs et libra*), vestigios de aquellos primitivos tiempos en que por falta de monedas públicas el metal se pesaba (2), pasaron al estado de símbolo en las ventas solemnes de los romanos (*nexum, mancipium, mancipatio, alienatio per æs et libram*), que ellas mismas se usaron como cosa ficticia en una multitud de casos en que el objeto real no sería ya vender (3). Así en los litigios que se forman en reclamacion de su propiedad (*rei vindicatio*), la *manuum consertio* será entre los dos litigantes el símbolo de una batalla quizá real en su origen y que desaparecerá despues (4); la lanza (*hasta*) quedará como símbolo de la propiedad romana en un pueblo guerrero y expoliador, para quien la guerra es el medio de adquisicion por excelencia; una varilla (*vindicta, festuca*) vendrá á ser el símbolo de la lanza (5), y este mismo procedimiento se usará como pura

(1) En mi curso del año pasado, *Introduccion histórica á la ciencia de las legislaciones penales comparadas*, he hecho ver qué influencia tan prodigiosa ha ejercido sobre las instituciones penales de los pueblos europeos la idea de analogía que se materializa en el símbolo.

(2) *Populus romanus ne argento quidem signato, ante Pyrrhum regem devictum usus est Librales (unde etiam nunc libella dicitur et dupondius) appendebantur asses. Quare aris gravis poena dicta. Et adhuc expensa in rationibus dicuntur: item impendia et dependere. Quin et militum stipendia, hoc est stipis pondera; dispensatores libripendes dicuntur. Qua consuetudine, in his emptionibus, que mancipii sunt, etiam nunc libra interponitur.* Plin., *Histor. natur.* xxxiii, 3. — Véase respecto de la emancipacion, más abajo, lib. 2, introd. — Cuantas expresiones se derivan de esta costumbre de pesar el metal (*pendere*); y aún en nuestros días se dice *imponas, stipendio*, etc.

(3) Así de la *mancipacion* usada simbólicamente se deducen: la emancipacion de los hijos; la adquisicion del poder marital de la mujer; el testamento; la libertad de las mujeres de la tutela de sus agnados ó de su patrono (Gay. 1. § 195; la extincion de ciertas obligaciones (Gay. 3. §§ 173 y siguientes); el empeño de los bienes, y en otro tiempo hasta de la misma persona en seguridad de una deuda (*nexum* en su acepcion más especial).

(4) A. Gelio, xx, 10.

(5) «*Restuca antem utebantur quasi hasta loco, signo quodam justi domini; maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus judiciis, hasta præponitur.*» Gay. 4. § 16.

ficción en un gran número de casos en que el objeto real será otro que el de terminar un litigio (1).

Así un terron del campo (*gleba*), la teja arrancada del edificio (*tegula*), se presentará ante el pretorio para verificar sobre este símbolo del inmueble litigioso las formalidades prescriptas, que en otro tiempo se cumplian con el magistrado en los mismos lugares (2). Así cuando las treinta curias no se reunian ya, treinta lictores eran el símbolo de ellas, y ciertos actos jurídicos que debian verificarse por medio de una decision de los comicios, se verificaban ante el hacha de los lictores (3).

El derecho romano puro, el verdadero derecho civil está lleno de estos actos y de estos objetos simbólicos, que intervienen para dar un cuerpo perceptible y material á los actos jurídicos y al objeto á que se encaminan.

Los actos exteriores van acompañados de palabras. En éstas reinaba el mismo espíritu. Estas palabras eran fórmulas consagradas, y en ellas sólo podia usarse la lengua nacional. Muchas veces una expresion sustituida á otra alteraba los efectos del acto y lo hacia nulo. Se dirigian interrogatorios solemnes á las partes, á los testigos y á los que intervenian en el acto, y éstos á su vez debian responder solemnemente. Las interrogaciones y las respuestas, y aquellas fórmulas austeras, precisas y muchas veces inmutables, expresadas en alta voz, no dejaban duda alguna acerca de la voluntad y grababan profundamente en el ánimo las consecuencias del acto que se hacia ó al que se cooperaba (4). Tal ha sido hasta los últimos tiempos uno de los caracteres del derecho civil romano en cuanto al arreglo de los actos jurídicos.

En las primeras disposiciones del derecho civil no se hallaban nunca los escritos en el número de las prescripciones; todo se hacia verbalmente, empleando sólo palabras consagradas. Cuando intervienen posteriormente es como precaucion para conservar mejor el recuerdo de aquel acto, pero no como condicion esencial

(1) Expondremos estos casos en adelante cuando hablemos de este procedimiento.

(2) Cicero. *pro Murena*, xii.—Gay. 4. § 17.

(3) Véase mi *Historia del derecho*, p. 162.

(4) Así para las diversas fórmulas que acompañaban á la *mancipacion*, la *cesion in jure*, etc.; así para la institucion de heredero, para los legados, para la *cretion*, especie de aceptacion sacramental de la herencia; para la estipulacion, para la *ceptilacion*, etc. Véanse estas diversas materias.—Nosotros mismos, en un acto eminentemente grave por su naturaleza y por sus consecuencias, cual es la celebracion del matrimonio, hemos conservado estas interrogaciones y estas respuestas solemnes.

para su validez. Pasó no poco tiempo ántes que el derecho pretoriano exigiese un pergamino, tabletas, firmas, sellos para los testamentos, ó la introduccion de los actos de donacion en los registros públicos.

Conviene observar la transformacion que experimentan estos actos jurídicos á medida que se pasa de una sociedad primitiva á una sociedad nueva. El símbolo deja de comprenderse, y sólo parece un embarazo ridículo: sus antiguas aplicaciones en los procedimientos judiciales, ya en el siglo sexto de Roma, llegaron á ser objeto del ódio público (*in odium venerunt*), que dice Gayo (1).—La ley *ÆBUTIA* (557, 583 de R.) y las leyes *JULIA* (de Julio César y de Augusto), las suprimen casi totalmente en estos procedimientos (2); Ciceron las ridiculiza (3).—Las modificaciones introducidas en las solemnidades y fórmulas jurídicas de los testamentos llegaron á ser populares en tiempo de Augusto (*quod popolare erat*), segun dicen las *Institutas* (4), los fideicomisos y los codicilos admitidos;—el pretor atenúa constantemente las consecuencias muchas veces inicuas de la esclavitud que imponian las formas.—Constantino II, Constancio y Constante, dejando subsistir los interrogatorios, las preguntas y las demas palabras que debian pronunciarse, suprimieron el carácter sacramental de los términos en todos los actos, como lazos tendidos á las partes (5).—La lengua griega se eleva al nivel de la romana;—y, en fin, Justiniano borra los últimos vestigios de tales ceremonias, y reduce los actos jurídicos á su último estado de sencillez.

