

§. CLXVIII. *Plebiscitos sobre la Tutela y la Prescripcion.*

Los únicos Plebiscitos relativos á las personas son: una ley sobre el derecho de ciudadanía, y la LEY ATILIA sobre el nombramiento de tutores por el Pretor con la simple mayoría de los tribunos del pueblo. Admitiendo que con anterioridad á esta época no estaba erigido en principio que un tutor podía ser nombrado por la autoridad judicial, estaría probado al menos segun Tito Livio, que este Plebiscito es anterior al descubrimiento de las Bacanales (en 566) y al Senado-consulto relativo á ellas.

Pueden colocarse en la doctrina de la adquisición de la propiedad las leyes siguientes:

La LEY LICINIA contra la enagenacion hecha por un copropietario con el fin de evitar la demanda de division formada contra él. Como solo se encuentra citada una vez en la Pandectas (1), no conocemos el conjunto de sus disposiciones, ni la época de su promulgacion.

La LEY ATILIA, que dicen los autores permitió la usucapion de la cosa robada.

La LEY SCRIBONIA, citada en las Pandectas al hablar de la prescripcion de la servidumbre llamada *altius non tollendi servitus*, prohibia solamente la adquisicion de las servidumbres por prescripcion (2).

(1) *Fr. ult. D. 4, 7.*

(2) *El fr. 4. 5. 29. D. 41, 3.* Es el único paraje en que se trata de esta ley.

§. CLXIX. *Plebiscitos sobre los testamentos.*

La LEY FURIA es un plebiscito muy antiguo sobre el contenido de los testamentos (1). Determinaba que no habria mas que ciertas personas capaces (2) de recibir legados de mas de mil ases, sin estar espuestos á restituir el cuádruplo.

Sabemos que la LEY VOCONIA *de mulierum hereditatibus* (año 585) tenia por fin poner límites al lujo y gasto de las

mujeres, agotando una de las principales fuentes de su riqueza, es decir, declarando que la última voluntad de los testadores no podia ser tan liberal en su favor. ¿Pero qué significa en esta ley la cláusula de que solo es aplicable á los ciudadanos inscritos despues del censo hecho por los últimos censores? Esta cláusula no es una *perifrasis*, empleada para decir que la ley obliga á todos los Romanos sin distincion, porque esta última locucion tiene sobre la otra el mérito de la brevedad. No es tampoco un subterfugio sutil colocado de intento en interés de los que, por cualquiera casualidad, no hubiesen sido comprendidos en ningun censo. Es claro que se une un pasaje de Asconius Pedanius, enteramente inexplicable de otro modo, en que este autor nos enseña que la LEY VOCONIA solo hablaba á su entender de los ricos. Pero aquí se suscita aun una nueva duda; ¿cómo espresaba la ley su intencion en este punto? No es la designacion del censo en el testo de la ley lo que corta la dificultad, puesto que no habla de las personas inscritas por los censores actuales, sino de las que lo han sido *despues* de estos, y los nuevos censores que á ellos sucedieron fueron nombrados el mismo año en que se propuso la LEY VOCONIA. ¿Estaba decidido, pues, que estos nuevos censores no debian inscribir en sus registros á todos los Romanos que tuviesen caudal? ¿O es la misma ley la que designaba la fortuna que sería preciso tener para ser inscripto por ellos, y entonces Ciceron, al hablar de ella, ha omitido estas palabras como innecesarias para la prueba que trataba de hacer, á cuyo efecto le bastaba la sola espresion de *censo*? Gayo (3) no designa positivamente mas que á los testadores que poseian una fortuna de cien mil ases. Por lo demas, lo que tampoco podria comprenderse es, por qué Plinio cita expresamente la LEY VOCONIA, y la LEY JULIA y PAPIA POPPEA, como las fuentes mas abundantes de rentas públicas (4), mientras que por otro lado Aulo Gelio (5) dice formalmente que la primera de ellas habia caido enteramente en desuso. Por esto es bastante indiferente para nosotros, y

podemos, suponiendo alguna falta en el copista, explicar fácilmente la contradicción que se advierte entre estos dos escritores, mientras que por el contrario importa mucho al historiador del derecho civil, conocer las disposiciones de la LEY VOCONIA sobre la sucesión *intestada*. Sería indispensable, por ejemplo, saber si en el momento de aparecer esta ley, no gozaban ya las mujeres del beneficio de esta sucesión, y desde cuándo estaban privadas de él (6), ó bien si esta ley, que no se menciona sino al hablar de los testamentos, tenía también por objeto escluir á las mujeres por primera vez de la sucesión *ab intestato*, suposición admitida con el fin de resolver todas las dificultades que ofrece este punto oscuro (7). No sería menos útil conocer si Voconio había querido escluir expresa ó tácitamente á las mujeres, á quienes hasta entonces había sido permitido sustituir en calidad de mas próximos herederos *ab intestato*, de la clase de personas á quienes se había concedido ya el derecho de atacar un testamento que les fuese perjudicial. Efectivamente se atribuyen á esta ley, al menos á su espíritu, las restricciones impuestas á la herencia legítima de las mujeres *consanguineas*, por oposicion á las *agnadas* (8). Acaso se decidía en ella, que ningun legatario pudiese recibir mas que el heredero (9); pero sin embargo, es dudoso que hubiesen sido sometidos á esta restriccion, y limitados á cierta suma los legados hechos á las mujeres, porque la LEY VOCONIA parece que no fué observada constantemente, y se refundió en lo sucesivo en otros plebiscitos mas recientes. Esta fusion es la que esparce tan grande oscuridad sobre la suerte de esta ley en el período siguiente (10).

