

en el tanto. Tales dijimos arriba que eran la accion de rapiña, § 4076 y sig., la accion por causa de miedo, §. 1151., y la accion de los calumniadores, §. 1169. 2º Las acciones en el duplo son de dos maneras, pues ó puedo pedir desde un principio el duplo, ó lo pido despues, porque se oculta la verdad, ó por la tardanza; en cuyo último caso se dice que crece la demanda por la no confesion del reo ó por su tardanza. Del primer género son las acciones de hurto no manifesto, §. 1058., del siervo corrompido, §. 1169. 8., de distraer las cuentas, §. 263., y otras semejantes. Del segundo género son la accion de la lei aquilia, §. 1093., y la accion de los legados dejados á lugares santos, §. 1174. 3º El Derecho justiniano hace mencion de una accion en el tripto, que hoy dia no tiene ningun uso; la cual se concedia contra el que estimaba en mas de lo justo el proceso, con el fin de que los procuradores ó ejecutores del pleito exigiesen mayor cantidad con el nombre de adehalas ú otro, §. 24. *Inst. h. t.* Pero no cobrándose en el dia las costas del pleito á prorata del valor que contiene el proceso, sino con arreglo á la equidad, no puede tener ningun uso esta accion. 4º Tambien en el cuádruplo se dan algunas acciones desde el principio, y otras despues de resultas de la contumazia. Tenemos ejemplos del primer género en la accion de hurto manifesto, §. 1058., la de rapiña, §. 1076., y la de los calumniadores, §. 1169. Es ejemplo del último género la accion por causa de miedo, que al principio solo se dirige á que el juez mande restituir la cosa quitada por fuerza ó miedo; mas si el reo no obedece á esta disposicion del juez, es condenado por la contumazia en el cuádruplo, §. 1151. Pero toda esta division no es en el dia de grande uso, 1º porque en la mayor parte de los países determina la legislacion la cantidad cierta de las penas pecuniarias; y en parte 2º porque segun la costumbre de nuestras legislaciones, rara vez se

adjudica la pena al actor, sino que comunmente la percibe el fisco.

§. MCLXXXI—MCXCI. Sigue la cuarta division de las acciones. Unas son *de buena fe*, otras *de derecho estricto*, y otras *arbitrarios* (1). Por tanto examinaremos aquí 1º el origen de esta diferencia, §. 1181-1184; 2º qué sean estas acciones, §. 1185.; 3º cuáles son las de buena fe, de derecho estricto y las arbitrarias, §. 1186-1189; 4º cómo se diferencian en el efecto, §. 1190 y 1191; y 5º á las que, á ejemplo de Justiniano, añadiremos un apéndice de la peticion de mas de lo que se debe, §. 1192-1196. 1º *El origen de esta diferencia* se ha de buscar en el antiguo modo de litigar. Los magistrados romanos no dirigian por sí mismos todo el pleito, sino que hecha la citacion, se espresaba con cierta fórmula la obligacion de presentarse á su tribunal; es decir, que afianzaba el reo presentarse de nuevo al segundo dia. Luego que esto llegaba, el pregonero en voz alta citaba al reo presente, contra el cual entablaba el actor la accion con una breve fórmula, por ejemplo: *digo que me debes ciento por mutuo*. Tambien el reo oponia su escepcion con una breve fórmula, por ejemplo: *y yo lo niego, porque en virtud del senadoconsulto macedoniano no queda obligado el hijo de familia*. El actor replicaba: *digo, que siendo de tu derecho* (tui juris) *has renunciado á esta escepcion*. El reo contestaba segunda vez: *niego que haya renunciado*. Así entendia el pretor al momento los derechos de las partes y el punto de la cuestion. Consistiendo pues la dificultad de la disputa en saber, si el reo habia renunciado el senadoconsulto macedoniano, siendo ya de su derecho, y siendo esta cuestion de hecho no restaba sino averiguar la verdad de este hecho. Mas esto no lo hacia el pretor por sí mismo, sino que comisionaba á algun jurisperito que oyese los

(1) Están tambien adoptadas en España las acciones arbitrarias en la lei 23. tit. 4. Part. 3., tomadas en un todo del Derecho romano.

