

recho pretoriano. Los comentadores las han visto en muchos casos hipotéticos, en que no habia ninguna (1).

El objeto más frecuente de estas ficciones ha sido suavizar el tránsito desde el derecho civil primitivo, rudo é inflexible, á un derecho más equitativo y filosófico. Para extender los resultados del derecho civil á casos que realmente se hallaban fuera de sus disposiciones, ó para alejar las consecuencias cuando parecian demasiado rigurosas, se han supuesto tales hechos, tal cualidad de pura invencion, y se ha obrado como si tales hechos hubiesen existido. El pretor principalmente se ha valido de este subterfugio, trabajando incesantemente en extender la civilizacion sobre el primitivo derecho (2);

En suma, y dejando aparte este uso particular, que forma uno de los rasgos característicos del derecho romano, las ficciones ó suposiciones jurídicas de hechos no son otra cosa sino una manera más lacónica de expresar las disposiciones que se quieren aplicar á una situacion, diciendo: se determinarán los derechos como si tal hecho se hubiese verificado (3).

El domicilio ó la residencia, la habitacion jurídica de una persona para el ejercicio de ciertos derechos, no es otra cosa, sobre todo en nuestra legislacion, que un hecho de esta naturaleza, es decir, un hecho de creacion jurídica.

CONCLUSION DE LA PRIMERA PARTE.

65. Generacion de los derechos.

Conocemos ya todos los elementos indispensables á esta generacion. Tenemos el sujeto activo y el sujeto pasivo en las personas; el objeto en las cosas, y la causa eficiente en los hechos.

A toda situacion, á toda combinacion de estos tres elementos que se aplique, ya la nocion filosófica de lo bueno y equitativo

do una página entera del manuscrito, y acerca de las cuales sólo tenemos dos párrafos. Gay. 4. §§ 32 y 33.

(1) Así ni el *postliminium*, ni las disposiciones de la ley *CORNELIA*, que los comentadores llaman generalmente *ficción de la ley Cornelia*, no han sido calificados así en el derecho romano. Véase lo que hemos dicho más adelante, l. 12. §§ 5 y 2. 12. § 5.

(2) Así supone á veces la existencia de la cualidad de heredero (Gay. 4. § 34); la usucapion verificada (Gay. 4. § 36.), ó en sentido inverso, no verificada (Inst. 4. 6. § 5); la cualidad de ciudadano á un extranjero (Gay. 4. § 37); la disminucion en cabeza no ocurrida aunque hubiese tenido lugar (Gay. 4. § 328.) De aquí todas aquellas acciones llamadas *fictitiae actiones*.

(3) Lo relativo al *postliminium* y á la ley *CORNELIA* no es otra cosa.

(*jus, ars boni et æqui*), ya la nocion positiva de lo que se halla dispuesto por la ley (*jus, lex, quod jussum est*), se tendrá por consecuencias inmediatas y várias, segun los casos, los derechos (*jura*), es decir, las facultades y ventajas conferidas por el derecho.

Así el derecho (*jus*), tomado en su primera acepcion (véase al principio, página 6; número 1) como ciencia de lo bueno y equitativo, ó de lo que ordena la ley, y aplicado á la combinacion de estos tres elementos, personas cosas y hechos, da por consecuencia los derechos (*jura*), tomados en la segunda acepcion de la palabra (página 9, núm. 2,) como efecto y como resultado.

Los derechos proceden por generacion. Demos ahora algunas ideas generales y rápidas sobre lo que es propio de ellos, considerándolos en sí mismos.

SEGUNDA PARTE.

DE LOS DERECHOS Y DE LAS ACCIONES.

TÍTULO PRIMERO.—DE LOS DERECHOS.

CAPÍTULO PRIMERO.—CLASIFICACION GENERAL DE LOS DERECHOS.

66. Derechos personales, derechos reales: clasificacion no formulada en derecho romano.

Derecho en este lugar es la facultad que tiene una persona de hacer, de omitir, ó de exigir alguna cosa (pág. 9, núm. 2).

La esfera es muy dilatada: es preciso que el espíritu de análisis distinga las variedades, y determine las ideas por medio de una buena clasificacion.

