

fué el de hacerles considerar como actos legales; lo cual se prueba con que Pomponio y todos los jurisconsultos de los tiempos mas florecientes, cuyas opiniones sobre el Edicto poseemos aun en las Pandectas, se abstienen de suscitar ninguna duda sobre este punto, y de considerar esta fuente de derecho como ilegal. Muy al contrario, este mismo escritor insiste mucho en hacer ver cuán favorable á las partes es el Edicto, y los otros jurisconsultos hablan de él como de una ordenanza sobre el modo de proceder en juicio, ó en otros términos como de un *Código de procedimientos* (5). Admitiendo el Edicto como parte real de las fuentes de derecho, se llega á comprender mejor con Teófilo, por qué una medida semejante no era perjudicial á los ciudadanos, mientras que por el contrario, bajo el Imperio, les causaba tan gran perjuicio la especie de Constituciones imperiales llamada *Decreto*. Es verdad, por otra parte, que pueden suscitarse muchas objeciones contra los argumentos que este mismo autor hace valer para justificar la fuerza de ley concedida á estos Decretos (6). Fúndase, en efecto, en que el Pretor hacia siempre el Edicto antes de tener el menor conocimiento de las causas particulares á que le aplicaba despues, y aun antes de que hubieran nacido.

Considerando las bases sobre que descansaba la institucion de los Pretores y los efectos que produjo en Roma, se puede convencer, que el mejor medio para prevenir la arbitrariedad en los casos particulares, es obligar así á todo magistrado que puede abusar de su poder, á que declare él mismo públicamente y de antemano, cuál será la regla conforme á la cual obrará en todos los casos que ocurran (7). Parece tan sencillo y natural este sistema que es muy difícil decidir quienes lo idearon primero. Se debe decidir, en efecto, que ocurrió desde luego á los magistrados, porque con la promulgacion de los Edictos se ponian al abrigo de todo reproche y ataque y hacian conocer á sus sucesores cómo se habian comportado; ó bien que sus administrados les impusieron este deber, porque exigiendo que sus magis-

trados publicasen semejantes actos, se colocaban al abrigo de todos los abusos que lleva consigo la arbitrariedad. Es indudable que el Edicto del Pretor, es decir, el derecho pretoriano, se formó paulatinamente. Los primeros encargados de administrar justicia, fijaron desde luego algunas máximas, como lo hacian en las materias de su atribucion los generales de los ejércitos, los censores y los demás magistrados (8). Sus sucesores añadieron ó quitaron á este primer fondo, segun que sus ideas personales les movian á hacerlo, ó la esperiencia lo hacia necesario. Esta operacion les era tanto mas fácil, cuanto que no habia ninguna magistratura superior á la suya; no habia, en efecto, ningun soberano, ningun ministro, ningun miembro de comision legislativa que viniese á ejercer una inspeccion celosa sobre sus acciones. El procedimiento aleman contiene aun especies de determinaciones llamadas *Senatus-consulta camera- lia*, y el derecho francés poseia en otro tiempo disposiciones llamadas *Resoluciones de reglamento*, que son como los Edictos Pretorianos, leyes temporales que emanan del mismo tribunal. Hay aun en nuestros dias una multitud de casos en que el magistrado á quien se confia una comision particular, redacta por sí mismo la instruccion que ha de seguir, aunque haga intervenir y hablar en ella á sus superiores, y se juzgue que el acto emana de su poder. Esto no es en su esencia otra cosa que el *Edicto*, porque el magistrado cuyas acciones estaban arregladas por este acto hablaba tambien en la primera persona, y por consiguiente en su propio nombre, en la redaccion (*DABO, NON DABO, SERVABO, prator pollicetur, proponit*). Es preciso no perder de vista, sin embargo, que en Roma influian los Tribunos muchas veces de un modo muy pronunciado sobre la redaccion del Edicto (9), y que además se juzgaba que le daban su aprobacion tácita, cuando permitian su publicacion, puesto que con ello daban testimonio de que no tenian que hacer ninguna objecion contra su contenido. En nuestros dias y muy recientemente se ha propuesto introducir entre nos-

otros á título de ensayo una legislación semejante (10).

Pueden compararse los Edictos, en cuanto á su contenido, á los Códigos ú Ordenanzas sobre el procedimiento, solo que no es preciso creer que no hubiesen tenido otro objeto que fijar plazos, y arreglar otras formalidades semejantes; lo cual tampoco es el único fin de nuestros Códigos sobre esta materia. Muchas veces se encuentran efectivamente en estos Edictos principios relativos á otra multitud de leyes anteriores y otras fuentes del derecho; por último, se recurría á ellos frecuentemente en las causas en que hubiera sido imposible aplicar las fuentes antiguas.

