

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.

TÍTULO VII.

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

§. MCCIV — MCCVI. Hemos concluído 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, y 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 : 1.^a si el padre manda contraer al hijo , y el dueño al siervo : 2.^a si el padre ó dueño encargan al hijo ó siervo un negocio : 3.^a si el padre ó dueño dan el peculio al hijo ó siervo , con el fin de que negocien con él : 4.^a 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 , 1.^o de la accion *de lo ordenado* (*quod jussu*) §. 1181 y sig. ; 2.^o de la accion *perteneciente al patron de barco y factor de comercio* (*exercitoria é institoria*) , §. 1183-1189. ; 3.^o de la accion *tributoria* , §. 1190-1192. ; 4.^o de la accion de *peculio* , §. 1193. y sig. ; 5.^o de la accion *de lo que se ha invertido en la cosa* (*de in rem verso*) , §. 1195 y sig. ; y 6.^o del senadoconsulto *macedoniano* , § 1197-1201.

§. MCCVII y MCCVIII. 1.^o La primera accion es *de lo ordenado* , que se llama así de las palabras con que empieza el edicto del pretor. La orden (*jussum*) se diferencia del mandato , pues este es un contrato que requiere el consentimiento de dos ; y no siendo el padre y el hijo , y el dueño y el siervo dos personas , sino una sola , no puede tener lugar el mandato entre ellos. Por tanto se llama *jussum* el precepto que los padres dan á los hijos , ó los dueños á los siervos. Ahora , como si el padre manda al hijo contraer , ó el dueño al siervo negociar , es lo mismo que si contrajese el padre ó negociase el dueño , el pretor da por esta razon la accion

de lo ordenado. La entablan aquellos que contrajeron con el hijo ó siervo por orden del padre ó dueño contra el padre ó dueño que dió la orden , ó contra sus herederos , para que cumplan por entero el contrato que mandaron celebrar , §. 1. *Inst. h. t.*

§. MCCIX — MCCXV. II.^a y III.^a Siguen las acciones *exercitoria é institoria* , á cuya inteligencia ayuda el explicar ántes algunas palabras. Llámase armador (*exercitor*) aquel que arma una nave , propia ó fletada á su riesgo , y la echa al mar , de modo que son de su cuenta los gastos diarios , y le pertenecen las ganancias. Aquel á quien este armador da el mando de la nave , para que dirija la negociacion marítima , ó aquel á quien sustituye en su lugar el encargado de la nave , se llama en nuestro Derecho *capitan ó patron del buque* (*magister navis*) , ya sea padre de familias , ya sea hijo de familias , bien libre ó siervo , propio ó ajeno , menor ó de mayor edad , L. 1. §. 3. 4. 5. ff. *De exerc. act.* Aquel á quien el comerciante encarga su tienda de comercio , para que á nombre suyo dirija los negocios mercantiles , se llama *factor de comercio* (*institor*) , del vocablo latino *instare* , que significa ejercitarse en el comercio , negociar. Véase á Vosio , *Etymol. v. Institor*. Ni importa que sea padre de familias , ó hijo de familias , siervo ó libre , propio ó ajeno , menor de edad ó mayor , L. 18. ff. *De inst. act.* Últimamente las condiciones que se fijan al capitan del buque ó institor , y que deben observar negociando , se llaman *condiciones ó instrucciones* (*lex prepositionis*) . Si , por

ejemplo, un comerciante de Amsterdan, que envia á España una nave, la encarga al cuidado de un capitan, y los comerciantes españoles contratan con este: por Derecho civil no tienen los españoles ninguna accion contra el comerciante de Amsterdan, porque no contrajeron con él, sino con el capitan. Pero el pretor, siguiendo la equidad, les concedia la *exercitoria*, y por tanto compete á aquellos que contrajeron con el patron de la nave segun las instrucciones del armador, contra este; ó si los armadores son muchos, contra cada uno de ellos en el todo (*in solidum*), para que cumplan el contrato celebrado con el capitan de la nave, §. 2. *Inst. h. t.* De la misma naturaleza es la accion *institoria*. Aquel pues que contrajo con el factor encargado del almacen, con tal que contrajese segun las condiciones de su comision, entabla esta accion contra el comerciante que encargó á aquel la direccion; ó si son muchos contra cada uno de ellos en el todo, ó contra sus herederos, para que cumplan el contrato celebrado con el factor, §. 2. *Inst. h. t.* Añadimos algunas observaciones sobre una y otra accion. 4.º Que está en el arbitrio del actor obrar, si quiere, contra el capitan ó factor, ó contra el dueño del buque ó comerciante, pues la accion concedida por el pretor no destruye las acciones directas que cada uno tiene contra aquel con quien contrajo. No obstante los que quieren obrar contra el patron del buque ó factor, deben hacerlo, mientras aquellos ejerzan todavía el cargo, pues concluido este, no pueden ser ya reconvenidos, *L. ult. ff. De*

