

nio de la *judicis postulatio*, son tambien acciones de derecho estricto (*stricti juris*), y tienen por objeto perseguir una obligacion civil y unilateral, de dar una cosa indeterminada ó de hacer alguna cosa (*aliquid incertum dare, vel facere*): su fórmula es *incerta*; mas precisamente á causa de esto, aunque sean de derecho estricto, sirven como de transicion para las acciones de buena fe. En fin, todo el exceso del dominio de la accion de la ley *per judicis postulationem* constituye las acciones de buena fe (*bonæ fidei*), cuyo objeto es la persecucion de obligaciones civiles, pero bilaterales por lo comun é indeterminadas; su fórmula es *incerta*, con adiccion de estas palabras *EX FIDE BONA*, ú otras equivalentes. — Así la *intentio* en estos tres casos es: *certam pecuniam*, ó *aliquid certum dare oportere*, para el primero; *quidquid dare facere oportet*, para el segundo, y *quidquid dare facere præstare oportet ex fide bonâ*, para el tercero. *Intentio certa* ó *incerta* para las acciones de derecho estricto, pero siempre *incerta* para las acciones de buena fe.

La regla general es que las acciones civiles son de derecho estricto, exceptuándose sólo aquellas que por especialidad han sido adjudicadas sucesivamente, siguiendo los progresos del derecho, en otro tiempo á la accion de la ley *per judicis postulationem* (p. 505); y más tarde, bajo el sistema formulario, colocadas entre las acciones de buena fe, procediendo tambien, para designarlas, por enumeracion, cuyo número aumenta con el tiempo. Una de estas enumeraciones hallamos en Ciceron (1), y hé aquí la que da Gayo para su época: «*Sunt autem bonæ fidei judicia hæc: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutelæ, commodati*» (2). Todavía hallamos otras con algunos términos más en la Instituta de Justiniano.

De lo que al juez está encomendado en las acciones de buena fe por la fórmula misma de decidir sobre la causa, *ex fide bona*, se sigue que debe, sólo por esto, hacer entrar en su apreciacion, ya para la existencia, ya para la extension de la obligacion, todo lo que la

(1) CICER. *De offic.* III. 15. 17: «Sed quid sint boni et quid sit bene agi magna questio est. Q. quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur *ex fide bonæ*; fideique bonæ nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitæ societas contineretur: in his magni esse iudicis statuere (præsertim cum in plerisque essent judicia contraria) quid quemque cuique præstare oporteret.» — Ciceron no parece dar aquí una enumeracion completa y determinada; la de Gayo comprende ademas las acciones *negotiorum gestorum, depositi et commodati*.

(2) Gay. *Com.* 4. § 62.

equidad y la buena fe exigen. En consecuencia: — 1.º Todo hecho de dolo, tanto por parte del demandante como por parte del demandado, debe tomarse por él en consideracion, sin que sea necesario al demandante recurrir á una estipulacion especial contra el dolo (*cautio de dolo*), ni á la accion pretoriana *de dolo malo*; y sin que necesite el demandado insertar en la fórmula ninguna excepcion de dolo, ni cualquiera otra deducida de un principio de buena fe. De tal modo que ni la accion ni la excepcion de dolo tienen lugar en este caso. «*Cessat de dolo actio*», dice Ulpiano hablando de la accion de dolo en presencia de una accion de buena fe (1). «*Judicium fidei bonæ continet in se doli mali exceptionem*», dice Juliano tratando de la excepcion; «*bonæ fidei iudicio exceptiones pacti insunt*», dice Paulo; «*officio iudicis (exceptio doli mali) continetur*», dice en otra parte (2). — 2.º Todo lo que es de uso comun en las costumbres y en la práctica debe suplirse de oficio por el juez en esta especie de acciones: «*Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire*» (3). — 3.º Si el demandado tiene que reclamar por sí mismo del demandante la ejecucion de alguna obligacion unida á la misma causa, el juez debe tener en cuenta y no pronunciar el fallo contra este demandado, sino despues de hecha la compensacion, sin que sea necesario conferirle, especialmente por la fórmula, este poder de compensacion, porque, como dice Gayo, está comprendido de oficio en su mision de juzgar *ex fide bona* (4). Esto es eminentemente útil á los contratos y negocios que dan origen á las acciones de buena fe: negocios que contienen casi todas obligaciones reciprocas (*ultra citroque*) entre las partes, al paso que en la accion de derecho estricto no se trata nunca más que de una obligacion unilateral (5). — 4.º En fin, los frutos de las cosas debidas, ó los intere-

(1) Dig. 4. 3. *De dol. mal.* 7. § 3. f. Ulp.: «Si (de dolo) non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto; in ex stipulatu, de dolo actio necessaria est.»

