

personal, por medio del *nexum* ²⁷; pero cuando el *nexum* fué abolido y reemplazado por la simple *stipulatio* ²⁸, la obligación de las cauciones participó de esta moderación y llamáronse desde entonces *sponsores*, *fidepromissores*, *fideiussores* ²⁹. Ya en tiempo de la república ³⁰, se presentaban casos en los cuales, sin exigir quien responda, se contentaban con la obligación personal de la parte (*promissio*, *repromissio*), algunas veces confirmada por juramento, *cautio iuratoria* ³¹. Pero este favor sólo se admitía por excepción ³², y cuando la ley exigía *cautio idonea*, era preciso siempre dar la garantía por medio de un fideiutor ó de una prenda ³³. La palabra *satisdatio* designa especialmente la caución por fiadores, aunque comprende con frecuencia asimismo la garantía real y aun la simple caución promisoria ³⁴. Por disposiciones particulares, el fisco está dispensado de toda caución. Las ciudades y las personas que poseen bienes inmuebles de un valor suficiente solamente están obligadas á la caución promisoria ³⁵.

La parte que, estando obligada á prestar caución, no cumple esta obligación, se expone á diversos inconvenientes. Es desde luego evidente que el demandante que no reúne las condiciones requeridas para poder intentar una acción, se pone en la imposibilidad de hacer valer su derecho ³⁶. La resistencia del demandado á prestar las cauciones que le in-

²⁷ V., respecto del *VAS*, más arriba, nota 13; § 47, notas 7, 8, 18; n.º 92; y respecto del *PRÆS*, más arriba, nota 17 y § 24, notas 7 sgg.

²⁸ V., á cont., t. II, § 245, notas 1-5, y § 299, notas 1-7.

²⁹ V., á cont., t. II, § 261.

³⁰ *LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA*, c. 20 Cf. *GAYO* IV, 185.

³¹ *GAYO*, IV, 185.—§ 2, I., de *satisdationibus* 4, 11. V., más arriba, nota 25.—Fr. 16, D., qui *satisdare cogantur* 2, 8.—Fr. 1, § 5, D., de *stip. præc.* 46, 5.—L. 17. pr. C., de *dignitatibus* 12, 1.—L. 8, C. de *principibus agentium in rebus* 12, 22. «*adiuratorie cautioni.*»—L. 3, § 3 in f. C., de *privilegiis scholarum* 12, 30 y *passim*.

³² Fr. 1, § 5, D., de *stip. præc.* 46, 5. «*Stipulationum prætoriarum... perpaucae sunt quæ nudam repromissionem habent: quibus enumeratis, apparebit ceteras non esse repromissiones, sed satisdationes.*» Fr. 1, § 6 sgg. D., *codem*. V., no obstante L. 3, C., de *verborum signific.* 6, 38. *

³³ Fr. 59, § 6, D., *mandati* 17, 1.—Fr. 4, § 8, D., de *fideicommiss. libertatibus* 40, 5.—Cf. Fr. 21, § 2, D., de *pecunia constituta* 13, 5.—El magistrado mismo aprecia la responsabilidad de los fiadores, y también puede confiarlo á peritos árabitos. Fr. 9, 10, D., qui *satisdare cogantur* 2, 8.—Fr. 2, D., a quibus *appellare non licet* 49, 2. Cf. más arriba, § 38, nota 22.

³⁴ Fr. 1, D., qui *satisdare cogantur* 2, 8.—Fr. 1, § 9, D., de *collatione* 37, 6.—Fr. 4, 8, D., de *fideic. libert.* 40, 5.—Cf. Fr. 61, D., de *verb. signif.* 50, 16.

³⁵ Fr. 3, § 5, D., si *cui plus quam lege Falcidia*. 35, 3 (Fr. 2, § 1, D., de *fundo dotali* 23, 5).—Fr. 6, § 1, D., ut *legat. causa caveatur* 36, 3.—Fr. 15, D., qui *satisdare cog.* 2, 8.—L. 26, § 6, C., de *episc. audientia* 1, 41.—L. 4, § 1. C., de *sportulis* 3, 2.—Cf. § 2, I., de *satisdationibus* 4, 11. y *TEOFILO*, ad h. l. V., más arriba, nota 25.

³⁶ Respecto del derecho nuevo v., el Fr. 1, § 7, D., si *cui plus*. 35, 3.—Fr. 10, D., ut *in possessione legatorum*. 36, 4. «*denegatas heredi actiones.*»—Fr. 1, § 10, D., de *collatione* 37, 6. «*actiones denegatæ.*»—Cf. Fr. 26, § 6, D., *ex quibus causis maiores*. 4, 6.

cumben, lo deja acimulado al que se coloca en rebeldía y lo expone ³⁷ á los medios de apremio que hemos indicado al tratar de esta hipótesis ³⁸, entre las cuales debemos señalar aquí particularmente aquel que consiste en atribuir á la parte adversa la posesión de la cosa litigiosa ó de otras cosas de la pertenencia del recalcitrante ³⁹. La *missio in possessionem* es también la consecuencia extrema que contiene la inexecución de la obligación que resulta de la caución prestada (por una ú otra de las partes), para el caso de que los medios ordinarios ⁴⁰ no bastasen para dar satisfacción á la parte adversa ⁴¹.

††. Acabamos de ver que el pretor empleaba como medio de apremio la concesión de la posesión, cuando la persona á quien habia impuesto una caución se negaba á prestarla ó no ejecutaba la obligación resultante de la caución dada. El mismo medio servía además para otros fines muy diversos de los cuales daremos detalles en los puntos convenientes, pero que se encontrarán sumariamente indicados en el análisis de los efectos de la *missio*, que sigue. El objeto de la *missio in possessionem* podia ser una ó muchas cosas determinadas ⁴², ó el patrimonio entero de una persona; en este último caso, se llamaba con preferencia *missio in bona* ⁴³.—Los efectos de la *missio in possessionem* diferían á menudo

³⁷ En efecto, este litigante rebelde no cumple con sus deberes del mismo modo que el que no se presenta: el uno y el otro son *indefensi, defendere nolunt*. ULPIANO, *fragm. vindobonense*.—*Vaticana fragm.* 92, y á cont., § 117 *in fine*; § 136 *in fine*; § 137 *in fine*.

³⁸ V., más arriba, § 47, notas 19-23. Añadimos que al § 3, l., *de satisfactione tutorum* 1, 24. Justiano manda practicar el embargo contra los tutores y curadores que no prestan la *cautio rem pupilli salvam fore* y que en ciertos casos, se concede, sin que se haya prestado la caución una *actio ex stipulatu ficticia* como si hubiese sido prestada. LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 20; Fr. 7, D., *de damno inf.* 30, 2, y Fr. 19, § 1, D., *de adoptionibus* 1, 7. V., á cont., t. II, § 283, I, y t. III, § 324 *in fine*.

³⁹ V., á cont., notas 42 y sgg.

⁴⁰ Estos medios ordinarios son la *actio ex stipulatu* contra aquel ó aquellos que han dado la *cautio*, obligándose por estipulación (sea personalmente, sea como *sponsors* ó *fideiussores*), ó bien la acción hipotecaria, cuando la caución se ha prestado por prenda ó por hipoteca.—Hemos visto en la nota 38 que, en ciertos casos, la *actio ex stipulatu* se concede *utiliter* como *fictitia*, si bien que, en realidad, no ha sido prestada la caución.

⁴¹ V., á cont., notas 42 sgg, y más arriba § 47, notas 19 sgg.

†† Tit. D., *quibus ex causis in possessionem satur* 42, 4.—Tit. D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis* 42, 5.—Tit. C., *eodem* 7, 72.

⁴² Esta toma de posesión de una ó más cosas determinadas es mucho menos frecuente que la *missio in bona*: se encuentra sólo como castigo del *indefensus* en las acciones reivindicatorias como medio de ejecución de un fallo con embargo, y con ocasión del *damnum infectum*. V., el Fr. 7, § 17, 18, D., *h. t.* 62, 4, y á cont., §§ 119, 120, 136, 137; 217 *in l.*, § 157, II, y t. II, § 283, I. Cf. t. III, § 423, OBSERVACIONES.

