

restituya el duplo, §. *últ. Inst. h. t.* De donde fácilmente se infiere en qué se diferencia esta accion de la otra que nace del cuasi contrato, pues 1º la accion del cuasi delito es penal; la del cuasi contrato es persecutoria de la cosa. 2º Aquella no se da contra los herederos; esta se da contra ellos. 3º Por aquella se consigue el duplo; por esta solamente el tanto (*simplum*). Sin embargo una y otra son perpetuas, L. 7. §. *últ. ff. Naut. cap. stab.*; lo cual es aquí singular, siendo como son de solo un año las acciones penales pretorias, §. 4271. Pero es mas prudente obrar en virtud de cuasi contrato, que por cuasi delito; parte porque las acciones en el duplo apénas están hoy admitidas, y parte porque es mas difícil la prueba en este caso que cuando se obra por cuasi contrato; pues en este pruebo solamente que han sido admitidas mis cosas en la nave ó meson, y en el cuasi delito tengo que probar que alguno de la familia causó el daño.

§. MCXXIII. Añadimos en este párrafo dos cuasi delitos, de que no se hace mencion en las Instituciones, á saber, V.º la *misericordia intempestiva* y VI.º la *convivencia*. La misericordia es en sí un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal, degeneran en vicios, así tambien esta, si es intempestiva, se tiene por delito. Los casos pueden ser varios; por ejemplo, si uno desatase á un siervo ajeno que estaba atado, y luego se escapase este; si el escribano soltase al que está en la cárcel; si el juez permitiese que se escapase el reo que habia de condenar. Véase la L. 7. *pr. ff. De pos.* Á la verdad en estos casos no hai lugar á la misericordia, sino á la severidad y administracion de justicia. *Convivencia* es cuando uno permite que otro cometa un delito que podia y debia evitar. Ciertamente si uno que está encargado de la educacion de otro, permite que trabee un desafio, no hai duda que esta convivencia es digna del mayor castigo. En ambos

casos pues se dará la accion *en el hecho*. Mas solo he referido esto por ejemplo, porque no se crea que no hai mas cuasi delitos que los que numera el emperador en este título de las Instituciones.

§. MCXXIV. [Por la *lei 26. tit. 45. Part. 7.* las penas impuestas contra los que tiene suspensa alguna cosa, se aplican para resarcir los daños y perjuicios, y ademas para penas de cámara.]

examen
TÍTULO VI.

DE LAS ACCIONES.

§ MCXXV. Hemos concluido la esplicacion de las dos primeras partes de las Instituciones, pues dividiéndose estas segun los tres objetos del Derecho, *personas, cosas y acciones*, §. 74, tratámos de los derechos de las personas en el libro I, y del derecho de todas las cosas prolijamente en el libro II, III y IV, hasta este título VI. Resta por tanto el tercer objeto del derecho, á saber, las *acciones*, de las que se trata desde este título hasta el XVII. El título último es como el apéndice de todo el libro de las Instituciones, y tratándose en él de los juicios públicos, mas pertenece al Derecho público que al privado.

§. MCXXVI. Observamos en la doctrina de las acciones tal orden, que antepuesta la definicion, se espiquen en este y los títulos siguientes algunas divisiones y clases de acciones. Veamos pues en primer lugar la definicion. La accion puede considerarse de dos modos, ó como *cosa incorporal*, que está en nuestros bienes, y entónces pertenece al segundo objeto del Derecho, esto es, al título de *las cosas incorporales*; ó se toma por el *medio legitimo* de conseguir su derecho en juicio, y entónces pertenece al tercer objeto del Derecho, á este título de *acciones*. Ahora

deberia Justiniano definir la accion en la significacion posterior, si quisiese observar exactamente las reglas del método; mas él la definió en la primera significacion, diciendo que es *un derecho de demandar en juicio lo que á uno se le debe, pr. Inst. h. t.* Esta definicion se resiente de dos defectos, pues 1º la accion en este título no es el derecho, sino un medio de obtenerlo. 2º No solo pedimos por la accion lo que se nos debe, sino tambien lo que es nuestro. Luego debiendo Justiniano definir la accion en general, definió una especie de accion, á saber, la accion personal. Para corregir estos errores, se dará la definicion de esta manera: *accion es un medio legítimo de conseguir en juicio los derechos, ya en la cosa, ya á la cosa, que competen á cada uno.*