(2) Dig. 30. *De legat.* (1), 84. § 5. f. Julian.—18. § 3. *De rescind. vend.* 3. f. Paul.—Vatic. J. R. *Fragm.* § 94. — En la excepcion de dolo están comprendidas todas las que, fundadas en la buena fe, pueden reducirse á una excepcion de dolo: tales son las de violencia de parte de éste. Pero las excepciones sacadas de otra consideracion que las de la buena fe, por ejemplo, las excepciones *rei iudicatæ, litis residuæ, cognitoria, procuratoria, quod facere possit*, no están comprendidas de pleno derecho en la fórmula *bonæ fidei*, y necesitan, por consiguiente, insertarse especialmente en ella, como veremos más adelante.

(3) Dig. 21. 1. *De edilit. edict.* 31. § 20. f. Ulp.—Sabemos ademas que los pactos insertos *in continenti* en un contrato de buena fe hacen parte de él, y que su ejecucion se persigue por la misma accion del contrato (p. 361).

(4) Gay. *Com.* 4. § 65: «Judici nullam... compensationis rationem habere... formulæ verbis precipitur; sed quia id bonæ fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.»

(5) Por eso en esta especie de contratos y negocios tiene cada parte una accion; ya desde e

ses, si se trata de una cantidad en dinero, se cargan, en esta especie de acciones, al deudor desde el momento que ha caído en demora, porque desde entónces ha faltado: «*In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur*» (1).

En las acciones de derecho estricto, por el contrario, el juez no decide absolutamente más que sobre la obligación unilateral del demandado, y según los principios estrictos del derecho civil concernientes á ella. Los hechos de dolo por parte, ya del demandante, ya del demandado, ó los de una deuda que oponen en compensación, deben ser el objeto de acciones separadas y especiales, ó no pueden tomarse en consideración más que por medio de excepciones insertas en la fórmula. Los intereses de las sumas no se deben si no se han estipulado, y entónces son objeto de una obligación distinta. Los frutos generalmente, y salvas algunas excepciones particulares, no se conceden más que desde la *litis contestatio* (2).

Todo lo que se acaba de decir no tiene que ver con las acciones reales. En efecto, habiendo sustituido á las acciones de la ley el sistema formulario, ha distribuido entre los *judicia stricti juris* y los *judicia bonæ fidei* el dominio de las acciones de la ley *per condictio-nem* y *per judicis postulationem*, es decir, la reclamación de las obligaciones: ¿pero qué ha hecho del dominio de la acción de la ley *sacramenti*, es decir, de las reclamaciones de derechos reales, única aplicación del *sacramentum* en su última época? El procedimiento formulario para esta herencia, que también ha recogido, pero en último lugar, ha creado una tercera especie de acción ó de fórmula, la acción arbitraria (*actio ó formula arbitraria*). La filiación histórica de las ideas y de las instituciones viene, en mi concepto, á arrojar sobre esta creación la más viva claridad. Ya he dicho cuán poco apropiado era el procedimiento formulario, con su condena siempre pecuniaria, á las reclamaciones de propiedad y otros derechos reales, y cómo se consiguió extenderle, pasando del *sacramen-*

principio, cuando las obligaciones recíprocas nacen desde el instante mismo, como en la venta, el arrendamiento, la sociedad; ya después del suceso, cuando la obligación para una de las partes no resulta más que de hechos posteriores, como en el comodato, el depósito, la prenda, el mandato, la gestión de negocios, la tutela, etc.: y es de aquí el distinguir entre la acción *directa* y la acción *contraria*.—Hé aquí por qué dice Cicerón que en la mayor parte de las acciones de buena fe se encuentra *judicia contraria* (p. 576, not. 1).