(1) Ciceron (*pro Balbo*, c. 3) cita la ley FURIA antes que la VOCONIA, y añade: *Apud majores nostros*. Gayo (p. 112, lin. 16), y Teófilo (2, 22), segun él, dice expresamente que la ley VOCONIA es mas reciente que la otra. La designacion de las especies de la suma prueba tambien que la ley FURIA se remonta á una época muy lejana.

(2) No está probado que las personas exceptuadas fuesen los mas próximos parientes consanguineos. Ulpiano, al contrario (1, 2), se contenta con decir en términos general, con motivo de esta ley: *Præter exceptas personas*, mientras que en

otro pasaje, extraño á la materia de que nos ocupamos (s. 1), dice positivamente: *Exceptis quibusdam cognatis*. Es verosímil que Furio había exceptuado á otras personas que á los parientes consanguineos, acaso las que encontramos designadas como: *exceptæ personæ, in legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita*, á saber, la esposa y cuñada del testador; esta respecto á la dote de su hermana, mujer del testador, muerta antes que este.

(3) Pág. 124, lin. 1.

(4) *Paneg.* 42. Bajo los malos emperadores, dice, *locupletabant, et fiscum et ærarium...* VOCONIA et JULIAE leges; y declara que esta fuente es tan abundante, como la de las confiscaciones pronunciadas contra las personas culpables del crimen de lesa magestad.

(5) 20, 1.

(6) Wieling deducía de la misma ley VOCONIA, que el derecho de sucesión *ab intestato* de las mujeres, había debido ser suprimido durante el intervalo que transcurrió entre este Plebiscito y las Doce Tablas, en las cuales era admitida segun el testimonio unánime de los antiguos (s. 115, nota 3).

(7) Es lo que ha hecho Périzonio en su disertación sobre este Plebiscito.

(8) PAULO en la *Mos. et Rom. LL. Coll. T. 16. s. 3 in fin.*; y *Sent. 4, 8, s. 22: Idque jure civili Voconia ratione (ó voconiana ratione) videtur effectum.* Teófilo (3, 2, s. 3) la atribuye á los jurisconsultos que vivieron entre las Doce Tablas y el Edicto *unde cognati*. Toda incertidumbre en este punto desaparecería si se pudiera admitir que la *querella de inoficioso testamento (inoficiosi querela)*, es decir, el derecho de atacar un testamento hecho en su perjuicio, existía ya en esta época, y se concedía tambien á la mujer heredera consanguínea. Por último, no es muy difícil suponer para aplicar la ley VOCONIA en los diversos casos de esclusión de las mujeres, que en todos ellos se trata de una hija de familia que ha dejado de ser heredera *suya*.

(9) CICERO, *In Verr.* 1, 43. THEOPH. 2, 22.

(10) En el pasaje de Gayo que he citado, se habla como de una legislación vigente y opuesta al derecho de disponer á favor de las mujeres, á título de fideicomiso, de la prohibicion formal de hacer ninguna sustitucion en su provecho en el testamento de un ciudadano.

§. CLXX. Plebiscitos sobre las obligaciones.

No es fácil decidir si es puro efecto de casualidad que casi todos los Plebiscitos de este período sobre el derecho privado son relativos á la doctrina de las obligaciones; observacion aplicable, no solamente á aquellos cuyo conocimiento debemos al descubrimiento del manuscrito de Gayo, sino tambien á los que conociamos ya con anterioridad. Sería posible que se explicase esta circunstancia por un pasaje de Dion Casio, que deplorando los vicios de la administracion de justicia, dice positivamente que todos provienen de la inobservancia de las leyes relativas á los contratos (1). Por lo demas, colocamos igualmente en la clase que forma la materia de este párrafo, todos los Ple-

biscitos sobre el interés del dinero y la severidad de la ejecución contra la persona, lo mismo que la LEY AQUILIA (§. CLIX.)

(1) 16, 23. Ουτε παλαια δικαιωματα α περι τα συμβολαια διατετυμνα τρωιητες. Antes que Gayo nos hubiera hecho conocer tan gran número de Plebiscitos sobre las obligaciones, era indudablemente permitido desatender el documento precioso que presta este pasaje para la historia de estas leyes. Debe advertirse, que de los Plebiscitos posteriores á la ley CORNELIA sobre los Edictos Pretorianos, con motivo de los cuales hace Dion Casio esta advertencia, muy pocos son relativos á los contratos. Se introdujo este nuevo órden en el Edicto de los Pretores porque llegó á ser mas frecuente y completo.