§. MCXXVII. Supuesto esto, fácilmente dividiremos el título. Se explican en él las divisiones de las acciones. 1º Unas son reales y otras personales (1), §. 1127-1171: 2º unas son persecutorias de la cosa, otras penales y otras mistas, §. 1172-1174: 3º unas se dan en el tanto (*in simplicium*), otras en el duplo, otras en el triplo y otras en el cuádruplo, §. 1175-1180: 4º unas son de buena fe, otras de derecho estricto y otras arbitrarias, §. 1181-1196: 5º por unas conseguimos el todo y por otras ménos que el todo, §. 1177-1203.

I.º La primera division es, que unas acciones son *reales* y otras *personales*: aquellas se llaman *vindicaciones* y estas *condiciones*: aquellas nacen del *derecho en la cosa*, y estas del *derecho á la cosa*. Sin embargo no negamos por eso que se den *acciones mistas*, que son al mismo tiempo reales y personales. Pues aunque estas acciones se acerquen mas á las reales, ó á las personales, no impide esto que puedan llamarse mistas, como tampoco se llamaria

(1) Las acciones mistas se distinguen de las penales y reales, segun la *lei 5. tit. 8. lib. 41. de la Nov. Recop.*

puro el vino mezclado con agua, aunque la tenga en mui corta cantidad. Las acciones mistas son cuatro: la petition de la herencia, y los tres juicios divisorios, de fijar los límites, dividir lo comun, y partir la herencia (*finium regundorum communi dividundo, familiarum exerciscundæ*); y nacen en parte del derecho en la cosa, á saber, la herencia ó dominio; y en parte del derecho á la cosa, el cuasi contrato ó delito; y por tanto se conceden, ya para la restitution de la cosa, ó ya para las prestaciones personales. Esta es pues la primera division de las acciones. Ambas, tanto las reales como las personales, se subdividen en *civiles* y *pretorias*. Aquellas provienen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes; estas del Derecho honorario. La diferencia es grande por razon de la prescripcion, pues las civiles penales son perpetuas, y las pretorias suelen ser de un año, porque no dura mas el mando del pretor. Ahora consideraremos. 1º la naturaleza de las acciones en la cosa, §. 1128 y 1129; 2º las acciones que nacen del dominio, §. 1130-1132; 3º las acciones del derecho hereditario, §. 1133 y sig.; 4º las acciones de las servidumbres, §. 1135-1137; 5º las acciones del derecho de prenda, §. 1138-1140; y 6º algunas acciones mistas en la cosa, §. 1141-1144.

§. MCXXVIII y MCXXIX. I.º En pocas palabras, la naturaleza de las acciones reales consiste (a) en que todas nacen del derecho en la cosa, en el que no está obligada la persona, sino la misma cosa, como sucede en el dominio, derecho hereditario, servidumbre y prenda, §. 334. (b) En que todas estas acciones se dan contra cualquiera poseedor, ya se le conozca ó no; bien hubiese negociado conmigo, ó no hubiese negociado, *L. 25. pr. ff. De O. et A.* Ciertamente no sucede lo mismo en las acciones personales, que se dan contra aquellos que negociaron con nosotros y no contra un tercero, á no ser que sean

