

strictum. Pero no sucedió así cuando este modo de proceder se hubo extendido á las prestaciones que tenían por objeto un *incertum*. Desde entonces, en efecto, como la fórmula ordenaba condenar á *QUIQUID DARI FIERI OPORTET*, fué preciso conceder al *iudex* cierto poder de apreciación¹³, y las *conditiones incerti* vinieron á unirse al grupo de las *bonæ fidei actiones*¹⁴. De otra parte, las demandas que tendían á obtener la restitución ó la exhibición de una cosa, aunque cierta, daban igualmente lugar á un *arbitrium*. En estas acciones, con efecto, el demandado que no se libraba por una restitución ó exhibición voluntaria, se exponía á una condenación pecuniaria que el juez debía estimar, apreciando las circunstancias de la causa, *ex æquo et bono*. Bajo el régimen de las *legis actiones*, esta apreciación formaba en las *in rem actiones*, el objeto de un *arbitrium* particular, que seguía al juicio de la *sacramenti actio*¹⁵; en el sistema formulario, el todo está reunido en una sola sentencia¹⁶ y la acción entera lleva el nombre de *arbitraria actio*¹⁷.

Según esto, llegamos, por el derecho de los jurisconsultos clásicos y de Justiniano, á los resultados siguientes:

A) Los *iudicia stricta* ó *stricti iuris* comprenden las *actiones in personam*, que tendían á obtener la dación de un *certum* y en las cuales el juez debe mantenerse rigurosamente dentro de los límites trazados por la

la extensión de la obligación demandada, la cual era cierta y determinada. Cf., á cont., t. II, § 195, nota 3 sgg.) No obstante, esta misión, concedida al juez, no deja por esto de debilitar algo el carácter estricto de la acción. Así se admite, entre otras cosas, que en la *conditio rei certæ*, el demandado debe las cantidades á contar desde el momento de la *litis contestatio*, mientras que la condena en el *iudicium PECUNIAE certæ* no puede exceder la cantidad pedida. V., á cont., § 54, nota 21; t. II, § 176 *in fine*; 102, nota 3; 195, nota 28; 277, notas 26 sgg. y t. III, § 423, B.

¹³ Este *QUIQUID* (ó antiguamente *QUANTUM ÆQUIUS MELIUS*) implica en efecto el *arbitrium*. *LEX (RUBRIA) DE GALLIC CISALPINA*, c. 21. 22.—*CIC.*, de *officiis*, III, 16; *pro Roscio comædo*, 4.

¹⁴ V., á cont., t. II, § 195, nota 8, y OBSERVACIÓN.

¹⁵ V., á cont., § 117, notas 14. 24.

¹⁶ En la reivindicación así como en las acciones *negatoria* y *confesoria*, el fallo está aún compuesto de dos elementos: 1.º de la *pronuntiatio*, reconociendo el fundamento de la acción y 2.º eventualmente de la *condemnatio*, teniendo por objeto hacer conseguir al demandante vencedor la devolución ó los daños y perjuicios debidos en caso de no devolución. V., á cont., §§ 119. 121. 136 137.

¹⁷ § 31, I., de *actionibus* 4, 6. «*Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisficiat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur... In his enim actionibus... permittitur iudici ex bono et æquo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.*»—Cf. GAYO, IV, 163. «... Accipit formulam, quæ appellatur arbitraria: nam iudicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur...» V., todavía á cont., nota 26.

fórmula, sin poder atender á los medios que las partes hubieran querido hacer valer fuera de las instrucciones que en aquélla se expresaron.

B) Aparte de los *stricta iudicia*, tenemos que distinguir:

1.º Las *bonæ fidei actiones*, acciones personales ¹⁸ en las cuales se trata de una prestación que debe ser apreciada y valorada por el juez, al cual se permite, á este efecto, tener en cuenta las excepciones que las partes pudieran producir, aun cuando estos medios no estuviesen indicados en la fórmula.

2.º Las *actiones arbitrarie* en las cuales el juez tiene la misión de obrar como mediador entre las partes, á fin de dar al demandado la facultad de evitar la condenación ejecutando voluntariamente lo mandado: *si non restituat, nisi exhibeat, condemna* ¹⁹. Estas acciones, que tienen por objeto, en la mayor parte de los casos, la restitución ó exhibición de una cosa, pueden ser *in rem* ó *in personam*, y se parecen á las *bonæ fidei actiones* por la latitud que se deja al juez en la evaluación de la condenación ²⁰; pero en lo que concierne á la parte de la contestación relativa al fundamento de la acción, el procedimiento podrá ser *stricti iuris* ó *bonæ fidei*, según la naturaleza del objeto de la demanda. Así, cuando este objeto es cierto y determinado, como en la reivindicación ²¹, la cuestión de saber si el demandante tiene el derecho que persigue, constituye un *iudicium*, y las partes deben procurar que se inserten en la fórmula las excepciones y medios de que piensan hacer uso. Cuando, por el contrario, se trata de una prestación incierta, como en la acción que tiene por objeto la restitución de un depósito, el examen del fondo se hará *ex fide bona*, como la evaluación de la *condemnatio* ²².

Nos limitaremos aquí á estas nociones generales; reservándonos dar á conocer con más detalles las diferencias prácticas entre las acciones de derecho estricto y las de buena fe ²³. Importa, por tanto, hacer observar todavía que la división que acabamos de exponer está lejos de comprender toda la materia de las acciones. Por de pronto no se aplica á las acciones que conciernen á los derechos personales, y aun entre las acciones que se refieren á los derechos patrimoniales, hay un gran número que no entran en ninguna de las tres categorías. El *strictum iudicium* no

¹⁸ V., á cont., nota 25.

¹⁹ V., más arriba, nota 17 y § 45, notas 3. 5.

²⁰ GAYO, IV, 47.—Fr. 58, D., de *hereditatis petitione* 5, 3.—Fr. 38, 68, D., de *rei vindicatione* 6, 1.—Fr. 7, D., si *servitus vindicetur* 8, 5 y *passim*. V. para los detalles, á cont., §§ 119 sg; § 121 *in fine*; § 136 *in fine*; § 137 *in fine*.

²¹ Lo mismo sucede en las acciones negatoria y confesoria, en las cuales se trata de saber si tal derecho determinado pertenece al demandante ó al demandado. V., á cont., nota 24.

²² GAYO, IV, 47.

²³ V., á cont., en el libro de las Obligaciones, t. II, § 136.

tiene lugar sino cuando se trata de una acción personal que tiene por objeto la dación de un *certum* ²⁴. Las *bonæ fidei actiones* son también exclusivamente *in personam*; todavía esta calificación no se da más que á las acciones que sirven para perseguir las obligaciones que resultan de los contratos ó de relaciones análogas á los contratos ²⁵. Por fin, aunque la categoría de las *arbitrarie actiones* comprende lo mismo las acciones reales que las personales, está lejos de comprender todas las acciones no comprendidas en las otras dos categorías ²⁶.

OBSERVACIÓN.—En la exposición que precede hemos intentado establecer que el *certum* constituye la condición esencial y al mismo tiempo el carácter distintivo de las *stricti iuris actiones*. Por vía de inducción hemos llegado á esta conclusión, que no se encuentra en términos expresos en niugún pasaje de nuestras fuentes de derecho ²⁷. Los jurisconsultos

²⁴ Al expresarnos así, tomamos el término *actio stricti iuris* en el sentido limitado que se ha dado en el *Corpus iuris*, como formando antítesis á las *bonæ fidei actiones*. Haciendo abstracción de esta antítesis, resulta evidente que toda contestación que tiene por objeto la existencia de un derecho determinado, debe ser fallada en virtud del *ius*, que desde luego no puede ser otra cosa más que *strictum*. Cf. *Vaticana fragm.* 53. He aquí porque el procedimiento que determina la *pronuntiatio* en los *in rem actiones* es necesariamente *stricti iuris*, aun tratándose de un derecho de servidumbre, si bien que la promesa de constituir semejante derecho se considera como una *stipulatio incerti*. En esta materia, así como en muchas otras, se olvida con mucha frecuencia que los Romanos hablaban el latín y que, desde luego, no podemos dar un significado exclusivo y técnico á los términos empleados por los jurisconsultos. Cf. á cont., § 52, nota 2.

²⁵ V., á cont., t. II, § 195, notas 21-24.