(1) Dig. 22. 1. *De usur.* 32. § 2. f. Marcian.; 54. f. Ulp.

(2) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 31. pr. f. Paul.—La *condictio indebiti* es de las acciones en que todos los frutos percibidos por el demandado, aun ántes de la *litis contestatio*, deben restituirse. Dig. 12. 6. *De cond. indeb.* 65. § 5. f. Paul.; 15. f. Paul. Algunas otras acciones de derecho estricto, que tienen igualmente un carácter restitutorio, están en el mismo caso.

tum al procedimiento *per sponsionem*, que no era más que una imitación de él, y después, en fin, de ésta á la *fórmula petitoria*. Así, pues, en la acción de la ley *sacramenti*, el que obtenía del magistrado la posesión interina estaba obligado á dar á su adversario fiadores para la restitución de la cosa y de los frutos en caso de perder el pleito (*prædes litis et vindiciarum*). Lo mismo en el procedimiento *per sponsionem*, el poseedor demandado estaba obligado á dar fianza para esta misma restitución (*stipulatio pro præde litis et vindiciarum*). Esta idea expresa de la restitución de la cosa y de los frutos por el demandado, si el demandante era reconocido como propietario, pasó hasta á la *formula petitoria*, en el sentido de que el juez se encargase de ella, una vez justificada á sus ojos la propiedad del demandante, de prescribir esta restitución, y de no pronunciar condena pecuniaria contra el demandado, sino en caso de no restitución por parte de éste; de modo que, restituyendo, debe ser absuelto. En efecto, en el procedimiento *per sponsionem*, no siendo la *sponsio* sino sólo conminatoria y prejudicial, la única consecuencia para el demandado que perdía era estar obligado, él y el fiador, en cumplimiento de su promesa, á restituir, lo cual, no ejecutándose voluntariamente, no podía resolverse más que en una condena pecuniaria. Este mismo efecto se trasladó con ligera alteración á la *formula petitoria*, tanto por lo ménos como podía consentirlo la simplificación de la fórmula, y esto por medio de estas solas expresiones, NISI RESTITUAT, puestas en la fórmula á continuación de la *condemnatio*: CONDEMNATIO NISI RESTITUAT (1); ó en seguida de la *intentio*: «*Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex jure Quiritium Servilii esse, neque is fundus restituatur*», etc. (2), como lo hemos explicado ya.

Tal es la *fórmula arbitraria*, que toma su nombre de la orden previa (*jussus ó arbitrium*) que el juez da al demandado de restituir, ó hablando más generalmente, de satisfacer al demandante, cuyo derecho es reconocido (3). El carácter distintivo de esta especie de acciones consiste en este *jussus ó arbitrium* previo.

El juez regula su *arbitrium*, es decir, su decisión, por la restitución

(1) Gay. Com. 4. § 47.

(2) CICER. *In Verr.* II. 12.

(3) Gay. Com. 4. § 163: «*Is cum quo agitur accipit formulam quæ appellatur arbitraria: nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur: quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.*»

cion que hay que hacer, y más generalmente por la satisfaccion que hay que dar al demandado, segun la equidad y la buena fe (*ex æquo et bono*) (1); y de aquí, sin duda, le vino á esta orden el nombre de *arbitrium*. Puede, si lo juzga conveniente, conceder un plazo para hacer esta restitucion (2).

Es posible que al principio no fuera obligacion el *jussus* del juez más que de un modo indirecto, es decir, puramente por miedo de la condena; pero despues pudo ejecutarse por fuerza, áun contra la voluntad del demandado; *manu militari*, dicen los textos, es decir, por el ministerio de los agentes del poder público de que disponia el magistrado. Ya en tiempo de Ciceron parece que era así (3). De este modo, aunque las condenas fuesen siempre pecuniarias en el sistema formulario, conseguia el importante resultado de que al que reclamaba una propiedad ó un derecho real cualquiera se le restituia la misma cosa objeto del derecho. Tal fué la gran utilidad de las acciones arbitrarias, lo cual las hacia hasta indispensables en el procedimiento por fórmulas. Con todo, el principio de la ejecucion forzosa del *jussus* no era cierto en todas las acciones arbitrarias sin excepcion; se aplicaba en todas aquellas en que se trataba de una restitucion de cosa corpórea (4), y tambien en la exhibicion; pero en algunos casos particulares, en que la satisfaccion era de otra naturaleza, la obediencia al *jussus* quedada al arbitrio del demandado, salva la condena que le alcanzaba por no haber obedecido (5).