Por lo demas, este cuadro no es exclusivamente propio de la civilizacion romana, ni estos actos jurídicos son inseparables de los símbolos materiales, de las fórmulas consagradas, de las interrogaciones y respuestas solemnes: transformadas estas ceremonias y en decadencia, y simplificadas sucesivamente, se ven reproducidas en la historia de más de un pueblo. Si nos trasladamos á la infancia de los pueblos modernos de nuestra Europa; si se estudian aquellos tiempos que Vico llama los tiempos bárbaros renovados; si se sigue el desarrollo de aquellas nuevas civilizaciones, se des-

(1) Gay. 4. § 30.

(2) *Histor. del derecho*, p. 181.

(3) Ciceron, *pro Murena*, XII.

(4) *Inst. de Just.* 2. 23. 2.

(5) «*Juris formulæ, ancupatione syllabarum insidiantes cunctorum acturas, radicibus imputentur.*» C. 2. 38. 1.—V. *Historia del derecho*, p. 315.

cubrirá el mismo carácter en las instituciones. El filósofo napolitano tomó de aquí la idea de aquel eterno giro á que condena las cosas humanas (*il ricorso delle cosa umane*). Inspiracion del genio que generaliza sobre los más débiles elementos. Giro que aplicado á la humanidad entera, por dicha de ésta, es un sueño: la humanidad, fuera de algunos casos de extravío, marcha en línea recta, y no en círculo.

56. Actos del derecho civil.—Actos del derecho de gentes.

Al lado de los actos jurídicos arreglados por el derecho de la ciudad, actos del derecho civil romano, exclusivamente propios de los ciudadanos, se admiten algunos actos que tienen tambien por objeto especial la creacion, la modificacion ó extincion de ciertos derechos, pero que se reconocen como pertenecientes al derecho de gentes, y comunes á todos los hombres. Su forma no se ha determinado por ningun reglamento, ni ha ido acompañada de ninguna solemnidad sacramental del derecho civil romano. Pueden verificarse entre ciudadanos, entre extranjeros, ó entre unos y otros recíprocamente. Estos actos eran propios de la jurisdiccion del pretor peregrino y la de los presidentes en las provincias.

57. Un ciudadano no puede ser representado por otro en los actos jurídicos.

Este es un principio distintivo que es preciso poner de manifiesto, porque él solo podrá darnos á conocer el carácter de un gran número de disposiciones del derecho romano. La persona del ciudadano no podia ser representada por ningun otro en los actos del derecho. Cada uno debia intervenir y obrar por sí mismo, en la escena jurídica, porque la consecuencia de los actos se aplica inmediatamente al que representa papel en ella. Son actores que no representan dos papeles. Sin embargo, el jefe de la familia puede hacerse representar en un gran número de casos por sus esclavos, por sus hijos, por los que se hallan bajo su poder, porque llevan la misma máscara jurídica y representan la misma persona: sobre su rostro se halla su persona. Ejecutarán los actos, pronunciarán las palabras prescriptas, y las consecuencias de dicho acto recaerán sobre el jefe de la familia, en cuya persona va

á absorberle la individualidad del que la ha representado. Fuera de esto no hay representacion de un ciudadano por otro (1).

Sin embargo, con el tiempo se templó este rigor de principios, y se hizo distinción entre los actos del derecho civil y los actos del derecho de gentes (2).

Respecto de los primeros, que exigian palabras y solemnidades prescriptas, se conservó el derecho primitivo. Respecto de los segundos, por consideraciones de utilidad, y por facilitar las negociaciones (3), se admite la posibilidad de obrar por medio de procurador. Y aunque segun la estricta lógica de los principios, las consecuencias del acto se aplicaban al que obraba, sin embargo, con el auxilio de cuentas recíprocas, de procedimientos indirectos y de interpretaciones varias, segun los casos, se llevó á que recayesen sobre aquel á quien realmente correspondia el negocio (4).

58. Voluntad, consentimiento (*consensus*).—Ignorancia (*ignorantia*), error (*error*); dolo (*dolus bonus, dolus malus*), violencia y temor (*vis, metus*).

Los actos jurídicos llevan consigo necesariamente la noción de la intencion y de la voluntad del hombre: éste es el elemento espiritual del acto; mientras que la forma es su vestido exterior y su expresion física.

Ciertos actos se realizan por la voluntad de una sola persona, en cuyo caso se dice que únicamente hay voluntad (*voluntas*). Otros exigen el concurso y la conformidad de dos á más voluntades; entónces hay consentimiento (*consensus: de sentire cum*), es decir, adhesion recíproca del sentimiento de unos al sentimiento de otros.

A esta teoría se enlazan: la relativa á la ignorancia (*ignorantia*), que consiste en carecer completamente del conocimiento de una cosa (de *in, gnoscere*). La falta de conocimiento produce diferentes efectos, segun que consiste en el derecho (*ignorantia juris*), ó en el hecho (*ignorantia facti*). El Digesto dedica un título á su exámen (5).

(1) De esta manera en ciertos casos se hace posible la realizacion de los actos jurídicos por el jefe de familia *infans*, que no puede hablar. Uno de sus esclavos se presentará y hablará en el acto, y los resultados recaerán sobre el jefe.

(2) *Quod civiliter, quod naturaliter adquiritur*, dice Modestin. Dig. 41. 1. 53.

(3) *Utilitatis causa*, dice Paul (Sent. 5. 2. § 2.), *ratione utilitatis*, dicen los emperadores Severo y Antonin. C. 7. 32. 1.

(4) V. más abajo, lib. 1. al fin del tit. 20; de la administracion del tutor: 2. 9. § 5. y 3. 26; del mandato.

(5) Dig. 22. 6. *De juris et facti ignorantia*.

La del error (*error*), que consiste en el acontecimiento falso de una cosa, y que puede recaer tambien sobre el derecho ó sobre el hecho;

La del dolo (*dolus*), que comprende todo engaño ó artificio, es decir, toda alteracion de la verdad en los hechos ó en las palabras que se empleen con intencion para inducir á alguno á error, para influir en su voluntad y en sus actos. Los romanos distinguian el dolo lícito (*dolus bonus*), empleado con el objeto de defenderse, y el dolo ilícito (*dolus malus*), cometido con el objeto de perjudicar á otro. Este último lo define Labeon diciendo: «*omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, decipiendum alterum adhibita*» (1).

En fin, la teoría de la violencia (*vis*), que con la amenaza de un mal inminente, ó principiando á ejecutar un mal, produce en el ánimo de la persona amenazada el temor (*metus*), y obra de esta manera para violentar su voluntad.