²⁶ No se encuentra en nuestras fuentes ningún ensayo de clasificación de las *actiones stricti iuris*, lo cual tiene una explicación muy fácil, por la sola razón de que no es la naturaleza de la acción, sino el objeto reclamado, que da este carácter al procedimiento. Las numeraciones de las *bonæ fidei actiones* que encontramos en Cicerón Gayo y Justiniano son evidentemente incompletas. V., á cont., t. II, § 195. Lo mismo sucede con las *actiones arbitrarie*, en el § 31, I., de *actionibus* 4. 6. «... Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem: veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam: veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa, aut dolo malo factum est; item cum id quod certo loco promissum est petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et æquo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.» Es de estrañar que, en estas enumeraciones, los redactores de las Instituciones han olvidado la reivindicación y la petición de herencia, que son, á no dudarlo, las más interesantes entre las acciones arbitrarie. Generalmente, este último término comprende todas las acciones en que el demandado procura evitar la condena dando voluntariamente satisfacción al demandante, lo que sucede principalmente en las peticiones en que hay tendencia para la devolución ó exhibición; sin embargo, esto puede suceder igualmente en algunos otros casos, por ejemplo, en la *actio de eo quod certo loco dari oportet*. V., á cont., t. II, § 178.

²⁷ El único texto de los antiguos que hace una alusión directa á esto, es el de Cicerón, *pro Roscio comædo*, 4. «Aliud est iudicium, aliud arbitrium. Iudicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ.» V., más arriba, nota 4.

romanos, en efecto, cuando mencionan nuestra división, se ocupan exclusivamente de su alcance práctico sin examinar su base originaria. Justiniano se coloca en el mismo punto de vista en sus Instituciones, y procediendo así ha llegado á dar arbitrariamente la cualidad de *bonæ fidei iudicia* á ciertas acciones, únicamente por la razón de que quería atribuirles los efectos que las acciones de buena fe producían en el antiguo derecho ²⁰. No es, pues, extraño, que los jurisconsultos modernos hayan generalmente desconocido la base de la división en *actiones stricti iuris* y *bonæ fidei* y que hayan buscado el carácter distintivo de las dos categorías no en el objeto de la demanda, sino en la naturaleza jurídica de la relación que da lugar á la acción. Esta confusión era tanto más fácil, cuanto que la diversidad del procedimiento había creado entre las acciones de derecho estricto y las de buena fe diferencias materiales, que continuaron subsistiendo aún después que las causas que las habían creado hubieron desaparecido hacia largo tiempo. Razones de método nos impiden entrar aquí en los detalles de la cuestión, que tiene un lugar más propio en el libro tercero, donde examinaremos y combatiremos también una opinión muy extendida, según la cual la calificación de *stricti iuris actiones* pertenecía á todas las *condictiones* y á todas las acciones que resultan de las estipulaciones, aun cuando el objeto de la demanda fuese un *incertum* ²¹.

§ 52. *Directæ, utiles actiones.*—*Vulgares, in factum actiones*
(*Præscriptis verbis actiones*).

I. *Directæ-utiles actiones.* Se entiende por *utiles actiones* aquellas que han sido creadas por analogía de una acción ya existente ¹. Cualquiera otra acción puede llamarse *directa* ó *vulgaris* ². La creación de las *utiles*

²⁰ En las L. 12, C., de *hereditatis petitione* 3, 31, y L. 1, C., de *rei uxoriæ actione* 5, 13, de Justiniano la cualidad de *bonæ fidei actiones* á la petición de herencia y á la acción en restitución de dote. Respecto á esta última, es fácil de justificar. (V., á cont., t. III, § 313); pero es desconocer el carácter originario de las *bonæ fidei actiones*, que son esencialmente *in personam*, estenderlo á la petición de herencia, la cual es una *in rem actio*. V., á cont., t. III, § 408.

²¹ V., á cont., t. II, § 195.

¹ Á menudo se espresa esta analogía con la palabra *quasi* antepuesta al nombre de la acción, por ejemplo, *quasi Serviana actio*. La palabra *utilis* indica la misma idea, por eso han procurado hacerla derivar de *ut, uti*. Hugo, *Gesch. des R. R.*, p. 657 (ed. XI).—Haremos observar, además, que *actio* ó *exceptio utilis* tiene con frecuencia el significado de una acción ó excepción eficaz, que se puede utilizar con buen resultado. Fr. 22, § 2. Fr. 37, D., *mandati* 17, 1.—Fr. 4, D., de *in diem addictione* 18, 2.—Fr. 30, § 1, D., *emti* 19, 1.—Fr. 2, D., de *æstimatoria* 19, 3.—Fr. 24, § 2, D., de *liberali causa* 40, 12.—Fr. 3, § 5, D., *uti possidetis* 43, 17.—Fr. 11, § 10, D., *quod vi aut clam* 41, 24.—Fr. 2, de *migrando* 43, 32.—Fr. 16, D., de *exceptionibus* 44, 1.—Fr. 31, D., de *regulis iuris* 50, 17.—L. 1, C., de *pactis conventis* 5, 14.

² En este sentido la palabra *directa* es más usada. *Vulgaris actio* se opone á *utilis*, en el Fr. 46, D., de *hered. instituendis* 28, 5; á una acción pretoria en los Vatic.

acciones, que encontramos en el dominio del *ius civile* así como en el derecho honorario ³, está conforme con la costumbre de los Romanos, los cuales, en sus reformas, procedían raras veces de una manera radical, limitándose á extender las instituciones existentes á medida que las necesidades de la época hacían que se descubriesen vacíos en la legislación. Á este efecto, se valían de *ficiones*, que se insertaban en la *intentio* de la fórmula, que desde entonces tomaba el nombre de *fititia actio* ⁴. Esta ficción, unida á la fórmula, ordenaba al juez que aplicase al caso tal disposición legal, aun cuando faltara alguna de las condiciones requeridas, autorizándole el pretor para proceder como si esta condición existiese ⁵. Cuando se creaba una *utilis actio*, nada impedía que el principio en virtud del cual había nacido, se extendiese á su vez y diese lugar á una nueva acción *útil*. Así, hemos visto que la *Publiciana in rem actio* se creó como *utilis*, por analogía con la reivindicatoria, por medio de una ficción por la cual se consideraba al demandante como habiendo cumpli-

fragm. 102 y Fr. 42, pr. D., *de furtis* 47, 2; á las *acciones in factum* en el Fr. 4, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5.—Las palabras *directus*, *directo*, se usan igualmente en significados diversos. *Actio directa* se encuentra á menudo en un sentido muy distinto del que aquí tratamos, como opuesto á la *actio contraria* (á cont., t. II, § 197). Á veces también sucede que ambas palabras tienen un significado vulgar, como para nosotros las palabras *directo*, *directamente*. Así es que según el Fr. 84, D., *pro socio* 17-2, podemos obrar *directo* con una *actio utilis (quasi ex iure cesso)*, es decir que podemos obrar *directamente* sin necesidad de pasar por el rodeo de una cesión (cf. á cont., t. II, § 183). V., todavía GAYO, I, 24. II, 275. 289; ULPIANO, II. 7. 8 y *passim*.

³ Tan considerable es el número de las acciones pretorias útiles que no queremos intentar enumerarlas. Las acciones útiles derivando del *ius civile* son poco numerosas, porque las acciones establecidas por la legislación son todas *directæ*. Sin embargo, en casos particulares, la interpretación de los jurisconsultos creó algunas (v., á cont., t. II, § 194, y t. III, § 357; § 392. III. IV; § 393, III. IV; § 413, notas 19 sgg.); y hasta Diocleciano, tuvieron los emperadores bastante modestia para dar el calificativo de *útil* á las acciones que creaban por analogía. L. 8, C., *de rei vindicatione* 3, 32.—L. 7, C., *de pactis conventis* 5, 14—L. 3, C., *de donationibus quæ sub modo* 8, 55.

⁴ ULPIANO, XXVIII, 12. Cf., más arriba, n.º 125. 128. 129.

