

completamente *ipso jure* por una novacion de derecho civil, si la accion ejercida es una accion personal (*in personam*), legitima (*legitimum judicium*) y concebida *in jus*: porque entónces el derecho primitivo es una obligacion civil de la misma naturaleza; y así, pues, puede tener la fuerza de novar la primera á que se sustituye, y de consiguiente, la antigua obligacion se extingue, y el demandante no puede obrar por la misma causa: «*Postea ipso jure de eadem re agi non potest.*» Ya hemos hablado de esta novacion forzada (página 398), creada por el curso del procedimiento, y de sus diferencias, con la novacion voluntaria. Pero no sucede así; no se verifica novacion alguna, y subsiste el antiguo derecho si la accion intentada carece de alguna de las tres condiciones que acabamos de indicar. En efecto, si es *in rem*, el derecho primitivo es un derecho real, y como tal no puede novarse por una obligacion. Si está concebida *in factum*, la *intentio* no anuncia cuestion alguna de derecho; está fundada únicamente sobre la existencia de un hecho, y un hecho tampoco es susceptible de novacion: la obligacion que ha producido la *litis contestatio* no puede hacer que este hecho exista ó deje de existir. En fin, si no es más que *judicium imperio continens*, no tomando más que una autoridad temporal del poder del magistrado con el cual espira, es impotente para destruir directamente un derecho permanente (1). Nótese, en efecto, qué injusticia se cometería si una accion tan precaria como el *judicium imperio continens*, á la cual la muerte, la dimision ó la conclusion del cargo de magistrado puede poner fin á cada instante ántes de la sentencia, hubiese producido el efecto de destruir completamente el derecho primitivo sobre el cual estaba fundada; de donde se sigue que, no siendo posible la novacion en ninguno de los tres casos que acabamos de recorrer, subsiste siempre el derecho primitivo. El demandado está obligado á la vez por este derecho y por la nueva obligacion nacida de la *litis contestatio*, de suerte que el demandante podria, áun en rigor y ántes de la sentencia, intentar contra él nuevas acciones por la misma causa; mas como esta doble persecucion sería injusta, la rechazaria la nueva accion por la excepcion *rei in judicium deduc-*

(1) Se explica comunmente este último caso diciendo que el *judicium imperio continens*, no deduciéndose sino del *imperium* del magistrado, no puede destruir directamente una pretension fundada en derecho civil; pero la observacion no nos satisface. Muchas veces no se trata de una pretension de derecho civil en el *judicium imperio continens*; y nunca, sin embargo, obrará este *judicium* novacion; ¿por qué? porque no es más que una medida temporal y precaria.

ta (1). Si el *judicium imperio continens* concluía sin efecto definitivo por la cesacion en sus funciones del magistrado ántes de la sentencia, creemos que la excepcion *rei in judicium deducta* no podria oponerse á la nueva accion que sería intentada, porque la equidad, léjos de prohibirlo, exigiria que pudiese empezar de nuevo la persecucion del derecho.

Despues de la *litis contestatio* está el negocio terminado *in jus*, principiado ante el juez (*in judicio*), es la segunda faz del proceso. No se sabe si el caso de las conclusiones sumarias y prévias (*causæ collectio* ó *causæ conjectio*), que existía bajo las acciones de la ley (p. 522), se ha conservado en el procedimiento formulario, aunque parece inútil, puesto que la fórmula contiene este resumen.

Las diversas pruebas de testigos (*testes*), de títulos (*instrumenta, tabellæ, cautiones*, etc.), de juramento prestado ante el juez (*jusjurandum in judicio*) y otras, son sucesivamente presentadas por las partes. Se defiende la causa (*causæ peroratio*), y si el juez no la halla suficientemente ilustrada, la aplaza (*litem ampliare, lis ampliata*); de esto nuevos alegatos (*prima, segunda, tertia, actio*).— En el juramento que el juez tiene derecho de deferir á una de las partes como complemento de pruebas (*jusjurandum in judicio*), hay que distinguir el deferido al demandante, con el fin especial de fijar el importe de la condena á que tiene derecho, el cual lleva el nombre particular de *jusjurandum in litem*, y tiene lugar generalmente para las acciones arbitrarias, cuando el demandado no ha obedecido de mala fe el *jussus* previo del juez y áun en las acciones de buena fe, y á veces tambien en las de derecho estricto, en caso de dolo ó de culpa asimilada al dolo por parte del demandado. El juez puede fijar un límite á esta estimacion juratoria, y no está obligado por otra parte á adoptarla siempre por completo (2).

