

acreedor se hacía propietario, *dominus ex jure Quiritium*, y tenía la *rei vindicatio*.

Para evitar al deudor el rigor y los riesgos de semejante enajenación, se contenta el acreedor con la simple entrega de un objeto, que retenía para seguridad del crédito. Éste fué el origen de la prenda (*pignus*); pero al principio los derechos del acreedor se limitaron á la detención de la cosa: si llegaba á perder la posesión, no tenía ninguna acción *in rem* contra los demás detentadores.

Un pretor llamado SERVIO, cuya época no conocemos, pero que parece anterior á Ciceron, y que se ha confundido sin razón con el célebre Servio Sulpicio, contemporáneo del gran orador, fué el primero que concedió contra los terceros detentadores una acción pretoriana *in rem*, pero sólo en un caso especial, á saber: al locador de un fundo rústico respecto á las cosas empeñadas por el colono (*colonus*) para seguridad del precio del arriendo. Esta acción tomó del pretor que la introdujo el nombre de acción Serviana (*Serviana actio*) (1).

Extendida por los pretores que le sucedieron á los demás casos de prenda, se llamó acción cuasi-Serviana (*quasi Serviana actio*).

En fin, el derecho pretoriano dió el último paso admitiendo que por la simple convención, sin entregar al acreedor el objeto afecto al pago del crédito, se le pudiese conferir sobre este objeto el mismo derecho real que si se le hubiese dado en prenda (2); es decir, el derecho de venderla en caso de necesidad, y pagarse del precio, con preferencia á los demás acreedores, con la acción real *quasi Serviana* ó *hypothecaria actio*. Esta institución pretoriana ofrecía una anomalía particular en el derecho romano, la de ser un derecho real constituido por la sola convención; pero suministraba un medio muy cómodo de crédito, puesto que el deudor podía por ella dar en garantía al acreedor una cosa sin privarse de su uso ni de su posesión. La hipoteca existía ya en tiempo de Ciceron, pues se hace mención de ella en sus escritos (3).

La prenda y la hipoteca difieren, pues, en que en la una hay entrega de la cosa al acreedor, y en la otra simple convención; pero,

(1) Parece que la costumbre de hacer empeñar al arrendador las cosas llevadas por él para la explotación del fundo era antigua y general entre los romanos, puesto que CATON, *De re rustica*, 146, dice ya: «*Quæ in fundo illata erunt, pignori sunt.*»

(2) Dig. 20. 1. *De pignor.* 4. f. Gay.: «*Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ.*»

(3) CICERON. *Ad familiar.* XIII, 56.

por lo demás, el derecho de cobrarse con preferencia á los otros acreedores, y el derecho por medio de la acción *quasi-Serviana* contra los demás detentadores, existen y son los mismos en ambos casos, de suerte que, bajo este aspecto, con razón han escrito los juriscónsultos romanos: «*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*» (1). También se toman, por lo común, las dos expresiones una por otra, pudiendo decirse que en toda prenda hay una hipoteca, como en toda hipoteca una prenda.

Toda cosa susceptible de compra y venta puede darse en prenda ó hipoteca, sin distinguir, como entre nosotros hoy, las muebles de las inmuebles: tanto las cosas corpóreas como las incorpóreas, un usufructo como un crédito; tanto las cosas particulares (*singulares*) como las universales (*rerum universitates*); y hasta puede convenirse en que la hipoteca alcanzará á todos los bienes presentes y futuros del que la da (2).

Es tal la naturaleza de la prenda y de la hipoteca, que el derecho existe en totalidad para todo el crédito y para todos sus accesorios, no sólo sobre el conjunto de la cosa hipotecada, sino sobre cada una de sus partes y de sus accesorios; de modo que si hay, por ejemplo, pago parcial ó división de la deuda ó del crédito, no deja de quedar por eso la cosa hipotecada en su totalidad por el resto ó por cada fracción de lo debido; ó si, por el contrario, la cosa llega á perecer en parte ó á dividirse, cada fracción de esta cosa no queda ménos empeñada por la totalidad de lo debido, que es lo que se expresa diciendo que la hipoteca es indivisible.