⁵ Así la acción por robo se daba ordinariamente solo al ciudadano romano. Cuando un extranjero acababa de ser víctima de un robo, el pretor no hallaba otro medio para hacerle participar de la protección legal que el de la *fingere civitatem*, es decir mandar al juez condenar el ladrón como lo sería según la ley en caso de que el demandante fuese ciudadano: SI PARET OPE CONSILIOVE NÍ NÍ DIONI FURTUM FACTUM ESSE PATERE AUREE; QUAM OB REM SI DIO CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET *rel.* GAYO, IV, 37. En otros casos, el juez estaba obligado á obrar como si el demandante fuese ya heredero, por mas que no lo fuese según el rigor del derecho; y también, como si el demandante tuviera ya cumplida la usucapion de una cosa que solo estaba en circunstancias para usucapirla, etc. GAYO, IV, 34-38. «Ficto se herede... Fingitur rem usucepisse... Civitas ei romana fingitur... fingimus adversarium capite deminutum non esse.»—ULPIANO, XXVIII, 12.—Se encontrarán explicaciones más detalladas á cont., con relación á la acción publicana (§§ 122. 139), de la *bonorum emtio* (t. II, § 299) y de la *bonorum possessio hereditaria* (t. III, §§ 359. 372).

do la usucapión que sólo había empezado ⁶. La *Publiciana actio* no se refería al principio más que á las cosas corporales, es decir, al derecho de propiedad; después, el principio que la informaba se extendió á las servidumbres y á los demás derechos reales ⁷, y, en esta aplicación, hubiera podido llamarse *utilis Publiciana actio* ⁸.

Las relaciones jurídicas protegidas por una *actio utilis* ofrecieron siempre gran analogía con los derechos expresamente sancionados por el *ius civile*. Cuando semejante analogía no existía en una especie que parecería merecer la protección legal, y que, por consiguiente, no había medio de aplicar por extensión un principio ya consagrado, era preciso crear acciones originarias, que se llamaban por excelencia *in factum actiones* ⁹, para indicar que estaban fundadas no en una regla del *ius civile*, sino en la equidad que resultaba del conjunto de los hechos ¹⁰. Las acciones de este género fueron creadas tanto por el pretor como por la jurisprudencia, *prætoricæ in factum actiones*, *civiles in factum actiones* ¹¹. Entre estas últimas, las *civiles*, hay algunas que se distinguen con el nombre de *præscriptis verbis* ¹², y ofrecen la particularidad de que, perteneciendo á la categoría de las *in factum actiones*, tienen una *intentio in*

⁶ V., más arriba., n.º 125, y á cont., § 92, C, 1; § 122.

⁷ Fr. 11, § 1, D., de *Publiciana in rem actione* 6, 2, y á cont., §§ 122. 136. 137. 139, notas 9. 149. 152. 166.

⁸ No se encuentra este término; pero encontramos en el Fr. 7^o, D., de *rei vind.* 6, 1, la locución *quasi Publiciana actio*, para designar una extensión de la *Publiciana* á un caso que, en verdad, es distinto del que tratamos en nuestro texto.

⁹ Decimos *por excelencia*: porque, en sentido más extenso, el término *in factum actiones* también comprende las *actiones utiles*; puesto que no están exclusivamente fundadas sobre el *ius*, y por el contrario, suponen siempre hechos especiales que impiden que la especie para la cual han sido creadas entre exactamente en las disposiciones del *ius*, por lo que su extensión por analogía es necesaria. Se puede, pues, decir que toda *actio utilis* es *in factum*, así como por otra parte, toda *actio in factum* creada por analogía merece el nombre de *utilis actio*; lo que, además, estaría conforme con el lenguaje de los juriconsultos romanos, que á menudo hacen uso de estos dos términos sin distinción. Fr. 16, D., ad *exhibendum* 10, 4, y Fr. 5, pr. D., si *ensor*. 11, 6. —Fr. 12, § 6, D., *mandati* 17, 1, y Fr. 46 in f. D., de *hered. instit.* 28, 5. —Fr. 50, § 4, y Fr. 51, D., de *furtis* 47, 2. —Fr. 15, § 36, D., de *damno infecto* 39, 2. —Fr. 18, § 1. Fr. 30, D., de *mortis causa donationibus* 39, 6 y *passim*. V., á cont., t. II, § 271:

¹⁰ Fr. 1, pr. D., de *præscriptis verbis* 19, 5. «Nonnumquam evenit ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas quæ *in factum* appellantur...» Cf. la OBSERVACIÓN añadida al presente párrafo.

¹¹ V., á cont., t. II, § 194.

¹² Este nombre viene de la *præscriptio* que se halla al frente de la fórmula, teniendo por objeto explanar los hechos que han de servir de base á la acción. Fr. 2, D., de *præscriptis verbis* 19, 5: «Nam cum deficiunt vulgaria atque usitata, actionum nomina, *præscriptis verbis* agendum est.»—L. 6, C., de *transactionibus* 2, 4. «...Actio quæ *præscriptis verbis* rem gestam demonstrat.»—Pero ¿por qué han llamado á esta explicación *præscriptio* y no *demonstratio*? Á cont., t. II, § 243 se encuentra la contestación á esta cuestión.

ius concepta ¹³.—El principio de una *in factum actio* puede, á su vez, ser extendido por analogía, dando lugar á una *utilis in factum actio* ¹⁴.

Combinando las divisiones que preceden con las divisiones de las fórmulas que hemos dado á conocer en el § 45, obtenemos la clasificación siguiente:

A). Las *acciones vulgares* eran *civiles* ú *honorariæ*. Las primeras tenían todas una *iuris civilis intentio* y eran, por consiguiente, *in ius conceptæ*; las acciones honorarias eran todas *in factum conceptæ* ¹⁵.

B). Á las acciones vulgares se oponían todas las demás acciones bajo el nombre general de *in factum acciones*. En esta categoría encontramos:

1.º Las *acciones utiles*, es decir, las acciones creadas por analogía, así civiles, como pretorias.

2.º Las *in factum acciones* propiamente dichas: ya civiles, entre las cuales tenemos que distinguir principalmente las *actiones præscriptis verbis*, provenientes de una *intentio iuris civilis*; ya pretorias, *prætorix in factum acciones*.

Todas estas distinciones, en su origen importantes para la redacción de las fórmulas y para la marcha del procedimiento, no tienen más que un interés histórico en el derecho nuevo. La legislación de Justiniano ha conservado, sin embargo, los nombres transmitidos por las generaciones precedentes, y no se puede desconocer que la antigua terminología es todavía á menudo útil para dar á conocer el origen y, por consiguiente, la naturaleza del derecho á cuya acción se refiere.

OBSERVACIÓN. Las locuciones *in ius* é *in factum* unidas á la palabra *formula* tienen la misma significación que cuando acompañan á la palabra *actio*. *Factum* comprende todo lo que no es una emanación directa del *ius civile*. Pero en la aplicación se encuentran diferencias provinientes de que fórmula es calificada según la redacción de la *intentio*, es decir, las conclusiones del demandante, mientras que se denomina la acción según el fundamento de la demanda. Así, puede suceder que una *in factum actio* tenga una *fórmula in ius concepta*; tal es el caso de la *præscriptis verbis in factum actio* cuya *intentio* es *iuris civilis*: QUIDQUID OB EAM REM DARI FIERI OPORTET ¹⁶. Pero hay que hacer notar que el término *in factum actio* no se emplea habitualmente más que cuando se trata de *acciones in personam*, y que las *acciones in rem*, creadas por el edicto del pretor y que ciertamente tenían una *formula in factum concepta*, como la acción can-

¹³ Esta contradicción aparente será explicada á cont., nota 16, y principalmente t. II, § 243, en que nos ocupamos de los contratos innominados que presentan la aplicación más interesante de las *præscriptis verbis acciones*.

¹⁴ Fr. 7, § 1, D., *de religiosis* 11, 7.—Fr. 26, § 3, D., *de pactis dotalibus* 23, 4.—L. 3, C., *de donationibus sub modo* 8, 55. Cf. á cont., t. II, § 256, n.º 3.

¹⁵ GAYO, IV, 45, 46.

¹⁶ V., más arriba, nota 13 y á cont., t. II, § 243.

tesoria concedida *tutone prætoris*, las acciones vectigal y superficiaria, la acción Serviana, etc., no se llaman casi nunca *in factum actiones* 17.

§ 53. Otras diversas especies de acciones.