⁴³ Este patrimonio puede ser el del adversario contra el cual se ha decretado la misión (como en la toma de posesión de los bienes de un deudor insolvente, v., á cont., nota 49, n.º 1), ó bien el de una persona difunta de la cual es heredero el mismo adversario, como en la *missio legatorum servandorum causa*, etc. V., á cont., nota 40, n.º 4.

según el objeto que se proponía alcanzar ⁴⁴. En su manifestación, la *missio* tenía un carácter puramente conservador ⁴⁵ y no concedía más que la detención y la guarda, *custodia* ⁴⁶, de la cosa ó bienes que eran su objeto ⁴⁷. Habitualmente, la garantía que tenía por objeto ofrecer pasaba á ser más eficaz por un derecho de retención y de prenda, *pignus prætorium* ⁴⁸, que permitía al poseedor hacer que se vendiese la cosa y se le pagase la deuda del precio de la venta ⁴⁹. Por fin, en ciertos casos, la *missio* tenía por efecto conferir directamente á aquel á quien se concedía la posesión á título de dueño, es decir, un poder legal que equivalía en realidad al derecho de propiedad y que acabó por asimilársele enteramente ⁵⁰.—Sea cual fuese, por lo demás, el objeto de una *missio* que el pretor ha decretado en virtud de su *imperium*, quedaba asegurado su

⁴⁴ ULPIANO, Fr. 1, D., *h. t.* 42, 4, nos da de las *missiones* una división poco lógica. «Tres fere causæ sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandæ causa, item legatorum servandorum gratia y ventris nomine. Damni enim infecti nomine, si non caveatur, non universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum tuetur.» También se trata de una *missio hereditatis tuendæ causa*. Por lo demás, bastará reflexionar un momento para convencerse de que excepto la hipótesis del *damnum infectum*, todas las demás hipótesis pueden comprenderse con la denominación de: REI SERVANDÆ CAUSA.

⁴⁵ Para indicar este efecto puramente conservador, ULPIANO, Fr. 3, pr. D., *h. t.* 42, 4, se sirve de la palabra: REI SERVANDÆ CAUSA, en oposición á las *missiones* que dan el derecho de vender, por más que merezcan y reciben estas *missiones* la misma calificación.

⁴⁶ La simple detención y no la posesión propiamente dicha. V., á cont., § 81, n.º 2, y Fr. 5, § 22, D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4.—Fr. 1, § 17 sgg. D., *de ventre in poss. mittendo* 37, 9.—Fr. 1, § 1, D., *de Carboniano edicto* 37, 10.—Fr. 15, § 20, D., *de damno infecto* 39, 2.—Fr. 3, § 23. Fr. 10, § 1, D., *de adquir. possessione* 41, 2.—Fr. 12, D., *h. t.* 42, 4.—Fr. 3, § 8. D., *uti possidetis* 43, 17. Todavía esta detención no es siempre exclusiva; á menudo el *missus* la comparte con la parte contraria. V., los pasajes señalados con asterisco.

⁴⁷ Tal es la *missio* dada contra el que, sin dolo ni falta, se encuentra *indefensus*. CIC, *pro Quinctio*, 27.—Fr. 21, § 2, D., *quibus ex causis maiores* 4, 6.—Fr. 3-6, D., *h. t.* 42, 4.—Fr. 35, D., *h. t.* 42, 5.—Tales pueden ser las *missiones hereditatis tuendæ causa* que se conceden á favor del furioso y del *heres scriptus*, en virtud del edicto de Adriano (t. III, § 399); así como las que se conceden *ventris nomine, ex Carboniano edicto et ex rescripto Antonini*, además, estas últimas conceden, sin embargo, el derecho de administrar y recibir alimentos. T. III, §§ 399 y 423, III.

⁴⁸ Fr. 26, D., *de pignor. act.* 13, 7.—Fr. 3, § 1, D., *de rebus eorum* 27, 9.—Fr. 35, D., *h. t.* 42, 5.—Tit. C., *de prætorio pignore* 8, 2.—V. á cont., § 157.

⁴⁹ Ejemplos: 1.º la misión en posesión de los bienes de un deudor que se oculta y es insolvente, de que trataremos en sus pormenores á cont., t. II, § 209;—2.º el embargo para la ejecución de una sentencia, V., más arriba § 69, notas 8 sgg., y á cont., § 157;—3.º la *missio ex primo decreto*, concedida *damni infecti nomine*. T. II, § 283, 1;—4.º la entrega de posesión otorgada para la seguridad de un legado; *legatorum servandorum causa*. T. III, § 423, III;—5.º la *missio dotis servandæ causa*, de que tratan los Fr. 48, D., *de solutionibus* 46, 3, y Fr. 26, § 1, D., *ad municipalem* 50, 1. V., t. III, § 311 *in fine*.

⁵⁰ Este efecto resulta de la segunda misión en posesión *damni infecti nomine* y de la adicción de un esclavo *ex noxali causa*. V., á cont., § 92, c. 2, y t. II, § 283, 1. Lo

cumplimiento y conservación por acciones especiales, *interdicta ó in factum actiones* ³¹, y, en caso de necesidad, por medio de la fuerza pública ³².

DE LOS INTERDICTOS †.

§ 71.

Interdictum era originariamente una ordenanza por la cual el magistrado prohibía hacer alguna cosa, *interdictum*. Por extensión, el término ha servido para designar un procedimiento que, bajo ciertos conceptos, se diferenciaba del ordinario.

El origen de los interdictos debe atribuirse á la necesidad de garantizar ciertas manifestaciones de la voluntad individual, que, sin tener el carácter preciso de un derecho ¹, merecían, sin embargo, ser protegidas contra los impedimentos ó ataques arbitrarios. No pudiendo, á lo menos en el origen, dar para este efecto una acción, puesto que faltaba el fundamento legal, el pretor usaba de su *imperium* y daba un edicto contra aquel que había opuesto el impedimento ó resultaba culpable del ataque ². Es natural que las primeras disposiciones de esta naturaleza fue-

mismo sucede con la *missio* que daba la *bonorum possessio* á título de heredero, institución importantísima en la historia del derecho de herencia, pero que no tiene relación con nuestra materia, no siendo la dación de posesión en este caso ni una medida del procedimiento, ni la garantía de un derecho actual ó eventual, sinó el acto creador de un derecho de sucesión. V., t. III, §§ 350, 372 sgg. — Otra *missio in rem*, en materia de fideicomisos fué suprimida por Justiniano, L. 1, C., *communis de legatis* 6, 43, y t. III, § 123, OBS.

³¹ A) CIC., *pro Quinctio*, 27. — Fr. 4, pr. § 1, D., *ne vis fiat ei qui in poss.* 43, 4. — B) GAYO, IV, 177. — Tit. D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* 43, 4. — Fr. 4, § 2, Fr. 15, § 36, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 14, pr. § 1, D., *h. t.* 42, 4. — Fr. 9, 14, § 1, D., *h. t.* 42, 5. — V., á cont., § 157, notas 29 sgg.

³² PAUL, III, 5, 18. — Fr. 1, § 2, D., *si ventris nomine* 25, 5. — Fr. 3, § 27, D., *ut in possess. legnt.* 36, 4. — Fr. 3, § 1, D., *ne vis fiat ei* 43, 4.

† GAYO, IV, 138-170. — PAUL, V, 6. — Tit. I., *de interdictis* 4, 15. — Tit. D., *de interdictis, sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt* 43, 1. — Tit. C., *de interdictis* 8, 1. — V., todavía los dos discursos de CUREÓN, *pro Caccina* y *pro Tullio*. — Debemos también hacer mención de una reciente publicación de M. MACHELARD, *Théorie générale des interdits en droit romain*. Paris, 1865.

¹ Un recuerdo de esta consideración (que enuncia el verdadero origen de los interdictos) se encuentra todavía en algunos lugares de nuestras fuentes y particularmente en los pasajes siguientes del Digesto: GAYO, Fr. 13, D., *ad exhibendum* 10, 4. Cf. á cont., t. II, § 285, nota 2 y OBSERVACIÓN. — PAULO, Fr. 14, pr. D., *de precario* 41, 26 y ULPIANO, Fr. 14, § 11, D., *de furtis* 47, 2. Cf. á cont., § 80, notas 2-5; § 90, III y t. II, § 244, n.º 3. Por la misma consideración, se explica la regla siguiente que, excepto en el interdicto *de vi* la condenación á los frutos, daños y perjuicios, no se extiende más allá del momento en que el pretor ha dado el interdicto. Antes de este momento en efecto, no hay lesión en el sentido jurídico á menos que la violencia comunique este carácter al acto contra el cual reclama el demandante. Cf. á cont., § 80, c. y § 91, nota 11.

² GAYO, IV, 139. «Certis igitur ex causis prætor aut proconsul PRINCIPALITER (es decir, «desde el origen» ó mejor «sin la intervención del juez» Cf. á cont., nota 17)

sen prohibiciones, *interdicta*; pero bien pronto el pretor llegó á ordenar hechos positivos. Las ordenanzas de este género se llamaron *decreta*; no obstante, la palabra *interdicta* se empleaba frecuentemente para ambas especies, y ha quedado en el derecho nuevo como término técnico para designar la institución ³. Probablemente se aplicó preferentemente á las cosas divinas y públicas este medio de protección. Nadie, con efecto, podrá pretender que tenga un derecho determinado con relación á estas cosas, y sin embargo, puede suceder que alguien nos cause lesión, impidiendo que hagamos de esas cosas el uso que á todos compete. Una prohibición del pretor levantará el obstáculo que arbitrariamente se nos impone ⁴. El mismo medio servía para asegurar la existencia de ciertos derechos personales ó individuales que no pertenecían, rigurosamente hablando, al orden de la familia romana y no podían, por consiguiente, dar lugar á una acción regular ⁵. Por último, la aplicación más importante de los interdictos en materia de derecho privado es aquella que se hizo á las relaciones jurídicas que presentan un interés patrimonial ó pecuniario, *quæ ad rem familiarem spectant*, entre las cuales debemos principalmente distinguir la posesión ⁶.