Los derechos del acreedor pignoraticio ó hipotecario consisten: 1.º en el derecho de vender la cosa (*jus vendendi seu distraendi*); 2.º, en el derecho de cobrarse de su precio con preferencia á los demás acreedores; 3.º, en el derecho contra los terceros detentadores por garantía y ejercicio de los derechos precedentes.

1.º El derecho de vender la cosa (*jus vendendi seu distraendi*) parece no haber existido en el origen primitivo de la prenda, que se reducía entónces á una simple facultad de retención; mas en consecuencia del desarrollo de la institución se ha convertido en regla esencial, y el pacto contrario *ne vendere liceat* no quitaría este derecho al acreedor hipotecario (t. 1, pág. 453). La venta no puede ha-

(1) Dig. 20. 1. *De pignor. et hyp.* 5. § 1. f. Marcian.

(2) Dig. 20. 1. *De pignor.* 9. § 1. f. Gay. 15. pr. f. Marcian.; 15. pr. f. Gay. 29. pr. y § 3. f. Paul. 34. § 2. f. Marcian.—Cod. 3. 17. *Quæ res pign. oblig. poss. vel non*, const. de Alejand.

cerse sino al vencimiento de la deuda para el crédito hipotecado solamente, y en las formas arregladas por la convencion, ó en caso de necesidad, en las determinadas por las leyes (1). La cláusula llamada *lex commissoria*, por la cual el acreedor y el deudor conviniesen en que, caso de no pagar en cierto plazo, la cosa empeñada la adquiriría sin venta alguna el acreedor, había sido prohibida por la jurisprudencia romana, porque podía conducir á un despojo perjudicial al deudor. Este derecho de vender no es en el derecho romano, como en el moderno, un derecho comun á todos los acreedores, sino que es la consecuencia de la prenda ó de la hipoteca, pues que ya sabemos que el derecho civil, salvos algunos casos particulares, no daba medios de ejecucion al acreedor más que contra la persona y no contra los bienes del deudor; y los que más tarde introdujo el pretor diferían todavía considerablemente del derecho de vender concedido al acreedor pignoraticio. Esta observacion es muy esencial para comprender bien la naturaleza particular de la prenda y de la hipoteca entre los romanos.

2.º El derecho de preferencia ofrece materia importante que estudiar: si no hay más que un acreedor pignoraticio ó hipotecario á quien se haya empeñado la cosa, no ofrece dificultad alguna, reduciéndose para él al derecho de vender ó al derecho que de él resulta, y como nadie puede disputarle su puesto, es preferido á todos. Pero la misma cosa puede hipotecarse á muchos acreedores, ó darse como prenda al uno é hipotecarse á otros varios: en este caso hay concurso de acreedores hipotecarios sobre un mismo objeto, y si el precio no basta para el pago de todos, se procede á arreglar el orden en que han de ser preferidos los unos á los otros (2).—La regla general del derecho romano es que la preferencia de las prendas ó las hipotecas se determina por la fecha de su creacion; el primero en antigüedad es el mejor en derecho: «*Potior tempore potior jure*», es la máxima deducida de una constitucion del emperador Antonino (3). Y esto sin distincion entre la prenda y la hipoteca, de suerte que el acreedor hipotecario que no ha sido puesto en posesion de la cosa, pero que es anterior en fecha, es preferido aún al acreedor pignoraticio á quien ha sido entregada la cosa, pero posterior á él (4).

(1) Dig. 20. 5. y Cod. 8. 28. De *distractioe pignorum et hypothecarum*.

(2) Dig. 20. 4. *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur*.

(3) Cod. 8. 18. *Qui potior*. 4. const. de Anton. Véase también en el mismo título las constituciones 2 y 3; y en el Digesto, 20. 4. *Qui potior*. 2. f. Papin. y 8. f. Ulp.

(4) Dig. 20. 1. *De pignor*. 10. f. Ulp.