I. *Præiudiciales acciones*. Hemos visto más arriba que se entiende por *præiudicialis fórmula* aquella que no contiene condenación 1. El fin de las acciones en las cuales se emplea semejante fórmula es hacer declarar, *pronuntiare* 2, que tal cualidad ó derecho nos pertenece, dejando para después la deducción de las consecuencias 3. Esto se hacía antiguamente en un gran número de especies 4 que han desaparecido en el derecho nuevo, en el cual solo son tratadas como incidentes del procedimiento al que suelen preceder. Hay una categoría de acciones prejudiciales en las cuales la sentencia tiene un valor absoluto, abstracción hecha de toda otra cuestión que pueda prejuzgar, á saber: las cuestiones relativas al estado de las personas, *questiones s'atus*. Estas acciones se han conservado y parece que Justiniano aplica exclusivamente á ellas la frase 5, *præiudiciales acciones* 6.

17 En el Fr. 11, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1, la acción Serviana parece recibir el calificativo de *in factum actio*. Cf. á cont., § 154 *in fine*.

1 GAYO, IV, 44. — TRÓFILO, ad § 13, I., *de actionibus* 4, 6. V., más arriba, § 44, nota 17.

2 Electivamente, este término está empleado en las acciones prejudiciales, así como en las demás acciones *in rem actiones*, para designar la declaración del juez que establece la existencia de un derecho en la persona del demandante. V., más arriba, § 50, nota 11, y Fr. 8, § 1, D., *de in ius vocando* 2, 4 — Fr. 8, § 1, D., *quod metus causa* 4, 2 — Fr. 24, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 7, § 1, D., *de hered. petit.* 5, 3. — Fr. 54, 67, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 14, D., *de probationibus* 22, 3. — Fr. 1, § 10. Fr. 3, pr Fr. 5, § 9, D., *de agnoscendis et alendis liberis* 25, 3. — Fr. 7, § 8, D., *de liberali causa* 40, 12.

3 GAYO, IV, 44. «...Sicut in præiudicialibus formulis. qualis est, qua queritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit et alæ complures...» Cf. las notas que siguen.

4 Tales son los *præiudicia* relativos á la cuestión de saber: *quanta dos sit* (GAYO, IV, 44, en la nota precedente); *an in sponsoribus accipiendis legitime præscriptum sit* (GAYO, III, 123, y á cont., t. II, § 261); *an bona iure venierint* (GAYO, IV, 46. Cf. á cont., nota 5 *in fine*, y t. II, § 269); *an curialis* (L. 19, Th. C., *de episcopis* 16, 2); *an ea res de qua agit ir maior sit centum sestertii* (PAULO, V, 9, 1).

5 § 13, I., *de actionibus* 4, 6. «Præiudiciales acciones in rem esse videntur, quales sunt per quas queri ur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo...» Cf. Fr. 8, § 1, D., *de in ius vocando* 2, 4. — Fr. 1, § 16. Fr. 3, § 2-5, D., *de agnoscendis et alendis liberis* 25, 3. — Fr. 7, § 5. Fr. 10. 11. 12, D., *de liberali causa* 40, 12, y Fr. 6, D., *si ingenuus esse dicetur* 40, 14. Cf. á cont., § 335, nota 46 — L. 9, C., *de patria potestate* 8, 47. — § 13, I., *de actionibus* 4, 6. V., sin embargo, Fr. 30, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. «Imperatores Antonina et Veras rescipiarunt, eos qui bona sua negant iure venisse, præiudicio experiri debere, et frustra Principem desiderare rescindi venditionem.»

6 GAYO y JUSTINIANO tratan esta división no más que con relación á los *interdictos*. (GAYO, IV, 156-160. — § 7, I., *de interdictis* 4, 15). El termino *iudicium duplex* aplicado á las acciones divisorias, se halla en el Fr. 2, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3. — En el Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7, estas acciones se llaman *mixtas*.

II. *Iudicia simplicia y duplicia*. Llámense *iudicia duplicia* ó *mixta*, aquellos en los cuales cada una de las partes puede obtener el papel de demandante ó de demandado; en otros términos, los procesos en los cuales la condenación puede dirigirse tanto contra el demandante como contra el demandado ⁷. Los *iudicia simplicia*, en los cuales no puede esto tener lugar forman la regla. En el número de los *iudicia duplicia* figuran las acciones divisorias así como las que tienden á mantenernos en la posesión de una cosa, *interdicta retinendæ possessionis*, ó en el disfrute de un acueducto ⁸. En los casos de que acabamos de hablar, la doble acción resulta de la naturaleza misma de la relación jurídica; pero puede también haber acción doble en virtud de hechos extrínsecos, particularmente cuando el demandado, que lo ha sido ante su juez competente, formula ante el mismo una pretensión cualquiera que puede tener en contra de su adversario. Trataremos de este procedimiento que suele designarse por el nombre de demanda de reconvenções, *mutua petitio*, cuando nos ocuparemos en una institución análoga, la compensación, que figura entre las causas de extinción de los derechos de obligación ⁹.

III. *Actiones rei persequendæ causa comparatæ, actiones pœnales, actiones mixtæ* ¹⁰. Esta división se aplica particularmente á las acciones que resultan de un delito ó en general, de un hecho ilícito. Semejante acto impone á aquel que lo comete la obligación de reparar el daño que ha causado. Pero en muchos casos, la parte perjudicada puede, además, exigir una pena pecuniaria fijada por la ley. La acción que tenemos para repetir la cosa de que hemos sido privados, ó para obtener reparación del daño que se nos ha causado, se llama *rei persequendæ causa comparata, rei persecutoria* *; aquella por la cual pedimos el pago de la pena pecuniaria se llama *pœnalis*. En algunas acciones provenientes de un delito, los dos elementos se encuentran reunidos, es decir, que estas acciones sirven para pedir á la vez reparación del daño y pago de la pena: se llaman *mixtæ*.—Aún cuando esta división no tenga importancia más que para las acciones provocadas por un hecho ilícito, Justiniano la aplica á todas las acciones que tienen por objeto un interés pecuniario.

⁷ GAYO, IV, 157 (§ 7, I., de *interdictis*, 4, 15). «Ideo autem *duplicia* vocantur, quia par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet.» En la redacción de nuestro texto, hemos corregido todo lo que este pasaje tiene de más absoluto. Cf. á cont., § 89, nota 48, y t. II, § 278.

⁸ A) V., á cont., t. II, § 278.—B) V., á cont., §§ 89, 138, n.º 2.—Entre ambas categorías existe la diferencia de que las acciones divisorias son siempre necesariamente *iudicia duplicia*, mientras que los interdictos posesorios pueden ser, según los casos, *duplicia* ó *simplicia*. V., §§ 89, 138 citados.

⁹ V., á cont., t. II, § 291.

¹⁰ GAYO, IV, 6-9.—§ 16-19, I., de *actionibus* 4, 6.—Fr. 35, D., de *obligationibus et actionibus* 44, 7.—V., á cont., t. II, §§ 267-272.

En esta acepción, la categoría de las acciones *rei persecutorias* comprende de todas las que no tienen por objeto la persecución de una pena ¹¹.

IV. *Acciones populares* †. Designanse con este nombre ciertas acciones penales que presentan la particularidad de poder ser intentadas por cualquier ciudadano, aunque no tenga en ello interés personal ¹². Estas acciones se refieren principalmente á cuestiones de interés general que consideramos hoy día como pertenecientes al dominio de la policía. Carecemos de noticias ciertas sobre el origen de esta interesante institución. Tal vez pudieran referirse á los interdictos dados por el pretor para asegurar á los ciudadanos el uso de las cosas públicas, *res publicæ*. El particular no tiene, á la verdad, ningún derecho preciso y determinado sobre estas cosas; pero si alguno impide hacer de ellas el uso que la república permite á todos los miembros de la comunidad, encuentra protección en el pretor ¹³. Al obrar así en su interés personal, el ciudadano defiende los intereses de todos, los derechos de la comunidad, del Estado. Desarrollada esta idea con el tiempo, el pretor extendió su solicitud á dos puntos de vista, primeramente autorizando á los particulares á obrar aún en las hipótesis en que no tenían un interés personal; y des-

¹¹ § 17, I., de *actionibus* 4, 6. — Por lo demás, hay que notar que la nomenclatura no es tan rigurosa como la teoría la presenta. El término *actio pœnalis* se aplica á veces á acciones mixtas, y en el Fr. 1, § ult. D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* 43, 4, sirve además para designar una acción *repersecutoria* resultante de un delito.

† Lit. D., de *popularibus actionibus* 47, 23. — En esta materia seguiremos en gran parte la disertación de M. BRUNS, *Des actions populaires*, que se encuentra en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. III, p. 341-415, que ya hemos tenido ocasión de mencionar más arriba, n.º 95 *in fine*.