La máxima del derecho civil romano, respecto de los actos jurídicos que establece, consiste en que, á pesar del error, del dolo ó de la violencia, si el consentimiento se ha dado, si el acto jurídico se ha realizado en sus solemnidades y en sus palabras, se considera su efecto como producido y el derecho creado, modificado, ó extinguido conforme al objeto del acto realizado. Pero el derecho de gentes no admite este principio: el pretor condena la iniquidad; y por medios artificiosos, y por procedimientos ingeniosos concedia corregir este materialismo inflexible del derecho civil.

§ III. HECHOS Ó SUCESOS NO JURÍDICOS.

59. Idea de los hechos no jurídicos.—Principios reguladores de sus consecuencias en derecho.

Proponemos en este lugar todos los hechos diferentes de los actos jurídicos. Multitud de acontecimientos ocurridos ó realizados sin objeto de crear, modificar ó anular ningun derecho, tienen, sin embargo, consecuencias que frecuentemente producen aquellos efectos y que importa arreglar.

Todos los acontecimientos extraños al hombre se hallan com-

(1) Dig. 4. 3. 1. § 2. f. Ulp.

prendidos en esta clase. Otros pueden verificarse con participacion suya, pero sin su voluntad: otros en fin, por efecto de su voluntad. Los unos son lícitos, los otros ilícitos.

«Ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro» (1);

«Cada uno está obligado á reparar el perjuicio ocasionado por su falta» (2).

Estas dos máximas, que los jurisconsultos romanos formulaban en todas las ocasiones de tan diversas maneras, y que Ulpiano resume lacónicamente es estos términos: *alterum non ledere, suum cuique tribuere*, dominan en esta materia. Por ellas se aprecian la mayor parte de las consecuencias jurídicas de semejantes sucesos.

Es preciso añadir una tercera regla que aparece tambien bajo diversas formas en la jurisprudencia: «Cada uno, salvo los recursos que podrian resultar de las dos máximas precedentes, corre el riesgo, lo mismo en bien que en mal, de la cosa ó de los derechos que les pertenecen» (3).

§ IV. ELEMENTOS INSEPARABLES DE LOS HECHOS.

60. El tiempo (*dies*); el lugar (*locus*).

La idea del hecho comprende esencial é inseparablemente otras dos: la del tiempo, fraccion de la eternidad, la del lugar, fraccion de la inmensidad: el lugar que el hecho ocupa en la duracion, y el que tiene en la extension; cada uno con su parte de influjo en el derecho.

El tiempo se designa comunmente en el lenguaje del derecho romano con la palabra *dies*, porque en la mayor parte de los casos es el dia la medida jurídica del tiempo.

El tiempo en que se verifique un acontecimiento, la relacion de anterioridad ó posterioridad de un hecho con tal otro (4):—El

(1) «Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum.» Dig. 50. 17. 206. f. Pomp.—12. 6. 14. f. Pomp.—«Bono et æquo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.» Dig. 23. 3. 6. § 2. f. Pomp.—«Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.» Dig. 50. 17. 134. § 1. f. Ulp.

(2) «Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.» Dig. 50. 17. 74. f. Papin.—«Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam.» Ib. 75. f. Pap.—«Naturalis simul et civilis ratio suavit, alienam conditionem meliorem quidem (etiam) ignorantis et inviti nos facere posse deteriore non posse.» Dig. 3. 5. 39. f. Gay.

(3) «Secundum naturam est, commoda cujusque rei cum sequi quem sequuntur incommoda.» Dig. 50. 17. 10. f. Paul.—«Injuriam quæ tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferri æquus est.» Dig. 46. 1. 67. f. Paul.

(4) Por ejemplo, por el nacimiento ó por la muerte de las personas, en cuanto al derecho de herencia.

tiempo de su duracion (1);—El tiempo con relacion á la vida de las personas, desde el nacimiento hasta la muerte, en que se comprenden los diversos períodos de la edad;—El tiempo desde el cual principian á existir ó á ser exigibles los derechos *dies a quo, a die; ex die*; aquel en que deberán fenecer (*dies ad quem; ad diem*): lo que constituye el término (llamado tambien en derecho romano *dies*);—El tiempo en que puede ó debe tener lugar la reclamacion judicial de los derechos:—El tiempo que se descuida ó pierde en hacer esta reclamacion: hé aquí otros tantos aspectos bajo los cuales se presenta la influencia del tiempo sobre los derechos.—A esta materia se refiere la antigua distincion de los dias en fastos ó nefastos, los que eran y los que no podian ser dedicados á los negocios y procedimientos jurídicos (*dies fasti, dies nefasti*); la medida de los dias útiles, es decir, no contando sino aquellos en que ningun obstáculo, ni físico, ni jurídico, impedia obrar, y la de los dias continuos, es decir, dias en su curso sucesivo, sin interrupcion, sin distincion ni de unos ni de otros (*tempus utile, dies utiles;—tempus continuum, dies continui*); y, en fin, los demas modos diversos de contar el tiempo; porque la medida no es siempre la misma en las diversas aplicaciones del derecho.

El lugar (*locus*) figura tambien, aunque con ménos importancia que el tiempo, en la constitucion de los derechos. Así, por ejemplo, el lugar del nacimiento, el lugar de la residencia jurídica ó domicilio, el lugar de la situacion de las cosas, el lugar en que deben ejercerse los derechos y cumplirse las obligaciones, y el lugar en que debe reclamarse judicialmente el cumplimiento de éstos.

§ V. COMPROBACION DE LOS HECHOS.

61. Pruebas (*de probationibus*).

No basta la existencia del hecho para que se deduzca el derecho: es preciso que se acredite esta existencia; y en caso de que se dispute ó niegue por parte de los que son interesados en ello, que se haga la prueba.

La prueba (*probatio*) consiste siempre, sin excepcion, en una operacion del razonamiento, en una deducion lógica, que de cier-

(1) Por ejemplo, para la adquisicion de la posesion.

tos hechos conocidos nos hace deducir la existencia del hecho desconocido.

Las declaraciones de testigos (*testes*); los monumentos (*monumenta*: de *monere*, advertir), los escritos, las marcas, señales ó vestigios; las confesiones (*confessio*), el juramento (*jusjurandum*), son otros tantos hechos que pueden servir para sacar la consecuencia con mayor ó menor certidumbre en la deducción, ó, como se dice, medios de prueba más ó menos concluyentes.

A todos estos medios de prueba se aplica en derecho romano la expresión de *instrumenta* tomada en su acepción más general (1). Son ó públicos (*instrumenta publica*), ó privados (*privata*), ó domésticos (*domestica*).