La sentencia absuelve ó condena al demandado: la condena debe consistir siempre en una cantidad pecuniaria determinada (*certæ pecuniæ*); sin embargo, se le permite al juez, áun en lo civil, abstenerse de una decision, declarando por juramento que el negocio no está bastante claro para poder decidir (*sibi non liquere*); y entónces hay que atenerse al parecer de otros jueces, si son varios,

(1) Véase sobre estos efectos de la *litis contestatio*, Cay. Com. 4. §§ 106 y siguientes.

(2) Véase sobre todo esto p. 431 con las notas; — y Dig. 12. 5. *De in litem jurando*, especialmente 5. pr. y § 4. f. de Marcian.

ó recurrir á otro *judicium* (1). Sabemos, por otra parte, que hay casos, los *prejudicia* por ejemplo, en que la sentencia no contiene ni absolucion ni condena, sino sólo una justificacion de hecho ó de derecho, y otros en que contiene adjudicaciones. Debe darse públicamente y de viva voz (*pronuntiare*); pero puede el juez escribirla de antemano para leerla en público (*ex tabella pronuntiare ó recitare*) (2).

La sentencia produce efectos notables, que se enlazan absolutamente á los de la *litis contestatio*, de que no es más que la realizacion. Sea absolucion, sea condena, realiza la obligacion de ser juzgado, que habia hecho nacer la *litis contestatio*, y esta obligacion es en cierto modo pagada (*soluta*). Además, en caso de condena, nace para el demandado una nueva obligacion, la de ejecutar la sentencia; de tal suerte que los antiguos, segun lo que nos refiere Gayo, habian dicho con razon, para marcar estas vicisitudes en las obligaciones del demandado: *Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere* (3). En cuanto al derecho primitivo, en virtud del cual se introdujo la accion, se halla en el estado en que le dejó la *litis contestatio*. Nótese, en efecto, que la obligacion que en todos los casos está novada ó pagada por la sentencia es la obligacion de ser juzgado, á que habia dado lugar la *litis contestatio*. En cuanto al derecho primitivo, sólo la *litis contestatio* ha obrado en él, y el efecto que ha producido es una cosa de hecho; por consiguiente, quedó extinguido segun los casos, ya *ipso jure*, si la *litis contestatio* no ha producido novacion; ya *exceptionis ope*, si la *litis contestatio* le ha dejado subsistente. Solamente, además de la excepcion *rei in judicium deductæ*, producida por la *litis contestatio*, tiene el demandado ahora la excepcion *rei judicatæ*, que resulta del último estado á que ha llegado el procedimiento (4).

Por la sentencia termina el juez su mision concluyendo con ella

(1) Dig. 42. 1. *De re judic.* 56. f. de Paul.—AUL. CEL. Noct. altict. XIV, 2.

(2) Cod. 7. 44. *De Sentent. ex peric. recitand.* 1. const. de Valer. y Gal.

(3) Gay. Com. 4. § 180.

(4) Gay. Com. 4. §§ 106 y 107: «..... Postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ.» —Puede interpretarse este pasaje en el sentido de que el demandado que ántes de la sentencia no tenia más que la excepcion *rei in judicium deductæ*, sigue teniendo despues de la sentencia esta excepcion, puesto que resulta de un hecho constante y consumado; y que además tiene la excepcion *rei judicatæ*; ó bien puede darse al *vel* un sentido disyuntivo. Ambas interpretaciones, por lo demas, son indiferentes y en nada afectan al conjunto del sistema.

su poder, y desde entónces hay que recurrir al magistrado para su ejecucion.