inst. act., porque entregadas las cuentas y los instrumentos, no podrian ya defenderse. 2.º Estas acciones han sido introducidas en favor de los que contrataron con el capitan ó factor, no en favor de los dueños de buques ó comerciantes; y así aquellos pueden obrar contra estos, mas no estos contra aquellos, á no ser que de otro modo no puedan conservar sus cosas, *L. 4. L. 2. ff. De inst. act.* 3.º No se conceden estas acciones por delito del patron ó del factor, ni por los contratos que no pertenecen á su oficio, porque los encargantes solo quedan obligados segun las instrucciones de la comision.

§. MCCXVI — MCCXVIII. IV.ª Sigue la accion *tributoria*, en el dia de ningun uso. Entre los romanos si el hijo de familias, negociando con el peculio profecticio, contraía deudas y estrechaban al pago los acreedores, no se nombraba mas juez que el padre, como juez doméstico de los hijos. Estaba este pues obligado á distribuir á prorata entre los acreedores las rentas del peculio, no el mismo peculio; y á esto llamaban *tribuere*, distribuir. Sucedia muchas vezes que el padre era injusto, y no observaba igualdad en la distribucion, dando á uno de mas y á otro de ménos; en cuyo caso se concedia la accion *tributoria* á los acreedores, á quienes se habian distribuído mal las rentas peculiares, del hijo ó siervo, contra el padre ó dueño que distribuyó injustamente, §. 3. *Inst. h. t.*

§. MCCXIX y MCCXX. V.ª La quinta es la accion *de peculio*. Llámase peculio todo lo que el hijo de fami-

lias ó siervo tienen separado del haber del padre, §. 473. Mas siendo respecto del hijo de muchas maneras, y dividiéndose en *militar* y *pagano*, aquel en *castrense* y *cuasi castrense*, y este (*el pagano*) en *profecticio* y *adventicio*, aquí solamente se habla del *profecticio*, esto es, del que se separa para el hijo de las cosas paternas. Si pues el padre da algun peculio al hijo, ó el dueño al siervo, para que negocien con él, y el hijo de familias contrae deudas, entónces todos los acreedores, á quienes se debe algo por contrato del hijo ó siervo, tienen la accion de peculio contra el padre ó dueño, ó sus herederos, hasta lo que alcance el peculio, §. 4. *Inst. h. t.* Están de consiguiente obligados el padre y el dueño hasta el peculio, y si en él hai poco ó nada, tambien pagan poco ó nada. De donde se manifiesta fácilmente, por qué arriba en el párrafo 4197. numerámos esta accion entre aquellas, por las que conseguimos ménos que el todo.

§. MCCXXI y MCCXXII. VIª La última accion, perteneciente á este lugar, es la *de lo invertido en la cosa (de in rem verso)*. *In rem verti* es invertir en utilidad de alguno; esto tiene lugar, cuando el padre ó dueño no mandan en verdad contraer al hijo ó siervo; pero sin embargo estos contratan de modo que han aumentado el patrimonio del padre ó dueño, ya tomasen la cosa por contrato, por ejemplo, si el hijo ó siervo comprasen libros y los trasmitiesen al padre ó dueño; ó ya haciendo que el padre economize su dinero, por ejemplo, si el hijo tomase dinero prestado y lo emplease en

obsequiar á los huéspedes, ó pagar á los maestros de los colegios, etc. Siendo entónces injusto que uno se haga rico en daño de otro, movido el pretor por la equidad, concede la accion de lo invertido en la cosa que compete al acreedor contra el padre ó dueño, en todo lo que se ha invertido en utilidad de estos, §. 4. *Inst. h. t.* Si pues toda la suma del crédito se ha invertido en su utilidad, se concede esta accion en el todo; si se ha invertido en parte, solo por lo tocante á esta: cuya accion es claro ser en el dia de grande utilidad, porque estriba en el fundamento nacido de la equidad natural, que ninguno debe enriquecerse con daño de otro.