§. CLXXI. LEY PLATORIA.

Con independencia de todos estos Plebiscitos debemos citar aun la LEY PLATORIA, cuyo nombre es mutilado tantas veces en los manuscritos, y algunas está cambiado en el de LATORIA, sin que haya habido motivo suficiente para decidirse por una ú otra denominacion, hasta que el descubrimiento de la tabla de Heraclea (1) ha venido á enseñarnos que debia preferirse la primera. Esta ley era concerniente á los acreedores; tendia evidentemente á restringir su número, porque cuando habian contratado con deudores menores de veinte y cinco años (2), é iban á demandarles, se permitia á estos intentar contra sus demandantes una accion (3), que les quitaba el honor (4). No se habla de este Plebiscito en el derecho romano al fin del tercer período. En el curso de este, sin embargo, hubo necesidad de darle mas estension cuando se trató de designar los curadores del emperador Marco Aurelio (5); y en la misma época está referida expresamente en el Edicto *la restitution in integrum (in integrum restitutio)*, que parece fué introducida la primera vez por Platorius (6).

(1) Lin. 112 de la tabla entera, ó lin. 38 del segundo trozo.
 (2) Plauto nos ha dado á conocer la edad que fijaba, dándola la calificacion de *lex quinquicennaria* (Pseudol. 1, 3, p. 68). Constantino (c. 2. Th. C. 3 y 12, que falta en el extracto) dice los años de esta ley, en vez de decir sencillamente los menores de 25.
 (3) Ciceron (*de nat. deor.* 1, 20, y *de off.* 1, 15) dice que este *dolus* está

circumscriptio adolescentum, daba materia á un juicio público (*judicium publicum*).

(4) En la inscripcion de Heraclea se dice, que una condenacion semejante hace inhabil para ser magistrado municipal (*ordo municipi*).

(5) Capitolino (*in D. Marco, c. 10*) dice: *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Platoria vel propter lasciviam vel propter dementia. Heinccio* pretende que se trata en este pasaje de tres especies de curadores: 1.º de los curadores en virtud de la ley Platoria; 2.º de los curadores de los pródigos; 3.º finalmente, de los curadores de los locos. Pero sus adversarios sostienen que fué este Plebiscito el que mandó por primera vez que se diesen curadores á los pródigos y locos. Seria motivo de sorpresa, el que Ulpiano no hable al tratar de la curaduria, ni de esta ley ni de la edad de 25 años (12, 4), si no hubiera despues de las palabras: *qui nuper pubes factus, idonee negotia sua tueri non potest* una laguna desatendida, porque lo que sigue no tiene ninguna relacion con la curaduria, sino con los *coelibes* y los *orbi*.

(6) Dig. 3, 4. *De minoribus XXV annis*, y 6. *Ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituntur*.

§. CLXXII. Plebiscito sobre los SPONSORES y los FIDEPROMISSORES.

Gayo nos da á conocer cuatro Plebiscitos que pueden reunirse respecto á su fin. Estaban destinados efectivamente á impedir que se contrajesen deudas inconsideradamente, ya sin fianza ya con ella. Sin embargo, solo están nombradas en ellos las clases de fianzas llamadas *sponsores, fidepromissores*, de modo que se ignora aun si sus disposiciones reglamentarias se aplicaban á las fianzas propiamente dichas (*fidejussores*). No se encuentra ningun vestigio de estos cuatro Plebiscitos en Ciceron, al paso que hay muchos en las Constituciones de Justiniano.

1.º El primero de ellos, la LEY CORNELIA, fija en veinte mil ases ó sestercios (es decir, cincuenta mil *ases*, un poco mas de cincuenta marcos de plata), la suma que un individuo (*sponsor* ó *fidepromissor*) puede garantizar por un año á nombre de uno y para con otro (1). Esta ley no solamente es la misma LEY CORNELIA de que hablan las *Pandectas*, á la vez que de la LEY TITIA y la LEY PUBLICIA, sobre las que no tenemos ninguna noticia (2), sino tambien el mismo Plebiscito, ó uno enteramente semejante á aquel de que se habla en las primeras líneas que se han conservado de la obra de Ulpiano, cuyo contenido era relativo

á la cantidad legal (*modus legitimus*) de las donaciones (3), que no daban en verdad accion jurídica al donatario; pero eran irrevocables desde el momento de su ejecucion. Hasta hoy se habia atribuido este principio á la LEY CINCIA (4), citada con bastante frecuencia por los antiguos; pero no de otro modo que como una ley que habia caido en desuso, y cuyo único fin era (5) prohibir á los Senadores las donaciones *ob causam orandam*, que estaban siempre tan prontos á aceptar (6).

2.º Otra ley cuyo nombre es ilegible en el manuscrito de Gayo, mandaba al que aceptaba un *sponsor* ó un *fidepromissor*, que principiara por declararlo públicamente (*prædicere palam*).