La jurisprudencia romana no ha establecido division general en que haya colocado todas las diversas especies de derechos. Ha procedido por partes. Pero de algunas indicaciones sueltas y de la comparacion de resultados análogos se ha sacado una clasificacion, hoy vulgar y admitida por todos, que aunque no pertenezca al derecho romano, de él ha sido deducida.

Los derechos se dividen en personales y reales.

Aceptamos esta division, porque es exacta, con tal que sea bien definida.

67. Idea del derecho personal y del derecho real.

Sobre esta definicion hay casi tantas ideas como autores. Haciendo por un momento abstraccion de las tradiciones romanas, para recurrir al puro razonamiento filosófico, creemos poder dar de ella la nocion que sigue:

No existen derechos sino de persona á persona: todo derecho tiene necesariamente un sujeto activo y uno ó muchos sujetos pasivos; los cuales, ya activos, ya pasivos, no pueden ser sino personas. Bajo este aspecto todo derecho es personal.

Todo derecho, ademas del sujeto activo y del sujeto pasivo, tiene necesariamente un objeto, designado en toda su generalidad con el nombre de cosa. Todo derecho tiene una cosa por objeto, y bajo este aspecto todo derecho es real.

Así todo derecho, sin excepcion, es á un mismo tiempo personal en cuanto á su sujeto, tanto activo como pasivo; y real en cuanto á su objeto.

Pero la manera con que pueden figurar y funcionar en el derecho, ya las personas en cualidad de sujeto activo ó pasivo, ya las cosas en cualidad de objeto, presenta dos diferencias bien distintas.

Todo derecho en definitiva, si se quiere llegar hasta el fondo de las cosas, se resume en la facultad que tiene el sujeto activo de exigir del sujeto pasivo alguna cosa: pues la única cosa que es posible exigir inmediatamente de una persona es que haga ó que se abstenga de hacer, es decir, una accion ó una omision. A esto se reduce todo derecho. Esta necesidad que tiene el sujeto pasivo de hacer ó de abstenerse, es lo que se llama en el lenguaje jurídico una obligacion. Todo derecho en definitiva y sin excepcion, si se quiere llegar hasta el fondo de las cosas, consiste en obligaciones.

Estas obligaciones son de dos especies:

La una general, que es propia de todas las personas, y que consiste en la necesidad que todos tienen, sin distincion, de dejar hacer al sujeto activo del derecho, de dejarle obtener el provecho y la utilidad que su derecho le atribuye, y de no oponer á ello el menor obstáculo. Es una obligacion general de abstenerse.—Esta obli-

gacion existe en todo derecho, pues en todo derecho cada cual se halla obligado á abstenerse de turbar y poner obstáculo al goce y ejercicio del derecho. Puede decirse que en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo á quien se atribuye el derecho; y por otra, la masa de todos los hombres, de todas las personas obligadas á abstenerse, á dejar obrar á aquel á quien pertenece el derecho, y dejarle en libertad de obtener el provecho y las ventajas que le corresponden.

Pero si esta obligacion general y colectiva existe en todo derecho, hay casos en que ésta se halla sola, sin que exista otra, en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de sacar directamente de una cosa una utilidad, una ventaja mayor ó menor, sin otra obligacion que la impuesta á todos de dejarle que haga, y la de que se abstenga de poner obstáculo y de turbar á los demas en su derecho.

Hay casos, por el contrario, en que fuera de esta obligacion general siempre existente, confiere el derecho al sujeto activo la facultad de obligar á una persona individualmente á una accion, como dar, suministrar, hacer alguna cosa, ó á una omision, como permitir ó sufrir ó dejar hacer alguna cosa. En este caso el sujeto pasivo del derecho es, por decirlo así, doble; por una parte el conjunto de todas las personas obligadas á no poner ningun obstáculo al goce del derecho; por la otra el sujeto individualmente pasivo, obligado á hacer ó no hacer alguna cosa.

Hay la costumbre, ya por no haberlo suficientemente examinado, ya porque existiendo en los dos casos, se puede no tener ninguna consideracion con ella para marcar la diferencia; hay la costumbre, repetimos, de hacer abstraccion de la obligacion general que pesa siempre sobre todas las personas.

