

re, verbis ó litteris, y del legado *per damnationem*; á los otros casos se han aplicado denominaciones particulares acomodadas á cada uno de ellos: *condictio indebiti*, *condictio furtiva*, *condictio causa data*, *causa non secuta* ú *ob causam datarum*, *condictio ob turpem vel injustam causam*, etc. (1).—En fin, por un vínculo más estrecho, con los recuerdos de la antigua accion de la ley *per condictio-nem* y de su origen primitivo, segun la ley SILIA, se ha reservado el titulo de *condictio certi* ó *condictio* por excelencia, más eminentemente á la condiccion por una suma determinada de dinero (*certæ pecuniæ*); y en oposicion á esto, se ha dado á todas las demas, ya ciertas, ya inciertas, la denominacion genérica de *condictio triticaria* (2), derivada del género que despues del dinero se presta más á una determinacion precisa, como es el trigo (*triticum*).

Se ve por esto que la palabra *condictio* ha sido más ó ménos extendida ó limitada en su significacion, segun los objetos á que se ha aplicado, los recuerdos históricos á que se ha referido, ó las palabras con que se ha puesto en oposicion.—En último lugar, en su mayor extension y oponiéndola únicamente á las acciones *in rem*, hasta se le ha hecho significar toda accion *in personam* (3).

Siendo las acciones ó fórmulas concebidas *in factum* extrañas por su origen ó por su naturaleza á las cuestiones de derecho, tanto de obligacion como de propiedad, están fuera de las diversas condiccion-ne de que acabamos de hablar. En ellas no se fija ninguna cuestion de *dare* ni de *facere*, ni aún de *præstare oportere*; y habiendo quedado redactadas como cuestiones de hecho, no puede por ningun título aplicárseles el nombre de condicciones.

Acciones in jus ó in factum.—*Acciones directas* (directæ) ó *útiles* (utiles).—*Acciones fingidas* (fictitiæ acciones).—*Accion in factum præscriptis verbis*.

La anterior division de las acciones está fundada principalmente en la naturaleza misma del derecho que se persigue: veamos las que proceden esencialmente de los términos de la fórmula. Se presenta la primera, la distincion ya expuesta más arriba (p. 526 y 531), de acciones *in jus* ó *in factum conceptæ*.

(1) Dig. 12. tit. 4. y sig.; 13. tit. 1 y sig.

(2) Dig. 13. 3. *De condict. tritic.* 1. f. de Ulp. «Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam conditionem petit, etc.

(3) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 25. pr. f. de Ulp.: «Actionum genera sunt duo: in rem, quæ dicitur vindicatio; et in personam, quæ condictio appellatur.»—Aun se hallan muchos vestigios en el Dig. 12. 1. *De jurejur.* 2. § 48. f. de Paul.

Esta distincion, cuyos pormenores ofrecen alguna oscuridad, se esclareció con la sola consideracion de su origen histórico. No olvidemos que la fórmula *in factum concepta* es el primer gérmen del sistema formulario, la redaccion primitiva tal como se ideó en su primer destino para los extranjeros, y que para estos extranjeros no podia ser de otro modo, porque respecto á ellos no podia haber cuestion de derecho civil, de propiedad ú otro derecho real ó de obligacion. El pretor ponía en cuestion un hecho, y en virtud de su poder ligaba á esta solucion afirmativa la consecuencia de una condena pecuniaria. Hay que tener presente que la fórmula *in jus concepta* ha venido despues desde el momento en que se quiso hacer extensivo el uso de las fórmulas á los procesos de los ciudadanos entre sí; porque desde entónces ha habido cuestiones de derecho civil que fijar. Tambien Gayo define esta fórmula diciendo que tiene una *intentio* de derecho civil (*juris civilis intentio*), ya de propiedad ó de otro derecho real: «SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITUM AULI AGERII ESSE»; ya de obligacion: «SI PARET» ó «QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE»; ó tambien lo que parece la fórmula especial para el caso de hurto: «SI PARET PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE» (1). Muchas veces á un ojo poco ejercitado y con la lectura de toda la fórmula, la diferencia entre la redactada *in factum* y de la *in jus* parece poco comprensible (2); pero mirándolo bien, se ve que en último resultado es para el derecho real generalmente la idea y la expresion de REM ESSE ó JUS COMPETERE (*rem aliquam* ó *jus aliquod A. A. esse* ó *competere*), y para la obligacion la idea y la expresion de OPORTERE (*dare, facere, præstare, ó pro fure damnum decidere oportere*), que resume y contiene esencialmente en sí una cuestion de derecho: ideas y expresiones que no se hallan en la fórmula *in factum*. Sabemos tambien por el modo de desenvolverse y completarse el procedimiento formulario, que en la redaccion *in factum*, la primera que se inventó, no se habia distinguido ni denominado en la fórmula las dos partes, que más tarde toman el nombre de *demonstratio* y de *intentio*. Sólo progresando, y en las fórmulas *in jus*, se hizo esta distincion: de suerte que no es aplicable á las fórmulas *in factum*. De esta fórmula se dice comunmente que la *demonstratio* se confunde en ella con la *intentio*, ó á la inversa, que la *intentio* se confun-