Con todo, hay diversos medios de pedir en juicio contra una sentencia dada, á fin de obtener la anulacion, la revocacion ó la revision de ella: — 1.º Puede anularse la sentencia, ya por violacion de una ley, de un senado-consulta ó de una constitucion, ya por vicios de forma, de incompetencia en el magistrado ó en el juez, de incapacidad de litigar por una de las partes: en este caso le basta á la parte interesada hacer valer esta nulidad ante el magistrado, á saber, el demandante solicitando intentar una nueva accion, ó el demandado oponiéndose á la ejecucion de la sentencia nula (1). — 2.º Aunque la sentencia no contenga nulidad, se puede por causas especiales y extraordinarias, ó por causa de menor edad de veinticinco años, pedir que se considere como no dada por medio de una *restitutio in integrum* (2). — 3.º En fin, desde Augusto y probablemente por disposicion de la ley JULIA *judiciaria*, se introdujo y desarrolló sucesivamente la via de apelacion (*appellatio* ó *provocatio*), cuyo origen histórico se ve en el poder que tenia todo magistrado en tiempo de la república de oponer su *veto* á la decision de un magistrado inferior, ó, cuando más, igual. Puede interponerse la apelacion contra la sentencia inmediatamente de viva voz (*inter acta voce appellare*), ó dentro de cierto plazo por notificacion escrita (*libelli appellatorii*). El juez ó el magistrado, contra cuya decision se forma la apelacion, da acta de ella al apelante en un escrito que se llama *litteræ dimisoriae* ó *apostoli*, y cuyo sentido es: «*Appellase, puta Lucium Titium, a sententia illius, quæ inter illos dicta est.*» La apelacion es suspensiva de la ejecucion, y pasa á un magistrado superior; y podia llegar así algunas veces de grado en grado hasta el Emperador, que era la suprema y última jurisdiccion (3).

(1) Dig. 49. 8. *Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur.* — Cod. 7. 64. *Quando provocare non est necesse.*

(2) Pág. 595 con la nota 2.

(3) Dig. 49. desde el tit. 1. *De appellationibus et relationibus* hasta el tit. 14. (La *relatio* ó *consultatio* es una exposicion detallada del negocio que el juez debe formar y dirigir á la chancillería imperial, cuando la apelacion se interpone ante el Emperador.)

TERCER SISTEMA. *Del procedimiento extraordinario* (extraordinaria judicicia).

Origen y desarrollo de este sistema.

¿Cómo el procedimiento formulario introducido por la práctica pretoriana, instalado legislativamente por la ley *Æbutia*, y definitivamente organizado por las dos leyes *JULIÆ judicariæ*, desapareció ante un tercer sistema? Esta desaparición ha sido una obra efectuada gradual y cotidianamente, de suerte que no tenemos época precisa á que poderla referir. No es otra cosa más que la invasión siempre creciente de la *cognitio extraordinaria* sobre el *judicium ordinarium*, á medida que el régimen imperial se desarrolla y retrocede con más fuerza al poder absoluto; aunque para caracterizar el cambio que se ha verificado, no ha habido más que decir como Justiniano: «Hoy todos los procedimientos son extraordinarios: *Extra ordinem sunt hodie omnia judicicia*» (1).— Ya hemos expuesto el progreso de este cambio en nuestra historia del derecho romano, á la que nos bastará por ahora referirnos (2). El primer texto que lo consagra legislativamente es la constitución del año 294, por la cual Diocleciano manda á los presidentes de las provincias conocer ellos mismos en todas las causas, áun en aquellas para las cuales estaba en uso ántes dar jueces; salvo el permiso que les reserva de dar á las partes jueces inferiores, cuando sus ocupaciones públicas ó la multitud de causas les impidan conocer por sí mismos (3). De esta constitución especial para las provincias y generalizada en seguida para todo el Imperio, data la abolición legislativa más amplia del *judiciorum ordo*.

Sin embargo, así como el procedimiento formulario había sido agregado á algunos vestigios ó imitaciones de las acciones de la ley, así el procedimiento extraordinario conservó en apariencia ó nominalmente algunos restos ó señales del sistema á que sustituye. De este modo se conservaría durante algun tiempo, aunque no hubiese remisión ante un juez, la costumbre de redactar una fórmula, por lo ménos como resúmen de las conclusiones de cada litigante, y la de pedir y obtener la acción *postulatio et impetratio actionis*. La

(1) Instituciones de Justiniano, 3. 12. pr.—Y luégo 4. 15. § 8 de este tomo.

(2) *Hist de la legisl. rom.*, núm. 75, pág. 281.

(3) Cod. 3. 3. *De pedan. judic.* 2. const. de Dioclec. y Maxim.

primera de estas costumbres fué suprimida por los hijos de Constantino (1) y la segunda por Teodosio el jóven (2).

Organización del poder judicial bajo el régimen del procedimiento extraordinario.