§. MCCXXIII — MCCXXVII. En lugar de apéndice se añade la doctrina *del senadoconsulto macedoniano*, no porque de él nazca accion alguna, sino porque produce la escepcion con que pueden eludir el padre y el hijo la accion que contra ellos entabla el acreedor. Para tratar con órden esta utilísima materia, examinaremos (a) el origen de este senadoconsulto; (b) lo establecido por él; (c) qué axiomas han de observarse acerca de él; y (d) qué derechos nacen de él.

I. Sobre el origen del senadoconsulto disienten Suet. *Vesp. c. II.* y Tac. *Annal. lib. XI. XII.* Aquel lo refiere á Vespasiano, este á los tiempos de Claudio; mas puede conciliarse esto, pues ó se renovó bajo de Vespasiano lo que se determinó por Claudio, ó Vespasiano lo propuso al senado en su primer consulado, que sucedió en el imperio de Claudio; y así lo conjetura el P. Fabro, *Semestr. lib. 4. c. 25.* Pero aún es mayor la

divergencia de opiniones sobre lo que dió ocasion al senadoconsulto. El comun sentir, que propuse tambien en el §. 4223., es que existia un bribon usurero llamado Macedon, que prestaba dinero á los hijos de familia con usuras crecidísimas : sucedió que viviendo algun padre mucho tiempo, y viendo el hijo que las usuras crecian tanto, que absorbian casi todo el patrimonio, dió veneno al padre; por cuyo fatal ejemplo se estableció este severo senadoconsulto. Pero Teófilo, *Paraphr. §. 7. Inst. h. t.*, dice que no era el malvado usurero el que se llamaba Macedon, sino el hijo de familias. Ha habido un clamor general contra Teófilo por haberse explicado así, y no obstante, si examinamos las mismas palabras del senadoconsulto, en la *L. 1. ff. De senatusconsulto mac.*, no confirman poco el parecer de Teófilo. Dice el senado : *Quum inter cæteras causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, etc.* No se dicen deudas (*æs alienum*) respecto del acreedor, sino del deudor, *L. 213. §. 1. ff. De V. S.* : luego no era Macedon el usurero, sino el hijo deudor. En seguida se añade otra razon que pertenece al usurero, y se halla en estos términos : *Et quum sæpe materiam peccandi malis moribus præstare!, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus, etc.* De donde se evidencia que Teófilo lo ha acertado.

2. La disposicion del senadoconsulto macedoniano consiste (a) en que el que haya prestado dinero al hijo de familias, no tenga viviendo el padre, ni muerto este,

ninguna accion, ni contra el padre, ni contra el hijo. (b) Que si se ha prestado algun dinero, tengan el padre y el hijo la escepcion del senadoconsulto macedoniano, para eludir la accion. La misma disposicion tenemos en la *L. 1. pr. ff. de SC. maced.*

3. De aquí entenderemos fácilmente los tres axiomas que propusimos en el §. 4224. (a) Este senadoconsulto no se ha concedido en favor del hijo, sino del padre, pues el hijo que, sin saberlo el padre ó contra su voluntad, contrae deudas, no es digno de gracia, sino el padre en quien recaeria esta carga, si hubiesen de pagarse las deudas, porque el hijo nada tenia propio. (b) Este senadoconsulto concede escepcion, si no se ha pagado, no accion; pues si se paga, ni el padre ni el hijo pueden repetirlo como indebido. (c) El senadoconsulto tiene lugar en el mutuo; luego no en la compra, locacion y otros contratos, y ni aún en todo mutuo, como si uno prestase aceite, trigo, vino ú otras cosas fungibles, sino cuando se presta dinero.

4. Ahora veremos qué conclusiones nacen de aquí : (a) habiéndose introducido este senadoconsulto segun el primer axioma, en favor del padre, y no del hijo, se sigue (a) que en vano renunciará á esta escepcion el hijo, *L. 29. C. De pact. L. 40. ff. De cond. ind.*, esto es, viviendo el padre, pues muerto, no tiene duda que espresa y tácitamente puede renunciar su derecho. (b) Que bien puede al contrario renunciar el padre espresa ó tácitamente, pues cualquiera puede renunciar al derecho introducido en su favor. (c) Que cesa la escepcion por