(1) Gay. Com. 4. § 45 cotejado con el § 37.

(2) Véase el ejemplo de las dos fórmulas hechas cada una para una misma causa en Gay. Com. 4. § 47, en la pág. siguiente, nota 1.

de con la *demonstratio*: más exacto sería decir que no tiene ni una ni otra; y en efecto, puede verse que la definición y los ejemplos que da Gayo de ella, no se refieren más que á una fórmula redactada *in jus* (1). En cuanto á la fórmula *in factum*, no tiene más que dos partes: la una, que no se llama ni *demonstratio* ni *intentio*, que fija la cuestión del hecho según la pretensión del demandante; y la segunda, que contiene la *condemnatio* (p. 527, 531 y 540).

En suma, y como consecuencia de su mismo origen histórico, se pueden resumir de este modo los caracteres de la acción *in factum concepta*: no fija cuestión de derecho, de donde se sigue que no tiene *demonstratio* ni *intentio* propiamente dichas; que está fuera del derecho civil; y, en fin, que generalmente y en rigor permanece extraña á las principales decisiones de las fórmulas civiles (*in jus conceptæ*).

Algunos escritores han creído deber distinguir y enumerar varias especies de acciones (*in factum conceptæ*), complicando de este modo la materia y haciéndola difícil de comprender, mientras que en el fondo no es nunca más que un modo solo y único de redacción empleado para distintos usos.

En efecto, la fórmula *in factum concepta* fué ideada al principio para los extranjeros, pero en seguida tuvo aplicación en varias circunstancias aun á los litigios de los ciudadanos, siendo para los pretores en materia de acciones uno de los mil medios ingeniosos empleados por ellos para eludir el rigor del derecho civil ó para suplir sus vacíos. Puede decirse que en general cuando el derecho pretoriano quería proveer de medios de acción en los casos en que el derecho civil no se les concedía, y en los que, por consiguiente, no era posible idear una fórmula *in jus*, uno de los expedientes más frecuentes para conseguirlo era recurrir á una fórmula *in factum*, la cual se reducía á repetir para los ciudadanos lo que al principio se había hecho para los extranjeros.

Así los ciudadanos *alieni juris*, los hijos de familia, por ejemplo, no teniendo en el orden privado y según el derecho civil personalidad por sí mismos, no podían poseer en su nombre ninguna acción de derecho civil (*in jus concepta*); pero el derecho pretoriano, en los casos en que le parecía equitativo, conseguía dárselas redactándolas *in factum* (2).—Es uno de los motivos sin duda que hacían

(1) Gay. Com. 4. §§ 40 y 41 comparados con el 60.

(2) Dig. 44. 7. *De obl. et act.* 9. f. de Paul.: «Filiusfamilias suo nomine nullam actionem ha-

que el álbum sobre puntos de derecho civil contuviera á veces las dos especies de fórmula, la una redactada *in jus* y la otra *in factum*; y Gayo nos da un ejemplo en el depósito y en el comodato (1).