Sin embargo, en un sentido más limitado, *instrumenta* designa más especialmente los escritos formados para acreditar la memoria del acto; escritos á los que se da también una multitud de nombres diferentes: los de *scripta*, *scriptura*, sacados de la escritura misma; los de *tabula*, *codex* y su diminutivo *codicili*, *cera* (tablillas untadas de cera), *membrane* (pergamino), *charta* (papel), sacados de la materia en que se escribe; los de *chirographum* (de *χρῆσθαι*, mano, y *γράφω*, escribir), para el escrito emanado de la persona comprometida (2); *syngrapha* (de *σύν*, con, y *γράφω*, escribir), para los escritos firmados por las diversas partes y remitido en ejemplares diferentes á cada una de ellas; *apocha*, carta de pago (de *ἀπέχω*, recibir), y su correspondiente *antapocha* (de *ἀντί*, en cambio de, y *apocha*), declaración de que se ha recibido la carta de pago (3); en fin, algunas veces el nombre tan general de *cautio* (de *cavere*, tomar ó dar seguridad), porque el escrito que da una prueba, es una seguridad (4).

Muchas veces cuando se verifica un acto jurídico, ó cuando ocurre un hecho ó un acontecimiento no jurídico, las personas interesadas hacen intervenir en el acto, ó recogen después del suceso, diversos elementos de prueba que les sirvan para acreditar la existencia del hecho, que les producen ciertos derechos. Importa

(1) «Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest.» Dig. 22. 4. 1. f. Paul.

(2) Dig. 2. 14. 47. § 1. f. Scev. — 22. 1. 41. § 2. f. Modest.

(3) C. 4. 21. 19. Const. Just.

(4) Dig. 2. 4. 2. § 1. f. Paul.; y 47. § 1. f. Scev. — 22. 3. 25. § 4. f. Paul. — Es menester no dar, en derecho romano, á *cautio* el sentido especial que se le da en el derecho francés. Es una expresión muy general, y no se aplica á toda seguridad, á toda garantía dada por una parte á otra

no confundir en la realización de los actos jurídicos las formalidades que intervienen en ellos por precaución, sólo para prueba (*ad probationem*), sin que sean necesarias para la existencia del acto (salva la dificultad de probar su existencia), con las solemnidades esenciales que son indispensables para la validez del acto jurídico, y sin las cuales no existiría éste.

La cuestión de saber sobre quién recae, en caso de incertidumbre ó de negación de un hecho, la obligación de hacer la prueba, es una de las más importantes y delicadas que ocurren en el derecho. La domina este principio general, que á aquel que invoca un hecho, suponiendo que ha creado, modificado ó anulado algún derecho, está obligado á probar la existencia de este hecho (1). En definitiva, ¿qué viene á ser un hecho? Un cambio en el estado de nuestras percepciones. Pues aquel que supone que se ha verificado tal fenómeno, que ha ocurrido en este mundo una cosa nueva, y, por consiguiente, en el estado de los derechos, es á quien toca probar este cambio ó novedad: hasta que se verifique esta prueba se está en un *statu quo*.

62. Presunciones (*de presumptionibus*).

A veces el derecho (entre los romanos, no sólo la ley positiva, sino la jurisprudencia, la ciencia jurídica) hace por sí mismo y previamente la operación y razonamiento, la deducción lógica; saca él mismo previamente de ciertos hechos conocidos ó establecidos hipotéticamente la conclusión de la existencia del hecho dudoso. Esto es lo que se llama verdaderamente presunción (*presumptio*: de *prae* y de *sumere*, tomar, deducir antes). El derecho es una operación lógica hecha antes de este modo, no puede evidentemente tomar su deducción de los detalles particulares de los hechos que no han ocurrido todavía; pero la toma de los hechos generales, según lo que siempre ó más comunmente se verifica, hace una generalización.

En ciertos casos hace el derecho esta generalización imperiosa é irrevocablemente, sin permitir que se la opongan los pormenores particulares de cada hecho. Tal es el caso de esta máxima: «*res iudicata pro veritate accipitur*» (2); tal es el de la regla que arroja

(1) «*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.*» (Dig. 22. 3. 2. f. Paul.)

(2) Dig. 50. 17. 207. f. Ulp.

de la familia, como no correspondiente al marido, al hijo nacido diez meses despues de la muerte de éste (1); tales son otros varios casos (2). Esta presuncion es la que los comentadores han llamado, en un latin bárbaro, que nunca ha pertenecido al derecho romano: *præsumptio juris et de jure*.

En otros casos el derecho hace esta generalizacion, pero admitiendo con mayor ó menor latitud la prueba contraria, es decir, permitiendo á las partes que disputen la deduccion de los hechos generales por los detalles propios á cada hecho particular, á fin de establecer de esta manera que la generalizacion no es exacta en el caso de que se trata (3). A esta presuncion han llamado los comentadores, siempre bajo su sola autoridad, *præsumptio juris tantum*. Hace recaer la obligacion de la prueba sobre aquel contra quien existe la presuncion.

Se ve, pues, que la presuncion consiste absolutamente en la misma operacion intelectual que la prueba, y que siempre es la consecuencia sacada de hechos conocidos para deducir un hecho desconocido. Sólo en la presuncion puede decirse que la operacion se halla hecha ántes, y por via de generalizacion, independiente de todo exámen del pormenor de los hechos particulares. Se ve tambien cuán erróneo sería, cediendo á ideas y á la impresion del lenguaje vulgar, figurarse la presuncion, en el lenguaje del derecho, como inferior á la prueba, como si tuviere ménos fuerza, ménos certidumbre que ella, cuando la domina, y á veces la dicta irrevocablemente.

En cuanto á las presunciones, es decir, las deducciones anticipadas y tomadas de la generalidad de los hechos, que pueden formarse en el ánimo del juez ó de los particulares, no se hallan clasificadas en el derecho romano en un lugar aparte, ni separadas de las demas especies de pruebas.

Toda esta materia, es decir, todo lo que se refiere á la justifica-

(1) Dig. 88. 16. 3. § 11. f. Ulp.

(2) Por ejemplo, Inst. 3. 26. y C. 4. 50. 14. const. Justinian. para la exoepcion *non numerata pecunie*.

(3) Por ejemplo, las diversas presunciones relativas á la filiacion: «*Pater is est quem nuptiæ demonstrant*» Dig. 2. 4. 5. f. Paul. «*Credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est justum esse*» Dig. 1. 5. 12. f. Paul., y 38. 16. 3. § 12. f. Ulp.; y para el caso de ausencia del marido: Dig. 1. 6. 6. f. Ulp.—Para el perdonar una deuda: Dig. 2. 14. 2. § 1. f. Paul.; para el título borrado: Dig. 22. 3. 24. f. Modest.; para la intencion presunta de comprender sus herederos en los actos que se hacen: 22. 3. 9. f. Cels.

cion de los hechos, se hallaba tratado con esmero por los jurisconsultos (1).

