

reconocidas como obligatorias, y provistas de una accion por el antiguo derecho civil de los romanos.

El derecho romano en la creacion de los contratos parece haber seguido la siguiente gradacion histórica.

Primero el *nexum*, término antiguo y genérico que expresa toda operacion verificada por medio de la vara de metal y del peso; «*Quodcumque per aes et libram geritur*» (1), con el que conducia el peso, *libripens*, los cinco ciudadanos testigos, las acciones y palabras consagradas. Esta solemnidad, vestigio de los antiguos tiempos, en los que no conociéndose la moneda, se pesaba el metal, se conservaba como símbolo, y se usaba para la creacion, transmision y extincion de diversas especies de derechos; lo mismo los de propiedad quiritaria que los de obligacion.—Para la formacion de las obligaciones se supone que el metal se pesa y da por el acreedor á quien admite por deudor; ó bien cuando una cosa se enajena, ya realmente, ya de un modo ficticio, *ex jure Quiritium*, las palabras solemnes pronunciadas entre las partes forman la ley de esta dacion (2), y el vínculo, *vinculum juris*, se forma de esta manera.

Tal era para el ciudadano romano la forma quirital y primitiva de obligarse; la reunion de una pantomima simbólica y de palabras sacramentales. Los contratos de préstamo (*mutuum*), de prenda (*pignus*), de depósito (*depositum*), se formaban así en su origen.—Posteriormente la simple tradicion de la cosa bastó para engendrar la obligacion civil, y así fueron reconocidos los contratos que los romanos calificaban de contratos formados *re*.

La marcha del derecho civil romano, en las formas civiles de los contratos, consistia en simplificar esta solemnidad *per aes et libram*; á tener por verificado el acto simbólico del peso, la barra de metal por pesada y dada, y en abandonar de este modo la pantomima natural de los primitivos tiempos.

De aquí procedió la segunda forma quiritaria de obligarse, primera derivacion del antiguo *nexum*, que consistia en las palabras sacramentales, sin la solemnidad *per aes et libram*, que se dió por hecha, y reducidas entre las partes á una interrogacion solemne

(1) «*Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur.*» FESTUS, á la palabra *Nexum*.

(2) Tales son los términos de las XII tablas; «*Quum nexum faciet mancipiumque, ut lingua nuncupasset, ita jus esto.*» FESTUS, á la palabra *Nuncupata*.

(*stipulatio*) seguida de una respuesta conforme y congruente (*responsio, promissio*). Los términos quiritarios y consagrados para esta interrogacion y para esta respuesta han sido éstos: SPONDES? SPONDEO; de donde se ha dado á esta solemnidad el nombre particular de *sponsio*. Con el tiempo se encontró el medio de hacer accesible á los *peregrini* esta forma de obligarse, admitiendo otras especies de interrogaciones: PROMITTIS? PROMITTO; DABIS? DABO, etc., como propias del derecho de gentes.

Más tarde aún desaparece el carácter de fórmula, y hasta el griego era admitido en la estipulacion; una de las partes puede interrogar en latin, y la otra responder en griego, ó recíprocamente, bastando que la interrogacion y la respuesta sean conformes, cualesquiera que sean las expresiones (1).—Tal es el contrato que los romanos decian formado *verbis*. Es una forma de obligarse muy general, en el sentido de que puede aplicarse á toda especie de obligaciones que se contraigan.

Sigue despues la tercera forma quiritaria de obligarse, segunda derivacion del antiguo *nexum*. Esta forma, que no es aplicable más que á las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, consiste en considerar la operacion *per aes et libram* como terminada; por consiguiente, la cantidad, objeto de la obligacion, como pesada y dada por una parte, como recibida por la otra; á inscribirla como tal en la fórmula consagrada, y en el registro doméstico (*tabulae, ó codex accepti et expensi*), de donde viene á este contrato el nombre de *expensilatio* (suposicion de la cantidad pesada y dada), y por la cantidad que hace el objeto de él, los de *pecunia expensa lata* (cantidad que se supone pesada y dada), relativamente al acreedor; *pecunia accepta relata* (cantidad que se supone recibida), relativamente al deudor.—De esta forma de obligarse viene, en derecho romano, la expresion general de *nomen*, para designar un crédito, porque el crédito se inscribe en el registro doméstico bajo el nombre del deudor. Y especialmente, la que está formada así, se llama *nomen transcriptitium*, porque inscrita primero en un borrador corriente (*adversaria*), se pone en limpio cada mes en el registro.—Tal es el contrato que los romanos dicen estar formado *litteris*. Como la estipulacion, fué al principio exclusivamente pro-

(1) Inst. 3. 15. 1. El estipulante es el que pregunta, y por consiguiente, aquel con quien el que promete se obliga. Por eso decimos aún, estipular con alguno, estipular en su beneficio, por decir, ligar á alguno consigo.

pio de los ciudadanos. Con el tiempo se extendió, pero bajo una forma diferente, á los extranjeros, en los *syngraphæ* y en los *chirographæ*. Despues el empleo del *codex* ó registro doméstico, y con él el verdadero contrato *litteris* de los romanos, caen en desuso. Sucedió lo mismo á los *syngraphæ* del derecho de gentes. Y el *chirographum*, que se sostuvo más tiempo, no llegó hasta Justiniano considerablemente modificado, y reducido casi al valor de *cautio*, ó escrito simplemente probatorio.

En fin, el derecho civil ha admitido como capaces de poder ser formado por el solo consentimiento, sin operacion *per as et libram*, interrogacion solemne, ni inscripcion en los registros domésticos, sólo cuatro contratos: la venta (*emptio-venditio*); el arrendamiento (*locatio-conductio*); la sociedad (*societas*), y el mandato (*mandatum*). Otro quinto contrato es *emphiteusis*; se ha añadido á los anteriores en los últimos tiempos del bajo imperio; y sin embargo, no se cuenta entre ellos, porque no habia sido considerado en la jurisprudencia romana, sino como una venta por unos y como un arrendamiento por otros.—Tales son los contratos que los romanos llamaban formados *consensu*. Se derivan del derecho de gentes; la forma de obligarse se redujo á su más simple expresion; se distinguen en que producen obligaciones por una y otra parte (*ultra citroque*), y en que sus efectos se determinan conforme á las reglas de equidad (*ex æquo et bono*).

De esta marcha progresiva del derecho romano en materia de contratos proceden cuatro especies de éstos, segun que se forman *re, verbis, litteris* ó *consensu*.

Fuera de estos contratos la convencion formada entre las partes toma el nombre de *pactum, pactio, conventio*. Segun el derecho civil estricto, no produce obligacion: sin embargo, algunas disposiciones imperiales ó pretorianas han dado á algunas de ellas un efecto obligatorio; algunas circunstancias particulares pueden tambien modificar el rigor del derecho, y dar á los pactos diversos efectos jurídicos.