También recurría el derecho pretoriano á las fórmulas redactadas *in factum*, ya para revestir de acción derechos completamente fuera del derecho civil, introducidos sólo por el edicto (2), ya para ampliar por analogía y utilidad las acciones civiles ó casos que no reunían verdaderamente todos los caracteres exigidos por el derecho civil. Estas acciones, ampliadas de este modo, son las que hemos encontrado muchas veces bajo el título de acción civil (*utilis actio*), en oposición á la acción que procede directamente del derecho civil, llamada en este sentido acción directa (*directa actio*).

Para obtener los dos resultados de que acabamos de hablar, es decir, para investir de una acción los derechos introducidos solamente por el edicto, para sacar de su esfera las acciones civiles, recurría el pretor á dos distintos expedientes.

Frecuentemente á una fórmula redactada *in factum*: así la mayor

bet, nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat. — 19. f. de Ulp.: «*In factum* actiones etiam filifamiliarum possunt exercere.» Examínese el Dig. 5. 1. *De judic.* 18. § 1. f. de Ulp., en que se dice precisamente á propósito de las acciones *ex maleficio*, ó *ex contractu*, por ejemplo, *depositi, mandati*, etc.: «Et Juliano placet.... posse eum (filiumfamilias) *utili judicio* agere.» Luego la acción útil de que aquí se trata es una acción redactada *in factum*.

(1) Gay. Com. 4. § 47. Hé aquí la fórmula del depósito concebido *in jus*: JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSITUIT, QUA DE RE AGITUR (ésta es la *demonstratio*); QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA (ésta es la *intentio juris civilis*, con las expresiones características de una obligación de derecho, *dare facere oportet*); EJUS JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO (ésta es la *condemnatio*).—Hé aquí la fórmula basada en la misma causa, pero redactada *in factum*: «JUDEX ESTO, SI PARET AULO AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE (ésta es la primera parte correspondiente á la *demonstratio* y á la *intentio* reunidas, fijando, no una cuestión de derecho, *dare facere oportere*, sino una cuestión de hecho): QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO: SI NON PARET, ABSOLVITO.»

(2) Tenemos en otro lugar de esta obra, precisamente con motivo de la ley AQUILIA, el ejemplo de una acción útil, es decir, concedida por extensión y por analogía de una acción directa, que por otra parte está concebida *in factum* y que puede llamarse por esto *actio in factum utilis ex lege AQUILIA*. Y tenemos al mismo tiempo el ejemplo de una acción creada únicamente por el derecho pretoriano, con exclusión de la ley AQUILIA, porque los hechos no presentan suficiente analogía con esta ley calificada de acción *in factum* simplemente; cótéjense sobre esta observación varios textos del Digesto en que la acción útil de la ley AQUILIA es casi siempre calificada sólo de *actio in factum*: Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 7. §§ 5 y 6. f. de Ulp.; 9. pr. y § 2. f. de Ulp.; 11. §§ 8 y 10. f. de Ulp.; 17. pr. f. de Ulp.; 29. § 7. f. de Ulp.; 53. § 1. f. de Paul.; 55. f. de Nerat.—Tenemos otros ejemplos de acciones introducidas únicamente por el derecho pretoriano y calificadas de acciones *in factum*: Gay. Com. 4. § 46.—Lo mismo en el Digesto de Justiniano: 27. 6. *Quod falso tutore.* 9. § 1. f. de Ulp.; 40. 12. *De liber. caus.* 13. pr. f. de Gay. 42. 8. *Quæ in fraud. cred.* 10. pr., y 14 f. de Ulp. Las acciones *quod metus causa* y *de dolo malo*, introducidas por el edicto, eran también acciones redactadas *in factum*.

parte de las acciones pretorianas y de las acciones útiles son acciones *in factum conceptæ*. Por lo demás, esta extension por analogía de una acción ya existente á casos ó á personas que no entran completamente en su esfera, podia llevarse hasta varios grados; y de este modo puede encontrarse la acción útil de una acción de derecho civil ó la acción útil de una acción pretoriana (1); ó en fin, aún la acción útil de una acción útil; pero es preciso no ver en esto tantas especies de acciones útiles; esto seria complicar y oscurecer inútilmente la materia. Nunca hay más que la aplicación de la misma idea; extension por analogía y por utilidad de una acción ya existente á casos que no entran en su esfera, pero que se aproximan á ellos ó á personas á quienes en rigor no debería darse (2).