63. Hechos dudosos (*de rebus dubiis*).

Hay casos en que los hechos se hallan envueltos en una duda difícil de resolver.

Esto puede presentarse en los actos jurídicos en cuanto á las intenciones, y en cuanto á las expresiones de las partes, sobre todo en los que no se hallan sometidos á fórmulas prescriptas, inmutables en sus términos; entónces há lugar á la interpretacion.

Puede esto suceder tambien respecto de los sucesos. Y á veces la situacion jurídica es tal, que, cualquiera que sea la incertidumbre, es preciso absolutamente salir de ella de una manera ó de otra, es preciso darle una solucion cualquiera. Entónces la ley y la ciencia jurídica dan una, ménos muchas veces porque sea probable, que porque es indispensablemente necesaria ó conforme á sentimientos de humanidad, de benevolencia ó de utilidad (2).

Los jurisconsultos romanos en muchas ocasiones han ejercitado, con motivo de estos casos dudosos, la sutileza de su talento (3).

§ VI. HECHOS DE PURA CREACION, DE PURA SUPOSICION JURÍDICA.

64. Ficciones del derecho civil ó del derecho pretoriano.

El derecho crea personas y cosas que no existen: de la misma manera crea en abstraccion hechos puramente imaginarios.

Queremos decir que estos hechos, aunque no tengan ninguna realidad, se hallan establecidos intelectualmente, y que los derechos se hallan deducidos de ellos, como si hubiesen verdaderamente existido.

Esto es lo que se llama ficciones (*fictiones*). La jurisprudencia romana nos presenta un gran número de ellas: unas que pertenecen al derecho civil (4), y la mayor parte imaginadas por el de-

(1) Dig. 22. 3. *De probationibus et præsumptionibus*; 4. *De fide instrumentorum*; 5. *De testibus*; 42. 2. *De confessis*; 12. 2. *De iurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali*. Y en el código de Justiniano los títulos correspondientes.

(2) Tales son, con distintas diferencias, los casos de diversas personas con derechos reciprocos, subordinados á la muerte de la una ó de la otra, y muertos en el mismo caso, sin que sea posible determinar de hecho cuál ha muerto primero. Dig. 34. 4. 9. § 5. f. Triph.; 16. pr. f. Marcian. 22. f. Javol. 23. f. Gay.

(3) Dig. 34. 5. *De rebus dubiis*.

(4) Tales son aquellas de que se trataba en un pasaje de la Instituta de Gayo, en que ha falta-

recho pretoriano. Los comentadores las han visto en muchos casos hipotéticos, en que no había ninguna (1).

El objeto más frecuente de estas ficciones ha sido suavizar el tránsito desde el derecho civil primitivo, rudo é inflexible, á un derecho más equitativo y filosófico. Para extender los resultados del derecho civil á casos que realmente se hallaban fuera de sus disposiciones, ó para alejar las consecuencias cuando parecían demasiado rigurosas, se han supuesto tales hechos, tal cualidad de pura invencion, y se ha obrado como si tales hechos hubiesen existido. El pretor principalmente se ha valido de este subterfugio, trabajando incesantemente en extender la civilizacion sobre el primitivo derecho (2);

En suma, y dejando aparte este uso particular, que forma uno de los rasgos característicos del derecho romano, las ficciones ó suposiciones jurídicas de hechos no son otra cosa sino una manera más lacónica de expresar las disposiciones que se quieren aplicar á una situacion, diciendo: se determinarán los derechos como si tal hecho se hubiese verificado (3).

El domicilio ó la residencia, la habitacion jurídica de una persona para el ejercicio de ciertos derechos, no es otra cosa, sobre todo en nuestra legislacion, que un hecho de esta naturaleza, es decir, un hecho de creacion jurídica.

CONCLUSION DE LA PRIMERA PARTE.

65. Generacion de los derechos.

Conocemos ya todos los elementos indispensables á esta generacion. Tenemos el sujeto activo y el sujeto pasivo en las personas; el objeto en las cosas, y la causa eficiente en los hechos.

A toda situacion, á toda combinacion de estos tres elementos que se aplique, ya la nocion filosófica de lo bueno y equitativo

do una página entera del manuscrito, y acerca de las cuales sólo tenemos dos párrafos. Gay. 4. §§ 32 y 33.

(1) Así ni el *postliminium*, ni las disposiciones de la ley *CORNELIA*, que los comentadores llaman generalmente *fiction de la ley Cornelia*, no han sido calificados así en el derecho romano. Véase lo que hemos dicho más adelante, l. 12. §§ 5 y 2. 12. § 5.

(2) Así supone á veces la existencia de la cualidad de heredero (Gay. 4. § 34); la usucapion verificada (Gay. 4. § 36.), ó en sentido inverso, no verificada (Inst. 4. 6. § 5); la cualidad de ciudadano á un extranjero (Gay. 4. § 37); la disminucion en cabeza no ocurrida aunque hubiese tenido lugar (Gay. 4. § 328.) De aquí todas aquellas acciones llamadas *fictione actiones*.

(3) Lo relativo al *postliminium* y á la ley *CORNELIA* no es otra cosa.

(*jus, ars boni et aequi*), ya la nocion positiva de lo que se halla dispuesto por la ley (*jus, lex, quod jussum est*), se tendrá por consecuencias inmediatas y varias, segun los casos, los derechos (*jura*), es decir, las facultades y ventajas conferidas por el derecho.

Así el derecho (*jus*), tomado en su primera acepcion (véase al principio, página 6, número 1) como ciencia de lo bueno y equitativo, ó de lo que ordena la ley, y aplicado á la combinacion de estos tres elementos, personas cosas y hechos, da por consecuencia los derechos (*jura*), tomados en la segunda acepcion de la palabra (página 9, núm. 2,) como efecto y como resultado.

Los derechos proceden por generacion. Demos ahora algunas ideas generales y rápidas sobre lo que es propio de ellos, considerándolos en sí mismos.

SEGUNDA PARTE.

DE LOS DERECHOS Y DE LAS ACCIONES.

TÍTULO PRIMERO.—DE LOS DERECHOS.

CAPÍTULO PRIMERO.—CLASIFICACION GENERAL DE LOS DERECHOS.

66. Derechos personales, derechos reales: clasificacion no formulada en derecho romano.

Derecho en este lugar es la facultad que tiene una persona de hacer, de omitir, ó de exigir alguna cosa (pág. 9, núm. 2).