Respecto de los hechos que no son el resultado del consentimiento mutuo de las partes, el antiguo derecho civil, con el nombre de *noxa*, y despues con el de *maleficium* y *delictum*, ha determinado y dado accion en un cierto número de casos, en los cuales la obligacion resulta del perjuicio causado á otro: el derecho pretoriano ha hecho en éstos algunas adiciones.

De aquí han procedido dos especies de obligaciones, el contrato y el delito, «*Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*»; y cuando la jurisprudencia llega á reconocer causas diferentes, las ordena y asimila en dos especie primitivas, como figuras variadas de aquellas causas legítimas (*variae causarum figurae*); diciendo que la obligacion nace como naceria de un contrato (*quasi ex contractu*), ó como naceria de un delito (*quasi ex delicto*).—De donde, especificando los pormenores del sistema en su conjunto, hay cuatro orígenes para las obligaciones: *ex contractu* ó *quasi ex contractu*; *ex maleficio*, ó *quasi ex maleficio*.

72. Traslado de las obligaciones.

El derecho romano es lógico: el derecho personal no puede transferirse de una persona á otra. Es un vínculo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo; cámbiese uno de estos elementos, y ya no se tiene el mismo derecho. No hay, pues, verdadera translacion de crédito; no se llega á un resultado análogo sino indirectamente, por medio de procuraciones.

73. Extincion de las obligaciones.

El rompimiento de la obligacion, y por tanto la libertad del deudor, de cualquier manera que suceda, los nombraban los romanos *solutio* (acto de desligar), tomando esta palabra en su acepcion más general.

La obligacion, vínculo civil, no puede disolverse sino conforme á las reglas del mismo derecho civil (*ipso jure*); en casos numerosos, en que la obligacion continúa subsistiendo, segun el derecho estricto, el derecho pretorial y la jurisprudencia tienen recursos para procurar al deudor el medio de defenderse contra la demanda del acreedor (*exceptionis ope*).

Al frente de todos los modos civiles de extinguir las obligaciones se coloca al que sigue el curso natural de las cosas, el que constituye el objeto final de la obligacion, es decir, la prestacion de lo que es debido y que en español se llama el pago. La palabra *solutio*, tomada en un sentido más limitado, se aplica particularmente á este modo de quedar en libertad.

Ha admitido el derecho civil que se puede disolver una obligacion sustituyéndola con otra nueva en su lugar. Esto es lo que se

llama una novacion (*novatio*). Todas las obligaciones pueden renovarse; pero no pueden emplearse todas las formas de obligarse para verificar esta transformacion. El contrato *verbis* ó el contrato *litteris* son los únicos que pueden tener este poder. Por medio, ya del uno, ya del otro, se puede extinguir una obligacion cualquiera, reemplazándola con otra nueva contraida *verbis* ó *litteris*. Pero de estos dos modos de renovacion, el más cómodo, el más ámplio y usual es el contrato *verbis* ó la estipulacion.

Si de comun acuerdo quieren las partes disolver la obligacion sin pago ni renovacion, de modo que el deudor quede libre; en otros términos, si el acreedor quiere perdonar al deudor la deuda, el derecho civil romano toma en este punto un carácter digno de notarse, un carácter simbólico y de fórmula.

Es preciso que haya entónces entre las partes una especie de pago imaginario (*imaginaria solutio*); y este pago ficticio se verificará:—ya por la pantomima natural del peso, los testigos, las palabras consagradas y la barra de metal, que se supondrá pesada y dada en pago por el deudor al acreedor (*solutio per aes et libram*) (1);—ya por el uso de palabras sacramentales, por medio de las cuales el acreedor, en virtud de la interrogacion del deudor declarará tener el pago por hecho; «QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM?—HABEO.» Esto se llama *acceptilatio* (declaracion de tener la cosa por recibida), ó *solutio verbis*;—ya por inscripcion en el registro doméstico, con una fórmula que acredite que la suma debida se tiene por recibida *solutio (litteris)*.—En fin, y en último lugar, la jurisprudencia civil ha admitido en ciertos casos que el sólo concurso de voluntad entre las partes, ó el mutuo disenso, baste para extinguir la obligacion.

De tal modo que en la manera de disolver las obligaciones se observa absolutamente la misma gradacion que en la manera de formarlas. Lo mismo que se contrae se disuelve *per aes et libram, verbis, litteris* ó *consensu*.—Hay más; estos modos de libertarse voluntariamente son propios cada uno de su especie, es decir, la libertad *per aes et libram* es propia de las obligaciones creadas *per aes et libram*; la aceptilacion ó liberacion *verbis*, de las obligaciones contraidas por palabras; la liberacion *litteris*, de las formadas por inscripcion en el registro doméstico; y en fin, la liberacion por el

(1) Gay. 3. § 174.

solo disentimiento, de las que el solo consentimiento ha producido.—Pero la jurisprudencia encuentra el medio de generalizar el uso de la *acceptilatio* ó *solutio verbis*, y de hacer de ella una forma de remision aplicable á toda especie de obligaciones, con el auxilio de una prévia novacion, por la cual toda obligacion puede transformarse en una obligacion verbal.

Véase cómo la forma verbal de la estipulacion sirve generalmente, ya á hacer novacion, ya á hacer remision de toda obligacion.

§ II. DERECHOS PERSONALES DIVERSOS DE LA OBLIGACION PROPIAMENTE DICHA.

— 74. —

Bajo este título colocamos ciertos derechos personales que existen en el derecho romano, en los cuales, aunque exista una persona que individualmente sea sujeto pasivo del derecho, sin embargo no existe obligacion propiamente dicha por parte de esta persona, en el sentido de que este derecho no confiere al sujeto activo la facultad de tomar la iniciativa y de perseguir al sujeto pasivo para obligarle á dar, á hacer ó á procurar alguna cosa; sino sólo la facultad de rechazarle, de oponerse á su demanda, si se viese acometido por él (1); es un derecho de defensa, y no de ataque. Las obligaciones calificadas de naturales por la jurisprudencia romana se hallan en este caso, fuera de algunos otros efectos de que son susceptibles.

CAPÍTULO III.—DERECHOS REALES.

75. Nocion comun á todos los derechos reales.

En el derecho real, fuera de la masa general obligada á abstenerse y á dejar obrar, no existen más términos que la persona, sujeto activo, y la cosa, objeto del derecho. Así no hay relacion individual entre dos personas determinadas, ni vínculo, ni lazo que estreche una con otra (2). De aquí procede una diferencia ra-

(1) Se trata de los derechos personales que son protegidos sólo por excepciones.

(2) Algunas personas definen tambien muy sencillamente el derecho real, diciendo que es el que nos pertenece sin ninguna obligacion de persona en nuestro favor.—Esto es definirlo, no por si mismo, sino por la denegacion de la idea de obligacion.

dical en cuanto á la manera de ejercerse los derechos personales y los reales.