Al principio no había ciertamente reglas generales, que determinasen los casos en los cuales podían obtenerse los decretos de este género: co-

auctoritatem suam finiendis controversiis proponit... et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulæ autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, *interdicta decretave* vocantur.»

³ GAYO, IV, 140. Se distinguen con mucho cuidado los dos términos en la LEX DE GALLIA CISALPINA, c. 19, pr. y en el Fr. 1, pr. D., *de tabulis exhib.* 43, 5. No obstante, en el Fr. 1, pr. D., *ut in flum. publ.* 43, 14, la palabra *interdictum*, se emplea ya para designar un *decretum*, y en el derecho nuevo, el término pasa á ser general para designar el procedimiento de que hablamos. § 1, I., *de interdictis* 4, 15.—Por lo demás, la etimología de la palabra *interdictum* es demasiado clara para que tengamos necesidad de refutar á Teófilo, que la hace derivar de que el procedimiento se hace *inter duos*, y otros autores que la ponen en relación con *interim*, como la *Interpretación visigoda* sobre PAULO, V, 6, 1, é ISIDORO, *Orig.* V, 25.

⁴ Cf., más arriba, n.º 124 y § 53, nota 13.—Enumeraremos los diversos interdictos que pertenecen á esta categoría, á cont., t. II, § 284.

⁵ Pertenecen á esta categoría los interdictos siguientes: *interdictum de libero homine exhibendo*. Este interdicto es *populare, libertatis tuendæ causa*, ne homines liberi retineantur a quoquam. § 1, I., *h. t.* Cf. Tit. D., *de libero homine exhibendo* 43, 29.—Los interdictos *de liberis exhibendis et ducendis* y *de uxore exhibenda et ducenda*. § 1, I., *h. t.* y tit. D., *de liberis exhibendis* 43, 30. Cf. á cont., t. III, §§ 309, 327.—*Interdictum de liberto exhibendo*, per quod prætor iubet exhiberi libertum cui patronus operas indicere velit. GAYO, IV, 162; § 1, I., *h. t.*, y á cont., t. III, § 335 *in fine*. § 338.—*Interdictum*, quo iubet prætor exhiberi eum, cuius de libertate agitur. § 1, I., *h. t.* Cf. Fr. 12, pr. D., *ad exhibendum* 10, 4. V., además á cont., t. III, § 335 *in fine*.

⁶ Para los interdictos posesorios, V., á cont., §§ 88-90.—Los demás interdictos *quæ ad rem familiarem spectant*, se mencionarán cuando tendremos que ocuparnos de las materias con que se relacionan. Su enumeración se hallará en la Tabla alfabética con que termina el tomo III de nuestro Curso.

respondía al magistrado apreciar los hechos de que se quejaba el demandante y decidir en su vista si debía concedérsele la providencia solicitada. Hay que suponer que raras veces la parte adversa osaba desobedecer el interdicto, así obtenido después del previo examen de los hechos: mas si, no obstante, este caso se presentaba, es probable que el pretor empleaba la fuerza pública para hacerse obedecer; quizá, en este caso, el demandante podía, ya en aquella época, contraer un *arbitrium* por medio de una *sponsio*, con el fin de obtener la ejecución de la orden del pretor y la reparación del perjuicio causado por la desobediencia del adversario ⁷.—No obstante, los pretores no tardaron en hacer conocer en sus edictos las condiciones á las cuales se proponían subordinar el favor de un interdicto ⁸, y desde entonces el procedimiento en esta materia fué naturalmente asimilado al procedimiento ordinario ⁹. Así, cuando, desde el primer momento ¹⁰, el magistrado reconocía que las pretensiones de la parte demandante eran inadmisibles, negaba la providencia pedida ¹¹, así como, de otra parte, en la hipótesis contraria, lo daba en seguida de una manera definitiva cuando el demandado confesaba los hechos sobre los cuales estaba basada la demanda ¹². Por fin, cuando el interdicto había sido solicitado conformemente á las prescripciones del edicto, y el demandado contradecía las pretensiones del demandante ¹³,

⁷ V., á cont., notas 19 sgg., y más arriba, § 70, notas 4 y 5. Por lo demás, esta marcha está conforme con la seguida en la reivindicación en el tiempo de las *legis actiones* en las cuales encontramos también la ejecución por la fuerza pública y el *arbitrium de re restituenda*. V., á cont., § 117. Parece pues, evidente que el procedimiento de los interdictos, á lo menos de los posesorios, se desarrolló principalmente según el modelo de la reivindicación. V., á cont., en el § 89, las formalidades del interdicto. *Uti possidetis*.

⁸ O, haciendo uso de una expresión tomada de la *Bonorum possessio hereditaria*, al principio los *interdicta* eran *decretalia*, pero acabaron por ser *edictalia*. V., á cont., t. III, § 372.

⁹ V. no obstante, á cont., nota 17

¹⁰ Regularmente, solo se concedían los interdictos después de un debate contradictorio entre ambas partes. Sin embargo, «*interdictum de libero homine exhibendo et in absentem esse rogandum* Labeo scribit; sed si non defendatur, in bona eius eundum est.» Fr. 3, § 14, D., *de libero homine exhibendo* 43, 24.

¹¹ Cic., *ad fam.* VII, 13.—Pr. I., *h. t.*, y TEÓFILO, *ad h. l.*—Fr. 1, § 6, D., *ne quid in flum. publ.* 43, 13.—Fr. 1, § 3. Fr. 7, § 3, D., *quod vi aut clam* 43, 24.

¹² Fr. 6, § 2, D., *de confessis* 42, 2.—Fr. 1, § 1, D., *de tabulis exhibendis* 43, 5.

¹³ Negando ya la existencia de las condiciones requeridas en la petición del demandante, ó ya los hechos que éste le imputa; y también sosteniendo, por su parte, hechos que, en la especie, constituían una *exceptio*.—Así en el interdicto *quorum bonorum*, el demandado podía cuestionar la cualidad del demandante, la validez de la posesión obtenida, etc. V., á cont., t. III, §§ 372. 410.—En el interdicto de *tabulis exhibendis*, el demandado podía sostener que no tenía el testamento cuya exhibición se le pedía. Fr. 2, § 8, D., *testamenta quemadm. aperiantur* 29, 3; Fr. 1, § 1, D., *de tabulis exhibendis* 43, 5.—En un interdicto posesorio, el demandado podía discutir la posesión del demandante ó negar los hechos de perturbación ó de desposesión, que le atribuía el demandante. En los *interdicta retinendæ possessionis* podía también,

no por esto se negaba el decreto, pero era redactado en una forma condicional, absolutamente como la *condemnatio* en las acciones ordinarias. Desde entonces, á menos que el demandado se acomodara voluntariamente al edicto, había necesidad de hacer examinar y juzgar por un *iudex* (ó por los recuperadores ¹⁴), la cuestión de saber si la condición de la cual dependía la eficacia de la orden del pretor ¹⁵, existía realmente de hecho, y este examen se hacía de la manera usada en los procesos ordinarios ¹⁶. En caso de cuestión, el procedimiento difería, pues, del seguido en las demás acciones, únicamente en que la constitución del *iudicium* iba precedida de un decreto del pretor. Esta diferencia, no influyendo en el fondo, tenía, con respecto á la forma ¹⁷, la consecuencia de que la acción, dada en virtud del interdicto, teniendo por objeto la cuestión de saber si el demandado había contravenido á la disposición del pretor, se presentaba como una acción personal *in factum*, aun cuando el edicto tuviese una redacción impersonal y absoluta ¹⁸.

admitiendo estos puntos, oponer á la demanda el carácter vicioso de la posesión del adversario, *exceptio quod vi, clam aut precario*. V., á cont., § 89.—También podía haber lugar á la prescripción anual y á muchas otras excepciones: CIC., *pro Tullio 44; ad familiares*, XV, 16. «In hoc interdicto non solet addi: *in hoc anno*».—Fr. 1, § 16, D., *de fluminibus* 43, 12.—Fr. 1, pr. Fr. 7, § 3, D., *quod vi aut clam* 43, 24.—Fr. 1, § 3.5, D., *de liberis exhibendis* 43, 30.