testigos y diese su parecer. Este jurisperito en los negocios de derecho estricto se llamaba *juez*, y en los de buena fe y arbitrarios *árbitro*. Mas en nuestra jurisprudencia se llaman indistamente *jueces pedáneos*, porque no administraban justicia en los tribunales como el pretor, sino en sillas puestas debajo del tribunal del pretor, y por tanto colocados en cierto modo á sus piés. Trataron eruditamente de este asunto los doctísimos triunviros, Franc. Poletto en la *Historia del foro romano*, Gerh. Noodt en el opúsculo *De la jurisdicción*, lib. 1. c. 3. y sig. y Cristóval Celario, *Del orden de los juicios romanos*. Mas para que no sentenciasen á su arbitrio los jueces, el pretor les prescribía la fórmula, la cual era de tres maneras; pues ó espresaba la suma en que habia de ser condenado el reo, por ejemplo: *si aparece* (por la prueba) *que Ticio debe á Mevio ciento, y que Mevio ha renunciado al senadoconsulto macedoniano, condénale en ciento*. Si se hacia esto, se llamaba la accion de derecho estricto; y entónces estaba el juez tan ligado á la fórmula. que no podia condenar en mas de ciento, ni agregar intereses, frutos ni gastos. Ó el pretor no espresaba en la fórmula la suma, sino que dejaba al juez la facultad de juzgar con arreglo á equidad (*ex æquo et bono*); y entónces era la fórmula: *Si aparece que Ticio debe á Mevio por compra, condénale en lo justo conforme á la buena fe* (*ex fide boná*). En la accion de las cosas de la mujer, en lugar de las palabras *conforme á la buena fe* (*ex fide boná*), se usaba de la fórmula *en lo que sea mas justo* (*quantum æquius melius*): en el antiguo contrato de confianza (*fiduciæ*) §. 195., se usaban las palabras *como suele tratarse entre hombres de bien* (*ut inter bonos benè agier oportet*). Y si se ponía semejante fórmula, se denominaba contrato *de buena fe*; y entónces podia el juez imponer ademas de la suma debida otras cosas, como intereses, frutos, la estimacion, los daños etc.

Ó últimamente el pretor fijaba en su fórmula dos casos, mandando por el primero al juez que condenase al reo, á que restituyera la cosa; y si era contumaz el reo y no queria restituirla, daba facultad al juez de condenarle en mas. La fórmula entónces era esta: *Si aparece que Ticio quitó á Mevio por fuerza y miedo ciento, mándale que los restituya. Si no los restituye por tu mandato, condénale en el cuádruplo*. Entónces se llamaba la accion *arbitraria*, porque el juez podia señalar cuánto debia restituirse, y en seguida si el reo no obedecia á su fallo, podia condenarle en mas; á la verdad no siempre en el cuádruplo, sino á veces en lo que habia jurado el actor en el pleito. Por tanto el origen de todas estas diferencias entre las acciones ha de traerse de las diversas fórmulas, de que usaba el pretor al nombrar el juez pedáneo ó árbitro. II.º Ahora pues fácilmente se manifiesta tambien qué sean estas acciones. Esto lo enseñarán las definiciones. La *accion de derecho estricto* es aquella en que la potestad del juez de tal manera está sujeta á la fórmula, ó en el dia á la convencion de las partes, que no puede señalar mas que cierta y espresa cantidad, L. 99. *De V. O. Accion de buena fe* es aquella en que se permite al juez ó al árbitro, que con arreglo á equidad estime cuánto debe satisfacer el uno al otro, §. 30. *Inst. h. t. Accion arbitraria* es aquella en que el juez ó el árbitro estimaba primero cuánto debia restituirse; mas si no obedecia el reo, le condenaba en mas por la contumazia; por ejemplo, en el cuádruplo, ó en cuanto jurase el actor en el pleito, Teófil. *Paraph. §. 31. Inst. h. t.* III.º Mas se pregunta por último, ¿qué acciones eran de buena fe, de derecho estricto y arbitrarias? ¿Estaba en el arbitrio del pretor prescribir la primera, la segunda ó la tercera fórmula á su voluntad? De ningun modo, sino que observaba ciertas reglas. 1.º *Siempre que la accion nace de negocio unila-*