—Con todo, hay ciertas hipotecas, á las cuales se ha concedido por excepcion, y prescindiendo de su fecha, un derecho especial de preferencia, las cuales toman orden, no con arreglo á la época de su creacion, sino según el grado de favor de que gozan, y que son preferidas aún á las hipotecas anteriores á ellas. De este número son principalmente: la hipoteca del fisco, por los impuestos atrasados y por cualesquiera otros créditos (1); la de la mujer, por la dote (2); la de los otros que han hecho gastos en utilidad, ó para la conservacion de la misma cosa hipotecada (3). Aquí la cuestion de orden no es una cuestion de fecha, sino una cuestion de derecho. Los modernos han dado á las hipotecas que gozan esta preferencia el título de hipotecas *privilegiadas* ó el nombre de *privilegios*: denominaciones, sin embargo, que los romanos no han usado en este sentido técnico y especial. Por eso se cree que lo que nosotros llamamos hoy un privilegio no era entre los romanos un derecho aparte de naturaleza especial, sino una consideracion para indicar en ciertos casos el orden de algunas hipotecas, y de aquí ha venido la costumbre de decir que en todo privilegio hay una hipoteca, lo que no es ya completamente exacto entre nosotros.

3.º El derecho, por tanto, puede ejercerse por el acreedor hipotecario contra todo detentador de la cosa hipotecada y aún contra todo acreedor hipotecario posterior al que tiene la cosa (4). Se ejerce por medio de la accion de que habla nuestro párrafo, la accion *quasi-Serviana*, que encontramos en los textos bajo los nombres de *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*, *persecutio hypothecaria*, *pigneratitia in rem*, ó más bien aún *pigneratitia*, aunque este último nombre se haya reservado especialmente para la accion *in personam*, cuyo objeto es la persecucion de las obligaciones nacidas del contrato de prenda. En cuanto á la accion *quasi-Serviana*, tiende á hacer reconocer y ejercer contra todo detentador el derecho real que tiene el acreedor hipotecario, es decir, el derecho de vender la cosa y de cobrarse preferentemente del precio. Era, pues, una accion *in rem* que venia de la jurisdiccion del pretor, y su fórmula estaba fundada, no como las acciones Publiciana ó Pauliana,

(1) Cod. 4. 46. *Si propt. publ. pension*. 1. const. de Anton.—Dig. 49. 14. *De jur. fisc.* f. Ulp.

(2) Cod. 8. 18. *Qui potior*. 12. const. de Justinian.—Novel. 97. c. 3.

(3) Dig. 20. 4. *Qui potior*. 5, 6 y 7. f. Ulp.—Cod. 8. 18. *Qui potior*. 7. const. de Diocl. y Max.—Novel. 97. c. 3 y 4.

(4) Dig. 20. 1. *De pignor*. 16. § 3. f. Marcian.—20. 4. *Qui potior*. 12. pr. y § 7. f. Marcian.

sobre una hipótesis ficticia (*fictilia actio*), sino simplemente *in factum* .

Resultaba de este derecho que los que recibían de alguno un objeto cualquiera, ya en propiedad, ya en hipoteca, tenían un interés poderoso en saber si este objeto estaba ya hipotecado de antemano. El derecho romano no suministraba medio alguno para hacer esta comprobación. El contrato de hipoteca no estaba sujeto á ninguna fórmula y podía ser hasta puramente verbal, reduciéndose toda la cuestión á probar de un modo ó de otro su existencia y su fecha, y desde entonces producía sus efectos (1). Así mientras que en derecho romano las traslaciones de dominio no se verificaban más que por el hecho ostensible de la tradición ó por ciertos medios civiles, las hipotecas podían ser ocultas, y no se había pensado de ningún modo en establecer, respecto de ellas, un sistema de publicidad. Sin embargo, una constitución del emperador Leon mandó que las hipotecas que se justificasen, ya por un *instrumentum publice confectum* , es decir, por un acto celebrado bajo la autoridad de un magistrado ó de un notario público, ya á lo ménos por un acto firmado por tres testigos de buena reputación (*probatæ atque integræ opinionis*) fuesen, aunque posteriores en fecha, ántes de las que estuviesen desprovistas de estas pruebas (2). Esta constitución debió multiplicar el uso de los actos públicos para justificar las hipotecas, pero no establecía una regla imperativa, y no fijaba todavía el medio de ponerlas en conocimiento de todos.