¹⁴ GAYO, IV, 141. «Nec tamen, cum quid iusserit fieri, aut fieri prohibuerit (prætor), statim peractum est negotium: sed ad iudicem recuperatoresve itur, et tum, ibi editis formulis, quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum (i. e. adversus interdictum) factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit...»

¹⁵ Es decir, por una parte, la existencia de los hechos necesarios para dar al demandante el derecho de solicitar la protección que reclama, de otro lado, la contravención por parte de la persona del demandado. Sólo cuando ambos elementos están establecidos, se puede decir que «aliquid adversus prætoris edictum factum est.» GAYO, IV, 141.

¹⁶ Los comentarios de GAYO IV, 139-170, no dejan ninguna duda respecto á este punto, antes tan discutido á saber, que los interdictos daban lugar á un *iudicium* cuando el demandado no se sometía al mandamiento del juez. Por lo demás, ya antes del descubrimiento de Gayo, esto resultaba de algunos testimonios decisivos LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 19.—CIC., *pro Cæcina* 8, in f. «His rebus ita gestis, P. Dolabella prætor interdixit, ut est consuetudo, DE VI HOMINIBUS ARMATIS, sine ulla exceptione, tantum, ut, unde deiecisset, restitueret. Restituisse dixit. Sponsio facta est. Hac de sponsione vobis, recuperatores, iudicandum est.»—EL MISMO, *ibidem*, 13. 14. «...est actio per interdictum constituta.»—QUINTILIANO, *inst. orat.*, VII, 5, 3.—ULPIANO *fragmenta*, á cont., notas 20 22.—PAULO, IV, 7, 6 V, 6, 10.—Fr. 1, § 1. 2. D., *si ventris nomine* 25, 5.—Fr. 1, § 41, D., *de vi* 43, 16.—Fr. 3, § 11, D., *uti possidetis* 43, 17.—Fr. 15, § 7. Fr. 21, pr. D., *quod vi aut clam* 43, 24.—Fr. 22, § 1, D., *de precario* 43, 26.—Fr. 3, § 3, D., *de liberis exhibendis* 43, 30, y TEÓFILO, ad Pr. I., *de interdictis* 4, 15. Cf. CIC., *pro Tullio* 29. 44 sg. 53.—AGGENUS, p. 80, 25 (68, Goes). «... interdicti formula litigatur».

¹⁷ Hacemos aquí abstracción de la particularidad (indiferente bajo el punto de vista que nos ocupa) de que por esta orden dirigiéndose directamente á las partes, parece que el pretor estatúa por sí mismo PRINCIPALITER, como dice Gayo, IV, 139, antes nota 2), mientras que, en las acciones propiamente dichas, el pretor manda al juez que decida.

¹⁸ ULPIANO, Fr. 1, § 3, D., *h. t.* «Interdicta omnia, licet (es decir: aun cuando) vi-

Con el fin de obtener la constitución del *iudicium*, necesario para concluir las diferencias, las partes contrataban, siguiendo el antiguo uso, una apuesta por medio de una *sponsio* recíproca, la cual era *pœnalis* ¹⁹. Este procedimiento estuvo siempre en vigor en los interdictos propiamente dichos, es decir, en los prohibitorios, mientras que en las demás hipótesis (interdictos restitutorios y exhibitorios) se podía evitar la *sponsio* pidiendo sobre la marcha al pretor el nombramiento de un juez con una fórmula arbitraria ²⁰. Si ninguna de ambas partes ²¹ usaba de esta facultad ante el magistrado, *antequam ex iure exeat*, la instancia no podía seguir adelante sino por medio de la apuesta, ó, como dice Gayo, *cum pœna* ²². Siempre la fórmula que constituía el *iudicium* atribuía, además, al juez, el poder de arbitrar las prestaciones que se debían ejecutar por el demandado que sucumbía ²³. La condenación á estas prescripciones era, en efecto, la consecuencia natural de la sentencia recaída *deantur in rem concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* Esta proposición de Ulpiano se aplica solo al interdicto dado en un caso particular. El derecho de pedir un interdicto tenía, en ciertos casos, el mismo carácter absoluto que el derecho de intentar una *in rem actio*, principalmente en los interdictos que tenían una tendencia á la exhibición de una persona, en el interdicto Salviano y en el interdicto *Quorum bonorum*. Cf. á cont., notas 36, 37.

¹⁹ CIC., *pro Cœcina*, 16. — GAYO, IV, 165. «... Actor provocat adversarium sponsione NI CONTRA EDICTUM PRÆTORIS NON EXHIBUERIT AUT NON RESTITUERIT; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur». Cf. *ibidem*, 166 *in fine*.

²⁰ GAYO, IV, 141. «...Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur». — ULPIANO, *Fragmentum vindobonense*, II, 7. «Restitutoria atque exhibitoria interdicta aut per formulam arbitrariam explicantur, aut per sponsionem; semper prohibitoria vero per sponsionem explicantur.»

²¹ GAYO, *l. l.*, habla solamente del demandado; pero es más que probable que el demandante también tenía el derecho de pedir *in iure* la concesión de una fórmula arbitraria cuando lo creía útil para sus intereses, lo que, en verdad sólo acontecía en casos excepcionales. Cf. GAYO, IV, 163. 175. 181. V., M. MACHELARD, p. 15 sgg.

²² CIC., *pro Tullio*, 53. — GAYO, IV, 141. «...Et modo cum pœna agitur, modo sine pœna: cum pœna, velut cum per sponsionem agitur; sine pœna, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quæ arbitraria vocatur. 162. Igitur, cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur... modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. 163. Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria... 164. Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex iure exeat, id est, antequam a prætore discedat. Sero enim petentibus non indulgebatur. 165. Si arbitrum non petierit (antequam ex iure exeat, id est, antequam a prætore discedat) sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. Nam actor provocat adversarium sponsione, si contra edictum prætoris non exhibuerit, aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. Deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis...» — ULPIANO, *Fragmentum vindobonense* II, 8. «Restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, si quidem arbitrum postulaverit is cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam per quam arbiter...»

²³ GAYO, IV, 166-170. — El procedimiento pues era del todo análogo al que siempre se había seguido en la reivindicación antes de la creación de la *petitoria formula*:

sobre la apuesta: por esto se daba á esta fase del procedimiento el nombre de *iudicium seculorum* ²⁴.

¿De donde provenía esta diversidad de procedimiento en los interdictos prohibitorios, de una parte, y de otra en los restitutorios y exhibitorios? Nos parece imposible descubrir una razón decisiva fundada en una diferencia material entre las dos categorías indicadas. Quizá su origen es puramente histórico, habiendo sido creados los interdictos prohibitorios en una época en que la constitución de un *iudicium* exigía todavía, á lo menos para los casos nuevos, el procedimiento sinalagmático de la apuesta, mientras que, cuando la creación de los demás interdictos, bastaba encontrarse ante el pretor para forzar al adversario á aceptar el *iudicium* sobre una cuestión, prevista por el edicto ²⁵. Sea como quiera, siendo indispensable la *sponsio* cuando se trataba de un interdicto prohibitorio, el edicto y la jurisprudencia desarrollaron este elemento penal en esta materia, hasta tal punto, que uno de los más importantes de los interdictos prohibitorios podía ser conducido de manera que produjera cinco condenaciones diferentes ²⁶.

Este elemento penal que dominaba de esta suerte, en grados diversos, el procedimiento por interdictos debía tener por efecto conducir, en la mayor parte de los casos, á la sumisión voluntaria del demandado que se reconocía culpable. Probablemente por este motivo las constituciones imperiales favorecían la naturaleza expeditiva de los interdictos ²⁷, pues nada indica que, en el caso en que era preciso constituir un *iudicium*, el procedimiento había tenido una marcha más rápida que en las acciones ordinarias ²⁸. Sin duda fué también esta ventaja indirecta lo que impidió que los interdictos cayesen en desuso, aun cuando, á consecuencia

primeramente *iudicium (strictum)* sobre la apuesta; despues, y según los casos, un *arbitrium de re restituenda*, etc. V., á cont., § 117.

²⁴ GAYO, IV, 166 *in fine*; 169 *in fine*.

²⁵ Así es que la primera aplicación de la *condictio* exigía todavía una *sponsio* y *res. stipulatio tertie partis*, mientras que las *condictiones*, de creación más reciente, se introdujeron sin caución. V., más arriba, § 43, nota 29. — Por lo demás, se explica fácilmente que la facultad de evitar la apuesta, al pedir inmediatamente un *arbitrium*, no se extendía á los interdictos prohibitorios, por la razón de que, en este *arbitrium*, debía el Juez examinarse *aliquid contra interdictum factum esset*, y, evidentemente, no podía haber violación del interdicto en el momento mismo en que se daba, puesto que la prohibición que llevaba consigo se refería únicamente á lo porvenir. V., á cont., § 89.

²⁶ V., el interdicto *Uti possidetis*, § 89, nota 5.