3.º Segun los términos de la LEY APULEIA, habia legalmente una especie de sociedad entre los *sponsors* ó *fidepromissores*, cuando eran muchos; pero no entre los *fidejussores*: el efecto de esta sociedad era que cada uno de ellos podia exigir de los otros la restitucion de lo que habia pagado ademas de su parte en la deuda comun. Esta ley regia fuera de la Italia, y es mas antigua que la siguiente (7).

4.º Finalmente, la LEY FURIA de *sponso* (8) dispone que en Italia los *sponsors* y los *fidepromissores* no estarán empeñados sino temporalmente, y que cada uno lo estará solo por su parte (9). Es verdad que la palabra *Italia* de esta ley y la precedente está en lugares del manuscrito de Gayo, donde es muy difícil leer lo escrito; pero lo que nos autoriza á admitirla es, que nos ayuda á explicar una escepcion llamada *ANNALIS exceptio Italici contractus*, completamente ininteligible sin esta ayuda (10). Hay mas, y es que aun cuando se hubiera tratado en la ley de dos años y no de uno solamente, no sería aun motivo suficiente para rehusar creer que contenia realmente esta palabra, porque cuántos cambios, en efecto, es posible que haya experimentado este plazo despues de su introduccion?

(1) GAJ. p. 161, lin. 12.

(2) Segun el fr. 3. D. 11, 5, se ve que estos Plebiscitos permitian una *sponsio* ó una especie de apuesta en todos los juegos de armas, lo cual era sin duda una escepcion de la ley general que la prohibia.

(3) Fr. 5, §. 5. D. 44, 4; *legis modus*. Fr. 21, §. 1, y Fr. 24. D. 39, 5.

(4) Caton dice, en Tito Livio (34, 4), que habia sido dada únicamente *quia vectigalis jam et stipendiaria plebes esse senatui exerat*.

(5) Véase á Savigny sobre la ley CINCIA, *Zeitschrift* (IV, p. 4). Es verosímil que el autor considere todo lo que ha dicho sobre el contenido de la antigua ley relativa á donaciones, como mucho mas importante para esta materia que la misma ley CINCIA; además, no se ha adoptado la opinion de que esta ley era relativa á esta materia, sino porque no se conocia ninguna otra sobre las donaciones, y que Constantino (C. 4. Th. C. 8, y 12) habla de donaciones hechas á personas escepuadas por la ley CINCIA (*exceptæ Cincia legi personæ*). Se ha creído que debian traducirse las palabras Ξ *velivo rojovo*, empleadas en la Novela 162, C. 1, por las de *ley Cincia*, que Cujas ha traducido, sin embargo, por las de *lex Cencia*. Savigny es el primero que ha hecho advertir la relacion que hay entre la suma especificada por la ley CORNELIA y la prescrita para las donaciones.

(6) GAJ. p. 161, lin. 4.

(7) Id. 160, lin. 12, 22.

(8) Id. 196, lin. 5.

(9) Id. p. 159, lin. 20.

(10) CONST. 1, C. 7, 40. *De annali exceptione Italici contractus tollenda*.

§. CLXXIII. Plebiscitos sobre las LEGIS ACTIONES.

Gayo indica muchos Plebiscitos sobre las LEGIS ACTIONES (Véase §. CXXXI). Son desde luego los que tienen por fin determinar cada *legis actio* en particular, como la LEY PINARIA (1), que se ocupa de la *consignacion judicial* (*sacramentum*), la LEY SILIA relativa á la *condicion* (*condictio*), cuando se trataba de una suma determinada (*certa pecunia*), la LEY CALPURNIA (2) que tenia por objeto la demanda de toda otra cosa determinada (*omni certa re*); y en fin la LEY MARCIA (3) que arregla la *manus injectio* (*manus injectio*) contra los usureros. Gayo habla tambien de algunos otros Plebiscitos referentes á la *manus injectio* (*manus injectio*), á saber: la LEY AQUILIA, de que se ha tratado antes (§. CLIX), la LEY FURIA *testamentaria*, de que nos hemos ocupado igualmente (§. CLXIX) (4), y otra ley cuyo nombre no es muy cierto (5). Pero la que importa mas señalar aquí es la LEY EBUTIA, citada una sola vez en las fuentes que teniamos hasta el dia á nuestra disposicion. Sabiamos por Aulo Gelio (6) que esta ley habia hecho al-

gunas modificaciones en el antiguo derecho; pero hoy nos enseña Gayo que fué ella y las dos LEYES JULIAS las que suprimieron las *legis actiones* (7). Finalmente, debe colocarse aquí la LEY HOSTILIA, que prescribía, según las Instituciones, que se intentase la acción del robo (*furti actio*) á nombre de toda persona ausente por los intereses de la república, y la LEY MAMILIA (8) sobre los pleitos suscitados con motivo del deslinde de las propiedades. Esta ha sido confundida con otra sobre una colonia, cuyo contenido ha llegado hasta nosotros.