El hecho capital en esta organización es que el *jus* y el *judicium* se confunden, y que ya no existe distinción entre el magistrado y el juez. Hay magistrados ó jueces superiores: los hay inferiores, cuyo poder ó esfera de atribución son ménos amplios; pero en todos los casos es la misma autoridad la que examina y decide el negocio, tanto respecto á la jurisdicción, como respecto á la sentencia.

No reproduciremos el cuadro reducido de esta organización judicial que ya hemos trazado (*General. del der. rom.*, p. 143). En esta parte es preciso observar especialmente la institución de los *judices pedanei* ó jueces inferiores, que experimentó durante el curso del régimen imperial diferentes vicisitudes, acerca de las cuales carecemos de suficientes documentos. Esta denominación, usada ya bajo el sistema formulario, pudo designar entónces generalmente, según conjeturas de Zimmern, reproducidas por Bonjean, á los magistrados inferiores de las localidades, ó magistrados municipales; pero desde el tiempo del emperador Juliano aparecen los *judices pedanei* con un carácter permanente y especial, como jueces encargados de entender en negocios de poca importancia, y que los presidentes tenían derecho para constituir en su jurisdicción (3). Una constitución de Zenon asigna á cada pretorio un cierto número de ellos (4). Por último, Justiniano, en lo que respecta á Constantinopla por lo ménos, los organiza de nuevo, los constituye en un colegio permanente, limita su jurisdicción á la suma de trescientos sólidos, y los nombra él mismo, como vemos en una constitución suya, en que podemos ver muchos nombramientos de esta clase (5).

Las partes en los negocios de la competencia de los *judices pedanei* eran directamente citadas ante ellos (6). Y áun cuando los pre-

(1) Cod. 2. 58. *De formulis et impetrationibus actionum sublatis*, 1. const. de Const., año 342, y *Historia del derecho romano*, pág. 315.

(2) *Ibid.* 2. const. de Teod. y Valent., año 428.—Véase el Cod. de Teod. 2. 3. 1.

(3) Cod. 3. 3. *De pedan. judic.* 4. const. de Dioclec.; y 5. const. de Julian.: «Pedaneos judices, hoc est qui negotia humiliora disceptant, constituendi damus præsidibus potestatem.»

(4) Novel. LXXXII. *De judicib.* cap. 1.—Y también el prefacio, en que se ve que Zenon había nombrado en su misma constitución el personal de los jueces pedaneos.

(5) *Ib.* cap. 1 á 5, etc.—Véase sobre este punto nuestra *Hist. de la legislación romana*, pág. 281.

(6) Así el demandado puede ser llamado *in jus* ante ellos: «Si quis ad pedaneum judicem vo-

sidentes, para descargarse de un negocio que les habia sido encomendado, lo pasaban á los *judices pedanei*, éstos fallaban á un tiempo como magistrados y como jueces. Así es que ya no se trata de la *datio judicis* del sistema formulario.

Resúmen general de un procedimiento bajo el sistema del procedimiento extraordinario, principalmente en tiempo de Justiniano.

Los principios generales de la *in jus vocatio*, principalmente con los medios de sancion introducidos por el edicto, han seguido en vigor, y los hallamos trasladados en fragmentos al Digesto de Justiniano (1). Sin embargo, no sólo ha caido en desuso la violencia individual que en caso de necesidad podia acompañarla (*obtorto collo*), reemplazada completamente por los medios de apremio del pretor, sino que la *vocatio in jus* ha tendido á perder su carácter privado para tomar un carácter público; se hacía comunmente, como diremos pronto, en un acto de citacion (*libellus conventionis*) remitido al demandado por orden del juez por el ministerio de un *executor* ó *viator*.

La antigua *actionis editio* y el *vadimonium* del sistema formulario han cesado de existir, así como la *actionis impetratio*, conservada más largo tiempo como vestigio, pero suprimida definitivamente por Teodosio y Valentiniano.