parte del padre, si se ha invertido el dinero en su utilidad, *L. 47. §. 12. ff. De SC. maced.*, porque seria injusto que el padre quisiese usar de este auxilio para enriquecerse con daño de otro. (*d*) Que el hijo no tiene esta escepcion, si tiene peculio castrense ó cuasi castrense, *L. 4. §. 2. ff. eod.*, pues este privilegio se ha concedido al hijo de familias, y en el peculio castrense y cuasi castrense se considera al hijo como padre de familias. (*e*) Que tampoco es digno de este privilegio el hijo que engañó á los acreedores, diciendo que era padre de familias, *L. 1. C. eod.*, pues las leyes jamas favorecen el dolo. (*f*) Que si el acreedor ignorase que era hijo de familias aquel con quien contrajo, con razon cesará este senadoconsulto, *L. pen. ff. eod.*, con tal que esta ignorancia no sea efecto de descuido ó afectada, porque ciertamente si el pueblo del deudor no está muy distante del lugar del contrato, apénas es probable que pueda ignorar el acreedor su condicion. (*g*) Que el hijo de familias mayor de edad no puede oponer esta escepcion al menor ó pupilo, *L. 3. §. 2. ff. De SC. maced.*; parte porque el privilegiado no goza de privilegio contra el igualmente privilegiado, y parte porque hai una justa presuncion en favor del menor ó pupilo, de que ignoraba que su deudor era hijo de familias; y ya vimos en la conclusion próxima anterior, que escusa la ignorancia. (*b*) Produciendo este senadoconsulto, segun el segundo axioma, solo escepcion, y no accion, se sigue de ahí, (*h*) que ni el padre ni el hijo tienen la condicion de lo indebido, si pagan, *L. 40. ff. De cond. ind.*

L. 40. ff. De SC. maced. La razon es clara, pues (*a*) la condicion de lo indebido no tiene lugar, si el que paga debia naturalmente, §. 989. 4., y claro está que debia naturalmente el hijo que habia tomado dinero prestado. Ademas (*b*) hai lugar á la condicion de lo indebido, cuando se ha pagado por error de hecho, §. 987. Mas al padre y al hijo que omiten la escepcion del senadoconsulto macedoniano, y pagan, no por error de hecho, sino de derecho, no se les socorre, §. 988. 2. (*c*) Últimamente, cesando esta escepcion segun el tercer axioma, si el contrato no es mutuo, ó no se ha prestado dinero, con razon inferimos de ahí, (*i*) que no puede oponerse esta escepcion, si se ha prestado el dinero para cosas útiles y de un modo legitimo, *L. 7. §. 43. ff. De SC. maced.*, pues entónces se entiende que se ha invertido el dinero en utilidad del padre. (*j*) Ni tiene lugar la escepcion, si no se ha prestado dinero, sino libros ú otra cosa, á no ser que haya sido en fraude del senadoconsulto, *L. 7. §. 3. ff. eod.* Pues á la verdad, si uno entrega libros al hijo de familias, que le pedia dinero, para que los venda, se entiende que lo hace en fraude de la lei, *L. 30. ff. De LL. L. 6. §. 4. ff. De V. S.*; y lo que se hace contra las leyes, es nulo, *L. 5. C. de LL.*

TÍTULO VIII.

DE LAS ACCIONES NOXALES.

§. MCCXXVIII — MCCXXXII. Las acciones esplicadas en el título anterior nacen de los contratos de los hijos de familia ó siervos : siguen las acciones que dimanen de sus delitos, las que se llaman *noxales*. Antiguamente se llamaban acciones *noxales*, si causaban daño delinquiendo el hijo ó hija de familia, ó los siervos, §. 138. 3. §. 7. *Inst. h. t.* Pero en el dia, despues que Justiniano prohibió que se diesen en *noxa* los hijos é hijas de familias, solo tienen lugar estas acciones en los delitos de los siervos. Veremos pues ahora 1º la naturaleza de las acciones noxales, §. 1228 y sig.; y 2º contra quiénes se conceden, §. 1234.