(1) P. 193, lin. 2.

(2) P. 193, lin. 10.

(3) P. 196, lin. 13.

(4) P. 196, lin. 23.

(5) P. 197, lin. 1.

(6) 16, 10.

(7) P. 198, lin. 15.

(8) Esta ley data del año 515 de la fundacion de Roma.

§. CLXXIV. SENADOS-CONSULTOS.

II. Reúnense los argumentos mas sólidos para probar que ya en el curso del segundo período, y no solamente en la época en que subió Tiberio al trono, habian llegado á ser los Senados-consultos una de las fuentes del derecho romano. Ciceron les coloca expresamente en el número de ellas (§. CLXVI, nota 2). Pomponio les coloca en su historia de las fuentes del derecho por orden cronológico, antes que el Edicto y mucho tiempo antes que las Constituciones imperiales, cuyo origen atribuye á una época anterior á Tiberio (1). Teófilo dice del modo mas positivo, que los plebeyos concedieron fuerza obligatoria á los Senados-consultos precisamente en la misma época en que el Senado por su parte reconoció la validez de los Plebiscitos, es decir, en tiempo de Hortensio (2). Sabemos ademas que se dieron durante el curso de este periodo muchos Senados-consultos (3). Poseemos finalmente, algunos relativos al derecho civil que datan del principio del periodo siguiente, es decir, de un tiempo muy anterior al en que se pretende que

fueron colocados por primera vez en el número de las fuentes de derecho. Entre ellos hay uno el SENATUS-CONSULTUM SILANIANUM, que lleva el nombre de un particular, aunque esto solo se usó ordinariamente para los Plebiscitos. Mi deseo, reuniendo tan estrechamente estas diversas pruebas, ha sido ofrecerlas en toda su fuerza, y seguramente las hubiera debilitado si las hubiese presentado mezcladas y confundidas con otros argumentos, que tienden á un mismo fin; pero contra los cuales sé que podrán hacerse objeciones serias. Estos últimos que voy ahora á enumerar á su vez son: 1.º el monumento de Heracleo, que coloca en la misma línea á los Senados-consultos, Leyes y Plebiscitos, aunque verdaderamente no se ha hecho esta clasificacion con motivo de un principio general de derecho (4); 2.º un pasaje de Horacio (5); 3.º el lugar asignado á los Senados-consultos por el Edicto del Pretor (6) y las Instituciones de Justiniano (7), que los clasifican antes que las Constituciones, argumento que no es admisible sino suponiendo que en estas dos otras hayan sido enumeradas las fuentes del derecho por orden cronológico; 4.º finalmente, las probabilidades que inducen á afirmar que se dió en el reinado de Augusto el Senado-consulta sobre el usufructo de las cosas fungibles, acto que se refiere de ordinario al reinado de Tiberio, para conformarse con la opinion adoptada generalmente.

(1) Pomponio coloca en el §. 9 los Senados-consultos; en el §. 10, *eodem tempore*, los *Edicta magistratuum*, y en el §. 11 *novissime*, solamente los Edictos de los Emperadores. La palabra *capit* de que se sirven en el §. 9 no puede prestar una prueba sólida, porque se la encuentra aun en el §. 5, y en balde se objetaria que en el §. 12 están nombrados los Senados-consultos despues de los Edictos. Por lo demás es precisamente el arma de que se han olvidado servirse nuestros adversarios, entre las que les suministra este pasaje, á pesar de su mucho empeño en tomarlas, hasta de los términos técnicos; acaso sea éste empeño el que les haya hecho descuidar toda otra consideracion. (Véase antes, §. X).

(2) 1, 2, §. 5. «Los Plebeyos querian que sus decisiones fuesen aplicables tambien á los Senadores; pero el Senado exijia por su parte que los Senados-consultos obligasen á los Plebeyos... Hortensio puso fin á la cuestion persuadiendo á cada una de las partes á que se conformase con las leyes dadas por la otra.» Fué mucho mas tarde, dice Teófilo, cuando el Senado se colocó en lugar de las asambleas del pueblo. Vuelve el historiador en el §. 6 á hablar de esta relacion que está perfectamente de acuerdo con la de Dionisio de Halicarnaso. No pod-

mos juzgar de esta analogía sino por lo que dice este historiador de los tiempos anteriores á las Doce Tablas, puesto que está perdida la parte que habla de los posteriores. Dionisio dice efectivamente (s. 7, 18), que los Plebeyos no reconocían las decisiones del Senado ni éste las de aquellos.

(3) Liv. 26, 34, por ejemplo, dice al hablar de los derechos de los habitantes de la Campania; los Tribunos habían abandonado formalmente el negocio al Senado; pero en otro pasaje del mismo autor (39, 3) se ve al Senado quitar el derecho de ciudadanía á muchos pretendidos Romanos; se le vé además (41, 9) ordenar que cuando se tratara de una manumisión haría jurar el magistrado al que manumitía, *se civitatis mutanda causa non manumittere*, disposición reglamentaria, de que no se había tratado en el Plebiscito dado sobre la misma materia inmediatamente antes de este Senado-consulta.