Si el *jussus* queda sin ejecucion, ya por resistencia, ya por culpa del demandado, debe ser condenado éste. La condena está redactada en la fórmula de una manera *incerta*: «QUANTI EA RES ERIT.» Su importe está fijo por el juez, á veces, segun su propia apreciacion; pero en la mayor parte de los casos, con arreglo al juramento deferido al

(1) Adelante, § 51. *in fine*.—Pero sólo en esta parte de la accion tiene el juez el poder de decidir *ex æquo et bono*; pues por lo demas, la accion arbitraria no es una accion de buena fe. El juez no puede decidir en ella *ex æquo et bono* sobre la existencia del derecho; y lo prueba, como lo ha hecho notar muy bien mi colega M. Ducaurroy, en que la excepcion *doli mali* no está sobrentendida en ella, puesto que la encuentra frecuentemente opuesta á la *rei vindicatio*. (T. I, p. 337, § 50 y sig., y Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 13. f. Ulp.)

(2) Más abajo, tit. 17. § 3.

(3) «Non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum», dice Ciceron, despues de referir la fórmula arbitraria de accion petitoria en el pasaje citado en la nota 1.—Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 9. f. Ulp.: «Ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere.»—68. f. Ulp.: «Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit.»

(4) Véase la nota precedente.

(5) Tal es el caso de la accion arbitraria *de eo quod certo loco*, de que hablamos más adelante.

mismo demandante sobre la indemnizacion que puede debérsele (1); lo cual era un castigo de la resistencia del demandado. Si la ejecucion del *jussus* no ha tenido efecto más que por lo principal, por ejemplo, si se ha restituido la cosa, deben solamente ser el objeto de la condena los frutos y demas accesorios (2). En fin, si el *jussus* se ha cumplido por voluntad ó por fuerza, de modo que satisfaga completamente al demandante, el demandado debe ser absuelto: con lo cual termina la mision del juez.

La fórmula arbitraria, como acabamos de ver, por su origen y sus resultados forma un género aparte, destinado especialmente á las acciones *in rem*: al paso que la *stricti juris* y la *bonæ fidei* constituyen otros dos géneros peculiarmente propios de las acciones *in personam*. Han venido, sin embargo, á unirse á las acciones reales, que son todas arbitrarias (3), por excepcion, en calidad de tales, dos acciones civiles *in personam*, en las cuales hay tambien una restitucion ó una exhibicion que hacer, puntos eminentemente susceptibles de la aplicacion de un *arbitrium* previo, y que por otra parte presentan cierta analogia con el derecho de propiedad; y son la accion *ad exhibendum*, preliminar para llegar á la *rei vindicatio* (4); y la *finium regundorum*, en que el juez puede tener que dar á las partes el *jussus* ú orden previa de hacer las restituciones necesarias de derribar árboles ó edificios para el restablecimiento de límites (5). Debe, en fin, añadirse á ésta la accion *de eo quod certo loco*, cuya fórmula, aunque introducida últimamente por el pretor, tenía una *intentio* civil (*in jus concepta*), pero levemente modificada; de modo que constituia una accion arbitraria de una naturaleza enteramente particular, de la cual volveremos á hablar (6).

(1) Dig. 12. 3. *De in litem jurando*. 5. f. Marcian.: «In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judiciis in litem juratur. § 1. Sed judex potest præfinire certam summam usque ad quam juretur; licuit enim et a primo non deferre. § 2. Item etsi juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare.»—Dig. 6. 1. *De rei vind.* 68. f. Ulp.: «Qui restituere jussus, judici non paret, siquidem dolo fecit quominus possit (restituere), is quantum adversarius sine ulla taxatione in infinitum juraverit damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quominus possit: non pluris quam (quanti) res est, id est, quanti adversarii interfuit condemnandus est. Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitrato judiciis quid restituitur, locum habet.»—Dig. 10. 4. *Ad exhibendum*. 3. § 2. f. Ulp.: «Præterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit ei, giudice quantitatem taxante.»