Hecha así esta abstraccion, la diferencia que existe entre los dos casos se explica en estos términos:

En el primer caso no existe ninguna persona que sea individualmente sujeto pasivo del derecho; por manera que, analizando este derecho, no se halla en él, dejando aparte la masa de todas las personas obligadas cada una á abstenerse de oponer obstáculo al derecho de los demas; no se halla sino una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho; éste se ha llamado real.

En el segundo caso existe ademas una persona individualmente como sujeto pasivo del derecho, es decir, contra la que se atri-

buye personalmente el derecho. Se encuentra en él por elementos, dejando siempre aparte la masa general, obligadas á abstenerse de oponer obstáculos, una persona, sujeto activo; otra persona, sujeto pasivo, y una cosa, objeto del derecho. Este derecho ha sido calificado de personal.

En suma, un derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho;

Un derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho.

O en términos mas sencillos: un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente á una persona á una prestación cualquiera (es decir, á dar, á suministrar, á hacer ó no hacer alguna cosa).

Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor ó menor.

Hecha abstraccion, tanto en uno como en otro caso, de la masa de todas las personas obligadas siempre cada una á abstenerse de impedir ó de oponer obstáculo al goce y ejercicio del derecho.

Así establecida esta nocion es amplia y extensa: todos los derechos sin excepcion, de cualquier modo que hayan sido adquiridos, ejercidos ó reclamados en justicia (1), y cualquiera que sea la cosa corpórea ó incorpórea que haya sido objeto de ella (2), vienen á colocarse en una ó en otra categoría.

No es arbitraria, pero procediendo forzosamente de la naturaleza de las cosas, ordenando al hombre, inmutable, y reproduciéndose inevitablemente en toda legislacion.

Por lo demás, los derechos personales existen en la sociedad con relacion ó todos, lo mismo que los derechos reales. Es un error querer lo contrario. Cuando yo soy acreedor, esto es verdadero, no sólo respecto de mis deudas, sino respecto de todos. Mi derecho de crédito existe y forma parte de mi fortuna (3); en caso necesario será protegido contra cada cual, si es posible que un tercero atente contra él (4); pero fuera de la masa general, mi deudor es in-

(1) Así no sólo los que son protegidos por acciones, sino aun los que no están garantidos sino por excepciones.

(2) Así los derechos que se refieren al estado del hombre, á su individualidad corporal ó moral.

(3) Así mis acreedores podrán hallarlo en caso necesario y hacer que se les atribuya el producto.

(4) Que un tercero destruya mis títulos de crédito; que impida fraudulentamente ó con violencia que mi deudor cumpla su obligacion; que ayudado de la posesion de los títulos y de una

dividualmente el sujeto pasivo de este derecho. En el derecho real, por el contrario, ninguna persona, á no ser la masa general, es individualmente pasiva: lo mismo una que otra.

68. Diversas denominaciones de los derechos reales y personales.

Jus in re, para los derechos reales; *jus ad rem*, para los derechos personales; denominaciones bárbaras, introducidas en la Edad Media y que nunca han sido propias del lenguaje del derecho romano (1). La primera aparece ya en el Brachilogo, sumario del derecho de Justiniano, compuesto en Lombardía, en el siglo XII (2). Ambas se hallan en el siglo XIII, opuestas una á otra en las constituciones pontificias (3); parece que del derecho canónico pasaron á la jurisprudencia civil. Es preciso purificar nuestra lengua jurídica.

Jus in rem para los derechos reales; *jus in personam* para los derechos personales; denominaciones imitadas de algunas expresiones análogas del derecho romano; pero que en el sentido que aquí se les da, pertenecen á este derecho lo mismo que las anteriores (4).

Derecho absoluto, derecho relativo; denominaciones propuestas filosóficamente, sin pretender ninguna relacion con el lenguaje

suposicion de persona, me sustituya y se haga pagar en mi lugar; en una palabra, que atente á mi derecho y me cause por este medio un perjuicio en lo que concierne á este mismo derecho, cualquiera que sea este tercero, yo tendré accion contra él. Lo mismo sucede respecto á esto que respecto á los derechos reales: con la sola diferencia, en cuanto á estos últimos, que los atentados que los terceros pueden cometer contra ellos son más fáciles de cometerse y más numerosos.