El otro procedimiento, empleado también por el pretor, tenía por objeto dar, no sólo una acción *in factum*, sino también una acción *in jus* para derechos que no eran, sin embargo, más que pretorianos ó que se habían extendido fuera de los términos del derecho civil. Este procedimiento consistía en una ficción, viniendo en definitiva á expresar la fórmula en su redacción, como se daría si tal hecho ó tal cualidad de derecho civil existiese en el pleito. Es preciso no confundir estas ficciones con las que había ya introducido el pretor á propósito de ciertas acciones de la ley (página 530); éstas son de distinto género: «*Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis*», nos dice Gayo, y nos da varios ejemplos de ellas (3): 1.º El del poseedor de bienes (*bonorum possessor*), que el pretor pone en lugar de un heredero (*loco heredis*), aunque no lo sea, y al que ó contra el cual da las acciones que nacen de la herencia por medio de una fórmula fundada sobre la hipótesis ficticia de que fuese verdaderamente heredero (*facto herede*) (pág. 90), por ejemplo, para darle una *rei vindicatio*, «*JUDEX ESTO: SI AULUS AGERIUS LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET*», etc., ó para darle una acción *in personam*: «*...TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X*

(1) Tal es la *utilis in factum actio* de que habla Gayo, Dig. 11. 7. *De religiosis*. 7. pr. y § 1. — Así también encontramos en los fragmentos del Vaticano, § 90, la indicación de un interdicto útil: «*Inde et interdictum utri possideris utile hoc nomine proponitur...*, etc.»

(2) Dig. 3. 1. *De judic*. 18. § 1. f. de Ulp.: «*... Posse (filiumfamilias) utili judicio agere.*» — Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 11. § 10. f. de Ulp.: «*An fructuarius vel usuarius legis Aquiliæ actionem haberet, Julianus tractat: et ego puto melius, utile judicium ex hac causa dandum.*» — 17. f. de Ulp.: «*Si dominus servum suum occiderit bonæ fidei possessori, vel ei qui pignori accepit, in factum actione tenetur.*»

(3) Gay. Com. 4. § 54.

MILLIA DARE OFORTERE (1):—2.º El ejemplo *bonorum emptor*, con el cual obraba el pretor lo mismo, porque tampoco era, como hemos dicho (pág. 126), más que un sucesor pretoriano (2):—3.º El que estando en camino de adquirir una cosa por usucapion, hubiese perdido la posesion de ella, y á quien el edicto permite, aunque no sea propietario, vindicar esta cosa por medio de una fórmula fundada en la hipótesis ficticia de que había concluido la usucapion (*fingitur rem usucepisse*): «*JUDEX ESTO: SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, etc.*» (3). Esta acción se llama *Publiciana in rem actio*, del nombre del pretor *Publicius*, que fué el que la introdujo el primero (t. 1, pág. 428):—4.º El ejemplo de los extranjeros, á quienes ó contra quienes el pretor llega á dar acciones del derecho civil, fundando la fórmula en la hipótesis fingida de que eran ciudadanos romanos (*civitas romana peregrino fingitur*); por ejemplo, para la acción de hurto contra un extranjero: «*JUDEX ESTO: SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS HERMEI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AURÆ, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, etc.*»—Lo mismo para la acción de la ley *AQUILIA* (4). Así es como mientras que respecto á los extranjeros la única fórmula regularmente posible era la primitivamente creada para ellos, la fórmula *in factum*, el pretor consiguió con una ficción aplicarles aún las fórmulas civiles que fijan una cuestión de derecho (*in jus*).—5.º En fin, el ejemplo de los casos en que, cuando nuestro deudor ha sufrido la capitis-minucion mínima, como una mujer en consecuencia de la *coemptio*, un hombre por adrogacion, acontecimiento que destruye su personalidad y extingue, por consiguiente, las acciones que teníamos contra él individualmente, el pretor nos conserva en el uso de estas acciones por medio de una fórmula apoyada en la supuesta hipótesis de que esta capitis-minucion no había tenido lugar (*fingitur capite deminutus deminutave non esse*) (5).

