

§. XIII. Todas las obras que hasta aquí dejamos enumeradas, se trabajaron bajo los auspicios del emperador Justiniano. Pero además hai otras insertas en el Cuerpo del Derecho, que no deben su origen á este príncipe: tales son las *Auténticas*, de que hablaremos en este párrafo; y los *Libros de los feudos*, que serán la materia del siguiente. Á las *Auténticas* se las llama también *Novelas*, por llevar en todas las ediciones la inscripción: *Authenticæ seu novellæ constitutiones Justiniani, sacratissimi principis*. Pero aquí no se trata de estas. Trátase sí de saber que al fin de muchas leyes de Código se pusieron ciertos escolios, en los cuales se manifiestan las variaciones causadas por las *Novelas* y el nuevo Derecho que se había ido introduciendo. Por ejemplo, á la *l. 13. C. De s. (L. l. t. 2.) ecclesiis* se la pusieron dos *Auténticas*, porque permitiéndose por la lei á los que entran en alguna religion, el que puedan hacer testamento, en estas *Auténticas* se nota que la disposicion está variada por las *Novelas V y CXXIII*; y estos escolios son propiamente los que se llaman *Auténticas* (1).

Aún no se sabe á punto fijo quién las haya agregado, aunque es verosímil fuese *Irnerio*, jurisconsulte que en el siglo XII fué el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en *Bolonia* (2). Cítanse la *Auténticas*, po-

(1) Estas *Auténticas* son de dos clases: doscientas diez son extractos de las *Novelas* de que habla el autor, y las trece restantes son extractos de las constituciones de los emperadores *Federico* primero y segundo de Alemania, hácia mediados y fines del duodécimo siglo, y por esto sellaman *Authenticæ friedericianæ*, que en forma de extracto se insertaron en el Código por los catedráticos de *Bolonia*, y por ser más recientes, son preferidas á las otras constituciones. Se conocen por la inscripción *Nova constitutio Friederici*, y se citan como los extractos de las *Novelas*.

(2) El primero que enseñó el Derecho romano en la universidad de *Bolonia* fundada y conservada por los papas para enseñar en ella el

niendo primero la abreviatura *Auth.*, después las iniciales, en seguida la letra *C.*, y finalmente la rúbrica del título en que se hallan: v. gr. *Auth. Ingressi monasteria, C. de SS. ecclesiis. Auth. Habita, C. Ne filius pro patre, L. 4. t. 13.*

§. XIV. También tenemos en el Cuerpo del Derecho los *Libros de los feudos* (1), aún cuando no pertenecen al Derecho romano. En efecto los romanos no conocieron los feudos, pues son originariamente de institucion germánica, aunque después se introdujeron en casi todas las naciones de Europa.

Los autores de estos libros fueron en el siglo XII *Gerardo Níger* y *Oberto de Orto*, cónsules de *Milan*, que con autoridad privada escribieron las costumbres feudales. Como volviese después á florecer en *Bolonia* el estudio del Derecho, el jurisconsulto *Hugolino* agregó al Cuerpo del Derecho estos libros de los feudos como apéndice de las *Novelas*. De aquí provino, el que justamente con el Cuerpo justiniano fuese recibido en el foro este libro como Derecho feudal comun, por el cual se deberian decidir las controversias feudales, en caso de faltar cos-

Derecho romano y el canónico, después que en 1137 se descubrieron las *Pandectas* en *Amalfi*, ciudad de la Italia, fué el jurisconsulto *Pepo*, á quien siguió *Irnerio* ó *Werner*; y como este ilustrase el texto de las compilaciones de Justiniano con notas relativas al fondo de la materia y al de las espresiones, á lo que se llamó *glosas*, adquirió una reputacion mucho mayor; tanto que en el duodécimo siglo se le llama *Magister Guarnerius* ó *Wernerius de Bonnonia*; y *Odofredo* en la *Gloss. ad F. 6. D. 11*, le llama *primus illuminator scientiæ nostræ*, y sin duda por esta razon dice el autor que fué el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en *Bolonia*.