Además de la voluntad de las partes encontramos todavía que podían constituir prendas ó hipotecas las disposiciones de la ley ó de la jurisprudencia y la autoridad del magistrado. Entre las hipotecas que resultan de la ley ó de la jurisprudencia, prescindiendo de toda convención de las partes, se hallan principalmente: la del colono de un fundo urbano, para seguridad de las obligaciones procedentes del arrendamiento sobre las cosas llevadas por el locatario al edificio arrendado (*in vecta et illata*); la del locador de un fundo rústico, pero sólo sobre los productos del inmueble: en cuanto á los objetos llevados para explotación del fundo no estaban hipotecados más que en virtud de una convención, la que Justiniano concede á los legatarios sobre la parte hereditaria de cada heredero en seguridad del

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 4. f. Gay.

(2) Cod. 8. 18. *Qui potior.* 11. const. de Leon.

cumplimiento de los legados á que está obligado; la del fisco por muchos de sus créditos; la de los pupilos, los menores y los locos sobre todos los bienes de sus tutores y curadores por las obligaciones resultantes de la tutela y de la curaduría, según las instituciones de Constantino Magno y de algunos emperadores posteriores hasta Justiniano; la de la mujer en los bienes del marido por la restitución de la dote y otras varias. Los jurisconsultos romanos dan á estas hipotecas la calificación de hipotecas tácitas (1). En fin, hemos visto cómo por la *missio in possessionem bonorum* ó por la *pignoris capio* pretoriana el magistrado puede constituir una especie particular de prendas que se llama *pignus prætorium* .

VIII. In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor; veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit de peculio servorum filiorumque familias, et ex qua quaeritur an actor juraverit, et alias complures.

IX. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civile tenentur.

Ya hemos tratado del constituto y de la acción *de constituta pecunia* . Este pacto y esta acción pretoriana traen su origen de una acción análoga que existía en el derecho civil y que se llamaba *actio receptitia* . El uso de los banqueros, comerciando en dinero, cambiando monedas, abriendo créditos á sus clientes, recibiendo de ellos sumas en depósito ó en préstamo con interés, adelantándoles,

8. También ha introducido el pretor por su jurisdicción acciones personales, por ejemplo, la acción *de constituta pecunia* , á la que se asemejaba la acción *receptitia* ; pero como por una constitución hemos trasladado á la acción *de constituta pecunia* todas las ventajas de la acción *receptitia* , esta última como inútil ha debido desaparecer de nuestras leyes. El pretor fué también el que introdujo las acciones hasta el importe del peculio de los esclavos ó de los hijos de familia, la en que se trata de saber si el demandante ha prestado juramento y otras varias.

9. La acción *de constituta pecunia* se ejerce contra todo el que ha prometido pagar por sí ó por otro, con tal que no intervenga estipulación, pues si había prometido á un estipulante, estaría obligado por el derecho civil.

(1) Dig. 20. 2. y Cod. 8. 13. *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.*

pagando ó prometiendo pagar por ellos; este uso era frecuente desde los tiempos antiguos entre los romanos; y las comedias de Plauto y de Terencio muestran á cada paso vestigios de él. Estos banqueros se llamaban *argentarii*. Por lo comun, cuando se debia á uno una cantidad de dinero, se le llevaba en casa de su *argentarius*, que pagaba por el deudor, ó por lo ménos que prometia pagar en cierto dia. Esta promesa por excepcion de las reglas ordinarias del derecho civil no tenía necesidad de hacerse con las formalidades de la estipulacion ni del contrato *litteris*; de cualquiera modo que se hiciese por parte de un *argentarius*, obligaba á éste y daba contra él esta accion civil. La operacion se designaba con el verbo *recipere*, recibir dia para el pago, y la accion que nacia de ella se llamaba *actio receptitia*.

Pero esta operacion y esta accion eran exclusivamente especiales de los *argentarii*: el pretor estableció por imitacion para cada uno sin distincion, algo de análogo, cuando erigió en pacto pretoriano la simple promesa hecha, por cualquiera que fuese, de pagar en dia fijo una deuda preexistente: acto designado con el verbo *constituere*, señalar un dia para el pago de una deuda preexistente, de donde nacia la accion *constituta pecunia*.