Dícense acciones *noxales* de la palabra *noxia*, que es el daño que causa el siervo por algun delito, §. 1080. Y *noxa* se llama el siervo que causó el daño, §. 1. *Inst. h. t.* aunque muchas vezes se usan promiscuamente estos vocablos. Es pues *accion noxal* la que entablan los que han sufrido daño del siervo, contra cualquiera poseedor de este, y á vezes alternativamente, ó para que se resarza el daño, ó se entregue el siervo en *noxa*, esto es, al perjudicado para su satisfaccion, *pr. Inst. h. t.* Por tanto la naturaleza de estas acciones es, 4º que son de cualidad adjunta (*adjecticia*), y compren-

den en sí tantas especies cuantos son los delitos ó cuasi delitos. Si pues el siervo comete hurto, se da la *accion noxal de hurto*; si injuria, *accion noxal de injuria*; si hizo daño derramando ó arrojando, la *accion noxal de lo arrojado y derramado*. 2º Que esta accion es escrita en la cosa, §. 1146., pues la *noxa* sigue al autor, §. 5. *Inst. h. t.* De aquí es, que se reconviene noxalmente al que posee el siervo al tiempo de la contestacion del pleito. Si se ha dado libertad al siervo, no es reconvenido noxalmente, sino directamente por el delito que cometió, *L. 15. ff. De cond. furti*. Si muere, espira la accion, porque falta la persona sobre quien ha de recaer la *noxa*.

§. MCCXXXIII. De esta esplicacion se deduce claramente contra quién se conceden estas acciones, á saber, contra el dueño. Pues parecia justo á los decenviros, que adquiriendo el dueño todas las cosas por medio del siervo, sufriese tambien el daño que este causase. Sin embargo como podia suceder que la pena escudiese el precio del mismo siervo, quisieron conceder al dueño el arbitrio, ó de resarcir el daño, ó de dar el siervo en *noxa*. Lo que pareció tan equitativo á Puffendorf, que juzga se deriva esta accion del derecho natural. Mas se pregunta, ¿se da tambien contra el padre por un delito del hijo de familias? Poco ántes negámos que pueda hacerse por Derecho moderno, aunque por el antiguo no cabe la menor duda. ¿Qué sucede pues si en el dia delinque el hijo de familias? Que es reconvenido él mismo y condenado por el delito; y si no tiene con qué

pagar, despues de la condenacion, se da contra el padre la accion de lo juzgado de peculio (*judicati de peculio*), para que resarza el daño, en cuanto alcance el peculio, *L. 3. §. 41. ff. De pecul.* Podria oponerse que la accion de peculio no se concede en el delito, *L. 58. ff. De reg. jur.*; pero ya dimos la respuesta en el *escol.* del §. 4119.

§. MCCXXXIV. [En España no se conoce esta accion en el dia, tanto por haberse abolido la esclavitud, como por estar prohibido dar en *noxa* á los hijos.]

TITULO IX.

DE LOS MENOSCABOS CAUSADOS POR LAS BESTIAS.

§. MCCXXXV — MCCXXXVIII. Siguen por último las acciones que provienen del daño causado por nuestros ganados ó animales. De las que se numeran aquí tres : 1ª la accion del menoscabo causado por las bestias (*de pauperie*), §. 1235-1238.; 2ª la accion del pasto de los ganados (*de pastu pecorum*), §. 1239.; y 3ª la accion *edilicia* de los animales ferozes puestos cerca de los caminos públicos (*de bestiâ juxta viam*), §. 1240.

1ª Llámase la accion del menoscabo causado por las bestias *de pauperie*, porque *pauperies* es cualquier daño causado por un animal, §. 1080., con tal que haga el daño contra la naturaleza de su especie, *pr. Inst. L. 1. §. 4. ff. h. t.* Así, por ejemplo, no todos los caba-

llos dan cozes, ni todos los bueyes dan cornadas; por tanto, si un caballo dando una coz, ó un buei una cornada, hiciesen daño, seria contra la naturaleza de su especie, y consiguientemente tendria lugar la accion del menoscabo causado por las bestias. Ni tampoco esto es bastante, sino que ademas se requiere que la bestia cause el daño voluntariamente y no instigada, pues si el mismo dañado la irritó, no puede pedir ninguna satisfaccion; si otro la instigó, tendrá contra el instigador la accion de la lei aquilia, *L. 1. §. 4. ff. h. t.*; mas si causó el daño por su voluntad, compete la accion del menoscabo causado por las bestias, la cual tiene tambien su origen en las XII Tablas. Se concede al dañado, ó á aquel á quien le interese, contra cualquier poseedor de la bestia (pues tambien esta accion está escrita en la cosa, §. 1146.*), para que resarza el daño, ó dé la bestia en *noxa*, *L. 1. pr. L. 3. ff. h. t. pr. Inst. eod.* Luego tambien esta accion (a) es *noxal*, porque obra alternativamente, y ademas (b) tiene la cualidad de que si uno niega que es suyo el animal ó que lo posee, está obligado por el todo, y por tanto no se le admite la accion en *noxa*, *L. 1. §. 45. ff. h. t.*