(2) Página precedente, nota 3, al fin.

(3) Adelante, tit. 17, § 2.

(4) Adelante, § 51.

(5) Dig. 10. 1. *Finium regund.* arg. 2. § 1. f. Ulp.; 4. § 5. f. Paul.; 8. § 1. f. Ulp.

(6) Dig. 13. 4. *De eo quod cert. loc.* 2. pr. f. Ulp.; 3. f. Gay.; 5. 7 y 19. f. Paul.—Abajo, § 51.—

En suma, hé aquí la repartición de los casos regidos ántes por las acciones de la ley entre las acciones formularias:

1.º A las *condictiones certi*, accion eminentemente de derecho estricto, todas las cosas de la antigua *condictio* y algunas especialidades de la *manus injectio*;

2.º A las *condictiones incerti*, acciones de derecho estricto, pero con una fórmula *incerta*, que sirve como de transición á la accion de buena fe, una parte de los casos de la *judicis postulatio*;

3.º A las acciones *bonæ fidei*, los demas casos de esta última accion de la ley, especialmente aquellos en que hay obligaciones recíprocas (*ultra citroque*).

4.º En fin, á las acciones arbitrarias, todas las peticiones de derechos reales, es decir, los casos de la accion de la ley *per sacramentum* en su último estado de aplicacion, especialmente á causa de su carácter restitutorio ó exhibitorio, las dos acciones personales *ad exhibendum* y *finium regundorum*, que ántes pertenecian á la *judicis postulatio*.

De este modo se ve, materialmente, por decirlo así, la relacion de las instituciones sucesivas, su transformacion y su generacion de las unas á las otras.

Todo lo que acabamos de decir es exclusivamente peculiar á las acciones útiles, con una fórmula *in jus concepta*, es decir, que fije una cuestion de derecho civil. ¿Mas qué diremos de las acciones pretorianas *in factum*, es decir, que establecen sólo una cuestion de derecho en su *intentio*? ¿En cuál de las tres clases precedentes han sido comprendidas por los pretores? Las acciones *in factum* no pueden ser *stricti juris*; porque, no fijando una cuestion de derecho civil, no puede decirse que en ellas se encierra el juez en los rigurosos principios de este derecho (1). Por esta razon no hay necesidad de añadir EX FIDE BONA, para autorizar al juez á salir de estos principios, no estando ceñido á ellos, y en este sentido puede decirse que las acciones *in factum* no son *stricti juris* ni *bonæ fidei*; y quedan excluidas absolutamente de esta division. Pero muchas de ellas son arbitrarias, porque la orden prévia de restituir ó de satisfacer al demandante puede ser en ellas de tanta utilidad como en las acciones

Tambien hallamos en Gay. (Com. 4. § 47) una fórmula en que la accion de depósito, que por su naturaleza es una accion de buena fe, está redactada de modo que se convierte al mismo tiempo en una accion arbitraria, lo cual sucede tambien en una accion de comodato.

(1) Gay. Com. 4. §§ 45 y 46.—Pág. 582 y sig., 630 y sig.

de derecho civil. Así todas las acciones pretorianas *in rem* son arbitrarias; no sólo las que se hallan concebidas *in jus* por medio de una ficcion, sino tambien las que están concebidas simplemente *in factum*. Entre las acciones personales *in factum*, son tambien arbitrarias las acciones *quod metus causa* y *de dolo malo*, porque aunque personales, tienden igualmente á facilitar una restitucion (1).

En fin, los interdictos exhibitorios y restitutorios, cuando no se usaba en ellos del procedimiento *per sponsionem*, daban lugar asimismo á una fórmula arbitraria (2); de suerte que si se busca el carácter general que fija el uso de esta fórmula, y que, por consiguiente, constituye las acciones arbitrarias, se cree, salva la accion *de eo quod certo loco*, que siempre lleva la circunstancia de contener una restitucion ó una exhibicion.