Por consiguiente, hubo para una promesa casi semejante dos acciones análogas: la accion *receptitia*, procedente del derecho civil contra los *argentarii*, que solamente practicaban semejantes operaciones: y la accion de *constituta pecunia*, accion pretoriana contra cualquiera persona. Dándose esta última accion contra cualquiera, se daba tambien contra el *argentarius*, de suerte que en el caso de la promesa hecha por éste, el acreedor tenía contra él la eleccion, ó de la accion civil *receptitia*, ó de la accion pretoriana *de constituta pecunia*.

Estas dos acciones no tenían absolutamente los mismos efectos, existiendo muchas diferencias entre ellas, de lo que nació que la accion civil *receptitia* fuese bajo diversos conceptos más ventajosa. En efecto, era perpétua, se aplicaba á todos los objetos, y se concedia sólo porque habia promesas, sin examinar si habia una causa preexistente; mientras que la accion *de constituta pecunia*, por el contrario, no era más que anual, no se aplicaba más que á las cosas que se apreciaban por el peso, el número ó la medida, y suponía siempre una deuda anterior (1).

(1) Cod. 4. 18. *De constituta pecunia*. 2. const. de Justinian.

Estas dos acciones subsistieron juntas, con su destino respectivo, hasta Justiniano, que las refundió en una sola, suprimiendo la accion *receptitia*, que era especial de los *argentarii*, y trasladando sus efectos á la accion general *de constituta pecunia*.

Así esta accion se dará contra cualquiera persona, por cualquier objeto, y será perpétua, continuando, sin embargo, en no concederse más que cuando la promesa de pagar se refiera á una deuda anterior (1).

La deuda condicional, no siendo todavía irrevocablemente deuda mientras que no se cumple la condicion, no puede ser fundamento sino de un constituto condicional; pero las deudas hasta cierto dia han podido dar lugar á un constituto, cuya exigibilidad fuese más inmediata. Cuyacio pretende que todo constituto era á término, puesto que el verbo *constituere*, como el de *recipere*, significaba señalar ó recibir un dia para el pago (2), y Paulo dice (3) que cuando se ha omitido indicar un término de un constituto, se ha concedido uno de diez dias por lo ménos.

X. Acciones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.

40. El pretor ha concedido la accion de peculio contra el padre ó el señor, porque, aunque segun el derecho civil no están obligados por los contratos de su hijo ó de su esclavo, es sin embargo equitativo que sean condenados hasta donde alcance el peculio, especie de patrimonio de los hijos ó hijas y de los esclavos.

De las acciones *de peculio* trataremos en el § 4 del siguiente título. Las ponemos con el texto en plural, porque la expresion *de peculio*, como cuidaremos de explicarlo, no indica más que una calificacion aplicable á un gran número de acciones distintas.

XI. Item si quis, postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur; justissime accommodat ei talem actionem per quam non illud quæritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

41. Lo mismo si uno en la demanda de su adversario ha jurado que la suma reclamada por él se le debe, el pretor, en caso de insolvencia, le da una accion, por la cual se examine, no si el crédito existe, sino si ha prestado este juramento.

(1) Cod. 4. 18. *De constituta pecunia*. 2. const. de Justinian.

(2) Lib. 29. Paul. ad. edict.

(3) D. 13. 5. 21. § 4.

En nuestro párrafo se trata del juramento que las partes, para concluir el pleito y evitar la contienda judicial, convenian en diferirse el uno al otro, fuera de toda instancia, sin estar *in iudicio*, ni aún *in iure*. Hay en ello una especie de transaccion que el derecho pretoriano ha confirmado, y que segun las expresiones de Paulo tiene más autoridad todavía que la cosa juzgada (1). Nuestro texto supone que el que se juzga acreedor es el que, conformándose con la voluntad de su adversario, ha jurado que le debe. Desde entónces, y en caso de negativa de pagar por parte del deudor, la única cuestion ya á los ojos del pretor no es saber si el crédito existe ó no, sino si se ha prestado el juramento. En consecuencia de esto, da al acreedor para la persecucion de su derecho una accion pretoriana, llamada de *jurejurando* ó *an juraverit*, que está concebida *in factum*, y en la cual el juez no tendrá más que comprobar el juramento. Este juramento puede tambien, segun el caso, si su resultado ha sido favorable al pretendido deudor, dar lugar, ya á una denegacion de accion, ya á una excepcion de *jurejurando* en su favor, como veremos más adelante (tit. 12, § 4).