En el derecho personal, aquel á quien el derecho pertenece, se dirige á la persona individualmente, sujeto pasivo, para obtener de ella la cosa, objeto del derecho: en el derecho real no existe persona intermedia, pues el derecho se ejerce inmediatamente, de la persona, sujeto activo, á la cosa, que constituye el objeto. Es decir, que todo derecho real lleva necesariamente consigo, para aquel que tiene este derecho, la facultad de disponer de la cosa de una manera más ó ménos amplia. En las varias clases de estas disposiciones reside precisamente la variedad de los derechos reales.

A este lugar corresponden las teorías jurídicas acerca del dominio ó propiedad, á que acompaña la facultad de disponer ampliamente de los bienes; acerca de la posesion, cuya nocion legal debe unirse íntimamente á la del dominio; acerca de los derechos reales, que no son más que desmembraciones ó fracciones de la propiedad, y en fin, acerca de los que no pueden ser verdaderamente considerados como tales desmembraciones.

76. Idea del dominio, propiedad (*mancipium, dominium, proprietas*).

La disposicion de la cosa que confiere este derecho real es la más absoluta. «*Plenam in re potestatem*», dice el texto romano (1).

Derecho de obtener la utilidad ó los servicios de la cosa (*usus*); los frutos, es decir los productos nacientes y renacientes que está destinada á dar (*fructus*), y ademas, todos los otros productos; derecho de aprovecharse de todo lo que se agrega á la cosa, de todo lo que íntimamente se incorpora á ella; derecho de modificarla, de dividirla y de conferir á otro derechos reales sobre ella; en fin, de destruirla y de consumirla, último acto que los juriconsultos romanos han llamado *abusus* (de *ab* y *usus*), porque es una manera de usar que hace desaparecer la cosa. Tal es la extension de las disposiciones que se pueden ejercer sobre la cosa de que uno es propietario, sin otros límites que los establecidos por la ley en interés general.

Mancipium, dominium y proprietas son las tres denominaciones sucesivas que ha recibido el derecho de propiedad entre los roma-

(1) Inst. 2. 4. § 4.

nos; y la filología puede mostrarnos en solas estas tres palabras el sello de cada una de las grandes épocas por las cuales han pasado la civilizacion y la legislacion romanas.—*Mancipium* es la expresion más antigua. Corresponde á los primitivos tiempos, á los tiempos más remotos del derecho romano, á la época en que la guerra, el botin y la lanza (*hasta, manucapere*) eran el medio de adquirir por excelencia (1).—*Dominium* sigue despues, é indica la constitución social de la familia. En cada casa (*domus*) se hallaba concentrada la propiedad, que aunque considerada como correspondiente en comun á la familia, se encontraba únicamente en cabeza del jefe de ella; nadie sino éste podia ser propietario, pues en su persona se absorbian todas las individualidades.—*Proprietas* es la última expresion, que pertenece á un lenguaje más reciente, del tiempo de Neracio (2). Ésta es la época filosófica, la época de la invasion del derecho de gentes en el derecho civil, y en que se constituyó la personalidad de los hijos de familia: cada cual, no sólo el jefe, sino tambien los hijos, puede ser propietario, pues el derecho de propiedad es individual: se designa con una palabra que expresa sus efectos, *proprietas*, porque apropia la cosa á cada individuo, y se la hace enteramente propia.

77. Idea de la posesion (*possessio*).

La posesion debe considerarse, primero como un hecho y luego como un derecho. Bajo el primer aspecto, la posesion (*nuda detentio, corporalis possessio, naturalis possessio*) es la detencion corporal de la cosa, ó el hecho material de tenerla en su poder, y la posibilidad física de disponer de ella. Bajo el segundo aspecto, la posesion (*possessio, possessio civilis*) se compone de dos elementos: el hecho, que consiste en tener la cosa de una manera cualquiera á nuestra libre disposicion; y la intencion, que consiste en la voluntad de poseer la cosa como propietario, en el caso mismo en que se supiese no serlo. La posesion, aún cuando es un derecho, lleva siempre consigo la idea del poder físico que se tiene sobre la cosa: de aquí le viene su nombre de *possessio*, sinónimo de poder (de

(1) Así *mancipium* designa en su acepcion propia el acto jurídico de la mancipacion, por figuras de lenguaje: el derecho de propiedad producido por este acto:—y á veces la cosa sometida á este derecho.

(2) *Dominium, id est proprietas*, dice este juriconsulto. Dig. 41. 1. 13. f. Nerat.

posse, poder) (1). Aquí se colocan las reglas jurídicas: sobre la adquisición de la posesión, en cuya materia se distingue; la ocupación, que es la toma de posesión de una cosa que todavía no corresponde á nadie; y la tradición (*traditio*), que es la traslación de la posesión de una persona á otra;—sobre los diversos efectos de la posesión, considerada ya como un hecho, ya como derecho, y cuyos efectos varían según diversas circunstancias;—y en fin, sobre la cesación del hecho ó la pérdida del derecho de posesión.

Véase una observación que suministrará mucha luz en la materia, y que consiste en que algunas de las ventajas que proporciona la posesión pueden, lo mismo que las de la propiedad, dividirse, desmembrarse y atribuirse sobre la misma cosa á diferentes personas.

78. Diversas especies de dominio; alteraciones sucesivas del derecho civil acerca de ello.

En el derecho civil primitivo sólo existe un dominio, el dominio romano, el dominio del derecho civil (*dominium ex jure Quiritium*); el propietario lo es según el derecho de los Quirites, ó bien no lo es absolutamente (2). Sólo el ciudadano puede tener este dominio: las cosas y el suelo que tienen parte en el *commercium* pueden solamente ser objeto de él; y sólo pueden conferirlos los medios reconocidos por el derecho civil de los romanos. Las personas y el suelo extranjeros se excluyen con todo rigor; sobre cualquier otro suelo que el que goza del derecho itálico se tienen posesiones, pero no propiedad. Todo medio de adquisición que sale de las prescripciones del derecho civil es impotente para darlo.

Posteriormente el curso de una jurisprudencia más humana introdujo al lado de este dominio un derecho menos completo, una especie de propiedad según el derecho de gentes, que no tiene nombre jurídico, que se expresa sólo por el hecho: *in bonis habere*, tener la cosa en sus bienes; y que Teófilo, en su paráfrasis llama *δεσπότης βοιταριος*, de donde han tomado los comentadores la deno-

(1) Según Labeon: «A *sedibus*, quasi *positis*; quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.» Dig. 41. 2. 1. pr. f. Paul.—No vacilamos en desechar esta etimología para adoptar la otra.

(2) Gay. 2. § 40.—A veces decimos en español dominio quiritarío: la expresión, aunque expresa la idea, no es técnica; se dice siempre en derecho romano: *dominium ex jure Quiritium*.

minación no romana de dominio bonitario. Así para la persona, para las cosas y para los medios de establecerse fuera de las condiciones civiles del dominio, según el derecho de los Quirites, no existirá este derecho; pero podrá existir esta especie de propiedad según el derecho de gentes, esta posesión de la cosa *in bonis*, en sus bienes. Uno podrá tener el dominio *ex jure Quiritium*; otro tener la cosa *in bonis*. Las instituciones pretorianas protegen esta posesión *in bonis*; la jurisprudencia extiende las reglas; se le atribuyen los efectos útiles del dominio; y en realidad la distinción acaba por consistir más en las palabras que en las cosas.