§. MCCXXXIX. 2ª La otra accion es del pasto de los ganados, que se diferenciaba solamente de la anterior, en que esta tenia lugar, si la bestia causaba daño, no contra la naturaleza de su especie, sino conforme á ella, por ejemplo, si un buei pacia un campo, pues esto suelen hacerlo todos los bueyes. Por lo demas, en cuanto al efecto, parece no habia ninguna diferencia entre es-

ta accion y la anterior, porque tambien era noxal, y de aquí es que debia resarcirse el daño ó entregarse la bestia en *noxa*, segun aparece de Paulo, *Recept. sent. L. 15. 1.* Pero ya en tiempo de Justiniano tenia esta accion poco ó ningun uso, como se manifiesta de que apénas se hace mencion de ella en las Pandectas, *L. 14. §. ult. ff. De præsc. verb.*

§. MCCXL. 3ª La tercera accion es la *edilicia*, establecida contra aquellos que colocan en cualquier paraje de la ciudad por donde suela pasarse, algun perro, jabalí, leon ú otra bestia feroz. Entónces, ó era estimable el daño causado, ó inestimable por haber sido muerto ó herido un hombre libre. En el primer caso se concedia al ofendido la accion en el duplo; en el último, si habia sido muerto un hombre libre, en 200 áureos; si habia sido herido, en tanto quanto el juez creyese justo, apreciados los gastos de la cura, los trabajos cesantes y demas daños; de lo que trata prolijamente el edicto edilicio, *L. 42. ff. De edict. edilicio*. Por lo demas no es de estrañar que los ediles estableciesen semejante edicto, porque estaban bajo su cuidado los caminos públicos dentro de la ciudad. Véanse nuestras *Pand. P. I. §. 72.*

§. MCCXLI—MCCXLIII. [La legislacion española ha admitido toda la doctrina de este título, diferenciándose únicamente en la clase de penas y en su mayor ó menor rigor.]

TÍTULO X.

DE AQUELLOS POR CUYO MEDIO PODEMOS OBRAR EN JUÍCIO.

§. MCCXLIV—MCCXLVII. Hemos concluído tambien la sesta division de las acciones. Sigue la *sétima*, por la cual unas acciones pueden entablarse ó contestarse por procuradores, y otras no. Por ejemplo, la accion criminal de injurias no admite procurador, ni por parte del actor, ni por parte del reo; pero las acciones civiles los permiten. Con esta ocasion pues se trata de los procuradores, 1º cómo pueden ser admitidos salvando los principios del Derecho, §. 1244-1247; y 2º qué es procurador, y lo que se ha establecido acerca de ellos, §. 1248-1251.

1º No sin razon se pregunta, cómo pueden ser admitidos procuradores, salvando los principios del Derecho, pues al principio prohibian los romanos que pudiesen litigar en el foro los procuradores en lugar de otros, porque 1º todas las acciones eran acciones de la lei, §. 69, esto es, negocios que debian declararse por el magistrado solemnemente y con las fórmulas prescritas, *L. 2. §. 6. ff. De orig. jur.*; y era de la naturaleza de todas las acciones de la lei y actos legítimos el no admitir dia ni condicion, ni procurador, sino que debian desempeñarse personalmente, (§. 70), *L. 77.*

L. 123. ff. De reg. jur. 2º Por la contestacion del pleito se obligaba al reo en virtud de cuasi contrato á pagar lo juzgado : es así que ninguno podia obligarse por otro, ó estipular para otro, (§. 833. 5. 6.) §. 3. 4. *Inst. De inutil. stipul.*, luego tampoco el procurador. 3º Ninguno podia adquirir para otro no estando sujeto á su potestad, (§. 482), §. 5. *Inst. Per quas person. cuique adquir.* Es así que el procurador debia adquirir el lucro de la sentencia favorable, no para sí, sino para el dueño constituyente; luego por estas razones habia antiguamente la regla general de que ninguno pudiese entablar por otro accion ó escepcion. Poquísimas eran las escepciones, admitiéndose por el pueblo el *sindico*; por la libertad, á saber, si se disputaba, si uno era siervo ó libre, el *defensor (assertor)*; por el pupilo el *tutor*; y por la lei hostilia el procurador de aquel que estaba ausente por causa de la república, ó entre los enemigos, si quisiesen reconvenirle por la accion de hurto. No pudiendo pues algunos de estos presentarse en juicio, como el pueblo, el cautivo, el ausente por causa de la república, ó no teniendo persona para asistir á juicio, como el siervo, aquel sobre cuyo estado se duda, y el pupilo; la misma necesidad exigia que se admitiesen por ellos procuradores, *pr. Inst. h. t.* Mas siendo mui molesto que todos sin distincion tuviesen que presentarse en juicio, los antiguos juriconsultos meditaron un principio, por el que, salvas las reglas de Derecho, pudiesen ser admitidos los procuradores; á saber, fingian que el procurador no era un