La denuncia previa y voluntaria de la accion (*actionis denuntiatio*), hecha por el demandante al demandado para acelerar la marcha del procedimiento, despues de generalizarse, despues de haber sido hasta erígida por Constantino en un acto obligatorio y público que debia hacerse por el escribano del magistrado (*apud acta*), y notificado por este último por el ministerio de un *viator* ó *executor* al demandado (2), ya no estaba en uso. Se encuentra en los textos de Justiniano, pero se consigue un objeto análogo por medio de la forma en que comunmente se hace la *in jus vocatio*.

catum eximat, pœna ejus edicti cessabit.» (Dig. 2. 7. *Ne quis eum qui in jus voc.* 3. § 1. f. de Ulp.)—Y la *postulatio* puede tener lugar ante ellos: «Item senatus-consulto etiam apud judices pedaneos postulare prohibetur calumniæ publici judicii damnatus.» (Dig. 3. 1. *De postul.* 1. § 6. f. de Ulp.) «Postulare autem est desiderium suum vel amici sui, in jure, apud eum qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere.» (Ibid. § 1.) En los fragmentos extraídos de Ulpiano la expresion *judices pedanei* designa probablemente á los magistrados inferiores de diversas municipalidades.

(1) Dig. 2. 4. *De in jus vocando* y los titulos siguientes.

(2) Cod. Teod. 2. 4. *De denuntiatione vel editione rescripti*, principalmente 2, 4 y 6.

En efecto, en esta época se entablaba el pleito por medio de un escrito ó especie de acta de asignacion (*libellus conventionis*) (1), en el cual exponia el demandante en pocas palabras su pretension, y el magistrado la entregaba al demandado por medio de un *executor*. Sin embargo, no es siempre indispensable este escrito, pues vemos que la *in jus vocatio* puede hacerse, salvos algunos casos particulares, con escrito ó sin él (*sine scriptis*) (2).

Ya no hay, pues, dos fases en el proceso: no hay ya que distinguir el *jus del judicium*; las partes reunidas *in jus* lo están tambien *in judicio*.

Por consiguiente, la *litis contestatio* no puede ser ya lo que ha sido en el procedimiento formulario, debiendo aplicar aquí esta definicion inserta en el código de Justiniano y falsamente atribuida á los emperadores Severo y Antonino: «*Lis tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit*» (3). Tambien ha perdido uno de sus más notables efectos; sigue indudablemente produciendo la obligacion de ser juzgado, y de aquí várias de las consecuencias que dejamos expuestas; pero no produce en ningun caso novacion, extinguiendo el derecho primitivo, que sigue siempre subsistente (4).

Tambien la sentencia está considerablemente modificada en su naturaleza y en sus efectos. En su naturaleza, la condena ya no es necesariamente pecuniaria, y puede tener directamente por objeto la cosa misma pedida. Es el carácter de la autoridad del magistrado (*imperium*) poder dar órdenes y hacerlas ejecutar por fuerza, en lo posible, no sólo para la dacion ó entrega de sumas pecuniarias, sino tambien para cualquiera otra prestacion. Por consiguiente, en las *cognitiones extraordinariæ* nunca el magistrado se ha sometido á esta restriccion sin que su decision tuviese necesariamente por objeto una dacion pecuniaria. Esta restriccion era exclusivamente peculiar del sistema formulario, cayó con él sin que leamos su adrogacion en ningun texto formal. Justiniano, sin embargo, dice positivamente que la condena debe ser, ya de una cantidad pecuniaria (*certainæ pecuniæ*), ya de una cosa (*rei*) (p. 486, nota 5). En sus efectos la sentencia tampoco produce novacion; no extingue *ipso jure* el

(1) Cod. 2. 2. *De in jus vocand.*, especialmente const. 4. Diocl. y Maxim.

(2) Cod. 12. 1. *De dignitat.* 17. § 1. const. de Honor. y Teod.—Nov. 123, cap. 8.

(3) Cod. 5. 9. *De liti contestat.* 1.

(4) Mas adelante, tit. 13. § 5.

derecho primitivo que la *litis contestatio* dejó subsistente, siendo necesario el recurso de la excepcion *rei judicatae* en todos los casos. En cuanto á la forma, la sentencia, desde los emperadores Valentiniano, Valerio y Graciano, debe, sopena de nulidad, redactarse por escrito y pronunciarse públicamente con arreglo á la minuta (*ex periculo recitanda*) (1). En seguida se inserta en un registro *ad hoc* con la firma del juez, y de ella se entrega copia, en caso de necesidad, á las partes con un extracto del proceso verbal (2).