acciones escritas en la cosa (*in rem scriptæ*), de las que se tratará mas abajo. (c) En que el poseedor nunca se dirige contra la cosa (*numquam in rem agit*). Porque ¿quién seria tan necio que quisiese recibir del juez lo que ya tenia en su casa? Y no obstante añade Justiniano §. 2. *Inst. h. t.*, que solamente en un caso puede reclamar la cosa el que la posee (*agere in rem*); de cuyo caso dice haber tratado en los libros mas estensos del *Digesto*; por lo que investigan con mucha diligencia los doctos, cuál será este caso único. Hai quien opina ser el interdicto *Uti possidetis*, ó *Utrubi*, del cual usa el que posee. Pero ántes deben probar que estos interdictos se dirigen contra la cosa, pues en general se afirma en la *L. 1. ff. De interd.*, que los interdictos se dirigen contra las personas. Aquel único caso de que habla Justiniano, es sin duda la *accion negatoria*, porque de ella usa, 1º el que está en la posesion ó cuasi posesion de la libertad: 2º de la misma accion se trata allí siempre de propósito: 3º lo confirma Teófilo, §. 2, *Inst.*, á cuyo testimonio siempre doi el mayor crédito. Véase mi *Præf. ad Vinium*. 4º El dueño no usa de *condiccion*, esto es, de accion personal (*non condicat*), para reclamar su cosa, sino que la *vindica*, esto es, la persigue por accion real, §. 44. *Inst. h. t.* En el §. 4062. advertimos que se observa lo contrario en el solo caso de la *condiccion furtiva*.

§. MCXXX — MCXXXII. II.º Sentados estos preliminares generales acerca de la naturaleza de las acciones reales, veamos la primera clase de ellas, que son las que nacen del *dominio*. De estas hai tres; una civil, *vindicacion de la cosa*; y dos pretorias, *publiciana* y *rescisoria*. (a) *Vindicacion de la cosa* es una accion real civil, por la que obra el dueño contra cualquiera poseedor, para que restituya la cosa con todas sus partes, acrecentamientos y frutos, segun la clase de posesion. Si el reo posee de

buena fe, restituye solamente los frutos existentes; y si de mala fe, está obligado á entregar los frutos existentes y los percibidos, y que debió percibir. Por lo demas, si obra en virtud de pleno dominio, se llama la accion *directa*; y si de dominio ménos pleno, como en la enfiteúsis, feudo ó superficie, la accion se llama *útil*. Aunque esta accion es mui natural, con razon se dice sin embargo que es difficilísima, porque el actor debe probar el dominio; cuya prueba no es tan fácil como parece, tocándole demostrar, no solo que la adquirió con buena fe, y justo título, sino tambien que su anterior poseedor era verdadero dueño, á no ser que la hubiese usucapido, pues de otro modo no podria trasferirnos el dominio que no tuvo. Siendo esto así, introdujo el pretor otra accion mas fácil, á saber, (b) la *publiciana*, llamada de este modo de cierto pretor Publicio. El fundamento de esta accion es el dominio fingido, pues si uno recibe una cosa con buena fe y justo título de quien no es dueño, finge el pretor no obstante que es verdadero dueño, aunque no lo sea, así como se dice en el §. 4. *Inst. h. t.*, que ha usucapido, no siendo cierto. Mas ¿con qué derecho puede fingir esto el pretor? Porque aquí no se procede contra el verdadero dueño, respecto del que seria injustísima esta ficcion, sino contra aquel que posee sin derecho ó con derecho mas débil, ó deja de poseer por dolo malo, para que restituya la cosa con todas sus partes, accesiones y frutos, segun la clase de posesion. Es pues mucho mas fácil esta accion, porque aquí no pruebo el dominio de mi causante, sino solo que he recibido la cosa con buena fe y justo título. (c) La accion *rescisoria* fué inventada por el mismo pretor Publicio, pues claramente se llama tambien publiciana en la *L. 35. ff. De O. et A.* y *L. 57 Mandati*, y estriba casi en el mismo fundamento que la anterior, pues así como en aquella se fingia que habia usucapido el que no usucapió, así en esta se finge que no

usucapió el que habia usucapido, *L. 5. Inst. h. t.* Por lo demas tiene lugar esta accion, siempre que el ausente por causa de la república ó por miedo usucapió mi cosa. En uno y otro caso restituye el pretor en el todo al perjudicado, y con este nombre salió la accion rescisoria, que se concede al ausente por causa de la república ó por justo miedo, y contra el presente que usucapió, para rescindir la usucapion, y que restituya la cosa con todas sus partes. Siendo pues esta accion restitucion en integro (*in integrum*), de la que se trata en el tít. *Quibus ex caus. maj. 25. ann. in integr. rest.*, duraba antiguamente solo un año. Pero Justiniano la estendió á cuatro años continuos, *L. ult. C. De temp. in integr. rest.*