nuevo mandatario que litigaba á nombre de otro, sino que se hacia *dueño del pleito*, L. 4. §. 3. ff. De alien. jud. mut. caus. L. 22. L. 23. C. De procurat. Aquel *dominio del pleito* se trasferia por el mandato, que se consideraba como título; pero se adquiria por el procurador por medio de la contestacion del pleito, L. 4. pr. ff. De proc. junct. L. 4. §. últ. De adpell. El dueño encargaba al procurador que ocupase este dominio, y el procurador lo ocupaba contestando el pleito. Hecho esto, ya se obraba contra el procurador : él afianzaba, contra él se daba la sentencia, y contra él se concedia la accion de lo juzgado; aunque la eludia y trasferia contra el dueño ó mandante por aquella escepcion de la L. 26. De procur.; lei que pocos han entendido bien.

§. MCCXLVIII—MCCLII. Hº Mas qué es el procurador? y qué se ha establecido acerca de ellos? *Procurador* es en este sentido el que toma ó administra negocios judiciales ó pleitos ajenos por mandato del dueño, L. 33. pr. §. 1. ff. De procur. Digo que *aquí* debe definirse de esta manera, porque si uno lo hace sin ningun mandato, no es procurador, sino *defensor*, el cual solamente se admite por el reo, no por el actor, y no de otro modo que afianzando de estar á lo juzgado, L. 35. §. 3. L. 46. §. 2. L. 51. ff. De procur. De esta definicion se colige, 1º quién constituye procuradores. Á saber, (a) el dueño, y (b) aquel dueño ciertamente que tiene la libre facultad de administrar su cosas. La razon es, porque se traslada al procurador el dominio

del pleito, §. 1247. El que traslada el dominio de sus cosas, enajena; y el que enajena debe ser dueño y tener la libre facultad de administrar sus cosas. De donde se manifiesta por qué los furiosos, los pródigos, los niños, los pupilos sin el consentimiento del tutor, y aún los tutores mismos no pueden dar por sí procuradores; pues estos no son dueños, y por tanto solo pueden nombrar un *actor* á su riesgo, (§. 277). §. *últ. Inst. De curat.* De la misma definicion sabemos, 2º quiénes pueden ser procuradores, á saber, todo el que es idóneo para tomar y administrar los pleitos ajenos; mas no el furioso, el niño, la mujer, el menor de 17 años de edad, (pues este año habian fijado los romanos, porque poco ántes solian vestir los jóvenes la toga viril, *L. 13. ff. De manum. vind.* §. 5. *Inst. Qui et ex quibus caus.*) el siervo, el infame, ni el militar, para que obteniendo esta procuracion no se separase de las banderas, *L. 8. §. 2. ff. De procur.*, á no ser que quisiera tomar la causa de su cohorte, *L. 8. §. 2. L. 54. ff. L. 7. L. 3. C. De proc.* En cuanto á los infames, es en verdad mui cierto por la *L. 6. C. De proc.* y aunque parece lo contradice el §. *últ. Inst. De excep.*, en que Justiniano deroga espresamente la escepcion de infamia que se objete al procurador, es fácil la respuesta, si atendemos á las palabras de este párrafo: *para que no se dilate la disputa principal, mientras se ventila el artículo de las escepciones.* Cesa esta escepcion de infamia, si no es clara, y si hubiera de originarse en el juicio una disputa prolija acerca de