En tiempo de Justiniano se completó el movimiento. El *dominium ex jure Quiritium* de hecho no existía; no se le descubre en ninguna parte, sino como un enigma que sirve de espantajo en el estudio de las leyes. El Emperador lo suprime. Lo mismo que en los antiguos tiempos, sólo se reconoce ya una sola propiedad; pero en vez de la propiedad *ex jure Quiritium*, exclusivamente propia de los romanos, es la propiedad franca y expedita á todos y en todos los territorios: el derecho civil cedió su lugar al derecho de gentes.

79. Adquisición, transmisión, pérdida del dominio ó propiedad.

La teoría relativa al modo con que el dominio se adquiere, se trasmite ó se pierde, tiene una gran parte en los estudios jurídicos.

En cuanto á la adquisición, conviene observar el principio dominante del derecho romano, que es el siguiente: Las convenciones y contratos entre personas, aunque sean revestidos de las formas jurídicas del derecho civil, no bastan para transferir la propiedad de una á otra. Los contratos tienen por efecto ligar á las partes entre sí, engendran un derecho personal, pueden aún obligar á transferir la propiedad (*dare*, en el lenguaje del derecho romano), pero no lo transfieren, ni crean el derecho real de propiedad. Para que ésta se produzca, es preciso un hecho más manifiesto y de una naturaleza totalmente diferente; por ejemplo, la ocupación, es decir, la toma de posesión de una cosa que aún no pertenece á nadie, ó bien de una cosa que pertenecía al enemigo, porque la conquista es el medio por excelencia de adquirir el dominio según el derecho de los Quirites, y la lanza se conserva en el derecho como símbolo de este dominio;

La tradicion (*traditio*), es decir, la traslacion de la posesion (1): con tal de que se tratase de una cosa *nec mancipi*; porque aplicada á una cosa de mancipacion, la tradicion, bajo el verdadero derecho civil, no produciria ningun derecho de propiedad; y bajo el derecho intermedio pondria la cosa simplemente *in bonis*;

O bien esta enajenacion solemne del derecho civil, llamada, segun la sucesiva transformacion del antiguo lenguaje jurídico, *nexum* (2), *mancipium*, y posteriormente *mancipatio*, y verificada bajo la forma simbólica de una venta antigua, con la pieza de metal y el peso (*per aes et libram*), con el que llevaba éste (*libripens*), los ciudadanos testigos, las acciones y palabras consagradas: «HUNC EGO NOMINEM (si se trata de un esclavo) EX JURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMTUS EST HOC AERE AENEAQUE LIBRA», áun cuando se tratase de cualquier otra cosa que no fuese una venta (3);

La usucapion (*usu capio*, adquisicion por uso), adquisicion de la propiedad romana por un cierto tiempo de posesion, un año para los muebles y dos para los inmuebles;

La *in jure cessio*, que era otra ficcion, símbolo ó simulacro de una accion jurídica, en la que el magistrado, declarando el derecho (*adicens*), y haciendo lo que se llamaba la adiccion de la cosa (*addictio*), declaraba esta cosa propiedad *ex jure Quiritium* de aquel á quien se queria cederla;

La *adjudicatio*, en la que era el juez el que, juzgando ciertos litigios particulares (*judicans*), se hallaba autorizado para adjudicar la cosa (*adjudicare*), es decir, á transferir por juicio la propiedad de una persona á otra; estos litigios eran los relativos á fijacion de límites (*finium regundorum*), á la particion de la herencia (*familiae eriscundae*), ó al repartimiento de una cosa comun (*communi dividundo*);

La venta pública de los prisioneros de guerra ó del botin, hecha en nombre de la República por los cuestores del tesoro, bajo

(1) Se ve que el derecho civil habia adoptado estos dos medios del derecho de gentes, la ocupacion y la tradicion, como capaces de dar el *dominium ex jure Quiritium*.

(2) La expresion de *nexum* es áun más genérica que *mancipium* ó *mancipatio*. Se aplicaba á todos los usos de la venta *per aes et libram*; uso que tenia lugar, como hemos visto, lo mismo en la formacion que en la extincion de las obligaciones. Pero más especialmente se habia conservado la palabra *nexum* para significar el empeño de una persona ó de una cosa, por medio de la enajenacion *per aes et libram*, por garantia de una deuda. (V. pág. 25, nota 3.ª y sig.)

(3) La mancipacion no operaba, á lo que parece, por sí misma la tradicion, es decir, la traslacion de la posesion. V. Gay. 2. § 204;—4. § 131.—Vat. J. R. Frag., § 313.

el símbolo de la conquista y de la propiedad romana *sub corona*; *sub hasta* (1);

O en fin, algunos otros casos comprendidos por los jurisconsultos bajo la designacion general de *lex*, ley (2).

Todos estos medios de adquirir el dominio *ex jure Quiritium* son relativos á la adquisicion de objetos particulares (*singularum rerum*).

Hablarémos en adelante de aquellos por los cuales se adquiria la universalidad de bienes (*per universitatem*), es decir, una suma de derechos, tanto reales cuanto personales.

En tiempo de Justiniano no existian la *mancipatio*, la *in jure cessio*, y la distincion de las cosas *mancipio*, *nec mancipi*; la tradicion se aplicaba con los mismos efectos á todas las cosas corpóreas. Pero el principio dominante de que los contratos producen obligaciones, derechos personales, y no derechos reales de propiedad, subsistió siempre.

Las relaciones del derecho de propiedad con la constitucion política, con la constitucion de la familia, con la agregacion sucesiva de los diversos territorios del imperio, y con la situacion y las prácticas de la riqueza social en las diversas épocas, son puntos indispensables al que quiera extender el estudio de este derecho.

80. Derechos reales diversos de los de propiedad y posesion.

Entre estos otros derechos reales hay algunos que son, en toda la realidad de la expresion, desmembraciones ó fracciones del derecho de propiedad. Confiere en efecto al que los tiene, la facultad de disponer de la cosa dentro de ciertos límites, que constituyen una porcion mayor ó menor, más ó menos limitada, de las disposiciones permitidas por el derecho de propiedad: por ejemplo, la facultad de disponer de ella en cuanto al uso, en cuanto á los frutos, en cuanto á cualquier otro producto, ó áun en cuanto á par-

(1) Varro D. R. R. 2. 10: «*Si e praeda sub corona emit.*»

(2) Véanse las explicaciones que sobre estos diversos modos de adquirir se dan en el lib. 2, tit. 1.