La esfera es muy dilatada: es preciso que el espíritu de análisis distinga las variedades, y determine las ideas por medio de una buena clasificacion.

La jurisprudencia romana no ha establecido division general en que haya colocado todas las diversas especies de derechos. Ha procedido por partes. Pero de algunas indicaciones sueltas y de la comparacion de resultados análogos se ha sacado una clasificacion, hoy vulgar y admitida por todos, que aunque no pertenezca al derecho romano, de él ha sido deducida.

Los derechos se dividen en personales y reales.

Aceptamos esta division, porque es exacta, con tal que sea bien definida.

67. Idea del derecho personal y del derecho real.

Sobre esta definicion hay casi tantas ideas como autores. Haciendo por un momento abstraccion de las tradiciones romanas, para recurrir al puro razonamiento filosófico, creemos poder dar de ella la nocion que sigue:

No existen derechos sino de persona á persona: todo derecho tiene necesariamente un sujeto activo y uno ó muchos sujetos pasivos; los cuales, ya activos, ya pasivos, no pueden ser sino personas. Bajo este aspecto todo derecho es personal.

Todo derecho, ademas del sujeto activo y del sujeto pasivo, tiene necesariamente un objeto, designado en toda su generalidad con el nombre de cosa. Todo derecho tiene una cosa por objeto, y bajo este aspecto todo derecho es real.

Así todo derecho, sin excepcion, es á un mismo tiempo personal en cuanto á su sujeto, tanto activo como pasivo; y real en cuanto á su objeto.

Pero la manera con que pueden figurar y funcionar en el derecho, ya las personas en cualidad de sujeto activo ó pasivo, ya las cosas en cualidad de objeto, presenta dos diferencias bien distintas.

Todo derecho en definitiva, si se quiere llegar hasta el fondo de las cosas, se resume en la facultad que tiene el sujeto activo de exigir del sujeto pasivo alguna cosa: pues la única cosa que es posible exigir inmediatamente de una persona es que haga ó que se abstenga de hacer, es decir, una accion ó una omision. A esto se reduce todo derecho. Esta necesidad que tiene el sujeto pasivo de hacer ó de abstenerse, es lo que se llama en el lenguaje jurídico una obligacion. Todo derecho en definitiva y sin excepcion, si se quiere llegar hasta el fondo de las cosas, consiste en obligaciones.

Estas obligaciones son de dos especies:

La una general, que es propia de todas las personas, y que consiste en la necesidad que todos tienen, sin distincion, de dejar hacer al sujeto activo del derecho, de dejarle obtener el provecho y la utilidad que su derecho le atribuye, y de no oponer á ello el menor obstáculo. Es una obligacion general de abstenerse.—Esta obli-

gacion existe en todo derecho, pues en todo derecho cada cual se halla obligado á abstenerse de turbar y poner obstáculo al goce y ejercicio del derecho. Puede decirse que en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo á quien se atribuye el derecho; y por otra, la masa de todos los hombres, de todas las personas obligadas á abstenerse, á dejar obrar á aquel á quien pertenece el derecho, y dejarle en libertad de obtener el provecho y las ventajas que le corresponden.

Pero si esta obligacion general y colectiva existe en todo derecho, hay casos en que ésta se halla sola, sin que exista otra, en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de sacar directamente de una cosa una utilidad, una ventaja mayor ó menor, sin otra obligacion que la impuesta á todos de dejarle que haga, y la de que se abstenga de poner obstáculo y de turbar á los demas en su derecho.

Hay casos, por el contrario, en que fuera de esta obligacion general siempre existente, confiere el derecho al sujeto activo la facultad de obligar á una persona individualmente á una accion, como dar, suministrar, hacer alguna cosa, ó á una omision, como permitir ó sufrir ó dejar hacer alguna cosa. En este caso el sujeto pasivo del derecho es, por decirlo así, doble; por una parte el conjunto de todas las personas obligadas á no poner ningun obstáculo al goce del derecho; por la otra el sujeto individualmente pasivo, obligado á hacer ó no hacer alguna cosa.

Hay la costumbre, ya por no haberlo suficientemente examinado, ya porque existiendo en los dos casos, se puede no tener ninguna consideracion con ella para marcar la diferencia; hay la costumbre, repetimos, de hacer abstraccion de la obligacion general que pesa siempre sobre todas las personas.

Hecha así esta abstraccion, la diferencia que existe entre los dos casos se explica en estos términos:

En el primer caso no existe ninguna persona que sea individualmente sujeto pasivo del derecho; por manera que, analizando este derecho, no se halla en él, dejando aparte la masa de todas las personas obligadas cada una á abstenerse de oponer obstáculo al derecho de los demas; no se halla sino una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho; éste se ha llamado real.

En el segundo caso existe ademas una persona individualmente como sujeto pasivo del derecho, es decir, contra la que se atri-

buye personalmente el derecho. Se encuentra en él por elementos, dejando siempre aparte la masa general, obligadas á abstenerse de oponer obstáculos, una persona, sujeto activo; otra persona, sujeto pasivo, y una cosa, objeto del derecho. Este derecho ha sido calificado de personal.

En suma, un derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho;

Un derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho.

O en términos mas sencillos: un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente á una persona á una prestacion cualquiera (es decir, á dar, á suministrar, á hacer ó no hacer alguna cosa).

Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor ó menor.

Hecha abstraccion, tanto en uno como en otro caso, de la masa de todas las personas obligadas siempre cada una á abstenerse de impedir ó de oponer obstáculo al goce y ejercicio del derecho.

Así establecida esta nocion es amplia y extensa: todos los derechos sin excepcion, de cualquier modo que hayan sido adquiridos, ejercidos ó reclamados en justicia (1), y cualquiera que sea la cosa corpórea ó incorpórea que haya sido objeto de ella (2), vienen á colocarse en una ó en otra categoría.

No es arbitraria, pero procediendo forzosamente de la naturaleza de las cosas, ordenando al hombre, inmutable, y reproduciéndose inevitablemente en toda legislacion.

Por lo demás, los derechos personales existen en la sociedad con relacion ó todos, lo mismo que los derechos reales. Es un error querer lo contrario. Cuando yo soy acreedor, esto es verdadero, no sólo respecto de mis deudas, sino respecto de todos. Mi derecho de crédito existe y forma parte de mi fortuna (3); en caso necesario será protegido contra cada cual, si es posible que un tercero atente contra él (4); pero fuera de la masa general, mi deudor es in-

(1) Así no sólo los que son protegidos por acciones, sino aun los que no están garantidos sino por excepciones.