¹² Al tratar de la justicia criminal, (n.º 95 *in f.*), hemos hablado de las persecuciones penales por procedimiento civil que tienen por objeto la obtención de un castigo pecuniario, pudiendo dirigirse contra el culpable por medio de un magistrado cualquiera ó también por cualquier ciudadano, *qui volet*. Entre estas persecuciones y las *acciones populares* de que tratamos, existía esta diferencia que, las primeras tenían un carácter público el demandante, obrando *procuratorio nomine* por el Estado ó un municipio, hacía que el importe de la condena quedase en provecho de la comunidad por la cual obraba, mientras que nuestras *acciones populares* son acciones puramente de carácter privado que, por la *litis contestatio*, entran en el patrimonio del demandante (cf. á cont., notas 18, 19). Estas acciones públicas, bastante frecuentes en los últimos tiempos de la república y principios del imperio, vienen á ser de cada día más escasas en lo sucesivo y existen de ellas sólo dos muestras en la legislación de Justiniano, la *actio de termino moto* y la acción creada por un edicto de *tabulis aperiendis*. Fr. 3, pr. D., de *termino moto* 47, 21 y Fr. 25, § 2, D., de *So. Sullaniano* 29, 5, V., no obstante, á cont., nota 20. — Como, á pesar de la diferencia que acabamos de señalar, ambas categorías de acciones se refieren, en lo general, á hechos que pertenecen al mismo orden de ideas, preciso es preguntar cuál será la razón que habrá determinado á los Romanos á admitir unas veces la acción pública y otras la acción privada. Tenemos que volver sobre esta cuestión embarazosa, á cont., t. II, § 279, OBSERVACIÓN.

¹³ V., más arriba, n.º 124.

pués reemplazando los interdictos por medios más directos, por las *in factum acciones* ¹⁴. Así, encontramos, en tiempo de los jurisconsultos clásicos, diversos interdictos y otras acciones pretorias populares ¹⁵, accesibles á todo ciudadano de reputación intachable ¹⁶, con la diferencia de que, en el caso en que muchos individuos se presentan como demandantes, el pretor concede la preferencia á aquel que tiene un interés personal y subsidiariamente á aquel que parece el más apto para perseguir la instancia ¹⁷. La acción tiene por objeto hacer que el demandante obtenga el importe de la pena pecuniaria con que es castigado el hecho ilícito ¹⁸, en su caso, los daños é intereses ¹⁹.—A estas acciones pretorias se agregan además cierto número de acciones diversas que, sin recibir la misma calificación, participan no obstante más ó menos de la naturaleza de las acciones populares ²⁰. Por último nuestras fuentes mencionan las *acciones y exceptiones quasi publicæ* ó *quasi populares* ²¹.

OBSERVACIÓN. Además de las acciones cuya enumeración hemos hecho en los cuatro párrafos que preceden, existen todavía otras divisiones en las cuales no hemos juzgado útil ocuparnos, por la razón de que no tienen casi importancia real ²² ó que en virtud de su naturaleza especial.

¹⁴ V., más arriba, n.º 126, y á cont., § 71, notas 18, 29 sgg.

¹⁵ Además de los interdictos relativos á las *res divini iuris* y de las *res publicæ* así como el interdicto *de libero homine exhibendo* (Fr. 1, D., *de locis publicis* 43, 7, y á cont., § 71 *in fine*; t. II, §§ 284, 285 *in f.*), tenemos que notar las acciones pretorias *de effusis et deiectis, de positis et suspensis, de sepulcro violato, de albo corrupto* (t. II, § 279, n.º 2, 3; § 286) y las acciones edilicias *de feris bestiis* (t. II, § 282 *in fine*).

¹⁶ Fr. 4., D., *h. t.*, más arriba, § 18, nota 9. Las mujeres y los impúberos no pueden obrar más que cuando tienen en ellas un interés personal. Fr. 6, D., *eodem*.

¹⁷ Fr. 2, 3, § 1, D., *h. t.*—Fr. 5, § 5, D., *qui effuderint* 9, 3.—Fr. 3, § 12, D., *de libero homine exhibendo* 43, 29 —Fr. 3, pr. § 9. Fr. 6, D., *de sepulcro violato* 47, 12.

¹⁸ Fr. 1, pr. Fr. 7, D., *de his qui effuderint* 9, 3.—Fr. 3, pr. Fr. 8, D., *de sepulcro violato* 47, 12. Cf. BRUNS, *l. l.*, p. 379-388.

¹⁹ Fr. 2, § 34, 44, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8.—Fr. 1, § 3, D., *de via publica et de itinere publico reficiendo* 43, 10.—Fr. 3, pr. § 9, 10, D., *de sepulcro violato* 47, 12.—Cf. Fr. 3, § 13, D., *de libero homine exhibendo* 43, 29.—Es natural que sólo el demandante obtenga en su interés personal los daños y perjuicios; no debemos perder de vista que, en los interdictos prohibitivos, el interés podía nacer después de las *sponsiones pœnales* que se encontraban en estos interdictos. Cf. á cont., § 71.

²⁰ A este orden de ideas pertenece la denuncia de nueva obra *publici iuris tuendi gratia* (t. II, § 283, II) y la *actio de collusione detegenda* (t. III, § 335 *in fine*).—Las dos acciones creadas por Justiniano, con objeto de repetir las cantidades perdidas al juego y reclamar de los legados hechos á favor de las *piæ causæ* (L. 3, C., *de aleatoribus* 3, 43.—L. 46, § 6, C., *de episcopis* 1, 3) son más bien retroceso hacia las antiguas acciones públicas de que hemos hablado más arriba, nota 12. Cf. á cont., t. II, § 267, y t. III, § 423, B.

²¹ *Vaticana fragm.*, 226, y á cont., t. II, § 253.—§ 3, I, *de suspectis tutoribus* 1, 26, y á cont., t. III, § 350, n.º 5.

²² Tales son las divisiones romanas en *acciones de universitate propositæ* y *acciones singularum rerum*, en *acciones generales* y *acciones especiales*. Fr. 1, pr. D., *de rei vind.* 6, 1.—Fr. 38, pr. D., *pro socio* 17, 2.

encontrarán mejor lugar en la exposición de las materias con las cuales tienen una relación directa. Así, hablaremos de la división en *actiones perpetuae* y *temporales* cuando nos ocuparemos en la prescripción ²⁰. Las *conditiones* encontrarán su lugar en el libro de las obligaciones, donde daremos igualmente la explicación de los términos *actio directa* y *actio contraria* ²¹.

EFFECTOS DE LA ACCIÓN INTENTADA. LITIS CONTESTATIO.

§ 54.

Cuando el demandante ha intentado su acción, la autoridad judicial entiende en el proceso *controversia mota est*; pero la acción no está realmente constituida y no produce los efectos de que vamos á hablar, hasta que hay la *litis contestatio* ¹. Hemos visto más arriba que al principio se daba este nombre al acto por el cual las partes se obligaban mutuamente á aceptar el *iudicium* y á someterse á todas las consecuencias que del mismo podían derivarse ². Este acto terminaba el proceso ante el pretor, *in iure*, y fijaba las pretensiones respectivas de las partes. Es evidente que después de la fusión del *ius* con el *iudicium*, ya no puede tener efecto la antigua *litis contestatio*; pero como se habían atribuido á este acto consecuencias muy importantes, se ha conservado el nombre, y se ha determinado por leyes particulares el momento del procedimiento en el cual *lis contestata videtur* ³, lo que evidentemente no puede tener lugar antes que las partes se hayan explicado acerca de sus pretensiones respectivas ⁴.

La *litis contestatio* da á la acción el carácter de obligación de que hemos hablado más arriba ⁵. Reemplaza las relaciones que han podido existir entre las partes por una relación obligatoria cuyos efectos serán determinados por la sentencia ó, como decían los Romanos, opera una nova-

²⁰ A cont., § 58.

²¹ *Conditiones*, á con., t. II, § 194. — *Actiones directæ, contrariæ*, t. II, § 197.

¹ Para designar esta fase del proceso, encontramos los términos *lis inchoata*, *ordinata*; *iudicium ordinatum*, *acceptum*, etc.

² V., más arriba, § 47, notas 33-35. El término *litem contestari*, si bien se aplica á las dos partes, se admite con preferencia cuando se trata del demandante; *iudicium accipere* más bien se admite para el demandado.