Ademas de este juramento, fuera de toda instancia y como transaccion para evitar el proceso, restan todavía otras especies de juramento, el deferido ó referido por las partes, la una á la otra, en el curso mismo de un proceso; ya ante el pretor (*jusjurandum in iure*), ya ante el juez (*jusjurandum in iudicio*); ó el que el mismo juez defiere, para ilustrarse, á cualquiera de las partes; ó en fin, el que defiere para apreciar el importe de la condena (*jusjurandum in litem*). Nuestro texto no se ocupa aquí de los efectos de estas varias especies de juramentos, de que ya hemos dicho alguna cosa.

XII. Pœnales quoque actiones bene multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti, adversus eum qui quid *ex albo ejus corrupisset*; et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset; item adversus eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit; et alias innumerabiles.

12. Gran número de acciones penales fueron tambien introducidas por la jurisdiccion del pretor: por ejemplo, las acciones contra el que hubiese borrado una parte cualquiera del *album*; el que hubiese citado *in jus*, sin permiso previo, á su padre ó á su patrono; el que hubiese arrebatado con violencia ó hecho desaparecer con dolo á una persona llamada *in jus*, y otra porcion de acciones.

(1) Dig. 12. 2. 2. f. de Paul.

Ex albo ejus corrupisset. Ya se sabe lo que era el *album* del pretor: cualquiera que le causase el menor deterioro, ya rompiéndole, ya manchándole, ya haciéndole desaparecer, ya alterándole, era castigado en virtud de una accion pretoriana popular, llamada accion de *albo corrupto*. Las alteraciones de los edictos de los emperadores llevaban tras sí la pena de la falsificacion (1).

Lo que ya hemos dicho de la prohibicion hecha á los hijos ó á los libertos de citar *in jus* á sus ascendientes ó á su patrono sin autorizacion previa, y de la accion *in factum* que se daba contra ellos por infraccion de esta prohibicion, como tambien de la accion pretoriana dada contra los que se hubiesen resistido á una *vocatio in jus*, ó usado de violencia ó de dolo para impedir la, nos parece suficiente para la inteligencia de los ejemplos presentados aquí por nuestro texto.

XIII. Præjudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt per quas quæritur an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus ferè una illa *legitimam causam habet*, per quam quæritur an aliquis liber sit: cæteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

13. Las acciones prejudiciales parecen ser acciones reales: tales son aquellas por las que se examina si uno es libre ó liberto, que tienen por objeto hacer reconocer la filiacion. Entre estas acciones no hay más que una que esté fundada en el derecho civil, á saber, aquella por la cual se trata de saber si uno es libre: las otras proceden de la jurisdiccion pretoriana.

Hemos indicado el carácter de las acciones prejudiciales bajo el sistema formulario, que tenía de particular que la fórmula no contenia condena, y que la sentencia se limitaba á reconocer y comprobar, ya un hecho, ya un derecho que constaba desde entónces judicialmente, y al que las partes recurrían más tarde en caso de necesidad para deducir todas las consecuencias legales. Lo referente á la redaccion de la fórmula ha desaparecido en tiempo de Justiniano; pero prescindiendo de esta redaccion que no tiene lugar, el carácter de la accion permanece el mismo.

Aunque estas acciones no sean enteramente idénticas con las acciones *in rem*, puesto que éstas contienen siempre la pretension de un derecho real por parte del demandante, debiendo conducir á una condena ó á una absolucion, al par que las acciones prejudiciales

(1) D. 48. 10. 32. Mod.—Paul. Sent. 15. 3.

tienden á veces sólo á la justificacion de un hecho, y no llevan jamas tras sí condena; sin embargo, como tampoco se dirigen á la persecucion de una obligacion, y que, por consiguiente, no se hace en ellas mencion de ninguna persona obligada, y que el hecho ó el derecho que trata de justificar esté expresado en ella de un modo general *in rem*, con razon dice nuestro texto que parecen ser acciones *in rem*.