teral, es de derecho estricto. De aquí fácilmente se infiere por qué son de derecho estricto las acciones *de mutuo, de lo estipulado, del vale, de lo indebido, del testamento*, pues ninguno de estos negocios tiene mutuas obligaciones y prestaciones, sino que todas son unilaterales. 2º Siempre que nace la acción de negocio bilateral, en que son mutuas las obligaciones, es la acción de buena fe. Justiniano formó con esmero un largo catálogo de estas acciones, §. 28. *Inst. h. t.*, que repetimos en el §. 1165., supliéndolo con una acción. á saber, la *funeraria*, la cual no se ha omitido en este catálogo, sino que se comprende bajo la acción de los negocios hechos. Ahora bien, cualquiera que examine aquel catálogo, advertirá que todos los negocios de que nacen aquellas acciones, son bilaterales. 3º Acerca de las arbitrarias no hai regla cierta; pero son pocas, y han de considerarse como escepciones de la regla. Son ocho: (a) todas las acciones reales, escepto la petición de la herencia; (b) la acción por causa de miedo, §. 1151.; (c) la acción de dolo, §. 1152. 4.; (d) la acción á exhibir, §. 1148.; (e) la acción de pagar en determinado lugar (*de eo quod certo loco*); por la que obra aquel á quien se prometió pagar en cierto lugar contra el que no paga en el lugar prometido, para que pague lo que interese; (f) la acción *redibitoria*, §. 1163.; (g) la acción de los límites comunes (*finium regundorum*); por la que aquel que posee un fundo confinante con otro, obra contra el dueño de este, para que se restablezcan los límites de ambos; y últimamente (h) la acción *favianá y calvisiana*, de que se ha tratado arriba, §. 1154.

Resta un acción de lo estipulado de la dote, introducida por Justiniano, *L. ún. C. De rei uxor. act.* §. 29. *Inst. h. t.*, la cual es de naturaleza mui singular. Antiguamente acabado el matrimonio, ó por muerte, ó por divorcio, tenia la mujer acción dotal (*rei uxoriæ*) contra el marido

ó su heredero, para repetir la dote, la donación por causa de bodas (*propter nuptias*), y conseguir lo demas que se debía á la mujer por los pactos dotales. Esta acción era de buena fe, y ademas tan privilegiada, que era preferida la mujer demandante á todos los demas acreedores. Pero Justiniano, sin que se sepa la causa, lo alteró en este caso, y abolida aquella acción, quiso que en este caso tuviese la mujer la acción de lo estipulado por la dote, y que esta acción tuviese todas las calidades de la acción dotal. De allí provino que esta acción de lo estipulado por dote es un monstruo formado de mil contradicciones, pues 1º por una parte la acción de lo estipulado es del derecho estricto, porque se concede en un negocio unilateral §. 1187; y esta es de buena fe, y nace de un negocio bilateral, á saber, de los pactos dotales. 2º La acción de lo estipulado proviene solamente de la estipulación hecha con palabras solemnes, §. 829, y esta dimana de los pactos dotales, aunque no estén afirmados con la estipulación. 3º En los demas casos, siendo la acción de lo estipulado de derecho estricto, no goza de ningun privilegio; esta es privilegiada, y la mujer tiene el derecho de preferencia. ¿Qué bien resultó pues á la república de abolir una acción, y sustituir otra mas incómoda y poco conforme al negocio? No hai otra respuesta que dar, sino que así lo quiso el sacratísimo emperador Flavio Justiniano.