³ L. 1, § 1, Th. C., de *actionibus certo temp. finiendis* 4, 14. — L. 14, § 1, I. C., de *iudiciis* 3, 1. — L. 1, I. C., de *litis contest.* 3, 9. — Nov. 53, c. 3; 82, c. 10; 96, c. 1.

⁴ Encuéntrase la misma idea ya expresada en una constitución de Severo y Caracalla. I. 1, in f. C., de *litis contestatione* 3, 9. «...Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire cœperit.» Cf. L. 2, pr. C., de *iurjurando propter calumniam* 2, 59.

⁵ V., más arriba, § 49.

ción⁶. La idea de la novación, tomada en el sentido rigurosamente técnico, contiene esencialmente dos elementos: á saber, la extinción de un derecho originario y la creación de un derecho nuevo que viene á sustituir al derecho extinguido⁷. Aunque con todo rigor, la idea no fuese aplicable de una manera absoluta á nuestra materia; sin embargo los Romanos han preferido perseguir aunque de lejos esta analogía.

I. Extinción del derecho originario. Este efecto de la *litis contestatio* se señala generalmente en nuestras fuentes, como la consecuencia primera é inmediata de la *litis contestatio*⁸. Realmente sucedía así en las *actiones personales in ius conceptæ*, que se fallaban *legitimo iudicio*. La obligación que les servía de base quedaba extinguida de pleno derecho, y el demandante no podía obtener el pago ni hacer valer su crédito en justicia de otro modo que prosiguiendo la acción intentada. No sucedía lo mismo con respecto á las *actiones in rem*: la naturaleza de los derechos que les servían de base se oponía á ello. ¿Cómo, en efecto, puede admitirse que un derecho personal ó real quede extinguido porque el demandado se obligue á someterse al fallo que tiene precisamente por objeto hacer constar el derecho⁹? No obstante, si el demandante intentase hacer valer el mismo derecho por medio de otra acción, el pretor ponía al demandado al abrigo del nuevo proceso por medio de una *exceptio rei in litem deductæ*¹⁰. El mismo medio se daba al demandado cuando la instancia

⁶ He aquí, pues, como explican los Romanos los cambios que el proceso produce en las relaciones de las partes: «...Apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere post condemnationem iudicatum facere oportere.» GAYO, III, 180. — Respecto á esto, existía una controversia sobre la cuestión de saber si, en los *iudicia stricta*, el demandado podía evitar la condenación pagando desde el instante de la *litis contestatio*. Los Sabinianos se decidían por la afirmación *et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia iudicia esse absolutoria*. Por el contrario, los Proculeyanos sostenían que el pago voluntario después de la L. C., no impedía que el demandado fuese condenado, pudiendo, no obstante, oponer una excepción á la ejecución del fallo ó repetir como indebidamente entregado lo que él había pagado por segunda vez. No hay que decir que en el derecho moderno, ha prevalecido la opinión de los Sabinianos. GAYO, IV, 114. — § 2, I., *de tempor. act.* 4, 12. — Fr. 5, pr. D., *de publicanis* 30, 4. — El Fr. 84, D., *de verb. obl.* 45, 1, contiene quizá una reminiscencia de los Proculeyanos, á menos que se entienda como de una *stipulatio pænæ*. V., á cont., t. II, § 258.

⁷ V., á cont., t. II, §§ 293 294.

⁸ GAYO, III, 180. IV, 107. — *Vaticana fragm.* 263. — Fr. 1. 11, § 1. Fr. 29, D., *de novat.* 46, 2. — Fr. 23, D., *de solutionibus* 46, 3.

⁹ V., lo que ya hemos dicho más arriba, § 50, nota 11.

¹⁰ GAYO, III, 180. «Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione...» — GAYO, IV, 105. «Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quæ in factum concepta est, sive ea quæ in ius habet intentionem, postea nihilominus ipso iure de eadem re agi potest: et ideo necessaria est exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ. 107. At vero, si legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quæ iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id ex-

había sido entablada por una *in factum actio*, ó en general, por un *iudicium imperio continens* ¹¹. Hay que hacer notar por lo tanto que aún en el caso en que se aplicaba rigurosamente la idea de la novación, no se admitían las consecuencias que hubieran hecho la posición del demandante de peor condición que la que obtenía ántes de intentar la acción; lo cual en efecto, hubiera sido directamente contrario al objeto de la acción. Así, de una parte, se reconocía que la extinción no afectaba al elemento natural de la obligación ¹²; y de otra parte, los accesorios del derecho extinguido, esto es, los privilegios y las hipotecas, así como la obligación de pagar los intereses que podían estarle agregados continuaban subsistiendo ¹³. Tal era el sistema en tiempo de los jurisconsultos clásicos. Justiniano no lo cambió formalmente; pero del conjunto de su legislación y de algunos textos, resulta implícitamente que entendió reducir este efecto extintivo á lo indispensablemente necesario para atender al objeto final de todo proceso ¹⁴. En el derecho nuevo, la *litis contestatio* no extingue pues el derecho que sirve de base á la acción, pero impide que el demandante pueda intentar una nueva instancia contra el demandado fundándola en el mismo capítulo en que haya apoyado la otra instancia. La excepción por la cual este último está protegido no tiene nombre particular en la compilación de Justiniano; se presenta en ella bajo la forma general de una *exceptio doli ó in factum* ¹⁵.

ceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatæ, vel in iudicium deductæ. 108. Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.»—Cf. CIC., *de oratore*, I, 37. «...Petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur: QUOD EA RES IN IUDICIUM ANTEA VENISSET...»

¹¹ GAYO, III, 181. IV, 106 sg.—Cf. Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa* 4, 2; Fr. 19, § 1, D., *de hereditatis petitione* 5, 3, y Fr. 7, § 5, D., *de excep. rei iudicatæ* 44, 2.—En las *in factum acciones*, y, generalmente, en todas las *acciones in personam*, el principio de la novación hubiera podido mantenerse con todo su rigor. Fácil es comprender que no se ha hecho para las acciones pretorias *in factum* y las *iudicia imperio continentia*, porque estas acciones son derivadas del *imperium* del pretor y este magistrado no podía anular directamente un derecho, sino solamente hacerlo ineficaz. Esta razón, pues, puede aplicarse tan sólo á las *in factum acciones* de origen civil.

¹² Fr. 28, 60, pr. D., *de condict. indebiti* 12, 6.—Fr. 50, § 2, D., *de peculio* 15, 1.—Fr. 6, 8, D., *de compensationibus* 16, 2.—Fr. 8, § 3, D., *de fideiussoribus* 46, 1.

¹³ Fr. 29 in f. D., *de novationibus* 46, 2. «...Neque enim deteriores causas nostras facimus actionem exercentes, sed meliorem.»—Fr. 11., § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7.—Fr. 27, D., *de pignoribus* 29, 1.—Fr. 22, D.; *de tutelæ actione* 27, 3.—Fr. 86, 87, D., *de regulis iuris* 50, 17.—Cf. Fr. 30, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2.—Fr. 50, § 2, D., *de peculio* 15, 1.—Fr. 8, § 3, D., *de fideiussoribus* 46, 1.—L. 8, C., *de novationibus* 8, 42.—Antiguamente existía una excepción, en lo relativo á las obligaciones correales y las fianzas contratadas por medio de *stipulatio*. Cf. t. II, §§ 186. 263.

¹⁴ L. 28, C., *de fideiussoribus* 8, 41.—Cf. L. 9, C., *de præscriptione triginta annorum* 7, 39.—L. 1, § 1, C., *de annali exceptione* 7, 40.—Encuéntranse ya anteriormente vestigios de semejantes tendencias á favor de los pupillos. Fr. 46, § 5, D., *de administr. tutorum* 24, 7 y L. 2, C., *de iudiciis*, 3, 1.

¹⁵ Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa* 4, 2.—V.; también á cont., § 62, nota 7.