(2) Que los derechos que se refieren al estado del hombre, á su individualidad corporal ó moral.

(3) Así mis acreedores podrán hallarlo en caso necesario y hacer que se les atribuya el producto.

(4) Que un tercero destruya mis títulos de crédito; que impida fraudulentamente ó con violencia que mi deudor cumpla su obligacion; que ayudado de la posesion de los títulos y de una

dividualmente el sujeto pasivo de este derecho. En el derecho real, por el contrario, ninguna persona, á no ser la masa general, es individualmente pasiva: lo mismo una que otra.

68. Diversas denominaciones de los derechos reales y personales.

Jus in re, para los derechos reales; *jus ad rem*, para los derechos personales; denominaciones bárbaras, introducidas en la Edad Media y que nunca han sido propias del lenguaje del derecho romano (1). La primera aparece ya en el Brachilogo, sumario del derecho de Justiniano, compuesto en Lombardia, en el siglo XII (2). Ambas se hallan en el siglo XIII, opuestas una á otra en las constituciones pontificias (3); parece que del derecho canónico pasaron á la jurisprudencia civil. Es preciso purificar nuestra lengua jurídica.

Jus in rem para los derechos reales; *jus in personam* para los derechos personales; denominaciones imitadas de algunas expresiones análogas del derecho romano; pero que en el sentido que aquí se les da, pertenecen á este derecho lo mismo que las anteriores (4).

Derecho absoluto, derecho relativo; denominaciones propuestas filosóficamente, sin pretender ninguna relacion con el lenguaje

suposicion de persona, me sustituya y se haga pagar en mi lugar; en una palabra, que atente á mi derecho y me cause por este medio un perjuicio en lo que concierne á este mismo derecho, cualquiera que sea este tercero, yo tendré accion contra él. Lo mismo sucede respecto á esto que respecto á los derechos reales: con la sola diferencia, en cuanto á estos últimos, que los atentados que los terceros pueden cometer contra ellos son más fáciles de cometerse y más numerosos.

(1) Se hallan alguna vez en los fragmentos de los juriconsultos, en el Digesto y en el Código de Justiniano las expresiones *jus in re* ó *jus in rem*; pero aplicadas indiferentemente, ya para derechos personales, ya para derechos reales. Así pueden verse: Dig. 9. 4. 30. f. Gay.—39. 2. 19. pr. f. Gay.—32 (3.º) 20 f. Ulp.—47. 8. 2. § 22. f. Ulp. en casos en que se trata de créditos, de fideicomisos, de depósitos, de comodato y de arrendamiento. V. tambien Dig. 30 (4.º) 71. § 5 f. Ulp.—Cod. 7. 39. 8. § 1. const. Justin.

(2) En él se lee, á propósito de las acciones reales: «Cum. in rem quam (adversarius) possidet, aliquid me jus dico habere.» Brachil. lib. 4. tit. 19 in fin.—Y hablando del usufructo: «Jus in re consequitur quis actione in rem proposita de usufructu.» Lib. 4. tit. 23. § 8.

(3) «... Quis eorum jus habeat in præbenda.»—Haberes jus decernimus in eadem.—«Jus vero quod secundo ad præbendam, non in præbenda... competebat.» Sexti Decret. 3. 4. 40. Bonifacio VIII, 13 siècle.—«... Vel aliorum quorumcumque beneficiorum in quibus jus non esset quesitum in re, licet ad rem.» Sexti Decret. 3. 7. 8. Bonifacio VIII, 13 siècle.—«a jure, si quod in hujusmodi beneficio, vel ad ipsum forsitan competebat.» Clementi. 2. 6. Clement. V, 14 siècle.—«... Jus ad rem expectantibus dicta beneficia.» Extravag. Johan. XXII, 4. 1. 14 siècle.

(4) Son las acciones que los juriconsultos romanos habian dividido en acciones *in rem* y acciones *in personam*; lo mismo para las excepciones y para los pactos. Cuando tratemos de estas materias, y sobre todo del sistema de las fórmulas, veremos cuán justas eran estas expresiones, y cuán en armonia se hallaban con el procedimiento formular. Pero no es necesario trasladarlas á otra parte.

de los jurisconsultos de Roma; mucho más nacionales ciertamente que las anteriores, pero que rechazamos del mismo modo, porque parece que implican la idea de que el derecho absoluto existiría respecto de todos, mientras que el derecho personal ó relativo no existiría sino respecto de las personas pasivas de este derecho. Todo derecho, desde el momento que existe, existe para todos, y en caso preciso debe ser protegido contra cada uno (1). Sólo en el derecho real ninguna persona es pasiva individualmente, mientras que en el derecho personal, una persona es el sujeto individualmente pasivo de éste.

Derechos reales, derechos personales; denominaciones vulgares y sancionadas por el uso general, por cuyo motivo las adoptamos como expresiones convencionales, aunque no expresen completamente la idea, ni sean enteramente exactas, pues todo derecho sin excepción es personal en cuanto á los sujetos que en él figuran, y real en cuanto al objeto.

Pero haciendo observar, y ésta será nuestra conclusion, que estas expresiones son igualmente extrañas al derecho romano; que en este derecho no se hallaba metódicamente formulada semejante division general, y que, por consiguiente, no tenía nombre.

CAPÍTULO II. DERECHOS PERSONALES.

§ I. OBLIGACION.

69. Noción general de la obligacion, ó derecho personal.

En esta especie de derechos figura siempre una persona como sujeto activo, y otra como sujeto individualmente pasivo del dere-

(1) No hay derecho más absoluto uno que otro: la sociedad entera es siempre garante de todo derecho, y el conjunto de todas las personas tiene siempre obligacion de no turbar ni poner obstáculo al goce y ejercicio de todo derecho. El error proceda principalmente de imaginarse que, cuando yo intento una accion real contra cualquiera que atenta contra mi derecho real, como, por ejemplo, una accion en reivindicacion de mi propiedad, ejerzo yo este derecho. Lo ejerzo cuando uso la cosa, cuando tomo sus frutos, cuando disongo de ella de un modo ú de otro. En el ejercicio de un derecho real no hay nunca término medio individualmente pasivo entre yo y la cosa: éste es el carácter distintivo de este derecho. Mas cuando intento una accion real contra cualquier poseedor, no ejerzo mi derecho, sino que lo defiendo, y quiero que sea reconocido. Ni más ni ménos que si un tercero, cualquiera que fuese, se apoderase de mi título de crédito, me sustituyese y quisiese que en mi lugar se le pagase, yo entonces tendría el derecho de defender y de hacer reconocer mi derecho. En suma, los derechos, tanto reales como personales, existen para todos: la sociedad es siempre parte garante en todo derecho; pero nadie es sujeto individualmente pasivo de los primeros: en cuanto á los segundos, una persona es individualmente pasiva.

cho.—Esta última se halla en una especie de relacion de dependencia con respecto á la otra: está en cierto modo unida y ligada la primera para la ejecucion del derecho, de que es pasiva. Los términos están tomados todos de la misma figura de lenguaje. Se trata siempre de un lazo ó vínculo: *obligare* (de *ob*, y *ligare*, ligar), *obligatio vinculum juris*; *adstringere* (atar á), *contrahere* (atar juntos), *contractus*, para designar este derecho, ó sus efectos, ó algunos modos de su formacion; *solvere* (desatar), *solutio*, para su destruccion.