Los romanos han querido que la adquisicion de la propiedad se manifestase con un signo público. Al punto á que ha llegado nuestra civilizacion, cuando las condiciones económicas de la sociedad han experimentado una revolucion, cuando el crédito es un elemento tan poderoso de la produccion de las riquezas, y cuando los derechos personales son una porcion tan notable de la fortuna individual, la necesidad de esta publicidad es tan conocida para los derechos personales como para los reales. Sin embargo, nuestra legislacion positiva ha procedido en sentido inverso, y ha suprimido el signo público lo mismo en un caso que en otro.

tes de la cosa ó á sus diversas modificaciones. Se hallan en el número de estos derechos reales las servidumbres (*servitutes*), tanto prediales (*rerum prædiorum*), cuanto personales (*personarum, personales*), y principalmente entre estos últimos, el usufructo (*usus fructus*) y el uso (*usus*), la enfitéusis (*emphyteuses*) y el derecho de superficie (*superficies*).—¿Hasta qué punto las facultades de disposición que confiere sobre la cosa el arrendamiento ó el préstamo á uso (*commodatum*) entran en la clase de los derechos reales, ó se diferencian de ellos? Los jurisconsultos romanos no se han tomado el trabajo de examinar esta cuestión. Preocupados con la teoría de los contratos y de las acciones que de ellos resultan, no han considerado nunca el arrendamiento y el comodato sino en su cualidad de contratos, bajo el aspecto de los derechos personales que producen.

Existen, en fin, algunos otros derechos reales, que no se consideran como una desmembración del derecho de propiedad, porque constituidos por simple garantía, no transfieren, del propietario al que tiene sus derechos, ninguna porción de las facultades comprendidas en el dominio. No puede negarse, sin embargo, que el derecho de propiedad no se halla alterado en alguno de sus elementos. Tales son la prenda (*pignus*), que lleva consigo, cuando la cosa ha sido entregada, una desmembración del derecho de posición (1); y la hipoteca (*hypotheca*), con la particularidad bien singular de que esta especie de derecho real puede ser creado por el solo consentimiento de las partes (2).

CAPÍTULO IV.—CONSIDERACIONES APLICABLES Á LOS DERECHOS PERSONALES Y Á LOS DERECHOS REALES.

81. Derechos relativos al estado, á la familia, y á la individualidad moral ó física del hombre.

Considerando al hombre bajo este punto de vista, se descubren á un mismo tiempo derechos personales y derechos reales.

Por una parte, las relaciones que resultan del estado (*status*) en sus tres elementos, y principalmente en la familia, presentan muchas obligaciones entre personas;

(1) El acreedor que tiene la prenda tiene la posesión *ad interdicta*. Dig. 41, 3. 16. f. Javol.—41. 2. 36. f. Jul.

(2) Añádase esta observación final: hay derechos reales, como ya hemos visto, respecto de los derechos personales, que sólo son garantizados por excepciones, y no por acciones.

Y por otra, se encuentran un conjunto de derechos reales, que tiene por objeto, no cosas corpóreas, sino abstracciones inmateriales, y que casi todos son de la mayor importancia para el hombre. Así la cualidad de padre, la cualidad de hijo, la cualidad de hombre libre, de emancipado de patrono, de ciudadano; la libertad y la seguridad individual de nuestra persona física; el honor, la reputación y la suma de las facultades intelectuales de nuestra persona moral, todo esto forma el objeto de otros tantos derechos que nos pertenecen directa é inmediatamente, sin ningun sujeto intermedio individualmente pasivo, é independiente de toda obligación hácia nosotros. Son, pues, derechos reales.

82. Adquisiciones ó sucesiones por universalidad, herencia.

Son éstos medios de adquisición que se aplican á un tiempo á los derechos reales y á los personales.

La persona de un individuo muerto, y aún á veces viviendo todavía, se separa de este individuo y se traslada á otro; este último es el continuador y representante de aquel á quien sucede: tiene la misma personalidad, lleva la misma máscara jurídica; todos los derechos personales ó reales le son transmitidos, á excepcion de aquellos que por su naturaleza se extinguen en semejante acontecimiento.

Esta substitucion de una persona por otra, este reemplazo que en la ciudad se verifica de un ciudadano por otro, no era en el derecho primitivo un asunto de puro interes privado. La ciudad, ya por la ley general comun á todos, ya por una ley particular en los comicios, ó ya al ménos por medio del magistrado, debia intervenir en él. El puro derecho civil nos ofrece constantemente esta intervencion. Pero por medio de ficciones y de procedimientos indirectos, cuando el derecho privado gana terreno sobre el derecho público, cuando el derecho civil se disipa delante del derecho de gentes, se elude la necesidad de esta intervencion; el carácter público disminuye ó desaparece.

La herencia, ya testamentaria, ya abintestato (*hereditas ex testamento; ab intestato*), las posesiones de bienes (*bonorum possessiones*), la herencia fideicomisaria (*fideicommissaria hereditas*), el legado (*legatum*) bajo ciertas relaciones, sobre todo en tiempo de Justiniano, la abrogacion y algunos otros sucesos ó actos públicos que este Emperador suprimió en su mayor parte, corresponden á

este lugar: constituyen todos en definitiva diversas especies de sucesiones á los bienes y derechos de una persona, ya muerta, ya viva.

TÍTULO II.—DE LAS ACCIONES.

§ I. NOCIONES PRELIMINARES.

83. Derecho, jurisdiccion, procedimiento.

Los derechos se producen y sus efectos son definidos; pero los primeros son abstracciones; creacion social puramente intelectual, é inerte por sí misma, sin movimiento y sin vigor. Que un poder, que un procedimiento se les aplique, y se ponen en accion y se mueven.

¿Qué poder, qué procedimiento? Estas dos cuestiones se reproducen siempre, inevitablemente, para toda sociedad, para toda especie de derecho.

El derecho mismo;—el poder jurídico;—el procedimiento jurídico, ó para usar expresiones modernas, el derecho;—la organizacion de las autoridades judiciales;—el procedimiento: tres partes constitutivas, indispensables, de todo sistema legislativo en accion.

¡Y no son estas dos últimas partes las ménos interesantes por cierto! En ellas se cifran la constitucion de los poderes públicos, su accion sobre los ciudadanos, la vida y el movimiento nacional en la esfera de todos los intereses. Véase la ley, y se conocerá la abstraccion. Váyase al tribunal, y se verá al pueblo que murmura, que habla, que obra: ésta es la realidad (1).

84. Idea general de la accion.

En su acepcion vulgar y más extensa, que es tambien la acepcion etimológica, la palabra accion (*actio*: de *agere*, obrar) designa precisamente la manera de poner en accion el derecho, el acto ó la serie de actos por las cuales se recorre el poder jurídico para hacer que se preste fuerza y autoridad al derecho, ya defendiéndose, ya procediendo contra otro.—En lenguaje figurado, accion

(1) He tratado este asunto con alguna extension en mi *Curso de legislacion penal comparada*, introduccion filosófica, p. 69 y sig.

significa en otro sentido el mismo derecho de ejercer este recurso ante la autoridad;—y en otro tercer sentido, el medio y forma prescriptos para ejercerlo. ¿Pero cuál es su acepcion especial y técnica en el derecho romano? Darle una sola sería una inexactitud tan grande como la de confundir entre sí los diversos sistemas de procedimiento judicial que se han sucedido en la historia y en la constitucion romana. En efecto, la acepcion técnica de la palabra accion ha variado en cada uno de estos sistemas. Sólo por la exposicion de cada uno de ellos puede conocerse y apreciarse aquélla con exactitud.