Ahora preguntaremos ¿en qué se diferencian las acciones de buena fe, las de derecho estricto y las arbitrarias? Resp. 1º Las arbitrarias, como dijimos, se diferencian de las demas, en que en las otras acciones de buena fe y de derecho estricto se hace la condenación simplemente; no así en estas, si no se obedece el fallo del juez. 2º Las acciones de buena fe y de derecho estricto se diferencian (a) en que en estas el dolo y miedo producen restitución en el todo; en aquellas el dolo hace nulo el negocio por la

misma lei. (b) En que en estas no se deben los intereses, si no se han prometido; en aquellas se deben aún no prometidos, ó por sola la morosidad. (c) En que en estas los pactos unidos á los contratos solo producen escepcion; en aquellas subsisten estos pactos por la misma lei, y producen la accion del contrato á que se agregan. Existen ademas algunas otras diferencias, pero mas sutiles y en el dia muy raras, por lo que no nos detenemos en ellas.

§. MCXCII—MCXCVI. Resta un apéndice de esta cuarta division de acciones, que á ejemplo de Justiniano añadimos á esta tratado, á saber, *cuando se pide mas de lo debido (de pluris petitione)*. Y aquí debe observarse, 1º que el actor debe pedir, si es posible, una suma determinada. No basta pues decir que Pedro me debe mucho, sino que es preciso espresar la cantidad, por ejemplo, Pedro me debe 600, pues de otro modo no puede el juez dar sentencia cierta; lo que sin embargo debe hacerse, §. 32. *Inst. h. t.* Y digo, *si es posible*, pues en algunas acciones no puede hacerse: por ejemplo en las acciones hereditarias y otras universales. Aquí pide el heredero la herencia, aunque no sepa exactamente su cantidad, porque despues aparece del inventario á cuánto asciende. 2º Ha de tenerse presente, que antiguamente era esto de derecho estricto, y que se desechaba la demanda del que pedia un maravedí mas de lo que se le debia, §. 34. *Inst. h. t.* Pedíase mas, o en la *cosa*, si se pedia mayor cantidad, por ejemplo, 500 florines en lugar de 400; ó en el *tiempo*, si se pedia mas pronto y ántes del dia en que se debia, por ejemplo, si se pedia 100 en este dia, debiendo pagarse un año despues; ó en el *lugar*, si se pide en otro, y mas incómodo que aquel en que debia pagarse segun el contrato; por ejemplo, si estando en Madrid el deudor, y habiendo ofrecido pagar en Cádiz, se pidiese en Pamplona; ó en el *título*, si se pide puramente lo que se debe bajo condicion; si pre-

cisamente se pide el siervo Estico, habiéndose prometido alternativamente á Estico ó á Dromon; si se pide una especie, por ejemplo, las obras de Cujacio, habiéndose prometido un género, á saber, un libro, §. 33. *Inst. h. t.*: por todos estos casos pues se perdía el derecho en la jurisprudencia antigua (1). 3º Ha de notarse que pareciendo esto algo duro á Zenon, prohibió por la *L. 12. C. De plur. pet.*, que ninguno perdiese su derecho por pedir mas de lo que se le debia, sino que solamente se le impusiese una pena. Á saber, (a) si uno pedia mas en el tiempo ó mas pronto de lo justo, era la pena que se duplicase aquel; por ejemplo, si uno debia para dentro de un año, y el acreedor lo pedia un año ántes, tenia que aguardar dos años; pero no por eso perdía su derecho. (b) Si pedia mas en el lugar, se establecia que reconvenido por la accion de pagar en determinado lugar (*de eo quod certo loco*), pagase de ménos cuanto le interesara pagarlo en lugar determinado. (c) Si alguno pedia mas en la cosa ó título, era condenado por la constitucion de Justiniano en el triplo de lo que habia pedido de mas. Así lo habia establecido el emperador Zenon. Pero 4º ha de advertirse que en el dia no es tan peligrosa la peticion de mas de lo debido, con tal que se enmiende la demanda ántes de la sentencia. *Enmendar* la demanda es corregir alguna circunstancia en ella puesta, y haciendo esto el actor hasta la sentencia, queda impune, como dije. Al contrario, no se permite tan impunemente *mudar* la demanda, esto es, mudar todo el género de la accion, y, por ejemplo, susti-

(1) Segun la *L. 45. tit. 2. Part. 3.*, el que pide mas por razon del lugar ó de la causa, debe pagar el trestanto de todos los daños y perjuicios que ha causado con su demanda: segun la *L. 49. tit. ult. d. Part.*, el que pide mas en la cosa y en el tiempo, debe pagar las costas del pleito. La disposicion de la *L. 45.* no se aplica en el dia, y solo se condena al actor á pagar las costas.

tuir la accion de lo estipulado en lugar de la de mutuo. Puede hacerlo el actor ántes de la contestacion del pleito; mas despues de contestado no seria admitida la demanda, á no satisfacer el actor al reo todos los gastos del pleito, de lo cual tratan latamente los pragmáticos.