Esta clase de acciones se llaman por los juriconsultos romanos acciones ficticias (*fictitiæ actiones*) (6). Por lo demás, se ve que son

(1) Gay. Com. 4. § 54. Cotéjese Ulp. Reg. 28. 12.

(2) Gay. Com. 4. § 55; y Com. 3. §§ 80 y 81.

(3) Gay. Com. 4. § 56.

(4) Gay. Com. 4. § 57.

(5) Ibid. §§ 58 y 80.

(6) Ulp. Reg. 28. 12.

acciones que por medio de la ficción que contienen están redactadas en derecho (*in jus*), y no en hecho (*in factum*).—Cuando se dan por analogía con las acciones existentes extendidas por este medio á personas ó á casos fuera de su esfera, no por eso dejan de llevar la calificación general de acción útil (*utilis actio*) (1). El procedimiento para darles extensión es distinto, pero su carácter de utilidad es idéntico. Y aún ha sucedido algunas veces que el pretor ha usado para el mismo caso del uno y del otro procedimiento; es decir, ya de una fórmula ficticia, ya de una fórmula *in factum* (2).

Ha faltado poco para confundir en las fórmulas *in factum conceptæ*, la acción que bajo el nombre de *actio in factum præscriptis verbis*, ó sólo *actio præscriptis verbis*, ó de *actio in factum*, en una palabra, figura frecuentemente en el derecho romano, especialmente como consecuencia de los contratos innominados, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* ó *facio ut facias*. Pero es preciso precaverse bien contra esta confusión. Ya hemos dicho (pág. 364) que la acción *in factum præscriptis verbis* tiene una *intentio* concebida, no *in factum*, sino *in jus*, una *intentio* de derecho civil (*civilis intentio*), según las mismas expresiones de los textos, cuyo objeto es una cosa indeterminada, y que formula, por consiguiente, la pretensión de derecho en estos términos: «*QUIDQUID OB EAM REM..... DARE FACERE OPORTET*»; y de aquí la calificación para la acción *in factum præscriptis verbis* de *actio civilis incerta*, repetida en una porción de textos (3). Lo que está concebido en el hecho con esta acción civil es sólo la *demonstratio*, en el sentido de que como se trata de contratos que no tienen en el derecho nombre propio, sino que se forman solamente por los hechos particulares que se han verificado, el pretor en la primera parte de la fórmula no puede indicársele al juez por su sola denominación legal, como se hacía para la venta, para el arrendamiento, ó para la sociedad, sino que es preciso que fije en la

(1) Gay. Com. 4. § 58: «*Actio utilis, rescissæ capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*»

(2) Tal era la revocación de los actos hechos en fraude de los acreedores, revocación que se conseguía, ya por medio de la acción *Pauliana*, acción ficticia, según lo que vemos aún en las Instituciones de Justiniano, ya por medio de una acción *in factum*. (Dig. 42. 8. *Quæ in fraud. credit.* 10. pr. f. de Ulp.)

(3) Dig. 2. 14. *De pactis.* 7. § 2. f. de Ulp.: «*Julianus scribit in factum actionem a prætore dandam. Ille (Mauricianus) ait civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis, sufficere, esse enim contractum, etc.*»—Dig. 19. 5. *De præscrip. verb.* 1. § 2. f. de Papin. *In factum civilis actio.*—6. f. de Nerat.: «*Civili intentione incerti agendum.*»—15. f. de Ulp.: «*Civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis.*»—Cod. 4. 54. *De rer. permut.* 6. const. de Dioclet. et Maximiano: «*Præscriptis verbis incertam civilem dandam actionem.*»

demonstratio la exposición preliminar de estos hechos. «*Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est. Inquam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullo jure civili proditæ sunt*» (1). Que es lo que dice claramente y en pocas palabras una constitución de Alejandro: «*Actio quæ, præscriptis verbis, rem gestam DEMONSTRAT*» (2). La acción, pues, *in factum præscriptis verbis* no es una acción concebida *in factum*, sino una acción *in jus*.