85. Tres épocas y tres sistemas de procedimientos judiciales que deben considerarse en el derecho romano.

Estos sistemas son tres:

El de las acciones de la ley (*legis actiones*);

El del procedimiento por medio de fórmulas (*formulae*), ó procedimiento ordinario (*ordinaria judicia*);

El del procedimiento extraordinario (*extraordinaria judicia*).

El primero dominó exclusivamente, si no de hecho, al ménos de derecho, hasta la ley *ÆBUTIA* (sig. 6 ó 7 de R.; año 597 ó 583). Esta fué la época y el sistema característico del derecho de los Quirites marcado con toda su rudeza originaria, con el sello sacerdotal y patricio, con sus símbolos de acciones, palabras y objetos que nos describen, aunque en la forma de simulacro, los actos de una edad primitiva, y una civilizacion todavía más informe y material. Es digna de atencion la precision ingeniosa con que la ciencia patricia organizó estos actos y los acomodó á la naturaleza de los derechos. El genio jurídico de Roma se hallaba en su cuna, pero se mostraba lleno de vigor y de ingenio. Esta es la época más curiosa para las investigaciones históricas.

El segundo dominó hasta el reinado de Diocleciano (año 1047 de Roma; 294 de J. C.). Hé aquí la obra incesante del derecho pretoriano y de la jurisprudencia filosófica. En la administracion de la justicia, que de la dominacion patricia pasa á la ciencia; es el genio jurídico de Roma que se transforma; de patricio y quiritaro que era, se hace plebeyo y humanitario; es la plebe que se mancipa, el extranjero que participa de la justicia romana. ¡Invention admirable! El publicista moderno puede meditarla. El estudio

de este sistema es, sin contradiccion, el más importante: sin él, el derecho romano es incomprendible en materia de acciones.

El tercero, de una excepcion que era, se hace regla general; primero en las provincias, en tiempo de Diocleciano; y despues en todo el imperio. Es la autoridad del Gobierno, que lo ha dominado todo, y que se atribuye todas las funciones en la administracion de la justicia. Esto se ha conservado en casi toda la Europa moderna.

Y para cada uno de estos sistemas deben proponerse estas dos cuestiones: ¿Cuál es el poder? ¿Cuál es el proceder?

86. Distincion entre el *jus* y el *judicium*; entre el magistrado (*magistratus*) y el juez (*judex*).

Hé aquí una de aquellas distinciones fecundas de donde se descubre todo un sistema. Carácter de los poderes judiciales, pormenor de las instituciones, términos del lenguaje que á ellas se aplican: todo se deriva de esto.

Jus es el derecho; *judicium* es la instancia organizada, el exámen judicial de un litigio para terminarlo por una sentencia.

La alta mision de ser el órgano y el pontífice del derecho; de haber declarado en todas ocasiones (*juris dictio*, declaracion del derecho), y de hacerlo ejecutar por medio del poder público (*imperium*); de resolver cualquier negocio cuando basta para su solucion la declaracion del derecho, y en el caso contrario, de asignar á los litigios el poder que deberá juzgarlo y el derecho que los ha de regir.

Despues sobre un plan inferior; la mision de examinar la contestacion y los debates entre partes, terminándolos con una sentencia.

Estas dos atribuciones son completamente distintas, y se hallan comunmente separadas y confiadas á diferentes personas.

La primera corresponde al magistrado (*magistratus*), la segunda al juez (*judex*). Por una figura de lenguaje se llama estar *in jure* comparecer ante el magistrado encargado de declarar el derecho; estar *in judicio* es estar ante el juez encargado de examinar la contestacion y terminarla (1). Al oficio del magistrado corresponden las expresiones, *edicere* (de *e* y *dicere*), *jus dicere*, declarar

(1) Se encuentra en algunos textos *judicium* por *jus*, pero es por incorreccion.

el derecho por medio de un edicto, ó de otro modo: al del juez, *judicare*, juzgar, examinar y terminar el litigio por medio de una sentencia;—al primero corresponde la *jurisdictio*, diction ó declaracion del derecho; al segundo la *sententia*, sentencia que termina el debate;—al uno *addicere* (de *ad* y *dicere*), atribuir la propiedad diciendo el derecho; al otro *adjudicare*, adjudicar (de *ad* y *judicare*), es decir, atribuir la propiedad juzgando, de donde, respecto del uno se dice *addictio*, adiccion ó atribucion de la propiedad por declaracion del derecho; y respecto del otro, *adjudicatio*, adjudicacion ó atribucion de la propiedad por medio de sentencia (1).

Esta separacion entre el *jus* y el *judicium*, entre el magistrado y el juez, parece corresponder, salvas algunas diferencias, á la separacion, mucho mas difundida en nuestras ideas modernas, entre la decision del hecho y la del derecho.

Sin embargo, sería un error creer limitado el oficio del juez á una simple cuestion de hecho. Debe apreciar los hechos, pero apreciarlos jurídicamente, y en esto se halla el derecho más ó ménos interesado, segun la naturaleza del negocio y la extension de los poderes conferidos por el magistrado (2). Bajo los tres sistemas de procedimiento judicial, ¿qué suerte experimenta la separacion entre el *jus* y el *judicium*, entre el magistrado y el juez?

Bajo el primer sistema existe la distincion (3); pero en algunos casos tiene lugar la separacion, y en otros no.

En el segundo sistema, la separacion es completa; sólo en casos extraordinarios juzga el mismo magistrado.

En el tercer sistema, lo extraordinario se hace regla comun; las dos funciones se hallan reunidas, y sólo se separan por excepcion.

87. La ciudad nombra al magistrado.—Las partes eligen su juez.

Aquel á quien se halla conservado el derecho (*jus*), la diction

(1) El pretor atribuye, diciendo el derecho (*addictio*), no sólo la propiedad, sino aun otras cosas, por ejemplo; un juez á los litigantes, la cualidad de hombre libre, la de hijo, etc.—Mientras que la *adjudicatio* del juez no atribuye nunca más que la propiedad ó alguna servidumbre.

(2) Entre nosotros en materia criminal no es justo decir que el jurado no tiene que resolver sino una cuestion de hecho: aunque no fuese más que la de culpabilidad, es una de las más delicadas del derecho penal.

(3) Así en la ley de las XII tablas: «Si *in jus* vocat atque eat, etc.» (Cicer., *De legib.*, II, 4; III, 75;—Anl. Gel., xx. 1). Así la accion de la ley *judicis postulatio*, que tiene por objeto especial obtener del magistrado un juez para el proceso.

del derecho (*jurisdictio*), es un magistrado revestido de los poderes de la ciudad, segun la constitucion política de ésta, y para todas las causas, durante todo el tiempo de su magistratura. Porque el objeto que se les confia, el derecho, es el elemento fundamental, el interes comun de la asociacion. Tiene, para hacerle ejecutar, la autoridad, el mando de la fuerza pública (*imperium*).