§. MCXCVII — MCCIII. Resta la quinta y mas fácil division de las acciones, de que se trata en este título; á saber, por unas acciones conseguimos el *todo*, por otras *ménos que el todo*, §. 36. *Inst. h. t.* Conseguimos el todo ó la cosa por entero ordinariamente por todas las acciones, ya reales, ya personales, y esta es la regla. Pero hai ciertos casos, en que conseguimos ménos que el todo, y estos pertenecen á las escepciones de la regla. Basta por tanto tener estas escepciones en la memoria.

1ª El primer caso es en la accion del *peculio*. Tiene lugar esta, si el hijo de familia ó siervo ha negociado con el *peculio profecticio*. Si entónces contrajo deudas, entablan los acreedores accion contra el padre ó dueño, para que paguen cuanto alcance el *peculio*. Si pues en el *peculio* no hai tanto como lo que se debe, entónces consiguen los acreedores ménos que el todo. Pero de esta accion hablaremos en el título siguiente, §. 1219.

2ª El otro caso es en la *compensacion*. *Compensacion* es la union del crédito y débito del mutuo. De aquí es que se considera como paga, y destruye la obligacion, al ménos hasta la suma concurrente. Supongamos que Pedro obra contra Juan, porque le debia mil, y que Juan prueba que Pedro le debia á él 600; entónces será compensada esta suma, y por tanto á Pedro se le adjudicarán solamente 400, es decir, ménos que el todo, §. *pen. Inst. h. t.*

3ª El tercer caso es el *beneficio de competencia*, que es un privilegio personal, por el cual el que goza de él, no puede ser condenado sino en lo que puede, es decir, que no se le deje conocidamente miserable. De este privilegio gozan algunos (a) por estrecha relacion, á saber, (a) los

parientes hasta el segundo grado, los padres, hijos y hermanos; (b) los afines en primer grado, como el suegro y yerno, y tambien (c) los patronos que están en lugar de padres respecto de los libertos, §. 111: (d) los cónyuges y socios, que se consideran como hermanos, §. 942. *L. 63. pr. ff. Pro soc.* (b) Algunos tienen este privilegio por la milicia, á saber, los militares, *L. 7. L. 48. ff. De re judic.*, que malamente se estiende á los nobles, abogados, clérigos y doctores, porque los privilegios no admiten interpretacion estensiva, §. 60. (c) Por beneficio gozan de este privilegio los donantes, si son reconvenidos por su donacion ó liberalidad. *L. 49. §. 1. L. 49. L. 50. ff. De re jud.*; cuyo privilegio sabemos por la *ley 28. Dereg. jur.* que concedió D. Pio á los donantes. (d) Últimamente se concede á algunos este privilegio por calamidad; á saber, (a) á los desheredados; (b) á los que rehusaren la herencia paterna; y (c) á los que hicieron cesion de bienes, esto es, que no teniendo con que pagar por varias desgracias sin culpa suya, hacen dejacion á los acreedores de todos sus bienes; lo que en nuestra legislacion se llama *beneficio lastimero y auxilio lamentable (flebile beneficium et lamentabile adjutorium)*. Á todos estos pues, por cualquier contrato que sean reconvenidos, ha de dejárseles lo bastante, para que no queden en extrema necesidad, esto es, tienen el beneficio de competencia. Podrá oponerse que los desheredados son indignos de este beneficio, porque no se hace la desheredacion sino por ingratitud enorme, §. 529; y ademas que tampoco parecen dignos de este privilegio los que renuncian la herencia paterna, debiendo imputarse á sí mismos lo que han hecho. Pero respondemos, en cuanto á los desheredados, que es esto mui cierto, desde que Justiniano estableció en la *Nov. 115.* por lei pública, que no se hiciese la desheredacion sino por causas de ingratitud. Pero desheredando antiguamente los padres á sus hijos por su antojo, aún estando inocen-

tes, §. 520, en aquel tiempo á la verdad eran dignos de conmiseracion. En cuanto á los que renunciaban la herencia paterna, es evidente que no serian tan necios que la rehusaran, á no tener mas deudas que bienes; y no habrá persona de sano juicio que niegue que tambien en este caso es digno de conmiseracion el hijo.

a

TÍTULO VII.