§. MCXXXIII y MCXXXIV. III.º Sigue otra clase de acciones reales que nacen del derecho *hereditario*; las cuales son dos, á saber, la *peticion de herencia* y la *queja inoficiosa*. La *peticion de herencia* como advertimos en el §. 1126, es *mista*, pues en primer lugar nace del derecho en la cosa (*in re*), á saber, del hereditario; y ademas de cuasi contrato, por la administracion de la herencia comun; por lo que se pide la herencia y las prestaciones personales. Se da esta accion al heredero, ya por testamento, ya abintestato, contra aquel que posee como heredero (esto es, que juzga que él es heredero) ó como poseedor, (esto es, que posee sin justa causa, y preguntado, responde, poseo porque poseo) para que restituya la herencia con los frutos y acciones, dé cuentas y resarza los daños. Fuera de lo cual se ha de observar acerca de esta accion, 1º que es universal, pues se pide una totalidad, á saber, la herencia. 2º Que no puede entablarse contra aquel que posee por título singular, tal como el comprador de la cosa hereditaria, el donatario etc. 3º Que esta accion dura treinta años, contra la naturaleza de las acciones reales, porque es *mista*, y en

esto imita la naturaleza de la acciones personales. La *queja del testamento inoficioso* no es otra cosa que una especie de *peticion de la herencia*; pero habiendo tratado de ella espresamente arriba en el *lib. II. tít. 18*, no hai para qué detenernos ahora en explicarla de nuevo.

§. MCXXXV—MCXXXVII. IV.º Constituyen la tercera clase de acciones reales las que se conceden *acerca de las servidumbres*. Digo *acerca de las servidumbres*, porque así se espresa tambien Ulpiano *L. 2. pr. ff. Si serv. vind.*, pues contándose aquí dos acciones, la *confesoria* y la *negatoria*, aquella nace ciertamente *de la servidumbre*, mas esta viene de la libertad natural; y por tanto mas bien puede decirse que se concede *acerca de la servidumbre* y por su ocasion, que no que nace de la servidumbre. La accion *confesoria* es una especie de *vindicacion*; y de aquí es que en las *Pandectas* está concebida la rúbrica en estos términos: *Si servitus vindicetur*, si es *vindicada* la servidumbre. Su fundamento es el derecho que decimos nos compete en una cosa ajena. Si pues otro nos lo niega é interrumpe este derecho, obramos contra el que lo turba, 1º para que deje de turbarnos, 2º para que resarza el daño causado, 3º para que preste caucion de no turbarnos mas en adelante; y principalmente, 4º para que se declare por el juez que nos compete este derecho. Al contrario el fundamento de la accion *negatoria* es la libertad natural: por consiguiente usa de ella el que dice que su fundo es libre por naturaleza, y esento de toda servidumbre, contra el que *vindica* para sí algun derecho en él, 1º para que se declare libre nuestro fundo, 2º para que desista el reo de turbarnos, 3º para que se le mande prestar caucion sobre ello, y 4º para que nos resarza todos los daños causados. Estas acciones son utilísimas y diarias en el foro. Mas la *negatoria* tiene de singular, 1º que aquí reclama la cosa (*in rem agit*) el que la posee; lo que

ya observámos arriba, §. 1129. 3, por el §. 2. *Inst. h. t.*, que sucedía únicamente en este caso; 2º que debiendo en los demas casos probar su accion el actor, este se halla esento de prueba, y esta carga incumbe al reo porque se presume la libertad natural, en la que pone el fundamento este actor, y la presuncion traslada al contrario la carga de probar, *L. 3. L. 9. L. 12. ff. L. 10. De probat. et præsumpt.* Sin embargo se exceptúa el caso de que el reo estuviese en la cuasi posesion de su derecho, pues entónces no le toca la prueba, sino al actor, por la regla que veremos abajo, §. 1232. 4. No obstante en muchos países se observa en el foro la práctica contraria.