²⁷ A lo menos en ciertas hipótesis: L. 5, Th. C., *de denunciatione* 2, 4. «... Celeri reformatione...» — L. 4, Th. C., *unde vi* 4, 22. «... Celeri redhibitione...» — L. 23, Th. C., *quorum appellationes* 11, 36. «... beneficio celeritatis inventum...» — L. 6, § 1, I. C., *unde vi* 8, 4 «... illico possessio reddatur...» — La L. 1, Th. C., *quorum bonorum* 4, 21 L. 3, I. C., *eodem* 4, 2) «... omnibus frustrationibus amputatis,» si se combina con L. 4, I. C., *de interdictis* 8, 1, «ruptis veteribus ambagibus» parece más bien indicar lo contrario. V., la nota siguiente.

²⁸ Excepto quizá en los casos en que el *iudicium* se llevaba ante los recuperadores

de la creación de acciones nuevas que se prestaban á todas las exigencias de la vida social, el empleo de medios excepcionales pudo parecer inútil. Vemos, en efecto, que ya muy pronto se establecieron diversas *in factum acciones*, pretorias y civiles, que concurrían por elección con los interdictos, así como más tarde también las *extraordinarie cognitiones*²⁹ Es verdad que el interdicto invadió á su vez el dominio de las *extraordinaria iudicia*³⁰; pero este hecho tampoco ha podido acelerar más la asimilación de los diversos procedimientos, que la fusión del *ius* y del *iudicium* y la desaparición de las cauciones acabaron por desaparecer. Justiniano nos enseña que en su tiempo, el decreto del magistrado, que hacia constar siempre una particularidad (por cierto puramente formal) de los interdictos, ya no era necesario que se diese³¹, y desde entonces, si bien la palabra técnica, consagrada por un uso secular se mantenía, no habia ya en realidad ninguna diferencia entre las acciones ordinarias y los interdictos³².

Es probable que la demanda de un interdicto debia hacerse en un plazo determinado; en cuanto á la acción que se debia ejercitar³³ por V., más arriba, nota 14, en combinación con el n.º 100 *in f.* y § 68, nota 9. El ejemplo del interdicto *Uti possidetis* nos sirve aqui para probarnos que el procedimiento en materia de interdictos podia ser extremadamente complicado. V., á cont., § 89 así como los dos últimos textos de la nota precedente.

²⁹ Ya DIOCLECIANO, L. 17, C., *emti* 4, 49, proclama el concurso electivo de los interdictos con toda *actio permissa*. A) V., para las acciones pretorias *in factum*: PAULO V, 6, 2.—Fr. 9, D., *de religiosis* 11, 7.—Fr. 1, pr. D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8, y á cont., t. II, § 300 *in f.* V., también á cont., nota 34; § 90, 1 y más arriba, § 70, nota 51.—B) Entre las civiles *in factum acciones*, debemos señalar las condiciones, que tienen por objeto lograr la restitución de una posesión que, sin justa causa está en manos ajenas. (V., á cont., § 88, nota 6; t. II, § 194, nota 8, y § 276 *in fine*), y particularmente la *condictio ó præscriptis verbis actio* en caso de necesidad. V., á cont., § 90, III, y t. II, § 244, n.º 3.—C) Fr. 1, § 1, D., *de inspiciendo ventre* 25, 4.—Fr. 1, § 2, D., *si ventris nomine* 25, 5.—Fr. 3, pr. § 1, 2, D., *ne vis fiat ei* 43, 4, y más arriba, § 70, nota 51.

³⁰ L. 1. 2. 4, C., *h. t.*—DIOCL. y MAX., L. 3, C., *eodem*. «... Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent: tamen ad exemplum eorum res agitur.»—L. 2, C., *unde vi* 8, 4.

³¹ § 8, I., *de interdictis* 4, 15. «... Nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia) non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.»

³² Ya el edicto del pretor (á menos que hayan cambiado los redactores del Digesto el texto del edicto, lo cual es poco probable), despues de hablar de un interdicto, añade: «si qua ALIA actio postulabitur». Fr. 1, pr. D., *de superficiebus* 43. 18.—El interdicto *quod vi aut clam* está calificado de actio en los Fr. 43, D., *de lege Aquilia* 9, 2. y Fr. 3, pr. D., *de mortuo inferendo* 11, 8.—El Fr. 37, D., *de obl. et act.* 44, 7, atribuido á Ulpiano, dice expresamente: «Interdicta quoque actionis verbo continentur. 1. *Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est: utputa.... interdictum Uti possidetis, Utrubiæ*.—Por fin, en el Fr. 1, pr. D., *de vi* 43, 16, el pasaje del edicto que trata del interdicto *de vi* está redactado, no como exigiria un interdicto, sino en la forma usada para las acciones propiamente dichas: IUDICIUM DABO en lugar de RESTITUAS. Cf. á cont., § 90, nota 1.

³³ PAULO, IV, 7, 6.—Fr. 1, § 4, D., *h. t.* «Interdictorum quædam annualia sunt, quædam perpetua».—Fr. 1, pr. D., *uti possidetis* 43, 17 y *passim*.—Cf. H. MACHÉLARD, p. 27 *agg.*

consecuencia del interdicto, se prescribía regularmente, como las demás acciones pretorias, por el término de un año útil ³⁴.

Siendo los interdictos en el derecho nuevo verdaderas acciones, hubiéramos debido aplicarles la *summa divisio* en *in rem* é *in personam* acciones ³⁵. Mas no vemos en ninguna parte que se haya hecho esta aplicación ³⁶, aunque la división existe realmente ³⁷. Por el contrario, nuestras fuentes enumeran un gran número de otras divisiones, ninguna de las cuales descansa sobre una base esencial ³⁸, á lo menos en la legislación de Justiniano ³⁹. Hemos tenido ya ocasión de indicar la que está fundada en lo que los interdictos pueden referirse, ya sea á cosas públicas ó religiosas, ó ya á interdictos privados ⁴⁰; de las demás divisiones, basta señalar las siguientes ⁴¹:

³⁴ Sin embargo, los mismos *interdicta annualia* suelen darse *post annum* (ó bien son reemplazados por una *in factum actio*) hasta aquello en que el demandado se ha enriquecido, *in id quod ad eum pervenit*. Fr. 4, D., *h. t.*—Fr. 1, pr. Fr. 3, § 12, D., *de vi* 43, 16.—Fr. 1, pr. D., *uti possidetis* 43, 17.—Fr. 35, D., *de obl. et act.* 44, 7, más arriba, § 59, nota 7.—Fr. 7, § 5, D., *communi dividundo* 10, 3.

³⁵ V., más arriba, § 50.

³⁶ Este reproche se dirige á Justiniano y no á los jurisconsultos clásicos para los cuales toda acción, nacida de un interdicto, era esencialmente *in personam*. Cf. más arriba, nota 18. Sería posible intentar la justificación del descuido de Justiniano alegando que las relaciones que sirven de base á los interdictos *in rem* no constituyen derechos absolutos; más, no sería admisible esta tentativa ante la definición que el mismo da de la *actio in rem: qua agimus cum eo qui nullo iure nobis obligatus est*. Más arriba § 50, nota 3.

³⁷ Generalmente, la mayor parte de los interdictos lo mismo que las acciones, son *in personam*. Pero tenemos que colocar entre las *in rem* acciones: el interdicto Salviano (§ 167), el antiguo *interdictum possessorium* concedido al *bonorum emptor* (t. II, § 299), el interdicto *Quorum bonorum* (t. III, § 410); y entre los *interdicta in rem scripta* ó *concepta*, el interdicto *quod vi aut clam* así como algunos otros que se aplican á las relaciones de vecindad (t. II, § 283), algunos interdictos exhibitorios (§ 235 *in f.*), el interdicto por razón de fraude (§ 300), el interdicto *quod legatorum* (t. III, § 424).

³⁸ Es tan cierto esto como que el mismo interdicto según las circunstancias puede pertenecer á dos categorías de la misma división. Cf. á cont., notas 42-43.

³⁹ Ya en tiempo de los jurisconsultos clásicos, sucedía lo mismo con la mayor parte de estas divisiones. Sólo la división en interdictos prohibitorios y no prohibitorios ha tenido una importancia seria bajo el punto de vista del procedimiento. Cf. más arriba, notas 19-26.

⁴⁰ Fr. 1, pr. D., *h. t.*...*Et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. Divinis, ut de locis sacris, vel de locis religiosis. De rebus hominum interdicta redduntur aut de his quæ sunt alicuius, aut de his quæ nullius sunt. Quæ sunt nullius hæc sunt: liberæ personæ, de quibus exhibendis, ducendis interdicta competunt. Quæ sunt alicuius hæc sunt: aut publica, aut singulorum. Publica de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis rel.*—Fr. 2, § 1, D., *eodem*. *Interdicta autem competunt vel hominum causa, vel divini iuris, aut de religione, sicut est, ne quid in loco sacro fiat...* *Hominum causa competunt, vel ad publicam utilitatem pertinentia, vel sui iuris tuendi causa, vel officii tuendi causa, vel rei familiaris. Publicæ utilitatis causa* (cf. t. II, § 234)... *Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.*—*Res familiaris* significa las relaciones *patrimoniales* ó *pecuniarias*. V., más arriba, nota 6; á cont., nota 43, y t. III, § 301, nota 1.