(1) Se hallan alguna vez en los fragmentos de los juriconsultos, en el Digesto y en el Código de Justiniano las expresiones *jus in re* ó *jus in rem*; pero aplicadas indiferentemente, ya para derechos personales, ya para derechos reales. Así pueden verse: Dig. 9. 4. 30. f. Gay.—39. 2. 19. pr. f. Gay.—32 (3.º) 20 f. Ulp.—47. 8. 2. § 22. f. Ulp. en casos en que se trata de créditos, de fideicomisos, de depósitos, de comodato y de arrendamiento. V. tambien Dig. 30 (4.º) 71. § 5 f. Ulp.—Cod. 7. 39. 8. § 1. const. Justin.

(2) En él se lee, á propósito de las acciones reales: «Cum. in rem quam (adversarius) possidet, aliquod me jus dico habere.» Brachil. lib. 4. tit. 19 in fin.—Y hablando del usufructo: «Jus in re consequitur quis actione in rem proposita de usufructu.» Lib. 4. tit. 23. § 8.

(3) «....Quis eorum jus habeat in prabenda.»—Haberes jus decernimus in eadem.—«Jus vero quod secundo ad prabendam, non in prabenda.... competebat.» Sexti Decret. 3. 4. 40, Boniface VIII, 13 siècle.—«....Vel aliorum quorumcumque beneficiorum in quibus jus non esset quaesitum in re, licet ad rem.» Sexti Decret. 3. 7. 8, Boniface VIII, 13 siècle.—«a jure, si quod in hujusmodi beneficio, vel ad ipsam forsitan competebat.» Clementi. 2. 6. Clement. V, 14 siècle.—«.... Jus ad rem expectantibus dicta beneficia.» Extravag. Johan. XXII, 4. 1. 14 siècle.

(4) Son las acciones que los juriconsultos romanos habian dividido en acciones *in rem* y acciones *in personam*; lo mismo para las excepciones y para los pactos. Cuando tratemos de estas materias, y sobre todo del sistema de las fórmulas, veremos cuán justas eran estas expresiones, y cuán en armonia se hallaban con el procedimiento formular. Pero no es necesario trasladarlas á otra parte.

de los jurisconsultos de Roma; mucho más nacionales ciertamente que las anteriores, pero que rechazamos del mismo modo, porque parece que implican la idea de que el derecho absoluto existiría respecto de todos, mientras que el derecho personal ó relativo no existiría sino respecto de las personas pasivas de este derecho. Todo derecho, desde el momento que existe, existe para todos, y en caso preciso debe ser protegido contra cada uno (1). Sólo en el derecho real ninguna persona es pasiva individualmente, mientras que en el derecho personal, una persona es el sujeto individualmente pasivo de éste.

Derechos reales, derechos personales; denominaciones vulgares y sancionadas por el uso general, por cuyo motivo las adoptamos como expresiones convencionales, aunque no expresen completamente la idea, ni sean enteramente exactas, pues todo derecho sin excepcion es personal en cuanto á los sujetos que en él figuran, y real en cuanto al objeto.

Pero haciendo observar, y ésta será nuestra conclusion, que estas expresiones son igualmente extrañas al derecho romano; que en este derecho no se hallaba metódicamente formulada semejante division general, y que, por consiguiente, no tenía nombre.

CAPÍTULO II. DERECHOS PERSONALES.

§ I. OBLIGACION.

69. Nocion general de la obligacion, ó derecho personal.

En esta especie de derechos figura siempre una persona como sujeto activo, y otra como sujeto individualmente pasivo del dere-