Concluirémos esta materia advirtiéndole que la redacción *in factum* es susceptible en ciertos casos de presentarse con una precisión más ó ménos rigurosa; que puede concebirse, ya de un modo que aún se deje al juez la facultad de hacer una apreciación jurídica ó moral del hecho anunciado; ya de modo que se le incluya estrictamente en la comprobación de un hecho materialmente determinado, de manera que puede encontrarse en el derecho romano la redacción *in factum* de una acción ya *in factum* por su propia naturaleza. Tal sucede en la acción *de dolo malo*. Y efectivamente, aunque esta acción sea pretoriana y esté siempre concebida *in factum*, obligar al juez á que fije esta cuestión de hecho, «si ha habido dolo en el negocio por parte del demandado», es darle la misión de fiscalizar los actos del demandado, de apreciarlos moral y jurídicamente, y de decidir, en fin, si encierra ó no dolo; pero desaparecerá esta apreciación y se limitará mucho más la misión del juez, si se le señala por cuestión saber solamente si el demandado ha cometido tal acto formalmente determinado en la fórmula; entónces no hay más que comprobar la existencia ó no existencia de este acto, sin tratar de calificarlo ó no de dolo. Este último contexto es el de la acción de dolo mitigada, atemperada (*in factum composita, in factum temperata*). El pretor recurría á ella en ciertos casos, y especialmente respecto á ciertas personas, contra las que no quería dar la acción de dolo, á causa de la infamia que llevaba consigo para el que era condenado por ella (3). La acción *quod metus causa* era susceptible de la misma modificación, que verémos reproducirse también en las excepciones (4).

(1) Dig. 19. 5. *De præsc. verb.* 2. f. de Cels. y 5. f. de Julian.

(2) Cod. 2. 4. *De transact.* 6. const. de Alej.

(3) Dig. 4. 3. *De dolo malo.* 11. f. de Ulp.: «*Quibusdam personis non dabitur: ut puta liberis vel libertis, adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellit....., etc., in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonæ fidei mentio fiat.*»

(4) Véase el tit. XIII, § 1.

Acciones de derecho estricto (*stricti juris judicia*), de buena fe (*bonæ fidei*).—
Acciones arbitrarias (*arbitrariæ*).

La division de las acciones, de que aquí tratamos, está ligada, como la precedente, á la redaccion de la fórmula; pero de un modo mucho más íntimo, y sólo bajo el punto de vista de los poderes que en ella se confieren al juez.

En la más antigua de las acciones de la ley, en la accion *sacramenti*, hemos visto al juez reducido estrictamente á declarar que, segun los principios del derecho quiritaro, el *sacramentum* era *justum* ó *injustum* (páginas 499 y 505); y aún bajo el último estado de las acciones de la ley, cuando no le quedaba ya á la accion *sacramenti* ninguna aplicacion en materia de obligaciones, la accion *per conditionem*, que habia recogido su última herencia, le habia sucedido tambien en el rigor. El demandante sostenia en ella que el demandado estaba obligado á transferirle en propiedad una cosa determinada (*dare certam pecuniam* ó *rem certam*): sobre esto era todo ó nada, la obligacion existia ó no existia, segun los principios del derecho quiritaro; no habia medio.—La accion de la ley *per judicis postulationem* dejaba, por el contrario, al juez cierta latitud de apreciacion, ya en cuanto al objeto de la obligacion ó de las obligaciones recíprocas que comprendia, ya en cuanto á su existencia. Tambien el juez tomaba en ellas frecuentemente el nombre de *arbiter* (p. 506).