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 442. *EAM STIPULATIONEM, QUAM IS, QUI ROMÆ INTER PEREGRINOS JUS DICET, IN ALBO PROPOSITAM HABET.* Este pasaje es el que prueba la verdad del hecho alegado por Teófilo, que se rehusaba creer cuando no había mas autoridad que la suya para apoyarlo, y que le ha atraído tantos reproches. Véase la edición de Reitz, p. 1087.

(2) *Fr. 1, pr. D. 38, 14. UTI ME QUÆQUE LEGE, SENATUS-CONSULTO, BONORUM POSSESSIONEM DARE OPORTEBIT, ITA DABO.*

(3) *Cic. ad Attic. 6. 1. Duobus generibus edicendum putavi, quorum unum est provinciale* (que ocupaba poco á los Pretores de Roma), *in quo est de rationibus civitatum, de ære alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum, quod sine edicta satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quæ ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium, de reliquo jure dicundo, ἀγχαρῶν reliqui, dixi* (acaso *edixi*) *me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum.* Ciceron quiere designar por esto los dos Edictos, el uno del *Prætor urbanus*, y el otro del *Prætor peregrinus*, ó solamente los diversos párrafos del acto, á cada uno de los cuales se llamaba tambien *Edictum*. La diferencia entre la segunda y tercera parte consistía en que esta era mas concerniente á la jurisdiccion, de que el Edicto era la única fuente.

(4) *De invent. 2, 22.* Ciceron lo coloca expresamente en el derecho consuetudinario: *Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem jura sunt quedam ipsa jam certa propter (ó mas bien præter) vetustatem, quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere consueverunt.* Todo el pasaje del Edicto era ley desde el momento de su publicacion, aunque no fuese mas que por el lapso de un año; pero llegaba á ser derecho consuetudinario, lo cual debia suceder á no dudarlo muchas veces, siempre que este principio pasara del Edicto de un magistrado al de su sucesor (*Edictum tratatitium*), ó cuando se esperaba verle en cada nuevo Edicto, porque no se recordaba que hubiese sido omitido en ninguno (*Omnes Prætores ita edixerunt*).

(5) En el *fr. 2, §. 10. D. 1, 2*, dice Pomponio: *Eodem tempore* (que los Senados-consultos) *et magistratus jura reddebant, et ut scirent cives, quod jus de qua causa quisque dicturus esset, seque præmuniret* (ó *præmunirent* en la edición de Haloander, lo que puede aplicarse tanto á los ciudadanos como á los magistrados) *edicta proponebant, quæ edicta prætorum jus honorarium constituerant.* En el *fr. 7, §. 1. D. 1, 1*, dice Papiniano que los Pretores habian in-

truducido su derecho *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*; y en fin, en el *fr. 8. eod.*, nos enseña Marciano que el Edicto es *viva vox juris civilis*. Todo esto nos recuerda la expresion de *leyes orgánicas de la Constitucion*, que ha llegado á ser de un uso tan estendido desde hace algunos años, y que se encuentra empleada en las actas de la confederacion del Rin.

(6) En el *§. 7. Instit. 1, 2*. «Porque ha instituido ya antes de los casos, y está por consiguiente al abrigo de toda sospecha.

(7) En el *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 473, se ha procurado justificar el Edicto, diciendo conforme á los principios de Kant, por una parte, que la publicidad es el antidoto de la injusticia, y por otra que espresar una máxima de un modo general, es la prueba de que está máxima considerada como tal, está de acuerdo con la razon.

(8) Asi es como las autoridades municipales, en el Plebiscito encontrado en Heracleo, son remitidas (linea 147 ó 74 del segundo fragmento) á las *FORMULA CENSUS, QUÆ ROMÆ AB EO, QUI TUM CENSUM POPULI ACTURUS ERIT, PROPOSITA ERIT.* Véase *Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 384.

(9) *Die Prætorischen Edicte*, etc., es decir, *los Edictos pretorianos de los Romanos, considerados en sus relaciones con nuestras instituciones modernas*, por SCHRADER, Tubinga, 1815, in-8.º.

(10) Asi, por ejemplo, se encuentra en el Código prusiano toda la doctrina sobre preferencia de los acreedores en caso de concurrencia.

§. CLXXIX. Objeciones contra este sistema.