(1) No hay derecho más absoluto uno que otro: la sociedad entera es siempre garante de todo derecho, y el conjunto de todas las personas tiene siempre obligacion de no turbar ni poner obstáculo al goce y ejercicio de todo derecho. El error procede principalmente de imaginarse que, cuando yo intento una accion real contra cualquiera que atenta contra mi derecho real, como, por ejemplo, una accion en reivindicacion de mi propiedad, ejerzo yo este derecho. Lo ejerzo cuando uso la cosa, cuando tomo sus frutos, cuando dispongo de ella de un modo ú de otro. En el ejercicio de un derecho real no hay nunca término medio individualmente pasivo entre yo y la cosa: ésta es el carácter distintivo de este derecho. Mas cuando intento una accion real contra cualquier poseedor, no ejerzo mi derecho, sino que lo defiendo, y quiero que sea reconocido. Ni más ni ménos que si un tercero, cualquiera que fuese, se apoderase de mi título de crédito, me sustituyese y quisiese que en mi lugar se le pagase, yo entonces tendria el derecho de defender y de hacer reconocer mi derecho. En suma, los derechos, tan o reales como personales, existen para todos: la sociedad es siempre parte garante en todo derecho; pero nadie es sujeto individualmente pasivo de los primeros: en cuanto á los segundos, una persona es individualmente pasiva.

cho.—Esta última se halla en una especie de relacion de dependencia con respecto á la otra: está en cierto modo unida y ligada la primera para la ejecucion del derecho, de que es pasiva. Los términos están tomados todos de la misma figura de lenguaje. Se trata siempre de un lazo ó vínculo: *obligare* (de *ob*, y *ligare*, ligar), *obligatio vinculum juris*; *adstringere* (atar á), *contrahere* (atar juntos), *contractus*, para designar este derecho, ó sus efectos, ó algunos modos de su formacion; *solvere* (desatar), *solutio*, para su destruccion.

Dejando aparte toda figura de lenguaje, la obligacion no es otra cosa que la necesidad jurídica impuesta á una persona hácia otra, de hacer una prestacion.

Es el derecho personal bajo el punto de vista pasivo.

En efecto, si bajo el punto de vista activo, es decir, considerado en el sujeto que de él goza, es el derecho personal la facultad de obligar á una persona á hacer una prestacion; bajo el punto de vista pasivo, es decir, en el sujeto que lo sufre ó padece, es la necesidad de hacer esta prestacion.

Bajo el primer aspecto se llama entre nosotros el derecho personal crédito, entre los romanos *nomen* y ménos generalmente *creditum*: y el sujeto activo, á quien el derecho pertenece, acreedor, *creditor* (de *credere*, tener confianza, dar crédito: lo que no es siempre exacto, porque muchos créditos nacen involuntariamente, sin acto de confianza, de una parte en otra). Bajo el segundo aspecto, el derecho personal se llama obligacion, *obligatio*, y el sujeto pasivo, contra quien existe individualmente el derecho, deudor, *debitor* (del deber, ó necesidad jurídica que tiene impuesta).

El objeto inmediato de toda obligacion es siempre una accion que se exige de una persona, tomando la palabra accion en su acepcion más general, accion de dar, de suministrar, de hacer ó de omitir alguna cosa. Las cosas que es preciso dar ó suministrar no son objeto de la obligacion sino de un modo subordinado, en última línea, porque, finalmente, á ellas se quiere ó se debe llegar. Los jurisconsultos romanos habian conocido esta verdad, y Paulo se expresa en los términos siguientes: «*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum* (1).

(1) Dig. 44. 7. 3. pr. fr. Paul.

Dare, facere, præstare: son tres palabras, cuya reunion era sacramental en las fórmulas del derecho romano para abrazar en toda se generalidad el objeto posible de toda obligacion. *Dare*, transferir la propiedad romana; *facere*, verificar un hecho, ó padecer, abstenerse; *præstare*, suministrar, procurar una ventaja, una utilidad cualquiera: estos dos últimos términos son de la mayor extension; *facere* podria comprenderlas todas, y lo mismo *præstare*, que comprende toda especie de ventajas, las cosas corpóreas, los derechos, los hechos positivos ó negativos; de donde ha tomado origen la palabra general de *prestacion*.

A la materia de los derechos personales se asocian: la nocion de la obligacion propiamente dicha entre los romanos; las reglas relativas á la formacion, transmision y extincion de las obligaciones; y en fin, la nocion de ciertos derechos personales que en la legislacion y jurisprudencia romanas no son, propiamente hablando, obligaciones.