(4) Liv. 72. NISI QUIBUS UTIQUE LEG. PL. VC SC. S. VE. C. CONCESSUM PERMISSUM ERIT.

(5) Ep. 1, 16, v. 41. *Qui consulta patrum, qui leges juraque servat.*

(6) Por ejemplo *fr. 7, s. 7. D. 2, 14. NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUS-CONSULTA, EDICTA PRINCIPUM...*

(7) *s. 3. Instit. 1, 2. Leges, Plebiscita, Senatus-consulta, Principum Placita.*

§. CLXXV. *Argumentos generales que demuestran que los Senados-consultos eran ya una fuente de derecho en esta época.*

Aunque no hubiera todas las razones desenvueltas en el párrafo que precede, las dos consideraciones siguientes bastarían á convencernos de que ningún magistrado se hubiera atrevido á rehusar conformarse á las disposiciones de un Senado-consulta, bajo el solo pretexto de que no era un Plebiscito regular, es finalmente, la misma opinión que Bach se ha esforzado en hacer prevalecer, y en cuyo apoyo ha invocado argumentos que no son concluyentes (1). La primera de estas consideraciones consiste en formarse una idea exacta de lo que era el Senado en esta época. Él formaba entonces una asamblea mucho mas antigua é inherente á la Constitución del Estado que la de los Plebeyos. Eran miembros de aquella todos los magistrados superiores, y los Tribunos tenían derecho de sentarse y votar en su seno. Es verdad que cada uno de ellos podia, por su *veto*, oponerse á que se diera un Senado-consulta formal. Pero en tiempo en que se veían aparecer raramente nuevos Plebiscitos, su oposición no impedía al Senado hacer conocer al pueblo su opinión que no tenia entonces fuerza

de ley (2). Es la segunda consideración, que si se examina el derecho positivo con un espíritu libre de toda preocupación, se puede ver que en ningún tiempo ni nación puede descansar este derecho solamente en las órdenes emanadas del poder legislativo supremo.

(1) Entre los argumentos invocados por Bach, pero desgraciadamente desprovistos de solidez, se debe colocar el que se ha sacado de un pasaje de Ciceron (*de Orat. 1, 57*), relativo á una causa en que se trataba de probar, que no debía entenderse literalmente un artículo de un testamento: es verdad que en él invocó el orador diversos Senados-consultos; pero alegándolos solamente como ejemplos sacados *ex vita ac sermone communi*, y no con la intención de dar á entender que contenían algunas disposiciones aplicables al caso que se litigaba. El *Fr. 23, pr. D. 40, 12*, citado también por Bach en que Mucio Scevola parece que habla ya de muchos puntos, sobre que se hicieron Senados-consultos en lo sucesivo, no es concluyente tampoco. Bach por el contrario no refiere el pasaje de Pomponio que podia haberle suministrado un argumento mucho mejor. No invoca tampoco á Teófilo. Es verdad que cita á estos dos autores (*II, 2, 2. s. 2, nota 2*), en respuesta á ciertas objeciones; pero en primer lugar es inexacta la cita y además no invoca su testimonio en el *s. 3* en que espone los motivos de su opinión. Finalmente no ha comprendido bien el pasaje de Tácito. Toda esta discusión ofrece un ejemplo de la historia literaria de la jurisprudencia; pero bastante árido, sobre todo cuando se sabe que aun los partidarios de Bach no le han dado la razón en esta circunstancia.

(2) Por ejemplo el Senado-consulta VELLEJANUM se expresaba del modo siguiente segun el *Fr. 2, s. 1. D. 16, 1: ARBITRARI SENATUM, RECTA ATQUE ORDINE FACTUROS, AD QUOS DE EA RE IN JURA ADITUM, ERIT, SI DEDERINT OPERAM UT IN EA RE VOLUNTAS SENATUS SERVETUR.*

§. CLXXVI. *Objeciones suscitadas por algunos autores.*

La opinión contraria á la nuestra ha nacido de la falsa interpretación de un pasaje de Tácito, en que este autor se limita á decir que despues del advenimiento de Tiberio al trono, fueron elegidos los magistrados en el Senado. Se ha invocado también en apoyo de este error el testimonio de Polibio, que en su libro sexto, perdido en gran parte y que no habla de la diferencia entre las leyes (*leges*) y los Plebiscitos (*plebiscita*), no atribuye al Senado el derecho de dar semejantes Senados-consultos. Finalmente, sostener semejante opinión, sería en cierto modo querer pretender que el derecho positivo no debe descansar mas que sobre la declaración de la voluntad del poder supremo, en una palabra, sobre simples leyes, y que si no fuera así la juris-

prudencia no podría llamarse desde entonces la ciencia de las leyes.