II. Establecimiento de una obligación nueva. El contenido de esta obligación no está, á la verdad, determinado más que por la sentencia que se habrá de pronunciar; pero el lazo obligatorio ¹⁶ no por esto existe menos entre las partes desde el momento de la *litis contestatio* ¹⁷ y se manifiesta por muchos efectos importantes: 1.º Cada una de las partes puede exigir que la instancia se continúe, tal como ha sido entablada, hasta que recaiga sentencia definitiva ¹⁸ que haga constar la existencia ó no existencia del derecho litigioso en el momento de la *litis contestatio* ¹⁹. El objeto de la demanda queda invariablemente fijado, y el demandante no puede ya cambiar sus conclusiones ²⁰. 2.º La obligación resultante de la instancia entablada forma parte del patrimonio de los dos adversarios y pasa á sus herederos respectivos ²¹. 3.º La creación de este lazo obligatorio produce el efecto de interrumpir la prescripción que ha podido empezar á correr respecto del derecho originario ²². 4.º El fallo que deberá dictarse tendrá un efecto retroactivo al día de la *litis contestatio*, es decir que el demandante, si gana el pleito, debe ser puesto en aquel estado en que se hubiese encontrado si la sentencia se hubiese pronunciado en aquel momento ²³. Si la sentencia ordena la restitución ó entrega de una cosa, debe en consecuencia ser entregada tal como se hallaba en el momento de la *litis contestatio*, aumentada con los accesorios que ha producido ó que se le han agregado despues, *cum omni causa* ²⁴; y el deman-

¹⁶ Si bien que la obligación tomada por el demandado no es voluntaria á lo menos en el derecho moderno (v., más arriba, § 43, notas 2-9. 20-24. 54), se compara la obligación producida por la L. C., con la resultante de un contrato. Fr. 3, § 11, D., de *peculio* 15, 1. «...nam sicut in stipulatione... ita iudicio contrahi.»—Fr. 22, D., de *tutelæ actione* 27, 3.

¹⁷ Fr. 8, § 3, D., de *fideiussoribus* 46, 1.—Fr. 3, pr. D., *iudicatum solvi* 46, 7.

¹⁸ V., más arriba, la nota 2, y Fr. 74, pr. D., de *iudiciis* 5, 1.—Desde luego también está fijada la competencia del juez. Fr. 30, D., *codem*. «Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.»—L. 4, C., de *iurisdictione* 3, 13.

¹⁹ Fr. 23, 35, D., de *iudiciis* 5, 1.—Cf. Fr. 11, § 4, 5, D., de *except. rei iudicatæ* 44, 2, y á cont., § 118, B, a.

²⁰ Fr. 33 in f., D., de *legatis I* (39).—Fr. 1, D., de *penis legata* 33, 9.—Fr. 9, D., de *verborum obl.* 45, 1.—Fr. 57, § 1, D., de *solutionibus* 46, 3.

²¹ V., á cont., § 56, nota 2.

²² L. 2, C., *ubi in rem actio*, 3, 19.—L. 2, 10, C., de *præscr. longi temporis* 7, 33.—La L. C. tiene un efecto análogo respecto á la usucapión, pero de un modo indirecto, á consecuencia del efecto retroactivo del fallo. V., las notas siguientes, 23, 25, y á cont., § 113, E.

²³ Fr. 31, pr. D., de *rebus creditis* 12, 1 «...omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus (fundus) fuisset.»—Fr. 41, pr. D., de *hered. petit* 5, 3.—Fr. 17, § 1, Fr. 18-21, D., de *rei vind.* 6, 1.—Fr. 25, § 8, D., de *Æd. edicto* 21, 1.—Fr. 2, 3, § 1, Fr. 34, 35, 38, § 7-15, D., de *usuris* 22, 1.—Fr. 2, § 21, D., *pro emitore* 41, 4.—Fr. 2, D., *pro herede* 41, 5.—Fr. 35, 75, D., de *verborum signif.* 50, 16.

²⁴ § 3, I., de *officio iudicis* 3, 17.—Fr. 21, D., de *rei vind.* 6, 1. «...Nec enim sufficit, corpus ipsum restitui: sed opus est, ut et causa rei restituatur.»—Fr. 9, § 5, 7, D., *ad exhibendum* 10, 4.—Fr. 31, pr. D., de *rebus creditis* 12, 1. «Cum fundus vel homo per conditionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa

El demandado es responsable de todo daño que ha podido sobrevenir por su culpa 26. 5.º Por fin, según las disposiciones positivas del derecho romano 28, ninguna parte puede voluntariamente enajenar el objeto ó derecho en cuestión bajo pena de nulidad y de una multa con destino al fisco cuando hubiese habido fraude 27.

COMO ACABAN LAS ACCIONES.

§ 55. Extinción del derecho. Sentencia. Transacción.

Es evidente que la acción debe cesar desde el momento en que dejan de existir los dos elementos que la constituyen. La extinción del derecho sobre el cual está fundada la acción producirá lógicamente el efecto de extinguirla 1. Lo mismo sucederá cuando cese la lesión que la ha hecho

omnis restituenda sit; id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset.—Fr. 2, pr. Fr. 3, § 1. Fr. 38, D., *de usuris* 22, 1.—Fr. 91, § 7, D., *de legatis I* (30). Nos limitaremos aquí á indicar los principios generales, haciendo notar que su aplicación ofrece matices extremadamente variados según la naturaleza de las acciones. V., con relación á esto, los detalles que daremos al tratar de las diferentes materias en las cuales se presenta esta cuestión, á cont., § 119; t. II, §§ 175, 184, 195, 277; t. III, § 433 y *passim*.—Importa hacer notar que el principio cuya exposición acabamos de hacer, no tiene ninguna aplicación á la *condictio certæ pecuniæ*: en esta acción que es la *stricti iuris actio* por excelencia, el demandado viene siempre condenado tan sólo al importe exacto de la cantidad pedida. V., más arriba, § 51, notas 4, 6, 12 y á cont., t. II, § 195, n.º 1, 2, y las referencias que allí se encuentran.

26 Controversia de las dos escuelas: según los Proculéyanos, el demandado era responsable de la pérdida de la cosa, por más que hubiera sucedido por caso fortuito; la opinión más equitativa de los Sabinianos le hacían responsable sólo de lo que resultaba de su culpa y este modo de pensar ha prevalecido. Fr. 40, D., *de hered. petit.* 5, 2.—Fr. 15, § 3. Fr. 16 in f. Fr. 21, 27, § 1. Fr. 36, D., *de rei vind.* 6, 1.—Fr. 12, § 3. Fr. 14, § 1, D., *de depositi* 16, 3. Cf. á cont., § 119, n.º 1.

28 Según dice Gayo, el origen de la prohibición de enajenar las cosas litigiosas se remonta á la ley de las XII Tabas que prohibía consagrar á los dioses una cosa litigiosa, *ne liceat eo nomine duriorem adversarii conditionem facere*. Fr. 3, D., *h. t.* Un edicto de Augusto prohibió, bajo pena de nulidad y, en caso de dolo, con el castigo de una multa de 50 sestercias, la venta voluntaria de los fundos itálicos litigiosos. Por lo demás, esta prohibición que sólo se aplica al demandante que carece de posesión, se extendió con el tiempo á todas las cosas y á toda clase de enajenaciones. *Fragm. de iure fisci* 8.—GAYO, IV, 117.—Fr. 1, § 2, D., *quæ res pignori* 20, 3. Cf. Fr. 18, D., *de rei vind.* 6, 1; PAULO, V, 2, 5, y L. 1, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33; Fr. 28, § 1, D., *ad Sc. Vell.* 16, 1.—Los Fr. 9, D., *fnium regundorum* 10, 1; Fr. 13, 25, § 6, D., *fam. ercisc.* 10, 2; L. 1, C., *communi dividundo* 3, 37; L. 3, C., *de communium rerum alienatione* 4, 52, sancionan para todas las partes la inalienabilidad de los bienes contra los que se ha entablado una acción divisoria.—Por fin, después de dos constituciones de Constantino (L. 1, Th. C., *de litigiosis* 4, 5.—L. 2, I. C., *eodem*) y de Valentiniano y Teodosio (L. 3, I. C., *eodem*), Justiniano generalizó la prohibición aplicándola á todas las materias tanto para el demandado como para el demandante por medio de la L. 1, C., *de litigiosis* 8, 37, y la *Novelle* 112, c. 1.

27 Titt. D., *de litigiosis* 44, 6; C. *eodem* 8, 37.—*Novelle* 112, c. 1.

1 Se entiende exceptuado el caso en que la extinción tiene sólo el carácter transi-

nacer.—Después de esta causa de extinción necesaria viene como medio regular de poner fin á una acción, la sentencia, es decir, el acto por el cual el juez decide en la cuestión que le habia sido sometida.—Por fin las partes pueden también voluntariamente y por una convención amistosa, llamada transacción, terminar las diferencias que las dividian.