En cuanto á los medios de ejecucion forzosa, y á los recursos facilitados contra la sentencia, por vía de nulidad, de restitucion *in integrum*, ó de apelacion, siguen subsistentes los principios generales que hemos emitido, con algunas modificaciones en la forma, que no podemos seguir aquí.

Este cálculo sobre el procedimiento en tiempo de Justiniano nos bastará, y ahora podemos pasar con seguridad á la explicacion del texto de las instituciones relativo á las acciones; siendo de notar que este texto ha dejado á un lado todo lo concerniente á la forma, que no considera las acciones más que como el derecho mismo de obrar, y no las trata más que bajo este punto de vista.

Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam jus persecuendi in iudicio, quod sibi debetur.

Nos resta hablar de las acciones. La accion no es otra cosa que el derecho de perseguir ante un juez lo que se nos debe.

Ésta es la definicion de la accion tomada del sistema formulario, que se aplica únicamente á las persecuciones de obligaciones (*quod sibi debetur*), porque el uso de las fórmulas ha empezado por ahí, designando el derecho conferido por el magistrado de perseguir ante un juez (*in iudicium*) lo que se nos debe (p. 536). Los redactores de las instituciones de Justiniano toman de los jurisconsultos del tiempo del procedimiento formulario esta definicion, y la trasladan á su época, mientras que en esta época la accion, considerada como un derecho, y en su significacion más lata, no es más que la facultad que tenemos directamente y sin concesion especial, de perseguir ante la autoridad judicial lo que nos pertenece ó se nos debe, tanto los derechos reales como los derechos personales ó de obligacion, de donde nace la primera y principal division de las acciones.

(1) Cod. 7. 44. De sententiis ex periculo recitandis, 2 y 3. const. de Valent. Valer. y Gracian.—*Periculum* es aquí sinónimo de *tabella*, *libellus*; indudablemente la minuta ó proyecto de la sentencia.

(2) L. 1. De magistrat. III. 11.

Acciones reales (in rem), y acciones personales in personam.—*Acciones civiles ó pretorianas, ya reales, ya personales*.—*Acciones prejudiciales*.

I. Omnium actionum quibus inter aliquos apud iudices arbitrove de quacumque re quaritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio; quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem sunt: veluti, si rem corporealem possideat quis quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

II. Æque si agat jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Eiusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum: veluti si agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi ali-quid, vel immitendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu et deservitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ sunt actiones; ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve

1. La division principal de todas las acciones deducidas, ya ante jueces, ya ante árbitros, por cualquier objeto que sea, las distingue en dos clases, á saber: reales ó personales. En efecto, ú obramos contra alguno, que ya por contrato, ya por delito, ya de otro modo, está obligado para con nosotros, y para esto tenemos acciones personales, cuya conclusion es que es preciso que el adversario nos dé lugar ó haga por nosotros alguna cosa, ó algunas otras semejantes; ó bien obramos contra alguno que de ningun modo no está obligado, pero contra el cual suscitamos una controversia relativamente á una cosa, y para este caso se han establecido las acciones reales; por ejemplo, si uno posee una cosa corpórea que Ticio pretende ser suya, mientras el poseedor sostiene ser él propietario de ella, siendo las conclusiones de Ticio que la cosa es suya, su accion es real.

2. Es igualmente real la accion del que sostiene pertenecerle el derecho de usufructo de un fundo ó de un edificio, el derecho de pasar por el fundo del vecino, ó de conducir por él el agua. De la misma naturaleza es la accion relativa á las servidumbres urbanas; como si uno dijese tener derecho de levantar su casa por cima de una altura dada, el derecho de vista ó de voladizo, de meter una viga en el edificio del vecino. Tambien existen relativamente á los derechos de usufructo y de servidumbres rústicas y urbanas, acciones en sentido contrario á las que pre-

ducendi, item alius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi. Iste quoque actiones in rem sunt sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est, nam in his agit qui non possidet, non est actio pro dita per quam negat rem actoris esse. *Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latoribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

ceden, como si afirmamos que nuestro adversario no tiene derecho de usufructo, de pasaje, de acueducto, de levantar más alto, de vista, de voladizo, ó de apoyar una viga. Estas acciones son también reales, pero negativas: no existiendo este género de acción en las contiendas de propiedad de cosas corpóreas, porque en esta materia el que no posee es el actor, y en cuanto al poseedor, no tiene ninguna acción para negar que la cosa sea del demandante. *Sólo hay un caso en que el poseedor desempeña el papel de demandante, como puede verse con más oportunidad en los extensos libros del Digesto.*

No hay necesidad de repetir lo que ya dijimos de la naturaleza de las acciones *in rem* ó *in personam*, y del origen de su denominación; y sólo daremos algunos detalles sobre las acciones reales de que trata el § 2, y cuyo objeto son los derechos de servidumbre.