§. MCXXXVIII—MCXL. V.º Forman la cuarta clase de acciones las reales que nacen del *derecho de prenda*, en cuanto la prenda no es contrato (pues de él solamente proviene accion personal) sino derecho en la cosa. De este derecho de prenda nacen dos acciones, reales y pretorias, de las cuales se llama la una *serviana*, del nombre de su autor, y la otra *cuasi serviana* ó hipotecaria. Aquella es especial, esta general. Dije que la *serviana* es especial, pues se concede en el único caso de que, dando uno en arriendo un predio rústico, hace que se constituya prenda á su favor. Porque entónces el locador entabla esta accion contra cualquiera poseedor de las cosas dadas en prenda, para conseguirlas y poseerlas, hasta que se le satisfaga la pension. Mas siendo general la *cuasi serviana* ó hipotecaria, se da contra toda prenda ó hipoteca constituida al acreedor; y por tanto usa de ella todo acreedor hipotecario contra cualquiera poseedor de la prenda, hasta quedar satisfecho de su deuda. Pero habiendo hablado algo arriba de estas acciones, §. 818, no nos detenemos mas en ellas.

§. MCXLI—MCXLIV. VI.º Explicadas todas las acciones

que dimanen de las cuatro especies del derecho en la cosa, añadimos ciertas acciones mistas, que se numeran verdadera ó falsamente entre las reales. Tales son 1º la *accion pauliana*, que nuestro Justiniano agrega claramente á las reales, §. 6. *Inst. h. t.*, sin embargo de que allí se pide la restitucion y juntamente los frutos; lo que por otra parte es cualidad de las acciones personales. En algun modo puede apoyar á Justiniano el que esta accion nace de la posesion pretoria de los bienes, y por tanto de derecho en la cosa, como ya notó Pagenstechero, *Aphorism. h. t.* Es cierto sin embargo, que mas pertenece la accion pauliana á las personales que á las reales. Por lo demas se concede esta á los acreedores, en cuyo fraude enajenó sus cosas el deudor, contra los que tienen estos bienes enajenados, para que los restituyan con sus frutos. 2º Cuentan igualmente los doctores los *interdictos* entre las acciones reales, que teniendo la posesion por la quinta especie de derecho en la cosa, tambien consideran acciones reales los interdictos que nacen de la posesion. Pero esto es manifestamente falso, pues (a) ya demostrámos evidentemente en el §. 334, que es un error llamar á la posesion derecho en la cosa, aunque el derecho de poseer, como contenido en el dominio, seareal. (b) Nada es mas claro que las palabras de Ulpiano *L. 1. §. 3. ff. De interd.*, que todos los interdictos (nótese que dice *todos*), aunque parezcan dirigirse á la cosa, sin embargo en sus propiedades son *personales*. 3º Mas bien se numeran entre las acciones reales las *acciones prejudiciales* (anticipadas en el juicio), en las que se litiga sobre el estado, §. 13. *Inst. h. t.* Cuantos son pues los estados de los hombres, tantas son las acciones *prejudiciales*, y el estado es, ó de *libertad*, ó de *ciudad*, ó de *familia*, §. 76. En cuanto al estado de libertad, se pregunta, si uno es ciudadano ó extranjero, cuestion de la cual trata Cice-