(1) Véase antes s. CXXXV, nota 2. Cuando se lee íntegramente este pasaje, y sobre todo, después de haber recorrido el final del párrafo que le precede: *Candidatos praeturae XII nominavit...*, se ve que no se trata allí más que de los Comicios para elecciones, y que no dá á entender, ni que se entregara al Senado el poder legislativo en tiempo de Tiberio, ni como pretende Bach, que haya dejado el pueblo de participar de ese mismo poder bajo el reinado de este emperador. Las asambleas del Senado para las elecciones llevan aun el nombre de *Comicios*. En Plinio (*Ep.* 5, 20), y las palabras *comitia imperii transigit*, usadas por Tácito (*Hist.* 1, 14) hablando de Galba quieren decir solamente; Este determinó en el lugar y vez del Senado, quién sería su sucesor en el imperio. Tillemont ha comprendido muy bien el pasaje sobre que versa toda esta discusión (*Historia de los Emperadores*, 7). Reinand (*Opusc.* p. 392) debe ser citado igualmente en el corto número de los escritores de jurisprudencia á quienes debe hacerse la misma justicia.

§. CLXXVII. EDICTA MAGISTRATUUM.

III. Una de las fuentes más fecundas del derecho civil era el derecho Pretoriano (*jus praetorium*, *jus honorarium*) (1), que debió su origen á los Edictos (*edicta*) de los magistrados, es decir, no solamente á los de ambos Pretores (*praetoris edictum*, raras veces *praetorium edictum*) y Ediles (*edictum aedilium*, llamado también *aedilium edictum*, pero solo en el título de las Pandectas) en Roma, sino también á los de los Procónsules y Pretores (*edictum provinciale* y no *proconsulare*). El fin de estos Edictos era establecer para todos los casos de cierta naturaleza, una regla que debiese ser observada durante el tiempo de la administración de aquellos que los habían dado. Llamábaseles *edicta jurisdictionis perpetuae causa, non prout res incidit, proposita; edicta perpetua* (2); todos estos nombres se usaban también en singular, y algunas veces se admitía en ellos la inversión del verbo. Estos diferentes Edictos, y aun también en lo sucesivo, porciones aisladas de algunos de ellos, llevaban el nombre del primer Pretor, que les había dado una extensión general ó una duración ilimitada; tenemos un ejemplo de esto en el *CARBONIANUM EDICTUM*. Pero sucedía muchas veces que se empleaba su nombre para designar la acción á que habían dado naci-

miento, como por ejemplo, la acción *Calvisiana*, *Fabiana*, *Paulliana*, *Publiciana*. En cuanto á su publicación, los Edictos se inscribían *in tabulas, in albo u. d. p. r. l. p.* (*ubi de plano recte legi possit*). Respecto al tiempo en que se daban, los magistrados provinciales les hacían conocer principalmente en el momento de entrar á ejercer su cargo. Es un punto reconocido ya desde hace mucho tiempo, que eran una de las fuentes del derecho desde el segundo período. Suscítanse, sin embargo, respecto á la época precisa á que se remontan, diferentes opiniones muy diversas unas de otras, y todas probables. Giphanio (3) hace derivar de la LEY CORNELIA el derecho del Pretor de formar un edicto. En apoyo de esta opinión debe convenirse efectivamente en que muchos de los indicios más seguros que tenemos para juzgar de esta época, se refieren al período siguiente. Estos indicios son: primeramente el partido que se sacaba de esta fuente en las obras de jurisprudencia publicadas entonces, y en segundo lugar el uso que se hacía de ellos para estudiar el derecho romano. Parece efectivamente que el Edicto pretoriano reemplazó para este estudio á la ley de las Doce Tablas, que Cicerón afirma aun haber aprendido de memoria en su juventud, costumbre que dice estaba abolida en su tiempo: *quas jam nemo discit (de legibus, 2, 23)*, porque la mayor parte de los estudiantes empiezan á estudiar el derecho por el Edicto Pretoriano, *ex praetoris edicto, ut plerique nunc in hauriendam juris disciplinam (de legibus, 1, 5)*. Sin embargo, lo que demuestra que la opinión de Giphanio es inadmisibles es: 1.º que la *Lex de Gallia cisalpina*, que habla positivamente del Edicto Pretoriano, es verosíblemente anterior á la LEY CORNELIA; 2.º que esta misma ley, según Dion Casio, ordenaba la persecución de los abusos que se hubieran podido cometer en la redacción de los Edictos: 3.º finalmente, que es de fecha más antigua que la LEY CORNELIA la pretura de Verres, en cuyo tiempo no había comenzado á estar en vigor el Edicto, según esta opi-

nion, y en el cual sin embargo se dió uno. Parece, pues, que comenzó el derecho de dar edictos hácia la mitad del siglo sétimo de la república; así se lee en Ciceron (*in Verr. 2, 1. c. 44*): *posteaquam jus prætorium constitutum est*. Es verdad que Ciceron asigna á los *Edicta magistratum*, un lugar contrario al que se acostumbraba (§. CLXVI, nota 2), colocándoles antes que el derecho que resulta de la autoridad de la cosa juzgada y de las respuestas de los jurisconsultos *res judicatæ* y *juris peritorum auctoritas*. Pero esta colocacion fuera de su sitio podría provenir muy bien de que el orador ha seguido el orden cronológico, y es una advertencia que hemos hecho antes (§. CLXXIV) hablando de los Senados-consultos, que por el mismo motivo han sido colocados antes de las Constituciones de los Emperadores.