ella. Mas cuando es tan manifiesta y notoria que no se necesita controversia, bien puede en el dia oponerse; por ejemplo, si el condenado por hurto quisiese hacer de procurador. De la misma definicion aparece, 3º en qué casos se admiten procuradores, á saber, en todos aquellos en que puede uno representar la persona del principal. (Véanse nuestras *Pand. P. I. §. 431.*) Á la verdad puedo representar la persona de otro en las cosas civiles, pues nada impide que uno pague por otro (§. 999), *L. 23. L. 40. L. 53. ff. De solut.*; mas no puedo representar la persona de otro en las causas criminales, ni por parte del acusador, porque este debia escribir su nombre, para que se le aplicase pena, si no probaba el delito al reo; ni por parte del acusado, porque ninguno puede ser ahorcado, degollado, ni magullado con rueda por otro. Por tanto en estas causas criminales no es admitido procurador, á no presumirse que la pena será tal, que pueda imponerse al ausente, por ejemplo, la relegacion, *L. 40. ff. De publ. jud. L. 33. §. 3. ff. De proc.* Últimamente 4º de la misma definicion se manifiesta, cuándo cesa por Derecho romano el oficio de procurador. Termina por los mismos modos por que cesa el dominio, como (a) por el mutuo disentiendo, estando todavia íntegro el negocio, y (b) por la revocacion del dominio, pero ántes de la contestacion del pleito, pues en uno y otro caso todavia no es dueño el procurador. (c) Por la renuncia del procurador en tiempo oportuno y no perjudicando al dueño, §. 44. *Inst. h. t.*, pues cada cual puede abdicar su do-

minio, como no lo haga en detrimento de otro. Mas no por la muerte de alguno, porque pasa el dominio á los herederos, §. 40. *Inst. h. t.*

§. MCCLIII. [Casi disponen lo mismo las leyes españolas. Segun ellas nadie puede ser procurador sin tener veinte y cinco años cumplidos.]

TÍTULO XI.

DE LAS CAUCIONES.

§. MCCLIV—MCCLVI. Vimos en el título anterior que el procurador, como dueño del pleito, tenia á veces que afianzar ó prestar caucion. Por esto al título *de aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio*, se añade el título *de las cauciones*. Acerca de estas se pregunta, 1º qué es caucion y de cuántas maneras, §. 4255-4256; 2º quiénes por Derecho romano están obligados á prestar caucion en juicio, §. 4257-4260.

1º Ya en el §. 279, al tratar *de la fianza de los tutores ó curadores*, hemos explicado qué sea caucion, y de cuántas maneras. Á saber, *caucion* es un acto por el que se presta una seguridad al contrario. Interesando á la república que los juicios no sean ilusorios, y por otra parte, siendo propio de los reos fugarse, hecho lo cual, podria suceder que fuese infructuosa la condenacion, y que no quedase al actor mas arbitrio

que llorar; de aquí es que nada hai mas justo que el que en los juicios preste el uno al otro caucion ó seguridad. Esta es de cuatro maneras: 1º de fianza (*fidejussoria*), que se hace dando fiadores idóneos y ricos, esto es, que tengan para pagar, y fácilmente puedan ser reconvenidos, *L. 2. pr. ff. Qui satisd. cog.* 2º de prenda (*pignoratitia*), que se presta depositando prendas; y estas dos se llaman en nuestras leyes *cauciones idóneas*, *L. 59. §. últ. ff. Mand. L. 4. §. 8. De fidejus. lib.*, así como la primera se llama especialmente fianza (*satisdatio*), *L. 4. ff. Qui satisd. cog.* 3º *Juratoria*, la que se da prestando juramento, y á la que solo son admitidos los varones honrados y de buena fama; y 4º la *meramente promisoria*, que se hace por la promesa con estipulacion por los que poseen bienes raíces, y tambien por el fisco y la república, *L. 4. §. 48. L. 6. §. 1. ff. Ut legat. vel fidej.*, segun la opinion vulgar. Pero segun nuestro Derecho tambien los poseedores de cosas raíces deben jurar, como demostrámos en nuestras *Pandectas*, *P. I. §. 302*, y ántes que nosotros Cujac. *Obs. XII. 22*, Noodt *ad Pand. tom. II. de sus obras*, p. 59, y Eschultingio, *Pand. h. t.*

§. MCCLVII—MCCLX. 1º. Si se pregunta, quiénes están obligados á prestar caucion, podemos fácilmente responder, si tratamos separadamente de cada uno de los litigantes. 1º El *reo* por Derecho justiniano presta la caucion de presentarse en juicio, (*de judicio sisti*), que antiguamente se llamaba *vadimonium*, ántes que Justiniano borrarse de todas las leyes este vocablo, que