Los derechos que las acciones prejudiciales aspiran con más frecuencia á comprobar son los que se refieren al estado de las personas, como los de ingenuidad, de libertad, de patronato, de paternidad, de filiacion y otros semejantes, los cuales sabemos que son derechos reales. Los comentadores de derecho romano anteriores á nuestra época creian que el uso de las acciones prejudiciales se reducía á estas aclaraciones de estado; pero desde que Gayo nos ha dado á conocer su verdadero carácter, podemos reconocer, ya en Gayo, ya en las *sentencias* de Paulo, y aun en el Digesto, varios casos de accion prejudicial, que tienen por objeto justificar un hecho. Tales son las acciones prejudiciales en que se trata de saber *quanta dos sit* (1), si los *sponsors* ó los *fidepromissores* han sido instruidos, como prescribe la ley, de la extension de su obligacion (2); *an res de qua agitur major sit centum sextertius* (3), *an bona jure venierint* (4).

La *liberalis causa* al principio era una verdadera *vindicatio*, y sólo más tardese convirtió en un *præjudicium*. Puede considerarse bajo dos aspectos: ya en la hipótesis de que se trate de declarar á uno esclavo, ya en la hipótesis de que se trate de declarar á uno libre: en el primer caso la accion compete á cualquiera que se crea propietario ó usufructuario del hombre en litigio; en el segundo, la accion pertenece al hombre mismo, cuya calidad está en cuestion, á sus parientes ó á su esposa. Antiguamente esta accion no se ejercitaba por la persona litigiosa, sino por un *licitor* ó *assertor libertatis*, porque la *liberalis causa* era una verdadera *vindicatio*; el hombre litigioso era presentado y vindicado á presencia del pretor como cualquiera otra cosa corpórea, litigiosa entre dos partes que tienen pretensiones contrarias. Una vez juzgada la cosa entre el *assertor* y el pretendido dueño, no quedaba decidida más que entre ellos, y uno podia venir pretendiendo ser el dueño del mismo individuo, aunque

(1) Gay. Com. 4. § 44.

(2) Gay. Com. 3. § 123, pág. 183.

(3) Paul. Sent. V. 9. *De stipul.* § 1.

(4) Dig. 42. 5. *De reb. auctor. judic.* 30. f. de Papir. Just.

el primero hubiese salido mal. Si el esclavo sucumbia, aun podia hacer juzgar la misma cuestion tres veces contra el mismo adversario por medio de otros *assertores*; pero Justiniano, al permitir al esclavo defender por sí mismo su libertad, decidió que la cosa juzgada con este motivo quedaba juzgada para todos.

El estado de una persona puede litigarse aun despues de su muerte; pero los emperadores Claudio y Nerva han decidido que el estado de que se hallaba en posesion un difunto al tiempo de su muerte no pudiese ser disputado más que durante cinco años, si se queria hacerlo de peor condicion (1).

Legitimam causam. La *causa liberalis* era tambien anterior á la ley de las Doce Tablas, habiéndola insertado Apio Claudio en esta ley (2).

XIV. Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, SI PARET EUM DARE OPORTERE. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat, nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hæc actione teneantur, SI PARET EOS DARE OPORTERE; quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

XV. Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes, in personam vero actiones, quibus DARE FACERE OPORTERE intenditur, condictiones. Condicere enim est denunciare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse quæ actor intendit dari sibi oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit.

14. Segun esta distincion de las acciones, es cierto que el demandante no puede reclamar su cosa por esta fórmula. SI APARECE QUE NULANO DEBE DAR, pues lo que le pertenece no podria dársele, porque dar (*dare*) significa transferir su propiedad, y la cosa que es ya suya no podria serlo más. Con todo, en odio de los ladrones, y para obligarles por medio de muchas acciones, se ha querido que ademas de la pena del duplo ó del cuádruplo, estuviesen sujetos para el recobro de la cosa á esta accion; SI APARECE QUE DEBAN DAR, aunque la accion real por la que el demandante sostiene que la cosa es suya, exista tambien contra ellos.

15. Se llama á las acciones reales vindicaciones, y condiciones las de las acciones personales, cuya pretension es que el adversario DEBA DAR ó HACER. En efecto, *condicere* en el antiguo lenguaje significa denunciar, pero hoy hablamos impropriamente cuando llamamos condicion á esta especie de accion, porque ya no se hace denuncia.

(1) C. 7. 16. 6.

(2) D. 1. 2. 2. § 24. Pomp.