Para la propiedad plena y completa no puede presentarse la acción *in rem*, ó en otros términos, la *rei corporalis vindicatio*, sino en una sola situación, aquella en que la cosa de que yo pretendo ser propietario se halle en la posesión de otro; de donde nace para mí la necesidad de atacar al poseedor para sostener y probar que la cosa es mía. En efecto, si yo soy quien la posee, no tengo una acción que intentar relativamente á la propiedad; me basta conservarme en caso de necesidad en mi posesión por medio de los interdictos (1). A los que se crean propietarios les toca demandarme y probar su derecho.

Mas para los derechos de servidumbre, que no son más que fracciones del derecho de propiedad, es distinto, porque diversos fragmentos son susceptibles de ser separados y ejercitarse por diferentes personas: por de contado pueden presentarse dos situaciones: ó bien pretendo tener un derecho de esta naturaleza sobre una cosa de que otro es poseedor, y entónces mi pretensión se resume en esta fórmula: «*Si paret jus utendi fruendi* (ó *jus eundi agendi*, ó cualquier

(1) Dig. 43. 17. *Uti possidetis*. 1. § 6. f. Ulp.: «*Interdictum autem possessorem prædii tuetur, quod est uti possidetis: actio enim nunquam ultro possessori datur quippe sufficit ei quod possideat.*»

otro derecho) *mihí esse*»; ó bien, siendo poseedor y propietario de una cosa; como ejerce sobre esta cosa un derecho de servidumbre, cualquiera que sea, y quiero hacerle cesar en este disfrute que pretendo no estar fundado; entónces ataco al que ejerce este derecho, y la fórmula de mi pretensión se reduce, en resumen, á esto: «*Si paret jus utendi fruendi fundo meo* (ó *jus eundi agendi*, ó cualquiera otro derecho) (*adversario non esse*).» Precisamente, á causa de este contexto de la fórmula llamaban los jurisconsultos romanos la acción *in rem* por derecho de servidumbre, en el primer caso confesoria (*actio confessoria*), y en el segundo negatoria (*actio negatoria* ó *negativa*) (1).—Pero en la propiedad sería ridícula y de nada serviría formular una pretensión negativa en estos términos; yo sostengo que Fulano no es propietario de este fundo. No puede, pues, haber acción negatoria.—Si lo contrario sucede en las servidumbres, consiste en que en el fundo, como advierte bien Teófilo en su paráfrasis, la fórmula negatoria equivale á una verdadera afirmación de derecho, lo cual no significa otra cosa que esto: «Sostengo que tal fundo me pertenece en plena y completa propiedad, y que el fragmento de este derecho de propiedad que se atribuye á Fulano es mio», vindicándose en realidad esta fracción de la propiedad que se supone estar separada injustamente.

Hasta aquí hemos supuesto que el que reclama, ya por la acción *confessoria*, ya por la *negatoria*, un derecho de servidumbre, no tiene el ejercicio, la cuasi-posesión de este derecho. Efectivamente, las más de las veces se intentan estas acciones, la primera contra el que posee la cosa como libre; la segunda contra el que ejerce la servidumbre que el demandante quiere hacer cesar. ¿Pero podrían intentarse estas acciones por el que tiene ya el ejercicio legal de la servidumbre que indica, ó la libre posesión de su cosa, por el solo motivo de ser turbado, interrumpido ó amenazado en su goce, ó por miedo de serlo? En una palabra, ¿puede ejercitarse la acción confesoria y la acción negatoria aun por aquel que se halla en cuasi-posesión del derecho reclamado? Creemos que sí. En esto hay una diferencia marcada entre las reclamaciones de servidumbre y las de propiedad, entre la *vindicatio* de cosas incorpóreas y la *rei corporalis vindicatio*. En cuanto á esta última, el que es ya poseedor no puede intentarla: tiene los interdictos para hacer respetar su posesión, y

(1) Dig. 8. 5. *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*, 2. pr. f. Ulp.