Dejando aparte toda figura de lenguaje, la obligacion no es otra cosa que la necesidad jurídica impuesta á una persona hácia otra, de hacer una prestacion.

Es el derecho personal bajo el punto de vista pasivo.

En efecto, si bajo el punto de vista activo, es decir, considerado en el sujeto que de él goza, es el derecho personal la facultad de obligar á una persona á hacer una prestacion; bajo el punto de vista pasivo, es decir, en el sujeto que lo sufre ó padece, es la necesidad de hacer esta prestacion.

Bajo el primer aspecto se llama entre nosotros el derecho personal crédito, entre los romanos *nomen* y ménos generalmente *credendum*: y el sujeto activo, á quien el derecho pertenece, acreedor, *creditor* (de *credere*, tener confianza, dar crédito: lo que no es siempre exacto, porque muchos créditos nacen involuntariamente, sin acto de confianza, de una parte en otra). Bajo el segundo aspecto, el derecho personal se llama obligacion, *obligatio*, y el sujeto pasivo, contra quien existe individualmente el derecho, deudor, *debitor* (del deber, ó necesidad jurídica que tiene impuesta).

El objeto inmediato de toda obligacion es siempre una accion que se exige de una persona, tomando la palabra accion en su acepcion más general, accion de dar, de suministrar, de hacer ó de omitir alguna cosa. Las cosas que es preciso dar ó suministrar no son objeto de la obligacion sino de un modo subordinado, en última línea, porque, finalmente, á ellas se quiere ó se debe llegar. Los jurisconsultos romanos habian conocido esta verdad, y Paulo se expresa en los términos siguientes: «*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum* (1).

(1) Dig. 44. 7. 3. pr. fr. Paul.

Dare, facere, præstare: son tres palabras, cuya reunion era sacramental en las fórmulas del derecho romano para abrazar en toda su generalidad el objeto posible de toda obligacion. *Dare*, transferir la propiedad romana; *facere*, verificar un hecho, ó padecer, abstenerse; *præstare*, suministrar, procurar una ventaja, una utilidad cualquiera: estos dos últimos términos son de la mayor extension; *facere* podría comprenderlas todas, y lo mismo *præstare*, que comprende toda especie de ventajas, las cosas corpóreas, los derechos, los hechos positivos ó negativos; de donde ha tomado origen la palabra general de *prestacion*.

A la materia de los derechos personales se asocian: la nocion de la obligacion propiamente dicha entre los romanos; las reglas relativas á la formacion, transmision y extincion de las obligaciones; y en fin, la nocion de ciertos derechos personales que en la legislacion y jurisprudencia romanas no son, propiamente hablando, obligaciones.

70. Obligacion propiamente dicha entre los romanos.

La obligacion se define en la Instituta de Justiniano «*Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura*» (1). Esta definicion sólo se aplica á la obligacion existente segun el derecho civil. Es, en efecto, la obligacion propiamente dicha del derecho romano, la obligacion civil (*civilis obligatio*). Sin embargo, la jurisdiccion pretorial introdujo obligaciones que no existian en el derecho civil, proveyéndolas de medios pretorianos para que fuesen llevadas á efecto; y se llaman obligaciones pretorianas ú honorarias (*prætoricæ vel honorariæ obligationes*).—En fin, la jurisprudencia ha hecho reconocer, sobre el fundamento único del derecho de gentes y de la razon natural, ciertas obligaciones que no se hallan confirmadas ni por el derecho civil ni por el pretoriano, y que se llaman obligaciones naturales (*naturales obligationes*).

El efecto principal de la obligacion civil consiste en la necesidad que tiene el deudor de hacer la prestacion á que está obligado, y por consiguiente, en el derecho que tiene el acreedor de perseguirlo ante el poder judicial para obligarlo á ello. Esto se expresa diciendo que la obligacion civil da al acreedor una accion

(1) Inst. 3. 13. pr.

civil contra el deudor.—La obligacion pretoriana produce tambien una accion, pero sólo una accion pretoriana.—En cuanto á la obligacion natural, no da al acreedor el derecho de perseguir al deudor para obligarlo á la prestacion que es objeto de esta obligacion. La necesidad impuesta al deudor es ménos grave. Sólo ocasionalmente y por medios ménos directos puede el acreedor hacerla valer. No hay obligacion propiamente dicha, ni civil ni pretoriana.

71. Formacion de las obligaciones.

Todo derecho se produce por un hecho; por consiguiente, no hay obligacion que no traiga su origen de un hecho.

Los hechos que la pura razon filosófica nos presenta como capaces de poder ser origen de obligaciones, se refieren á los cuatro siguientes:—1.º, el mutuo consentimiento de las partes;—2.º, los hechos por consecuencia de los cuales puede una persona haber causado á otra algun perjuicio por su culpa, caso que está subordinado á la máxima de la razon natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado sin razon;—3.º, los hechos por consecuencia de los cuales puede una persona hallarse ya voluntaria, ya involuntariamente, utilizada con los bienes de otro: este caso se determina por aquella otra verdad moral de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro;—y 4.º, en fin, ciertas relaciones entre las personas, en la constitucion de la familia ó de la sociedad.

Pero el derecho civil de los romanos no se ha extendido á tanto. No ha reconocido obligacion *vinculum juris*, sino en casos rigurosamente determinados por él, y muy pocos. Estos casos se han extendido gradualmente por el edicto del pretor, por la jurisprudencia, por las constituciones imperiales, y bajo la intervencion cada vez mayor de las ideas del derecho de gentes.

Respecto de las que tienen su origen en el mutuo consentimiento de las partes, la palabra más general con que se expresan es la de convencion ó pacto (*conventio, pactum conventum*), que designa el concurso de dos ó muchas voluntades para crear un derecho cualquiera, modificarlo ó anularlo; pero el título de contrato (*contractus*), que designa particularmente la convencion en cuanto produce obligacion, está reservado á las convenciones especialmente