La mayor parte de los modernos que han considerado en general los Edictos como actos ilegales, han sido movidos á abrazar esta opinion, porque la historia nos enseña que Pretores indignos han abusado de su autoridad, á pesar de los mismos términos de su Edicto, lo que podian hacer igualmente en todos los otros ramos de la administracion de justicia de que estaban encargados. Ciceron en su accion contra Verres habla en los mismos términos del Edicto de este Pretor (1), y el reproche de que acabo de hablar es dirigido contra los Pretores en general, no por Asconio, aunque se acostumbra alegar su testimonio (2), sino por Dion Casio con motivo de la *LEY CORNELIA*, cuyo objeto era remediar todos estos abusos. Heineccio ha pretendido avanzar mas; ha querido probar con el contenido del Edicto, que todo este derecho se reducía en último análisis á una pura ilusion; pero á la verdad no es fácil adivinar si quiere decir por eso que esta ilusion es debida á los magistrados pasados, y á los futuros y aun á los jurisconsultos (3). Da la calificacion injuriosa de *artes Prætoris*, porque toma en

singular el nombre de este magistrado, aunque hubiese un gran número de ellos cada año; da, decimos, esta calificación inmerecida al conjunto de doctrina que nacia de la forma entera del Edicto, ó por mejor decir, al conjunto de medios con cuya ayuda se esforzaban en ligar en lo posible las modificaciones del derecho nuevo con la jurisprudencia antigua. Heineccio se guarda muy bien de ocuparse de los hechos que nos autorizan á pensar, y aun nos demuestran que ciertos principios del derecho romano habian sufrido mucho antes del Edicto, ya en virtud de una ley positiva, ya por el uso, tales modificaciones, que eran en un todo diferentes de lo que eran en las Doce Tablas (4). Su fin en este ataque ha sido exajerando mucho el número de faltas que se echa en cara á los Pretores, desacreditar esta institucion, si no á los ojos de los contemporáneos de estos magistrados que tenian de ellos una opinion muy diferente, al menos para con los modernos. Heineccio no se cuida tampoco de hacer observar que una multitud de circunstancias, en que nadie piensa ver lo que él llama *engaños* (*ar-tes*), ofrecen casos enteramente análogos á los que censura. Asi es, por ejemplo, que los Pretores se escudaban muchas veces detrás de una palabra porque no hay casi otra diferencia entre la *hæreditas* y la *bonorum possessio* (5). Asi es como empleaban, siempre que les era necesario, una ficcion de que sabian sacar partido habilmente, y por ejemplo, suponian no consumada la *usucapion* que lo estaba realmente, ó bien como sabemos hace poco, suponian la cualidad de Romano á un individuo que no lo era (6), pero no hacian pasar una jóven por un jóven (7), lo cual es un reproche absurdo de Heineccio. Asi es que destruian con ayuda de una *excepcion* una accion perfectamente fundada en los términos del derecho civil (8). Asi es, que recurrían finalmente, para salir del paso, á una *restitucion in integrum* (*in integrum restitutio*) todo, sin que se apercibieran de que esta conducta introducía principios directamente contrarios á los que se habian seguido hasta entonces (9).

(1) *Ca. Act. in Ferr. II. Or. 1, c. 41. Qualis in edicto constituendo fuerit, cognoscite...* A este pasaje se une tambien el que se lee mas lejos (c. 46): *In magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat, Ita L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset.*

(2) *Ambitiosi pretores varie jus dicere consueverant.* Esta frase por lo demas, no se refiere directamente al Edicto.

(3) 3, 6, 23. «No observaban todo lo que estaba *prescrito* (Véase antes s. CLXX), ni aun todo lo que estaba *escrito* (esto quiere decir probablemente lo que ellos mismos habian *inscrito* en su Edicto) respecto á los contratos, y aun sucedia muchas veces que hacian todo lo contrario.

(4) El ejemplo que mas salta á la vista, nos lo suministra el uso de los sellos del testamento, cuya introduccion se atribuye al Pretor, en tanto que este, hablando del número de aquellos, cita formalmente la ley que lo fijaba: *Non minus multis signis quam e lege oportet.*

(5) Tampoco hay una gran diferencia entre la *vindication* (*vindicatio*) y el *interdicto* (*interdictum*). ¿Por qué no se tomaban estos dos modos por una sola y misma cosa? Por la razon de que el Pretor habria podido introducir los *interdictos*, en un caso en que no se atrevia á pronunciar una *vindicatio*, en atencion á que la ley no la permitia! Hubiera podido confundir en uno igualmente el estado llamado *liberum est*, y el designado con la calificación de *in libertate manari*. En fin, qué no habria podido aun!