⁴¹ Encuentranse otras divisiones en los Fr. 1, pr. § 1. 2. Fr. 2, § 1. 2, D., *h. t.*—

1.ª *Interdicta prohibitoria, restitutoria, exhibitoria*. Los primeros son aquellos por los cuales el magistrado prohibía hacer alguna cosa, los cuales, en el origen, se llamaron *interdicta* por excelencia. Los *restitutoria* y *exhibitoria* van encaminados á obtener la restitución ó la exhibición de una cosa y formaban antiguamente la categoría de los *decreta* 42.

2.ª *Interdicta adipiscendæ, retinendæ y recuperandæ possessionis*. Esta división, que sólo se refiere á los interdictos que tenían por objeto los intereses patrimoniales ó pecuniarios, *quæ ad rem familiarem spectant*, encontrará su aplicación más tarde 43.

3.ª *Interdicta simplicia y duplicia*. La significación de estas palabras es la misma que les hemos dado al hablar de los *iudicia simplicia y duplicia* 44. Los interdictos simples forman la regla; sólo hay interdictos dobles entre los prohibitorios 45.

OBSERVACIÓN. Por causa de las noticias insuficientes que se encuentran en el cuerpo del derecho de Justiniano y que únicamente han sido completadas por el descubrimiento de Gayo, los jurisconsultos de los siglos últimos no se encontraron en condiciones de poderse formar una idea exacta sobre la materia que acabamos de exponer. Extendiendo á la institución entera, particularidades que encontraban ó pretendían encontrar en ciertas especies ó categorías de interdictos, llegaron á introducir en esta materia graves errores que no han dejado de obrar aún so-

Por nuestra parte, tenemos que añadir los interdictos populares, más arriba, § 53, IV.

42 GAYO, IV, 142. — § 1, I., *h. t.* — Fr. 1, § 1, D., *h. t.* «... Sunt tamen quedam interdicta et mixta, quæ et prohibitoria sunt et exhibitoria.» — También es necesario admitir que existían igualmente *interdicta mixta, quæ et prohibitoria sunt et restitutoria*. Fr. 1, § 1, D., *de aqua quotidiana* 43, 20. — Fr. 3, § 2, D., *ne vis fiat ei*, 43, 4. V., también más arriba, § 50, nota 17.

43 GAYO, IV, 143. — § 27, I., *h. t.* 4, 15. — Fr. 2, § 3, D., *eodem* 43, 1. «Hæc autem interdicta, quæ ad rem familiarem spectant, aut adipiscendæ sunt possessionis, aut recuperandæ, aut retinendæ possessionis... Sunt interdicta (ut diximus) duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis.» La última frase ha preocupado á los jurisconsultos modernos hasta que se descubrió en Viena por M. Endlicher, un fragmento de Ulpiano en el cual está confirmada la proposición que encierra dicha cláusula por medio de dos ejemplos de interdictos *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*. ULPIANO *fragmentum vindobonense*, II, 6. «...adipiscendæ quam recuperandæ possessionis, qualia sunt interdicta QUÆM FUNDUM y QUÆM HEREDITATEM. Nam, si fundum vel hereditatem ad aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive an[tea posse]di, deinde amisi possessionem». Cf. más arriba, § 117 *in fine*. — Hemos dado, más arriba, notas 20 y 22, el texto de otros dos fragmentos de Ulpiano, que tratan también de los interdictos, y que provienen de la misma fuente.

44 V., más arriba, § 35, II, y GAYO, IV, 156. — § 7, I., *h. t.* — Fr. 2, § 3, D., *eodem*.

45 Particularmente los interdictos *retinendæ possessionis* y *de superficiebus*, á cont., §§ 89, 152; así como los interdictos *de aqua*. á cont., § 138, n.º 2.

bre las legislaciones modernas ⁴⁶. La mayor parte de las dificultades que nuestra institución parece que presenta se desvanecen cuando se penetra bien el hecho fundamental de que los interdictos, aun en el caso de ser, según el derecho nuevo, verdaderas acciones, originariamente sólo eran expedientes que tenían por objeto llenar los vacíos de la legislación, protegiendo relaciones que no tenían el carácter de derecho. Las instituciones de este género son indispensables en toda legislación que quiere estar al corriente de las necesidades prácticas ⁴⁷; así encontramos en nuestros códigos las relaciones, medios de derecho que, sin haber recibido la menor influencia del derecho romano, no dejan de presentar una grande analogía con los interdictos ⁴⁸. Es verdad que el legislador moderno parece haber circunscrito rigurosamente el dominio de los decretos motivados por relaciones; pero las necesidades sociales hablan más alto que la ley. Basta consultar los anales de la jurisprudencia para convencerse de que, sobre todo en las grandes aglomeraciones urbanas, los términos limitativos del art. 806 del Código del procedimiento civil son interpretados de una manera muy lata, que permite á los magistrados llenar las lagunas que la legislación puede presentar en la práctica y consagrar eficazmente las relaciones jurídicas que la ley no ha previsto, tales como se presentan en los negocios todos los días.

⁴⁶ Especialmente se pretendía: 1.º que, en los interdictos, la sentencia tenía solamente un efecto provisional; 2.º que, por consecuencia, el procedimiento tenía un carácter sumario y que en él eran suficientes las pruebas incompletas. La falsedad de ambas proposiciones resulta implícitamente de la exposición que ya hemos dado; tendremos, más adelante, varias ocasiones de completar la demostración. Basta decir, aquí en lo concerniente al último punto, por una parte, que la marcha del procedimiento en los interdictos puede ser, según las circunstancias, muy expedita ó muy complicado (más arriba, notas 27. 28), y por otra parte, que si, en algunos interdictos, el juez se contenta con pruebas incompletas, esto es un hecho excepcional, que por lo demás también se encuentra en ciertas acciones propiamente dichas. Cf. á cont., t. II, § 285 OBSERVACIÓN. En cuanto al carácter provisional de la sentencia en los interdictos, veremos más adelante, que, casi siempre, es sólo aparente, aún en los interdictos concernientes á la posesión que son los particularmente invocados para apoyar la tesis, y que en las hipótesis en que lo encontramos realmente, es debido á la naturaleza particular, no de los interdictos, sino de la relación que, en un caso determinado, sirve de base á la acción. V., á cont., § 88, OBS., y § 167; t. II, § 283, OBSERVACIÓN. Por lo demás, puede uno convencerse desde luego de que la sentencia de un interdicto puede estatuir de una manera completamente definitiva sobre la existencia de un derecho, leyendo Fr. 3, § 13, D., *de itinere* 43, 19, y Fr. 1, § 45, D., *de aqua* 43, 20. Cf. á cont., § 138, n.º 1 y 2.

⁴⁷ Así el frecuente uso de los interdictos está atestiguado por Cic., *pro Cæcina*, 13, donde el autor nos habla del pretor «qui dies totos aut vim fieri vetat, aut restitui factam iubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerunque controversiis interdicat.»

⁴⁸ Cf., lo que diremos especialmente del interdicto Salviano, á cont., § 153, nota 17.

DE LA RESTITUCIÓN POR ENTERO †.

§ 72. *Noción y condiciones que se requieren.*

Hemos tenido muchas veces ocasión de hacer notar el extremo rigor del *ius civile*, en el cual frecuentemente la forma absorbía el fondo. Con efecto, un acto libremente consentido por las partes podía á menudo no surtir sus efectos; mas, por el contrario, muchas veces también un acto era civilmente válido, por más que consagrarse una flagrante iniquidad. A medida que aumentó la influencia del *ius gentium*, se sintieron, con mayor intensidad, los inconvenientes de semejante estado de cosas: el pretor debió naturalmente tratar de poner remedio. Con este fin concedía excepciones, creó acciones nuevas; pero podían presentarse casos en los cuales ni el uno ni el otro de estos medios bastaban, particularmente cuando un acto contrario á la equidad habia tenido por efecto la extinción de un derecho. Entonces el magistrado se valia de un medio más atrevido: usaba de su *imperium*, y anulaba las consecuencias perjudiciales que hubieran debido resultar del acto, considerándolo como no acontecido: reponia las cosas en aquel estado en que se encontraban antes de la verificación del acto. Esto se llamaba restituir por entero, *in integrum restituere* ¹. Este poder del magistrado era una emanación de su *imperium* y no competia á los *iudices*. Los magistrados municipales no tenían el derecho de restituir ². Con el tiempo se concedió este poder á

† PAULO, l. 7.—Tit. Th. C., de *integri restitutione* 2, 16.—Tit. D., de *in integrum restitutionibus* 4, 1.—Tit. I. C., 2, 20-55.—Recordando la observación que ya hemos hecho más arriba § 50, nota 7, haremos notar que ordinariamente los Romanos dicen *in integrum restitutio*, *integri restitutio*, y que la inversión: *restitutio in integrum*, pocas veces se encuentra.