Mas puesto que las acciones *in factum* no eran ni *stricti juris* ni *bonæ fidei*, ¿cuál era su naturaleza cuando no eran arbitrarias? Yo creo que en ellas la extensión de los poderes del juez dependia enteramente de la naturaleza del hecho puesto en cuestion, y de la *condemnatio*, indicada por ser como su consecuencia.

En efecto: 1.º los hechos son más ó ménos complicados, y tan pronto la cuestion que los concierne lleva por sí misma la necesidad de apreciacion, ya moral, ya hasta jurídica: tales son estas cuestiones: «SI DEPOSITUM», en la accion de depósito concebida *in factum* (3); «SI CONSTITUIT», en la accion de *constituta pecunia* (4); la *de dolo malo* entablada generalmente, y tantas otras acciones (5). Tan pronto, por el contrario, no exige más que la comprobacion, por decirlo así, material de un acto particularmente descrito y determinado, como cuando el pretor, en lugar de dar generalmente la accion

(1) Dig. 4. 2. *Quod metus caus.* 14. § 4. f. Ulp.—4. 3. *De dol. mal.* 18. f. Paul.

(2) Gay. Com. 4. §§ 141, 163 y 165.

(3) Gay. Com. 4. § 47.

(4) Dig. 13. 5. *De pecun. const.* 17. f. Paul. y 18. § 1. f. Ulp.

(5) Como la accion *de sepulcro violato*, violacion que no es condenable más que en tanto que se ha hecho con *dolo malo*. Dig. 47. 12. *De sep. viol.* 3. § 1. f. Ulp.—Lo mismo la accion *funeraria*, acerca de la cual los principios pretorianos eran enteramente de equidad, y en que el juez debia apreciar si el que habia hecho los gastos funerarios estaba personalmente obligado á ellos ó no; si los habia hecho sólo por afecto ó por piedad, ó como adelantos; si se habia contenido para el gasto en los justos límites, etc. Dig. 11. 7. *De religios.* 14. § 6. f. Ulp.: «Hæc actio quæ funeraria dicitur, ex bono et æquo oritur. Æquum autem accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide.... etc.»—Ibid. § 15: «....Non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi; cum hoc ei et actionis natura indulget.» Lo cual quiere decir que el juez apreciará el hecho, abandonándose más bien á la equidad que en la accion *negotiorum gestorum*, de suerte que podrá conceder el reembolso de los gastos funerarios, aun si se han hecho contra la voluntad de los herederos.

de dolo, determine el hecho especial que da para examinar, como en este ejemplo que nos da Gayo: «SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS IN JUS VOCATUM ESSE» (1); y en todos los de esta naturaleza. No hay, pues, bajo esta primera consideración, nada absolutamente que decir de las acciones concebidas *in factum*; el juez debe tener en ellas toda la latitud de apreciación que permite la naturaleza del hecho puesto en cuestión; pero no tiene más que aquella. Los principios rigurosos del derecho civil nada tienen que hacer aquí; el hecho, tal como está entendido y caracterizado por la fórmula y por el derecho pretoriano, es el que circunscribe al juez á una misión más ó menos amplia, más ó menos reducida.

2.º La *condemnatio* indicada por la fórmula *in factum* como consecuencia del hecho examinado, puede por sí misma dar al juez más ó menos latitud; así se encuentra, ya una *condemnatio certæ pecuniæ*, ya ésta: *quanti ea res erit*, ó *quanti damnum datum faciumve sit*, y ya esta otra: *quantum bonum æquum judici videbitur* (2). Es evidente que cuando la *condemnatio* es de una suma cierta, el juez, una vez comprobado el hecho con toda la latitud de apreciación que su naturaleza permite, está ligado por el importe de la *condemnatio*: no hay más que dos partidos que tomar: ó absolver ó condenar en la suma indicada. Por el contrario, en los demás casos, el importe de la *condemnatio* se deja á su apreciación, ya según el daño causado, ya sólo según lo que le parezca equitativo.