(1) Se han dado dos explicaciones diferentes de este término. Según la una designa un derecho introducido en virtud del poder del mismo cargo (*honores*) y según la otra un derecho introducido sólo en honor de este mismo cargo (*in honorem*). En apoyo de la primera, que me parece la única admisible, puede citarse el *fr. 2, 5, 10. D. 1, 2* y el *fr. 7. Instit. 1, 2*. En vano se querria oponer contra esta opinion la frase que se lee en el *fr. 7, s. 1. D. 1, 1: AD HONOREM prætorum sic nominatum*; no podría servir de fundamento razonable, pues que es preciso tomar aquí la proposicion *ad* en el mismo sentido que en *virtud de*, lo que en verdad no es perfectamente conforme con la palabra *es* empleada por Teófilo. Así pues, el nombre de *jus honorarium* está sacado del nombre del fundador de este derecho, como los de *jus pontificium*, *jus feciale*, *jus papirianum* y aun en parte *jus prædicatorium*, así como algunos otros semejantes.

(2) No se encuentra ordinariamente la calificación de *Edictum perpetuum* mas que desde el reinado de Adriano; pero evidentemente se emplea esta designacion, para abreviar y comprender en una sola palabra la definición del Edicto, tal como se encuentra en el *fr. 7, pr. D. 2, 1*; para hacer entender, por oposicion al Edicto hecho para un caso particular (*Edictum repentinum*), que era el que debía durar todo el tiempo de la jurisdiccion. De ahí resulta, pues, que esta calificación no era menos natural que la de *Quæstiones perpetuæ*, aunque el Edicto y las *Quæstiones* sirviesen de regla solamente á los casos que ocurrieran en el curso de un año. Por otro lado, un pasaje de Asconio (*In. Cie. pro Cornelio majestatis reo*), cuya autenticidad no es sospechosa, habla igualmente de *Edicta perpetua*. No da á entender que la palabra *Edictum perpetuum* designase un orden de cosas inmutable perpétuamente; pues solamente los modernos le han tomado en este sentido, que no tuvo jamás entre los Romanos aun después del reinado de Adriano. Por último, la adición de un adjetivo después de la palabra *Edictum*, en el de Adriano, era tanto más necesaria, cuanto que habiendo dado los emperadores en lo sucesivo otros edictos, era preciso distinguirlos de aquel, lo cual se hizo diciendo: *Edicto perpetuo de Adriano*, etc. (*Edictum perpetuum Adriani*).

(3) *OEcon. juris*, p. 122.

§. CLXXVIII. Argumentos demostrativos del uso legal de esta fuente en la jurisprudencia romana.

Heineccio y, mucho antes que él, Cujas, Tomasio y otros muchos jurisconsultos han mirado esta fuente de derecho como *ilegal*. No han querido reconocerla como *pura*, sino desde la época en que Adriano hizo dar un Senado-consulto concerniente á ella. Pero los Romanos mismos estaban muy lejos de tener semejantes ideas del Edicto de los magistrados, y de suscitar la menor sospecha sobre su ilegalidad. Así la ley relativa á la Galia cisalpina cita el Edicto del Pretor *Peregrinus* (1) y la LEY CORNELIA, dada en los primeros siglos del período siguiente, supone al menos la existencia legal de los Edictos Pretorianos, si no fué ella quien les dió nacimiento. Finalmente, habia Plebiscitos que descansaban sobre algunas materias de este derecho pretoriano (2). Ciceron, atacando al Pretor de Sicilia, conviene en que el Edicto tiene fuerza de ley; pero añade, que es en cierto modo una ley ensayada, y que no debe estar en vigor mas que un año (*lex annua*). No reprocha Verres haber hecho un Edicto, sino haber introducido por dinero en él tantas cláusulas y haber violado tantas otras por el mismo motivo (§. CLXXIX, nota 1). El mismo, cuando fué Proconsul de una provincia, se creyó autorizado para dar un Edicto, á fin de poner á cubierto su responsabilidad; y confiesa que en su redaccion, no vaciló en aprovecharse de las disposiciones contenidas en los Edictos que se observaban en Roma (3). Ciceron coloca positivamente los Edictos entre las fuentes del derecho romano (§. CLXVI, nota 2) y explica su validez en virtud de los principios del derecho consuetudinario en general (4). Finalmente, hace observar que en su tiempo se empezaba el estudio del derecho por el Edicto, cuando en su infancia empezaban aun los estudiantes de derecho por aprender las Doce Tablas (§. CLXXVII). Muy lejos de ser el fin de la LEY CORNELIA abolir los Edictos,