¹ A lo menos, es esta la significación originaria de la palabra *restituere*. PAULO, l. 7, 1. «*Integri restitutio est redintegrandæ rei vel causæ actio.*»—No obstante, los jurisconsultos modernos le dan á menudo un sentido mucho más extenso empleándola siempre que se trata de reparar un perjuicio cualquiera producido por un acto aún que el remedio tenga por objeto no *restablecer* el antiguo estado de cosas, sino únicamente obtener los daños y perjuicios. En esta acepción que por lo demás, no es racional ni conforme al lenguaje de nuestras fuentes (Arg. Fr. 7, § 1, D., *h. t.*—Fr. 1, § 6, D., de *dolo malo* 4, 3.—L. 3, C., *quibus ex causis maiores* 2, 54, en combinación con lo que diremos á cont., t. II, § 202, sobre el dolo en los *negotia bonæ fidei*), van comprendidas entre las *restitutiones* muchas acciones y excepciones que examinaremos más adelante en los puntos convenientes, á saber: la *actio* y la *exceptio quod metus causa*, la *actio* y la *exceptio de dolo*, las acciones dadas contra la enagenación hecha en fraude de los acreedores (*actio Pauliana*) y contra la *alienatio iudicii mutandi causa facta*. V., DE SAVIGNY, *System*, t. VIII, § 316, y ZIMMERN, *Traité des actions*, §§ 102, 103.

² Fr. 26, D., *ad municipalem* 50, 1. «*Ea quæ magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. 1. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere rei.*»

los jueces ordinarios ³, y se podía hacer con tanta más seguridad, como que el edicto y la jurisprudencia habían desarrollado y fijado las reglas de esta institución, abandonada antiguamente al arbitrio del magistrado supremo ⁴.

Para que pudiera pedirse la restitución por entero se exigía la reunión de las cuatro condiciones siguientes: 1.^a Era preciso que el acto ó la relación de derecho contra el cual se pretendía la restitución fuese susceptible de ser restituido ⁵. No se puede pedir la restitución contra un delito que uno mismo ha cometido, ni contra un acto en el cual se ha cometido fraude ⁶. Tampoco se admite la restitución contra una sentencia dada en virtud de un juramento deferido entre las partes, ni contra la prescripción de treinta ó cuarenta años, ni contra las ventas hechas por el fisco ⁷.—2.^a Es preciso que aquel que pide la restitución haya sufrido una lesión por consecuencia del acto contra el cual quiere ser restituido, ó que esté por lo menos expuesto á sufrir un perjuicio ⁸. Si el acto no es la causa efectiva de la pérdida de que se queja el demandante no hay lugar á la restitución ⁹.—3.^a Es preciso una justa causa de resti-

³ Tit. C., *ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit* 2, 47.

⁴ También en el derecho nuevo existe la apelación contra la decisión que estuyere en una demanda de restitución, así como toda otra demanda judicial. L. 1. C., *si sæpius in int. rest. postulatur* 2, 44.

⁵ Tit. C., *in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est* 2, 41. V. también los titt. C., 2, 27-40.—En general como la restitución es un medio extremo, la ley exige que el perjuicio por el cual se ha pedido la restitución no sea mínimo. L. 1, C., *si adversus donationem* 2, 30.—L. 1, C., *si adversus fiscum* 2, 37. Cf. Fr. 4, D., *h. t.* Sin embargo, no hay que exagerar esta consideración. Los Fr. 9, pr. § 1. Fr. 49, D., *de minoribus* 4, 4; L. 1, C., 2, 29; L. 3, C., 2, 37, en los cuales se trata de *grande damnum, magnum detrimentum, nimis exiguum pretium*, pertenecen á otro orden de ideas. V. á cont., § 73, nota 18.

⁶ Tit. C., *si adversus delictum* 2, 35. Cf. Fr. 16, 26, § 6, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.—Fr. 9, § 2-5, D., *de minoribus* 4, 4.

⁷ Fr. 31, D., *iureiurando* 12, 2.—L. 3, C., *de præscr. xxx vel xl annor.* 7, 39, «Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda.»—L. 3, C., *si adv. fiscum.* 2, 37, y L. 5, C., *de fide et iure hastæ fiscalis* 10, 3.—No se da la restitución contra la manumisión de un esclavo (tit. C., *si adv. libert.* 2, 31. Cf. Fr. 11, § 1. Fr. 33, D., *de min.* 4, 4), ni tampoco contra la prescripción de ciertas acciones. Fr. 2, § 1, D., *ne de statu defunctorum post quinquenium quærat* 10, 1.

⁸ Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2.—L. 5, pr. C., *de int. rest. minorum* 2, 22. Pero comprobada la lesión, debe la reparación comprender todo el perjuicio causado sea cual fuere su naturaleza y extensión. Fr. 3, § 6. Fr. 6, 34, § 1. Fr. 35, D., *de minoribus* 4, 4.—Fr. 41, D., *de receptis* 4, 8.—L. 2, C., *si adversus rem iudicatam* 2, 27. Cf. á cont., t. II, § 175, notas 7-9, y Fr. 7, § 6, D., *de minoribus* 4, 4. «...et in lucro minoribus succurratur.»—Fr. 7, § 7. 8. Fr. 24, § 2. Fr. 44, D., *eodem.*—Fr. 27, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. Pero v. Fr. 17, § 3, D., *de usuris* 22, 1, y á cont., § 74, nota 46. Ya hemos hecho notar más arriba, nota 5, que la lesión no debe ser muy pequeña.

⁹ Se rehusa particularmente la restitución cuando el perjuicio es consecuencia de un caso fortuito (Fr. 11, § 4. 5, D., *de minoribus* 4, 4), y con más razón, cuando la lesión es consecuencia de nuestra culpa. Fr. 21, pr. D., *quod metus causa* 4, 2.—Fr. 15, § 3. Fr. 16, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. Sin embargo, V. á cont., § 74, notas 5 y 10.

tución. Antiguamente la apreciación de la causa se dejaba al criterio del magistrado; pero el edicto y la jurisprudencia han establecido reglas fijas que exponremos más adelante, en el § 74.—4.º Por fin, no se concede la restitución más que cuando no hay otros medios de reparar ó de prevenir el daño de que se trata ¹⁰.

Si se encuentran reunidas estas condiciones puede pedirse la restitución por la persona perjudicada, así como por los sucesores *per universitatem* ¹¹. Debe pedirse contra la persona interesada en el acto que implica lesión para nosotros ¹², ó contra los herederos de esta persona ¹³. Excepcionalmente no obstante, sobre todo cuando no hay otro medio de hacer eficaz la restitución, puede también dirigirse la demanda contra tercero, particularmente cuando se trata de hacer que volvamos á adquirir una cosa contra los que se encuentran actualmente en posesión de esta cosa. Se dice entonces que se da *in rem* ¹⁴. Por fin, se debe admitir que en ciertos casos, se puede pedir al magistrado sin dirigir la demanda contra una persona determinada, por ejemplo, cuando un menor quiere ser restituido contra la renuncia á una herencia que está todavía vacante ¹⁵.—Debemos hacer notar que la restitución no puede pedirse por

¹⁰ Fr. 16, pr. § 1. 3, D., *de minoribus* 4, 4 —Tit. C., *in quibus causis* 2, 41. V., no obstante, á cont., § 74, notas 7 y 8.

¹¹ Fr. 1. 2 6, D., *de int. rest.* 4, 1.—Fr. 18, § 5 Fr. 19, D., *de minoribus* 4, 4 y *passim*.—Una *successio in singulam rem* ó *causam* no da autorización al sucesor para valerse del beneficio de la restitución que podía pertenecer á su autor, á menos que ese último le haya hecho cesión. Fr. 24, pr. D., *de minoribus* 4, 4; Fr. 25, D., *de adm. tutorum* 26, 7; Fr. 29, § 1. D., *de tutelæ actione* 27, 3; Fr. 95, § 3, D., *de solutionibus* 46, 3, y á cont., t. II, § 189, nota 16.—Para las cauciones, V. á cont., t. II, § 263.

¹² Es decir, contra la persona con respecto de la cual hemos hecho el acto prejudicial ó que está en el di rectamente interesada, por ejemplo, nuestro adversario en un pleito en que ha mediado una omisión por nuestra parte que da lugar á una restitución Fr. 9, pr. D., *de minoribus* 4, 4.—Fr. 13, § 1, D., *eodem*. «... si minor... fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emtor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, æquius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emtor est.» Fr. 14. 15. 49, D., *eodem* —L. 10, C., *de rescind. vendit.* 4, 44.