70. Obligacion propiamente dicha entre los romanos.

La obligacion se define en la Instituta de Justiniano «*Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura*» (1). Esta definicion sólo se aplica á la obligacion existente segun el derecho civil. Es, en efecto, la obligacion propiamente dicha del derecho romano, la obligacion civil (*civilis obligatio*). Sin embargo, la jurisdiccion pretorial introdujo obligaciones que no existian en el derecho civil, proveyéndolas de medios pretorianos para que fuesen llevadas á efecto; y se llaman obligaciones pretorianas ú honorarias (*prætoricæ vel honorariæ obligationes*).—En fin, la jurisprudencia ha hecho reconocer, sobre el fundamento único del derecho de gentes y de la razon natural, ciertas obligaciones que no se hallan confirmadas ni por el derecho civil ni por el pretoriano, y que se llaman obligaciones naturales (*naturales obligationes*).

El efecto principal de la obligacion civil consiste en la necesidad que tiene el deudor de hacer la prestacion á que está obligado, y por consiguiente, en el derecho que tiene el acreedor de perseguirlo ante el poder judicial para obligarlo á ello. Esto se expresa diciendo que la obligacion civil da al acreedor una accion

(1) Inst. 3. 13. pr.

civil contra el deudor.—La obligacion pretoriana produce tambien una accion, pero sólo una accion pretoriana.—En cuanto á la obligacion natural, no da al acreedor el derecho de perseguir al deudor para obligarlo á la prestacion que es objeto de esta obligacion. La necesidad impuesta al deudor es ménos grave. Sólo ocasionalmente y por medios ménos directos puede el acreedor hacerla valer. No hay obligacion propiamente dicha, ni civil ni pretoriana.

71. Formacion de las obligaciones.

Todo derecho se produce por un hecho; por consiguiente, no hay obligacion que no traiga su origen de un hecho.

Los hechos que la pura razon filosófica nos presenta como capaces de poder ser origen de obligaciones, se refieren á los cuatro siguientes:—1.º, el mutuo consentimiento de las partes;—2.º, los hechos por consecuencia de los cuales puede una persona haber causado á otra algun perjuicio por su culpa, caso que está subordinado á la máxima de la razon natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado sin razon;—3.º, los hechos por consecuencia de los cuales puede una persona hallarse ya voluntaria, ya involuntariamente, utilizada con los bienes de otro: este caso se determina por aquella otra verdad moral de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro;—y 4.º, en fin, ciertas relaciones entre las personas, en la constitucion de la familia ó de la sociedad.

Pero el derecho civil de los romanos no se ha extendido á tanto. No ha reconocido obligacion *vinculum juris*, sino en casos rigurosamente determinado por él, y muy pocos. Estos casos se han extendido gradualmente por el edicto del pretor, por la jurisprudencia, por las constituciones imperiales, y bajo la intervencion cada vez mayor de las ideas del derecho de gentes.

Respecto de las que tienen su origen en el mutuo consentimiento de las partes, la palabra más general con que se expresan es la de convencion ó pacto (*conventio, pactum conventum*), que designa el concurso de dos ó muchas voluntades para crear un derecho cualquiera, modificarlo ó anularlo; pero el título de contrato (*contractus*), que designa particularmente la convencion en cuanto produce obligacion, está reservado á las convenciones especialmente

reconocidas como obligatorias, y provistas de una accion por el antiguo derecho civil de los romanos.

El derecho romano en la creacion de los contratos parece haber seguido la siguiente gradacion histórica.

Primero el *nexum*, término antiguo y genérico que expresa toda operacion verificada por medio de la vara de metal y del peso; «*Quodcumque per æs et libram geritur*» (1), con el que conducia el peso, *libripens*, los cinco ciudadanos testigos, las acciones y palabras consagradas. Esta solemnidad, vestigio de los antiguos tiempos, en los que no conociéndose la moneda, se pesaba el metal, se conservaba como símbolo, y se usaba para la creacion, transmision y extincion de diversas especies de derechos; lo mismo los de propiedad quiritaria que los de obligacion.—Para la formacion de las obligaciones se supone que el metal se pesa y da por el acreedor á quien admite por deudor; ó bien cuando una cosa se enajena, ya realmente, ya de un modo ficticio, *ex jure Quiritium*, las palabras solemnes pronunciadas entre las partes forman la ley de esta dacion (2), y el vínculo, *vinculum juris*, se forma de esta manera.