ron, *Orat. pro Archia poetá*. En cuanto al estado de familia, se pregunta si alguno es padre ó hijo, ó no. Todas estas controversias se llaman acciones *prejudiciales*, porque las mas de las veces se anticipan á otro juicio principal. Por ejemplo, un jóven pide la hacienda de Pedro como su hijo: los poseedores niegan que aquel es hijo legítimo; por tanto ántes de sentenciarse, se ha de averiguar si es hijo legítimo: luego es una acción *prejudicial*. En nuestras leyes se mencionan especialmente dos acciones *prejudiciales*: 1^a *Causa sobre la libertad (liberalis causa)*. Por ella obra el dueño, contra el siervo que se tiene por libre, para volverle á la servidumbre; ó el que siendo libre vive en injusta servidumbre, contra el que se tiene por dueño, para que sea aquel declarado libre. Antiguamente no podia en uno ni en otro caso presentarse en juicio aquel de cuya libertad se disputaba, porque todavía era incierto si era siervo ó libre; y el siervo no es persona para asistir al juicio. Por tanto aquel que como procurador intervenia en favor de la libertad, se llamaba *defensor (adsertor)*. Pero Justiniano quitó estos rodeos, *L. ún. C. De adsert. toll.* 2^a *La acción de reconocer y alimentar la criatura* se concedia á la mujer ó al mismo hijo contra el padre repudiante, para que reconociese al hijo y le sustentase. Pues sucedia frecuentemente que los maridos repudiaban á sus mujeres embarazadas, y en seguida negaban que los hijos nacidos despues del divorcio fuesen suyos. De aquí es que en este caso se reconocia el vientre, y si la mujer estaba embarazada, se la ponía en custodia, para que no se supusiese que el parto era adulterino; y si nacia algun hijo entónces, tenia el marido repudiante que reconocerle y sustentarle. Es larga esta historia, y se refiere mui bien en el *tít. ff. De agnoscendo partu, ventre aspiendo*, y sigg.

§. MCXLV — MCXLVII. Concluimos el tratado de las acciones reales. Siguen las *personales*, que nacen del derecho á la cosa ó de la obligacion. Toda obligacion nace, ó inmediatamente de la equidad, ó de la lei, ó mediatamente de algun hecho obligatorio, lícito ó ilícito, §. 771 y sig. Por lo cual trataremos esta materia por este orden: consideraremos 1^o la naturaleza de las acciones personales, §. 1145-1147; 2^o las acciones personales que nacen inmediatamente de la equidad natural, §. 1148-1154; 3^o la acción que nace de la lei, § 1155; 4^o las acciones que provienen de un hecho obligatorio lícito, §. 1160-1165, y 5^o las acciones que dimanen de un hecho obligatorio ilícito, §. 1166-1171. I.^o En cuanto á la *naturaleza* de estas acciones personales, advertimos, 1^o que todas se llaman *condiciones*, así como las reales *vindicaciones*, §. 15. *Inst. h. t.*: 2^o que todas nacen de la obligacion ó derecho á la cosa (*ad rem*): 3^o que nunca se dan contra un tercer poseedor, (en lo que principalmente se diferencian de las acciones reales) sino contra los que negociaron con nosotros, *L. 25. pr. ff. De O. et A.* Sin embargo se exceptúan algunas acciones escritas en la cosa, que si bien personales, se dan no obstante contra cualquiera poseedor; en lo cual imitan las acciones reales. Su catálogo debe fijarse en la memoria, especialmente no siendo, como no es, prolijo. Esta son (a) por causa de miedo (*quod metus causa*), (b) la acción *pauliana* de que se ha hablado poco hace; (c) para exhibir (*ad exhibendum*); y (d) para detener el agua y la lluvia (*aquæ ei aquæ pluvix arcendæ*). 4^o Las acciones personales son tambien ó civiles ó pretorias, §. 23. *Inst. h. t.* Esto en cuanto á la naturaleza de estas acciones en general.

§. MCXLVIII — MCLIV. II.^o Llegamos ya á las especies de acciones personales, y desde luego á su primera clase, en la que contamos todas las que nacen inmediatamente de