DE LOS QUE NEGOCIAN CON LOS QUE ESTÁN BAJO DE
POTESTAD AJENA.

§. MCCIV — MCCVI. Hemos concluido el prolijo título de las Instituciones, en que se esplican cinco divisiones de acciones. En este y los dos siguientes continúa la sesta division de las acciones.

Todas las acciones ó nacen *de un hecho nuestro*, ó *de un hecho ajeno*, y este, ó de un siervo, ó de un hijo de familias, ó de nuestros animales. Por tanto (a) se trata en este título VII. de las acciones que se dan contra el padre ó dueño por los contratos de los hijos de familia, ó de los siervos; (b) de las acciones que se dan contra el dueño, ó poseedor de los siervos por los delitos de estos, título VIII; y (c) de las acciones que se conceden contra el poseedor por el daño causado por sus ganados, título IX. En este título pues se habla de las acciones que nacen de los contratos de nuestros hijos de familias y siervos, donde se pregunta, (a) de qué naturaleza son estas acciones, y (b) por qué puede ser reconvenido el padre por los hechos del hijo, el señor por los de su siervo.

I.º Á la primera pregunta respondemos, que todas las acciones de que se trata en este título, son de cualidad añadida (*qualitatis adjectivæ*), esto es, una especie de género máximo, bajo el que se comprenden varias especies de acciones; y ciertamente tantas, cuantos son los

contratos y cuasi contratos. Por ejemplo, la *accion de peculio* es el género; si el hijo de Pedro me debe por mutuo, tengo contra el padre la condicion del mutuo de peculio; si debe por compra, entablo la accion de lo vendido de peculio; si debe por haber tomado en arriendo, tengo la accion de arrendamiento (*locati*) de peculio. Luego *de peculio* es solo una cualidad añadida (*adjectitia*), que se agrega á todas las acciones del contrato, con el fin de que se diferencien. Y lo mismo sucede en las demas acciones de este título.

II.º Á la segunda pregunta, por qué quedan obligados el padre y el señor por los contratos de los hijos y de los siervos, respondemos que hai dos razones, una *remota* y otra *próxima*. La mas remota es, porque el vínculo de potestad induce la unidad de persona; y de aquí es que el padre y el hijo, el señor y el siervo se tienen por una persona, y por tanto se entiende que lo que hicieron el hijo ó el siervo, lo han hecho el padre y el señor. Pero esta razon es mui lejana, porque de aquí tambien podria colegirse que el padre puede ser reconvenido por el delito del hijo. Tambien esto podia suceder antiguamente, §. 7. *Inst. De nox. act.*; pero despues que esto se ha mudado, debe buscarse otra razon mas inmediata. Esta es de cuatro maneras: 1ª si el padre manda contraer al hijo, y el dueño al siervo: 2ª si el padre ó dueño encargan al hijo ó siervo un negocio: 3ª si el padre ó dueño dan el peculio al hijo ó siervo, con el fin de que negocien con él: 4ª si se ha invertido en las cosas del padre ó dueño lo que han adquirido el hijo ó siervo por el contrato. Y con esto se dará ahora razon de todas las acciones de que se trata en este título, cuyas partes son seis. Se trata pues, 1º de la accion *de lo ordenado* (*quod jussu*) §. 1181 y sig.; 2º de la accion *perteneciente al patron de barco y factor de comercio* (*exercitoria é institoria*), §. 1183-1189.; 3º de la accion *tributoria*, §. 1190-1192.; 4º de la accion *de peculio*,