Pero nada de esto quiere decir que las acciones redactadas *in factum* sean *stricti juris* ó *bonæ fidei*; es una idea que no puede adaptarse enteramente á su naturaleza. Para los que las consideran únicamente como acciones de buena fe por excelencia, el problema consistiría en demostrar que producen todos los efectos de tales, y que especialmente las excepciones de dolo están subentendidas, así como la de compensación, lo cual no creemos nosotros. El dolo está

(1) Gay. Com. 4. § 46.

(2) Tenemos á la vez un ejemplo de estas tres especies de condenas para una acción *in factum*, en las disposiciones penales del edicto *de his qui effuderint vel dejecerint*: Dig. 9. 5. 1. p. 5. §§ 5 y 6. f. Ulp. — También Dig. 21. 1. *De editit. edict.* 42. f. Ulp. — Y Dig. 47. 12. *De sepulc. viol.* 5. f. Ulp. — La *condemnatio* es también *certæ pecuniæ* en el ejemplo citado por Gayo, Com. 4. § 46: «SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNATE», en la acción *judicati*, que bajo el sistema formulario es como acción *in factum*; en la acción *de constituta pecunia*, etc. — Es *incertæ pecuniæ*, apreciada *ex æquo et bono*, en la acción *funeraria*, citada en la nota precedente; en la dada contra el juez *qui litem suam fecit*: Dig. 50. 15. *De extraordin. judic.* 6. f. Gay. «..... In factum actionem et in quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit.»

tomado en ellas en consideración por el juez de oficio, siempre que el carácter constitutivo del hecho ó la interpretación de los principios pretorianos con relación á este hecho, lo permita; pero fuera de esto hay que recurrir á las excepciones, como nos dicen positivamente los textos (1). En cuanto á los intereses ó á los frutos de las sumas ó de sus cosas debidas, si la condena es *quanti ea res erit*, ó especialmente *quanti bonum æquum judici videbitur*, debe el juez, indudablemente, tomarlos en consideración desde el día de la demanda; pero si es *certæ pecuniæ*, evidentemente cesa esta facultad. En suma, no hay nada absoluto bajo este concepto respecto de las acciones *in factum*; varían según varían los hechos, y sostenemos nuestra conclusión: los poderes del juez son en ellos más ó menos amplios, según la naturaleza del hecho y de la *condemnatio* establecidas en la fórmula.

En las acciones arbitrarias no puede ser condenado el demandado más que en el caso de no restitución, ó más generalmente, por no dar satisfacción al demandante; si, pues, en la orden previa del juez se daba esta satisfacción, debía ser absuelto. Igualmente debía serlo en las acciones de buena fe, si el demandado, antes de la sentencia, la ejecutaba voluntariamente, puesto que el juez no debía condenar sino á aquello, cuando se reconocía *dare, facere, præstare oportere ex fide bona*, pues cuando daba la satisfacción de buena fe, ya nada debía. Mas en las acciones de derecho estricto no sucedía así. Una vez entregada la fórmula y organizada la instancia, el demandado debe ser condenado si la *intentio* está comprobada (*condemnari oportet*); por consecuencia de la renovación que se ha verificado, ya no se trata para él de la obligación antigua, sino de esta nueva obligación de ser condenado. Por más que cumpla voluntariamente con el demandante, no por eso deja de ser condenado (*quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat*). Tal era el rigor de los principios, y los Proculeyanos seguían todas sus consecuencias; pero los Sabinianos opinaban, por el contrario, que era preciso separarse de ella y absolver en todos los casos al demandado que lo había ejecutado, lo cual expresaban diciendo que todas las acciones eran absolutorias: «*Omnia judicia esse absolutoria*» (2). Después veremos

(1) Dig. 13. 5. *De pecunia constituta.* 17. f. Ulp.: «Sed et si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla causa justa fuit non accipiendi, æquum est succurri reo aut exceptione, aut justa interpretatione.» — Ibid. 31. f. Scævola: «Quæsitum est..... an de constituta pecunia conveniri possit, et an doli exceptione uti possit?»

(2) Gay. Com. 4. § 114: «Nostris præceptores absolvere eum debere existimant: ne interesse