¹³ L. 7, C., *de in integrum restitutione minorum* 2, 22.

¹⁴ PAULO, I, 7, 4.—Fr. 9, pr. in f. D., *de minoribus* 4, 4. «...interdum... si grande damnum sit minoris...»—Fr. 13, § 1, D., *eodem*. «Interdum autem restitutio et *in rem* datur minori, id est, adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum... si prior emtor... non esset solvendo...» Cf. más arriba, nota 12.—Fr. 17, pr. D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.—Fr. 39, pr. D., *de evictionibus* 21, 2.—L. 3, C., *de restit. militum* 2, 51.—L. 2, C., *de ucoribus militum* 2, 51.—Tenemos que notar que, en todos estos pasajes se trata de menores ó militares. El Fr. 18, D., *de interrogat. in iure* 11, 1, trata de un caso del todo particular.—Importa además hacer notar que la restitución por causa de violencia es *in rem scripta*. V., á cont., § 74, n.º 2.

¹⁵ Arg. Fr. 3, § 7. Fr. 7, § 5. Fr., 21, § 2 D., *de minoribus* 4, 4. Cf. Fr. 29, § 2, D., *eodem*, y á cont., § 73, nota 15.—Tit. C., *si minor ab hereditate se abstineat* 2, 33.

los hijos contra su padre y madre, ni por el cliente contra su patrono ¹⁶.

§ 73. *Modo y efecto de la restitución.*

Se puede hacer valer el beneficio de la restitución por vía de acción y por vía de excepción ¹. En todos los casos debe ser pedida al magistrado, el cual no la concede sino *causa cognita* ², es decir, después de haber examinado si las condiciones de derecho y hecho requeridas concurren en el caso ³. El procedimiento podía ser más ó menos complicado, según la naturaleza del asunto que había que decidir. Con frecuencia, en efecto, cuando era evidente que el caso reunía todas las condiciones requeridas, el pretor podía sobre la marcha dar su decreto, conteniendo la restitución y al mismo tiempo las consecuencias que de la misma debían resultar ⁴. Esto tenía lugar, no solamente cuando el objeto de la restitución era únicamente evitar una pérdida ó anular un acto ⁵, sino que también muchas veces cuando se trataba de restablecer una relación legal que había existido antes del acto contra el cual se pedía la restitución. No obstante, en este último caso el procedimiento podía resultar más complicado, particularmente cuando se intentaba obtener la restitución de una acción que se había perdido. A veces, en efecto, el pretor se limitaba á declarar que el derecho del cual resultaba esta acción quedaba restablecido: desde entonces aquel en favor del cual se había hecho la restitución, debía todavía perseguir su derecho por medio de la acción restituida, la cual, por este motivo, se llamaba entonces *iudicium resti-*

¹⁶ L. 2, C., *qui et adversus quos in int. rest.* 2, 24.—V. sin embargo Nov. 155.

¹ Fr. 9, § 3, D., *quod metus causa* 4, 2.—Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2.

² PAULO, I, 7, 3. «Integri reitutio plus quam semel non est decernenda: ideoque *causa cognita* decernitur.»—Fr. 3, D., *de in int. rest.* 4, 1. «Omnes in integrum restitutiones *causa cognita* a prætore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit—Fr. 11, § 3, Fr. 13, pr. Fr. 43, 44, 47, pr. D., *de minoribus* 4, 4.—Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2.—L. 1, C., *de officio prætoris* 1, 39—L.—1, C., *si adversus solutionem* 2, 33 y *passim*.

³ También es posible que algunas veces el magistrado haya encargado á un *iudex* el examen de los hechos. Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2. «*Pterumque ipsum prætorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere*.»—Fr. 33, D., *de re iudicata* 42, 1.—En estos casos, la restitución había de ser *condicional* como la condenación en las acciones ordinarias.

⁴ Distinguen además los comentadores si la restitución se hace *brevi manu**, es decir, sin que haya sido oído el adversario, ó *cognitione prætoris*, es decir, después de un debate contradictorio. Esta distinción carece de importancia para nosotros.

⁵ Por ejemplo, cuando pide uno ser relevado de una prescripción que resulta de la omisión de una formalidad del procedimiento, ó hacer declarar nula una adición de herencia. Fr. 21, § 5, D., *quod metus causa* 4, 2. En estos casos, en efecto, basta la declaración del magistrado.

tutorium, actio rescissoria ⁶. Á esta acción los modernos oponen ordinariamente, con el nombre de *iudicium rescindens* ⁷, el decreto del magistrado que la precede como una especie de *præiudicium*.

El tiempo durante el cual se podía pedir la restitución por entero, era en la mayor parte de los casos, de un año útil, que Justiniano reemplazó por el de cuatro años continuos ⁸. Empieza á correr no desde el día en que se ha verificado el acto contra el cual se quiere entablar la reclamación, sino desde el día en que ha cesado la *causa restitutionis* ⁹.

A partir del momento en que se ha pedido la restitución, todo permanece en el *statu quo*; hasta debe suspenderse la ejecución de una sentencia definitiva, contra la cual ha sido implorada ¹⁰.—El efecto de la restitución obtenida es, en general, poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del acto contra el cual se ha obtenido la restitución ¹¹. El restituido puede, pues, pedir todo lo que haya perdido en virtud de este acto; particularmente cuando obtiene la restitución de una cosa, puede también pedir los frutos y las accesiones ¹². Pero, por el contrario, debe devolver todo lo que ha ganado por su parte en virtud

⁶ Esta *actio rescissoria* era una *fictitia* ó *utilis actio*. GAYO, IV, 38. «... Introduta est contra (deminutum) utilis (actio), rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus... non esse.»—§ 5, l., *de actionibus* 4, 6, y TRÓFILO, *ad. h. l.*—Fr. 21, § 6, D., *quod metus causa* 4, 2.—Fr. 13, § 1, D., *de minoribus* 4, 4.—Fr. 28, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.—L. 5, C., *eodem* 2, 54. V., también el Fr. 43, D., *eodem*, donde el mismo pretor crea una acción en que el hecho, contra el cual se pide la restitución, había impedido que tomara principio.—No cabe duda que, en general, de la voluntad del magistrado dependía el terminarlo todo por sí mismo ó elegir el procedimiento más complicado, que exigía el *iudicium restitutorium*. No obstante, parece que, en ciertos casos, este último estaba exclusivamente en uso. GAYO, III, 84. IV, 38.—Fr. 2, § 1, D., *de capite minutis* 4, 5.

⁷ Muchos autores, con razón, no han admitido este término, que parece indicar que, en la restitución, había dos *iudicia*. VINNIO, *ad* § 5, l., *de act. y Selectæ quæstiones* 1, 10, hace notar que esta denominación prueba por parte del que la inventó una gran ignorancia del procedimiento romano. Este razonamiento es fundado; pero el autor va demasiado lejos cuando sostiene que nunca fué necesario el *iudicium restitutorium*. Para convencerse de esto, basta leer los pasajes en que se dice que el pretor *dat* ó *restituit iudicium* ó *actionem, rescissa usucapione vel capitis deminutione*. GAYO, III, 84. IV, 38.—§ 5, l., *de actionibus* 4, 6.—Fr. 46, § 3, D., *de procurat.* 3, 3.—Fr. 9, § 3. 4. 7, D., *quod metus causa* 4, 2.—Fr. 13, § 1, D., *de minoribus* 4, 4.—Fr. 26, § 7, 8, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. Fr. 39, D., *de evictionibus* 21, 2.—L. 5, C., *ex quibus causis maiores* 2, 54.

⁸ L. ult. C., *de tempor. in int. rest.* 2, 53.—V., también L. 2, Th. C. *de integri restit.* 2, 16, y más arriba, § 39, nota 1.

⁹ L. ult. C., *citada*.—L. 5, pr. C., *eodem*.—Cf. Fr. 19, D., *de minoribus* 4, 4.—Fr. 1, § 1, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.

¹⁰ L. 1, C., *in int. restitutione postulata ne quid novi fiat* 2, 50.

¹¹ PAULO, I, 9, 7.—Fr. 9 § 2, 4, 7. Fr. 21, § 5, 6, D., *quod metus causa* 4, 2.—Fr. 7, § 10, 11, 12. Fr., 8. Fr. 24 § 4. «... Ut unusquisque ius suum integrum recipiat» Fr. 27, § 1, 2, 3, Fr. 47, § 1. Fr. 50, D., *de minoribus* 4, 4.—Fr. 23, § 2. Fr. 28, § 6. Fr. 29, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.—Fr. 19, D., *de novationibus* 46, 2.—L. 1, C., *de reputationibus* 2, 48 y *passim*.

¹² V. la nota precedente.