Tal era para el ciudadano romano la forma quirital y primitiva de obligarse; la reunion de una pantomima simbólica y de palabras sacramentales. Los contratos de préstamo (*mutuum*), de prenda (*pignus*), de depósito (*depositum*), se formaban así en su origen.—Posteriormente la simple tradicion de la cosa bastó para engendrar la obligacion civil, y así fueron reconocidos los contratos que los romanos calificaban de contratos formados *re*.

La marcha del derecho civil romano, en las formas civiles de los contratos, consistia en simplificar esta solemnidad *per æs et libram*; á tener por verificado el acto simbólico del peso, la barra de metal por pesada y dada, y en abandonar de este modo la pantomima natural de los primitivos tiempos.

De aquí procedió la segunda forma quiritaria de obligarse, primera derivacion del antiguo *nexum*, que consistia en las palabras sacramentales, sin la solemnidad *per æs et libram*, que se dió por hecha, y reducidas entre las partes á una interrogacion solemne

(1) «*Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per æs et libram geritur, idque neci dicitur.*» FESTUS, á la palabra *Nexum*.

(2) Tales son los términos de las XII tablas; «*Quum nexum faciet mancipiumque, ut lingua nuncupasset, ita jus esto.*» FESTUS, á la palabra *Nuncupata*.

(*stipulatio*) seguida de una respuesta conforme y congruente (*responsio, promissio*). Los términos quiritarios y consagrados para esta interrogacion y para esta respuesta han sido éstos: SPONDES? SPONDEO; de donde se ha dado á esta solemnidad el nombre particular de *sponsio*. Con el tiempo se encontró el medio de hacer accesible á los *peregrini* esta forma de obligarse, admitiendo otras especies de interrogaciones: PROMITTIS? PROMITTO; DABIS? DABO, etc., como propias del derecho de gentes.

Más tarde aún desaparece el carácter de fórmula, y hasta el griego era admitido en la estipulacion; una de las partes puede interrogar en latin, y la otra responder en griego, ó recíprocamente, bastando que la interrogacion y la respuesta sean conformes, cualesquiera que sean las expresiones (1).—Tal es el contrato que los romanos decian formado *verbis*. Es una forma de obligarse muy general, en el sentido de que puede aplicarse á toda especie de obligaciones que se contraigan.

Sigue despues la tercera forma quiritaria de obligarse, segunda derivacion del antiguo *nexum*. Esta forma, que no es aplicable más que á las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, consiste en considerar la operacion *per æs et libram* como terminada; por consiguiente, la cantidad, objeto de la obligacion, como pesada y dada por una parte, como recibida por la otra; á inscribirla como tal en la fórmula consagrada, y en el registro doméstico (*tabulæ, ó codex accepti et expensi*), de donde viene á este contrato el nombre de *expensilatio* (suposicion de la cantidad pesada y dada), y por la cantidad que hace el objeto de él, los de *pecunia expensa lata* (cantidad que se supone pesada y dada), relativamente al acreedor; *pecunia accepta relata* (cantidad que se supone recibida), relativamente al deudor.—De esta forma de obligarse viene, en derecho romano, la expresion general de *nomen*, para designar un crédito, porque el crédito se inscribe en el registro doméstico bajo el nombre del deudor. Y especialmente, la que está formada así, se llama *nomen transcriptitium*, porque inscrita primero en un borrador corriente (*adversaria*), se pone en limpio cada mes en el registro.—Tal es el contrato que los romanos dicen estar formado *litteris*. Como la estipulacion, fué al principio exclusivamente pro-

(1) Inst. 3. 15. 1. El estipulante es el que pregunta, y por consiguiente, aquel con quien el que promete se obliga. Por eso decimos aún, estipular con alguno, estipular en su beneficio, por decir, ligar á alguno consigo.

pio de los ciudadanos. Con el tiempo se extendió, pero bajo una forma diferente, á los extranjeros, en los *syngraphæ* y en los *chirographæ*. Despues el empleo del *codex* ó registro doméstico, y con él el verdadero contrato *litteris* de los romanos, caen en desuso. Sucedió lo mismo á los *syngraphæ* del derecho de gentes. Y el *chirographum*, que se sostuvo más tiempo, no llegó hasta Justiniano considerablemente modificado, y reducido casi al valor de *cautio*, ó escrito simplemente probatorio.