Como habremos de tratar de estos modos de extinción en otros lugares y bajo otros puntos de vista ², nos limitamos aquí á indicarlos, y pasamos á las causas de extinción que presentan algunas particularidades para nuestra materia.

§ 56. Muerte de las partes *. Translatio activa, passiva * †.

En general, la muerte de las partes no extingue el derecho de acción, pasa á los herederos tanto del demandante como del demandado: esto es lo que los comentadores entienden por * *translatio actionis*. Se llama traslación activa cuando la acción pasa á los herederos del demandante, y pasiva cuando la acción puede ser proseguida contra los herederos del demandado. Los Romanos decían, en estos casos, *actio heredibus datur, actio in heredes ó contra heredes datur* ¹.

No obstante, esta regla general no deja de tener excepciones. Las disposiciones del derecho romano sobre esta materia son las siguientes.

Después de la *litis contestatio*, todas las acciones pasan de pleno derecho á los herederos, tanto del demandante como del demandado, *heredibus et in heredes dantur* ². El pretor hace constar esta transmisión bajo el punto de vista del procedimiento reemplazando en la fórmula el nombre del difunto por el del heredero, *translatio iudicii* ³.

torio á consecuencia de la novación que produce la *litis contestatio*. Más arriba, § 54, I.

² EXTINCIÓN DEL DERECHO QUE SIRVE DE BASE Á LA ACCIÓN. V., las partes en las cuales se tratará de la extinción de los diferentes derechos, á saber: *Derechos reales*, §§ 123, 144 sg. 151 sg. 168. *Derechos de obligación*, t. II, §§ 286 sgg.—*Sentencias*, á cont., § 69.—*TRANSACCIÓN*, á cont., t. II, § 296.

† GAYO, IV, 112 sg.—Tit. I., *de perpetuis et temporalibus actionibus et quæ ad heredes et in heredes transeunt* 4, 12.—Tit. C., *ex delictis defunctorum in quantum heredes convenientur* 4, 17.—Sobre el sentido de la palabra *translatio*, cf. la OBSERVACIÓN añadida al presente párrafo.

¹ § 1, I., *h. t.*—Fr. 17, § 1, D., *de dolo malo* 4, 3.—Fr. 49, D., *de obl. et act.* 44, 7.—Fr. 13, pr. D., *de iniuriis* 47, 10 y *passim*.

² § 1, I., *h. t.*—Fr. 57, D., *de iudiciis* 5, 1.—Fr. 15, D., *de noxalibus act.* 9, 4.—Fr. 8, § 1, D., *de fideiuss. et nominatoribus* 27, 7.—Fr. 29, D., *de operis libertorum* 38, 1.—Fr. 24, § 4, D., *de liberali causa* 40, 12.—Fr. 26, 58, D., *de obl. et act.* 44, 7.—Fr. 28 D., *de iniuriis* 47, 10.—Fr. 87, 139, pr. Fr. 164, D., *de regulis iuris* 50, 17.—L. 1, C., *ex delictis defunctorum* 4, 17.—L. 4, C., *de in litem iurando* 5, 53.—El Fr. 33, D., *de obl. et act.* 44, 7, ha de entenderse como de un caso en que la *i. C.* no ha tenido lugar por falta del demandado.

³ V., la observación añadida al presente párrafo.

Antes de la *litis contestatio*. 1. La traslación activa tiene siempre lugar, *actio heredibus datur*⁴, excepto en algunas acciones penales, que tienen menos por fundamento una lesión material que una ofensa personal de la cual se quiere tomar venganza y que, por este motivo, se llaman ordinariamente *actiones meram vindictam spirantes*⁵. 2. En cuanto á la traslación pasiva, es preciso distinguir entre las *actiones in personam* y las *actiones in rem*. En las primeras, la traslación tiene lugar siempre que la obligación resulta de una convención, ó en general, de un hecho lícito. Cuando la obligación resulta de un hecho ilícito, las *actiones rei persecutoriae* se dan contra los herederos hasta lo que importa aquello en que se han enriquecido en virtud del delito, *in quantum locupletiores facti sunt*⁶; las *actiones pœnales* no se transmiten⁷; las *mixtæ* solo se transmiten en la parte en que son *rei persecutoriae*⁸. Las *actiones in rem*, no existiendo contra una persona determinada⁹, es evidente que no puede haber traslación pasiva con respecto á ellas¹⁰. Si en un caso par-

⁴ V., á cont., t. III, § 358, y Fr. 37, D., *de acquirenda hereditate* 20, 2.—Fr. 11, D., *de diversis temporal. præscrip.* 44, 3.—Nov. 48, *præf.* in fine. Añadir § 1, I., *h. t.* Fr. 14, § 2 D., *quod metus causa.* 4, 2.—Fr. 5, § 5, D., *de his qui effuderint* 9, 3.—Fr. 11, D., *de condict. furtiva* 13, 1.—Fr. 1, § 1, D., *de privatis delictis* 47, 1.

⁵ Tales son las acciones *iniuriarum*, *sepulcri violati*, *de calumniatoribus*, así como la acción contra los libertos por una indebida *in ius vocatio*. V., á cont., t. II, §§ 272. 286; t. III, § 337.—Sin razón se hace entrar en esta categoría el interdicto *quod vi aut clam*, la *querela inofficiosi testamenti* y la acción en revocación de una donación por causa de ingratitud (cf. t. II, § 190, C). Sin embargo, tenemos que hacer notar que esta última acción, en tesis general, no pertenece á los herederos del donador. Cf. t. II, § 255.

⁶ Fr. 38, D., *de reg. iuris* 50, 17. «Sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenit.»—Fr. 41, D., *eodem.*—Fr. 5, pr. D., *de calumniatoribus* 3, 6.—Fr. 4, in f. Fr. 5-7, D., *de alienat. iud. mut. causa* 4, 7.—Fr. 1, § ult. D., *ne vis fiat ei.* 43, 4, en que la palabra *actio pœnalis* sirve para designar una acción persecutoria de la cosa.—Fr. 3, pr. D., *de vi*, 43, 16.—L. 1, C., *ex delict. defunct.* 4, 17.—En la acción para la devolución de una cosa robada, *condictio furtiva*, los herederos quedan obligados por el todo, *in solidum*. § 19, in f. I., *de obligat. ex delicto* 4, 1.—Fr. 7, § 2. Fr. 9, D., *de condic. furtiva* 13, 1. Cf. Fr. 6, § 4. D., *rerum amotarum* 25, 2, y L. 3, C., *eodem* 5, 21. Al contrario, la *actio vi raptorum* de ningún modo puede darse contra los herederos. V., á cont., t. II, §§ 260. 270.

⁷ § 1, I., *h. t.*—Fr. 1, pr. D., *de privatis delictis*, 47, 1.—Fr. 20, D., *de panis*, 48, 19.—Fr. 5, § 5, D., *de his qui effuderint* 9, 3.

⁸ § 9, I., *de lege Aquilia* 4, 3.—§ 19, I., *de actionibus* 4, 6.—Fr. 23, § 8, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2.—Fr. 16, § 2, D., *quod metus causa.* 4, 2, etc.—Lo mismo será con la *actio de dolo*, porque el dolo participa de la naturaleza del delito. GAYO, IV, 113.—§ 1, I., *h. t.*—Fr. 17, § 1, D., *de dolo* 4, 3. «Hæc actio in heredem... datur... de eo, quod ad eos pervenit.»—Fr. 26. 27, D., *eodem.*—Fr. 18, D., *depositi* 16, 3.—Fr. 1, § 23, D., *de tutelæ actione* 27, 3. V., también á cont., t. II, §§ 202. 286.

⁹ V., á cont., § 50, notas 4 y 7 sg.

¹⁰ Pero es evidente que el perjuicio resultante de la lesión de un derecho real puede perseguirse contra los herederos del demandado *in quantum locupletiores facti sunt*. En vista de esto, el derecho romano daba contra ellos una *in factum actio*, Fr. 42. 51. 55, D., *de rei vindicatione* 6, 1.—Lo mismo sucede con las *actiones in rem scriptæ*. Fr. 1, § 17, D., *si quadrupes*, 9, 1.—Fr. 42, § 2, D., *de nozalibus act.* 9, 4.