(6) *GAJ.* p. 202.

(7) *Immo, quod magis ridiculum videri posset, fugebant filiam patroni esse filium,* dice Heineccio. Pero segun Gayo (p. 158, lin. 2 y siguientes) y Ulpiano (20, 5), estaba autorizada esta sustitucion de sexo por la ley *Julia* y *Papia Poppæa*. Además es facil justificar la conducta del Pretor en este punto con el ejemplo de otras ficciones introducidas por las mismas leyes civiles, tales por ejemplo la *fictio legis Cornelia*, y la fundada sobre el pretexto de demencia en la *querella de inoficioso testamento* (*inofficiosum testamentum*), ficcion conocida hace mucho tiempo y que se sabe perfectamente que no emana del Pretor. Es tambien posible justificarla por la que está consignada en la ley *Cisalpina*: ordena está en efecto (lin. 40 y siguientes) en ciertos casos, que un hecho no ejecutado en Roma ante el magistrado, se considere como ejecutado. (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 454). Finalmente el mismo derecho inglés está lleno de semejantes ficciones.

(8) Se encuentra tambien un ejemplo al principio de la ley *Cisalpina*, lin. 4, (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 438).

(9) En general no se ha querido ver al apreciar la conducta de los Pretores respecto á las excepciones, que hay una diferencia muy grande de parte de un magistrado, y sobre todo de un magistrado revestido de la autoridad suprema, entre el caso en que anula pura y simplemente una accion, y el en que se limita á indicar y dirigir un medio de derecho contra esta misma accion. Se ha rehusado tambien, al ocuparse del derecho Pretoriano en general, recordar que el *Equity* de los ingleses, corresponde á él perfectamente, y que sin embargo nadie hasta ahora ha sido tentado á mirar como ilegal y mal fundado el derecho del gran canceller de Inglaterra en este punto, y los *Courts of equity*. Véase antes s. CXLVI.

§. CLXXX. JUS CIVILE.

IV. Se conservó el nombre general de *Derecho civil*

(*jus civile*) al derecho que hablando propiamente, había nacido de sí mismo, como la lengua y otros usos, y que por consecuencia no era bien conocido y desenvuelto sino por los jurisconsultos. Mirado bajo este aspecto, se oponía este derecho al que estaba en vigor en los otros pueblos, ó al menos al derecho público admitido en la misma Roma. Así es como se le distinguía no solamente del *derecho Pretoriano*, sino también de todas las instituciones formadas á la vez y de un golpe. El nombre general de *Derecho civil* nos mueve á creer que ninguna otra fuente del Derecho romano era tan fecunda como esta; aunque no sea una de las causas que han motivado los reproches que se ha creído debían dirigirse de prolijidad y difusión (§. CXLVII, nota 1). El principal reproche dirigido contra el antiguo derecho romano es que los jurisconsultos introdujeron una multitud de principios no fijados por Plebiscitos.

Los testimonios más positivos de los antiguos se reúnen igualmente en favor de esta fuente. Así, por ejemplo, cuando Cicerón se ocupa seriamente de este punto (§. CLXVI, nota 2) y habla de la decisión judicial en casos análogos, designa por una parte la autoridad de los jurisconsultos, y en otro lugar (1) la de los Pontífices como ramas aisladas, sobre las cuales se establecieron después máximas generales de derecho, ya antes de la introducción de los Edictos, ya después de esta época, consultando para ello á la vez, su tenor, la costumbre y la equidad. Pomponio cita inmediatamente después de las Doce Tablas, dos fuentes que datan, según él, casi de esta misma época. La primera que llama *interpretatio*, comprende la autoridad de los jurisconsultos, indispensable efectivamente para la *interpretación*, las opiniones admitidas en el foro (*forum*) y el derecho no escrito, es decir, el que no se ha expresado de un modo formal y que representa como parte del *jus civile*. Comprende la segunda las *acciones de la ley* (*legis actiones* ó *legitimæ actiones*), que solo tomamos desde el descubrimiento del manuscrito de Gayo (§. CXXXI) (2). Dice ade-

más con motivo de una de las obras más antiguas sobre el derecho romano, la *Tripartita* de Elio, que contenía primero las Doce Tablas, después la interpretación (*interpretatio*) y las acciones de ley (*legis actiones*).