En fin, el derecho civil ha admitido como capaces de poder ser formado por el solo consentimiento, sin operacion *per as et libram*, interrogacion solemne, ni inscripcion en los registros domésticos, sólo cuatro contratos: la venta (*emptio-venditio*); el arrendamiento (*locatio-conductio*); la sociedad (*societas*), y el mandato (*mandatum*). Otro quinto contrato es *emphiteusis*; se ha añadido á los anteriores en los últimos tiempos del bajo imperio; y sin embargo, no se cuenta entre ellos, porque no habia sido considerado en la jurisprudencia romana, sino como una venta por unos y como un arrendamiento por otros.—Tales son los contratos que los romanos llamaban formados *consensu*. Se derivan del derecho de gentes; la forma de obligarse se redujo á su más simple expresion; se distinguen en que producen obligaciones por una y otra parte (*ultra citroque*), y en que sus efectos se determinan conforme á las reglas de equidad (*ex æquo et bono*).

De esta marcha progresiva del derecho romano en materia de contratos proceden cuatro especies de éstos, segun que se forman *re, verbis, litteris* ó *consensu*.

Fuera de estos contratos la convencion formada entre las partes toma el nombre de *pactum, pactio, conventio*. Segun el derecho civil estricto, no produce obligacion: sin embargo, algunas disposiciones imperiales ó pretorianas han dado á algunas de ellas un efecto obligatorio; algunas circunstancias particulares pueden tambien modificar el rigor del derecho, y dar á los pactos diversos efectos jurídicos.

Respecto de los hechos que no son el resultado del consentimiento mutuo de las partes, el antiguo derecho civil, con el nombre de *noxæ*, y despues con el de *maleficium* y *delictum*, ha determinado y dado accion en un cierto número de casos, en los cuales la obligacion resulta del perjuicio causado á otro: el derecho pretoriano ha hecho en éstos algunas adiciones.

De aquí han procedido dos especies de obligaciones, el contrato y el delito, «*Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*»; y cuando la jurisprudencia llega á reconocer causas diferentes, las ordena y asimila en dos especie primitivas, como figuras variadas de aquellas causas legítimas (*variæ causarum figuræ*); diciendo que la obligacion nace como naceria de un contrato (*quasi ex contractu*), ó como naceria de un delito (*quasi ex delicto*).—De donde, especificando los pormenores del sistema en su conjunto, hay cuatro orígenes para las obligaciones: *ex contractu* ó *quasi ex contractu*; *ex maleficio*, ó *quasi ex maleficio*.

72. Traslado de las obligaciones.

El derecho romano es lógico: el derecho personal no puede transferirse de una persona á otra. Es un vínculo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo; cámbiese uno de estos elementos, y ya no se tiene el mismo derecho. No hay, pues, verdadera translacion de crédito; no se llega á un resultado análogo sino indirectamente, por medio de procuraciones.

73. Extincion de las obligaciones.

El rompimiento de la obligacion, y por tanto la libertad del deudor, de cualquier manera que suceda, los nombraban los romanos *solutio* (acto de desligar), tomando esta palabra en su acepcion más general.

La obligacion, vínculo civil, no puede disolverse sino conforme á las reglas del mismo derecho civil (*ipso jure*); en casos numerosos, en que la obligacion continúa subsistiendo, segun el derecho estricto, el derecho pretorial y la jurisprudencia tienen recursos para procurar al deudor el medio de defenderse contra la demanda del acreedor (*exceptionis ope*).

Al frente de todos los modos civiles de extinguir las obligaciones se coloca al que sigue el curso natural de las cosas, el que constituye el objeto final de la obligacion, es decir, la prestacion de lo que es debido y que en español se llama el pago. Lu palabra *solutio*, tomada en un sentido más limitado, se aplica particularmente á este modo de quedar en libertad.

Ha admitido el derecho civil que se puede disolver una obligacion sustituyéndola con otra nueva en su lugar. Esto es lo que se