Esta oposicion, respecto á los poderes del juez, entre las acciones de la ley *sacramenti* ó *per conditionem* por una parte, y la *judicis postulatio* por la otra, ha pasado al sistema formulario, con la particularidad de que lo que resultaba en las acciones de la ley del modo mismo de proceder, ha sido preciso en el sistema formulario obtenerlo por medio de la redaccion de la fórmula.

Si la fórmula civil, es decir, la que fija una cuestion de derecho (*in jus concepta*), no confiere al juez ningun poder particular excepcional, el juez está reducido á la decision de una cuestion de derecho civil, y no puede salirse de los principios de este derecho, ni tomar en consideracion ninguna circunstancia de equidad ó buena fe fuera de estos principios.

Pero si la fórmula civil contiene, añadidas á la cuestion de derecho que establece, estas palabras *EX FIDE BONA*; ó éstas, empleadas

en la accion de fiducia, *UT INTER BONOS BENE AGERE OPORTET*; ó bien éstas, usadas en la accion *rei uxoriæ*, *QUOD ÆQUIUS MELIUS*, ú otras equivalentes, se halla investido el juez de un poder más extenso. Aunque la cuestion sentada sea una cuestion de derecho civil, recibe la mision especial de tomar en consideracion todas las circunstancias de equidad, buena fe y justa conveniencia, para decidir de la existencia y de la extension de la obligacion, ó de las obligaciones recíprocas sometidas á su apreciacion (1).

La primera fórmula constituye más especialmente un *judicium*, y la segunda un *arbitrium*: el primero, segun las expresiones de Ciceron, *directum, asperum, simplex*; el segundo, *mite, moderatum* (2); en el primero el juez llevaba el título de *judex* propiamente dicho; en el segundo, el de *arbiter*.—En términos más modernos, usados ya en tiempo de Gayo, las acciones de la primera clase se llamaban acciones de derecho estricto (*stricti juris judicia*); y las de la segunda, acciones de buena fe (*bonæ fidei judicia*).

Es curioso ver cómo estas dos clases de acciones se han repartido el antiguo dominio de las acciones de la ley en materia de obligaciones. Todas las acciones que han sido calificadas en el sistema formulario de *conditiones certi*, es decir, todas las que formaban antiguamente el dominio de la accion de la ley *per conditionem*, y algunos casos particulares de la *manus injectio*, todas ellas son de derecho estricto (*stricti juris*), y tienen por objeto la persecucion de una obligacion civil unilateral de transferir en propiedad una cantidad de dinero ó una cosa determinada (*certam pecuniam, ó rem certam dare*); su fórmula es *certa*.—Todas las que han sido calificadas de *conditiones incerti*, es decir, una parte del antiguo domi-

(1) CICER. *Topic.* 17: «Privata... judicia miximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia... In omnibus agitur iis judiciis in quibus *ex fide bona* est additum; ubi vero etiam *ut inter bonos bene agere oportet*; imprimisque in arbitrio rei uxoriæ in quo est: *quod æquius melius*, parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi æquum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset, ei cujus ea negotia fuissent; quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esse alterum alteri præstare oporteret; quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt.»

(2) CICERON, *Pro Rosc.* c. 4: «Aliud est *judicium*, aliud *arbitrium*. *Judicium* est pecuniæ certæ; *arbitrium* incertæ. Ad *judicium* hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus: ad *arbitrium* hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in *judicio*? *directum, asperum, simplex*: SI PARET H. S. 700 DARI OPORTERE. Hic nisi planum facit H. S. 700 ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in *arbitrio*? *mite, moderatum*: QUANTUM ÆQUIUS MELIUS ID DARI. Ille tamen constitetur plus se petere quam debeatur; sed satis superque habere dicit quod sibi ab *arbitrio* tribuatur. Itaque causæ alter confidit, alter diffidit.» Ciceron no habla aquí, bajo el nombre de *judicium*, más que de la accion eminentemente de derecho estricto, la *condictio certæ pecuniæ*; y no de la *condictio incerti*, que se ha deducido por extension.