Aquél á quien se ha confiado el cuidado de juzgar un litigio (*judicium*), no es un magistrado de la ciudad. Es un ciudadano dado como juez á las partes solamente y para la causa solamente. El objeto que se le ha confiado es un asunto privado. Hay tantos jueces como asuntos.

Sin embargo, como va á ejercer un oficio público, se escogerá en la clase de ciudadanos designados para este efecto por la constitucion política, y será revestido de su cualidad y de sus poderes de juez por el magistrado.

Pero aquí un principio de libertad privada domina la institucion. Que el asunto sea importante ó fútil, que se trate del estado, de la consideracion civil del ciudadano (*existimatio*), ó de una pequeña suma de dinero, nadie podrá ser juez sino por eleccion de las partes. Así lo han querido los antiguos, dice Ciceron (1). Las partes de acuerdo escogen un juez (*judicem sumere*); si el magistrado se lo propone, ellas lo aceptan ó lo recusan sin tener que dar cuenta del motivo (*judicem ejerceré* ó *ejurare, recicare, recusare*); si no se convienen, la suerte decide (2).

Escogido, aceptado por las partes, ó designado por la suerte, se les atribuye el ciudadano como juez para la declaracion por la adiccion del magistrado (*judicem addicere*) (3). Éste es un cargo público que aquél no puede renunciar (4).

Para cada jurisdiccion sólo hay un magistrado, y para cada negocio, por regla general, un solo juez (*unus judex*), aunque pudiendo uno y otro hacerse acompañar y asistir de asesores y jurisconsultos, de quienes podrá tomar consejo, aunque únicamente como medio de ilustrarse.

Creada ya, aunque casi desconocida para nosotros en sus de-

(1) «Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.» Cicer. *pro Client.*, 43.

(2) Cicer. *pro Flacco*, 21; in *Verrem*, II, 12; III, 3, 41, 13 y 41.—Plin. *Hist. natur. proam.*—Dig. 10, 2, 47, f. Pomp.

(3) Dig. 5, 1, 39, f. Papin., 46, f. Pal., 80, f. Pomp.

(4) Dig. 50, 5, 13, § 4, f. Ulp.—5, 1, 78, f. Paul.

talles bajo el primer sistema de procedimiento, organizada y extendida de un modo admirable bajo el segundo, desapareció bajo el tercero esta hermosa teoría.

88. La justicia se administra públicamente.

Este principio comienza con Roma, y se perpetúa por los tres sistemas de procedimiento con la más completa aplicacion.

En el foro, á la faz del pueblo, el magistrado, sentado en su *tribunal* ó silla de magistratura, ejerce su jurisdiccion. Tambien en el foro, y en presencia de todos el juez de cada causa, sentado en una silla comun (*sub-sellium*), procede al examen y fallo del litigio (*judicium*); delante de todos se presentan las pruebas, declaran los testigos, y los patronos ó los abogados hablan.

Tambien puede el magistrado en caso necesario establecer su tribunal en cualquiera otra parte (*tribunal ponere*) (1), y el juez conocer del negocio en cualquier otro lugar designado por el magistrado que lo haya revestido de su cualidad de juez (2), ó en el mismo paraje del litigio, pero siempre públicamente.

Posteriormente se construyeron pretorios, que eran unos edificios destinados para la administracion de justicia; pero conservándose siempre la publicidad.

Únicamente se cubria con un velo ó cortina (*velum*) al magistrado cuando deliberaba con sus asesores ó consejeros en el semicírculo que les estaba reservado (*secretum*).

§ II. ACCIONES DE LA LEY (*legis actiones*).

89. Organizacion del poder jurídico y judicial bajo el imperio de las acciones de la ley.

Como magistrados: en Roma los reyes, despues los cónsules, despues el pretor, y en ciertos negocios los ediles;—en los municipios, los decenviros, que eran á manera de cónsules, aunque en otra esfera;—en las provincias, que principian apénas hácia fines de este período, los propretorios ó procónsules.

Como jueces: el *judex* designado para cada causa, y que no podia sacarse sino del órden de los senadores: los recuperadores (*re-*

(1) Tit. Liv., xxiii, 32.

(2) Dig. 5, 1, 59, f. Ulp.—Véase tambien 4, 5, 21, § 10 y sig. f. Ulp.

cuperatores), para los cuales era ménos limitada la eleccion, y que siempre eran muchos, tres ó cinco en cada causa (1), mientras que el juez generalmente era solo (*unus iudex*); en fin, los centunviros, elegidos anualmente por los comicios en cada tribu, organizados en una especie de colegio permanente, encargado de juzgar; tribunal eminentemente quirritario, ante cuya asamblea se plantaba la lanza (*hasta*) en señal de su atribucion judicial (2), y que se dividia en muchas secciones: tales son las autoridades que correspondian al sistema de las acciones de la ley. En ciertos casos, y bajo estas acciones juzgaba el mismo magistrado; en otros tenia lugar la remision á un juez; ¿cuándo debía tener lugar ante un *iudex*, ante recuperadores, ó ante el colegio de los centunviros? Cuestiones son todas éstas muy dignas de estudiarse, aunque todavía muy oscuras.—La institucion de los recuperadores, aunque introducida bajo el imperio de las acciones de la ley, era extraña á la práctica de estas acciones, á las que acababa de abrir brecha. Los recuperadores sólo fueron constituidos al principio para las causas en que tenian parte peregrinos, y que debian sustanciar segun el derecho de gentes, y no segun el derecho quirritario.

90. Forma de proceder ó acciones de la ley (*legis actiones*).

Se cuentan cinco acciones de la ley.

Tres son formas de proceder para llegar á la resolucion y fallo del litigio; dos son más particularmente formas de proceder para la ejecucion de la sentencia.

Las tres primeras son la *actio sacramenti*, la más antigua de todas, que se aplica con variaciones de forma á las reclamaciones, ya por obligaciones, ya por derecho de propiedad; pero cuyo carácter, comun á todos los casos, consiste en el *sacramentum*, ó suma de dinero que cada litigante debía depositar en manos del Pontífice, y que perdía el que era vencido en el litigio, aplicándose al culto público (*ad sacra publica*) (3), es la accion de que tenemos más noticia; La *judicis postulatio*, que se refiere á la demanda dirigida al magistrado en solicitud de un juez que juzgue el litigio, y que parecia general para los diferentes derechos

(1) Tit. Liv., xxvi, 48. XLIII, 2. Cicer. in Verr., III, 13.—Gay 1. § 20.

(2) Gay. 4. § 13 y sig.

(3) Festus, v.º *Sacramentum*.

que se reclamasen;—Por último, la *condictio*, accion de la ley, mucho más reciente y especial para la reclamacion de las obligaciones.