No es difícil probar que las nociones que tomamos en estos escritores debían ser conformes á lo que existía en este punto. En efecto, lo que se llama *derecho consuetudinario*, es decir, el que se crea por sí mismo tiene naturalmente una alta importancia en todos los pueblos. Debía tener más considerable en Roma, donde la facilidad con que se admitía incesantemente á los extranjeros de nacimiento (§. XXXIV) en el número de los ciudadanos, hubiera acabado por enjendrar un desorden general, si no se hubiera cuidado al mismo tiempo de mantener, en lo posible, los usos establecidos. Por otra parte, el espíritu de disciplina militar de los Romanos, así como la unión que había entre el derecho consuetudinario y las ideas religiosas, todo conducía necesariamente en cierto modo á formarse una idea muy elevada de este derecho. Finalmente se aumentaba su importancia por la que la organización judicial (§. CXLVI) imponía á cada magistrado de colocarse, en lo posible, al abrigo de toda inculpación de parcialidad. Esta sujeción casi servil á instituciones muy susceptibles, si no de cambio total, al menos de modificaciones importantes, ofrecía, es verdad, el inconveniente de poner muchas veces á los ciudadanos y á los mismos magistrados en la necesidad de consultar para resolver una multitud de cuestiones á ciertas personas, únicas que podían ilustrarles en este punto; pero este inconveniente, si lo es siempre, desaparecía casi del todo en Roma por la facilidad con que se obtenían estos consejos y noticias, que además no causaban precisamente gasto á los que consultaban. Las objeciones que se suscitan contra esta fuente de derecho y sus modificaciones, no se colocarán aquí porque las unas y las otras se refieren á la historia de la cultura del derecho, que durante el curso del segundo período merece mu-

cho mas que en el primero un capítulo particular.

(1) De leg. 2, 19.

(2) Fr. 2. D. 1, 2, §. 5 (inmediatamente despues de haber hablado de las Doce Tablas). *His legibus latis cepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio (a) desideraret prudentium auctoritatem (b) necessariam esse et disputationem ferri (c). Hæc disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit (d) compositum (e) a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur... sed communi nomine (f) appellatur jus civile.* §. 6. Deinde ex his legibus, eodem tempore fere, actiones composita sunt, quibus inter se homines disceptarent; quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas solennesque esse voluerunt, et appellatur hæc pars juris legis actiones, id est legitimæ actiones. Haloander cree que han sido interpoladas estas últimas palabras. Sin embargo, se encuentra tambien el término de legitimæ actiones en Festus (v. possessio) y en Aulo Gelio (20, 10, in fine).

(a) Hoy se entiende por esta palabra la parafrasis de un pasaje; pero los antiguos se servian de ella con bastante frecuencia para designar la explicacion, la doctrina en general, aunque no hubiera nada oral ó escrito que comentar.

(b) O auctoritate, palabra que, por lo demás, no concuerda bien con lo que sigue.

(c) Expresion que solo se encuentra aqui, y con la cual, ayudándose del *juris peritus* Apolo de Juvenal, se ha forjado una anécdota inverosímil.

(d) Este último miembro no indica una cosa contraria á la *disputatio*, es solamente otro modo de expresar la misma idea.

(e) Palabra que no quiere decir que ha resultado de una reunion, de una agregacion sino formado.

(f) No comun á ambos á la vez, sino á cualquier otro.

CAPITULO II.

HISTORIA DE LA CULTURA DE LA CIENCIA DEL DERECHO.

§. CLXXXI. Incertidumbre de las nociones que tenemos en este punto.

Las modificaciones de la jurisprudencia durante el curso de este período serían fáciles de explicar si por desgracia no estuviesen limitados nuestros conocimientos en este punto á simples generalidades. En efecto, sabemos solamente que los Patricios, que habian llegado á ser además, comparados con los Plebeyos, mucho menos numerosos que otras veces, dejaron de ser entre los Romanos los únicos que poseian los conocimientos relativos al derecho, á la vez que los otros ramos de los conocimientos humanos. Sabemos igualmente que la jurisprudencia dejó de estar ligada con la religion de un modo tan estrecho, y que se estudió por primera vez igualmente el derecho de gentes (*jus gentium*) y el civil. Sabemos, por último, que el mismo derecho romano empezó á tomar un lugar entre las ciencias, puesto que se escribió un número bastante grande de obras sobre objetos de su incumbencia. Es sensible decirlo; pero desgraciadamente las noticias que nos suministran muchos escritores antiguos, aunque mas exactas que aquellas, nos causan em-