Las dos últimas: la *manus injectio*, aprehension corporal de la persona del deudor condenado ó convencido por su confesion, á consecuencia de la cual el deudor quedaba *addictus*, es decir, atribuido en propiedad al acreedor por el pretor; y la *pignoris capio*, ó aprehension de la cosa del deudor (1). La accion de la ley *per manus injectionem*, aunque es particularmente un medio de ejecucion, era tambien algunas veces un medio de entablar algunas contestaciones que el magistrado decide de su autoridad propia.

Las acciones de la ley, salvo la última (2), tienen lugar *in jure* en presencia del magistrado, aun cuando éste deba nombrar un juez, dos recuperadores, ó enviar ante el colegio de los centunviros. Es la forma, el preliminar jurídico.

Aquí reina el símbolo. Aquí figuran la lanza, el terron de tierra, la teja y demas representaciones materiales de las ideas ó de los objetos. Aquí tienen lugar los gestos y las pantomimas jurídicas, generalmente simulacros de una época anterior más bárbara. Aquí se pronuncian las palabras revestidas por la ley de un carácter sagrado: el que diga viñas (*vites*), porque defienda un negocio relativo á viñas, en vez de decir *arbores*, término sacramental de la ley, perderá su pleito (3). Aquí se descubre el dedo sacerdotal; lo vemos en el *sacramentum*, depósito de una suma pecuniaria en mano del pontífice, que abre la accion, y que adquirirá aquella suma para el culto público; y en la *pignoris capio*, concedida con ocasion del precio de la víctima vendida para el altar, ó del dinero que se debe por alquiler de una bestia de carga, cuando esta suma la destina el acreedor para que se emplee en sacrificios (4).

En esto se observa la dominacion patricia. El magistrado era patricio, y el juez sólo podia sacarse del orden de los patricios. El *jus* y el *judicium* se hallaban en sus manos.—La institucion de los centunviros y la de los recuperadores mostraban que principiaba á templarse la dominacion judicial.

(1) Tocante á estas acciones de la ley, véase particularmente Gay. 4. § 11 y sig.—Desgraciadamente se encuentran dos vacios, de una página cada uno.

(2) Gay. 4. § 29.

(3) Gay. 4. § 11 y 30.

(4) Gay 4. § 28.

91. Sentido de la palabra accion bajo el sistema de las acciones de la ley.

Se ve que en este sistema y en esta expresion técnica *accion de la ley*, la palabra accion no designa ni la reclamacion especial de cada derecho en particular, ni la facultad de entablar dicha declaracion; á cada derecho distinto no corresponde una accion distinta.

Accion, en la expresion *acciones de la ley*, es una denominacion genérica, una forma de proceder, un procedimiento considerado en su totalidad, en la serie de los actos y de las palabras que deben constituirlos. Hay cinco especies de procedimientos.

Se les ha dado el nombre de acciones de la ley (*legis acciones*), dice Gayo; ya porque han sido creadas por la ley, no por el pretor, ya porque han sido dirigidas segun los términos de la ley (*legum verbis accommodatæ*), y sujetas rigurosamente á estos términos (1).

92. Aplicacion ficticia de las acciones de la ley á casos en que no hay proceso real (*in jure cessio*).

Las formas de la accion *sacramenti*, relativas á la vindicacion (*vindicatio*) de una cosa ó de un derecho real, fueron separadas de esta accion de la ley, y recibieron una aplicacion ficticia, que suministró el medio de llegar á diversos resultados no autorizados por el derecho civil primitivo, ó sometidos á más difíciles condiciones.

El espíritu ingenioso de esta ficcion consistió en que cuando se queria transferir á alguno una cosa ó un derecho real que no tenía, se aparentaba ó simulaba por parte de este último, ante el magistrado (*in jure*), una reclamacion, una *vindicatio* de este derecho. El que queria cederlo no contradecía; y entónces, no habiendo contestacion, ni siendo, por consiguiente, necesario pasar el negocio ante ningun juez, el magistrado declaraba el derecho, y adjudicaba (*addicebat*) la cosa ó el derecho real á quien lo habia reclamado.

De esta aplicacion ficticia de la *vindicatio* se dedujo: la traslacion de la propiedad ó de sus desmembraciones á las cosas corpóreas é incorpóreas (*in jure cessio*); la traslacion de la tutela (2);

(1) Gay. 4. § 11.

(2) Gay. I. § 188 y sig.

la emancipacion de los esclavos (*manumissio vindicta*); la emancipacion de los hijos, que estaba terminada despues de las emancipaciones voluntarias por una *manumissio vindicta*; y la adopcion de los hijos de familia (*adoptio*), por medio de mancipaciones y de una cesion jurídica simuladas. Véase por qué reciben estos actos tambien á veces de los jurisconsultos romanos el título de acciones de la ley: «*Idque legis actio vocatur*» (1).

93. Decadencia de las acciones de la ley.

Las acciones de la ley llevan el sello propio de los actos jurídicos de los pueblos que se hallan en la infancia de su civilizacion, y debieron experimentar las vicisitudes que hemos marcado en el progreso de estos actos. Su carácter sacerdotal, patricio, simbólico y sacramentalmente peligroso, estuvo cada vez más en desacuerdo con las costumbres y con la constitucion social. Para la plebe romana era sobre todo el vestigio de una servidumbre contra la cual habia tantas veces luchado. Ya en el siglo VI de Roma, segun nos dice Gayo, eran objetos del odio popular (2). Abandonadas al principio de hecho por la práctica que se introdujo de usar entre ciudadanos las formas jurídicas acostumbradas para los peregrinos; suprimidas legislativamente por la ley *ÆBUTIA* y por las dos leyes *JULIÆ*, que se atribuyen la una á Julio César (695 de R.; 46 ánt. J.-C.), y la otra, ó tal vez las dos, á Augusto (729 de R.; 25 ánt. J.-C.), no volvieron ya á usarse sino en dos casos excepcionales, entre los cuales uno de ellos es cuando el proceso ó causa debia seguirse ante el colegio de los centunviro. En fin, posteriormente sólo quedó el uso ficticio de ellas en la cesion jurídica y en sus derivados.

§ III.—SISTEMA DE LAS FÓRMULAS (*formulae*) Ó PROCEDIMIENTO ORDINARIO (*ordinaria judicia*).

94. Organizacion del poder jurídico y judicial bajo el sistema de las fórmulas.

Como magistrados: en Roma los pretores, cuyo número se au-

(1) Gay. 2. § 24.—Dig. 1. 20. *Off. jur.* 1. fr. Ulp.—1. 7. *De adopt.* 4. f. Modest.—1. 16. *Off. procur.* 3. fr. Ulp.—Paul. Sent. 2. 25. § 4.—Cod. Theod. 4. 10. *De his qua non dom. man.* 1.—Cod. Justin. 8. 48. *De adopt.* 1.

(2) Gay. 4. § 30.