(1) Feudo; segun dice la lei 1. tit. 26. Part. 4, es bienfecho que da el Señor á algunt home, porque se torna su vasallo, et le face homenaje de serle leal: et tomó este nombre de fe, que debe siempre guardar el vasallo al Señor.

tumbres, leyes ó estatutos especiales. Para citar los libros de los feudos, se pone primero el número del libro, después la letra *F.*, y finalmente el número del capítulo y alguna vez el párrafo, v. gr. 2. *F.* 24. §. 2.

Estas son las partes de que se compone el Cuerpo del Derecho, pues aún cuando en él se hallen las Novelas del emperador Leon y de otros príncipes, y también los Cánones apostólicos, no tienen uso ninguno en el foro, y por lo mismo no pertenecen propiamente al Cuerpo del Derecho.

§. XV. Resta la última parte del proemio, en la cual se pregunta: *cuál sea la autoridad, así de estos libros, como del mismo Cuerpo del Derecho?* Esta cuestión se resolverá perfectamente por medio de tres axiomas incontestables: 1º. *Una lei posterior siempre deroga la anterior.* L. ult. ff. De const. princ. La lei es la voluntad del sumo imperante, y la voluntad posterior no puede ménos de mudar y quitar la anterior. 2º. *Los particulares no establecen leyes.* Puede el particular interpretar las leyes (1),

(1) Interpretacion es la aclaracion de una cosa dudosa; y así cuando a lei está tan oscura que no se sabe cuál fué la mente del legislador, es preciso acudir á este para que manifieste lo que quiso mandar; de modo que en este caso la interpretacion está inherente á la soberanía, y ningun particular tiene autoridad para interpretar la lei. Por esta razon se manda en nuestra legislacion, que cuando en el foro sobrevenga un caso que no esté comprendido en la lei, ó esta fuere tan oscura que no se pueda saber lo prevenido por ella, los jueces acudan al soberano para que resuelva lo correspondiente; de manera que si la lei estuviere desusada, ó por el trascurso del tiempo, ó por la mayor civilizacion, y la pena aplicada, por ejemplo, á un delito, pareciese excesiva y dura, entónces los jueces deben acudir al soberano y hacerle presente, para que provea de remedio, pero nunca templanla ni minorarla á su arbitrio, porque no tienen facultad para ello; y es un abuso intolerable y perjudicial al estado el que los tribunales conmuten las penas y no se atengan exactamente á la lei. Por eso cuando dice el autor que el particular puede interpretar las leyes, debe entenderse de la interpretacion doctrinal; esto es, que puede explicarlas, comentarlas y aclararlas con ejemplos y racionios.

puede aconsejar, juzgar segun ellas; pero no hacerlas (1), porque la lei es un decreto del sumo imperante, y de nadie mas que de él, IIIº. *Las leyes dadas por el imperante solo obligan á sus súbditos, no á los estraños.* Se dice que la lei es un decreto del sumo imperante; pero nadie es sumo imperante mas que con relacion á sus súbditos. De estos iudisputables axiomas se deducen muchas consecuencias acerca de la autoridad del Derecho, que vamos á esponer. Primeramente, de que la lei posterior derogue la anterior, se sigue 1º que el Código hermogeniano y gregoriano, de los cuales en el dia solo existen fragmentos, igualmente que el Código teodosiano que poseemos casi íntegro, no tienen al presente autoridad ninguna, pues conteniendo estos libros el Derecho antejustiniano, los deroga el Derecho de Justiniano. Y de aquí es que estos códigos pueden ser útiles para interpretar las leyes; pero no servir para el foro, aún cuando en ellos se encuentren las leyes mas íntegras y puras que en el Código justiniano; y segun la L. 2. §. 19. C. *De vet. jur. enucl.* cometia el crimen de falsedad el que citaba libros anteriores á Justiniano, para decidir los pleitos. Síguese del mismo axioma 2º que las Novelas derogan la Instituta, Pandectas y Código; pues segun vimos en los §§. 11 y 12, son posteriores á todos los libros del Cuerpo del Derecho. Por ejemplo, en las Instituciones, Pandectas y Código se establece el derecho de suceder abintestato de distinto modo que en la *Nov. 118.* Qué

(1) Tampoco en España puede nadie mas que el rei establecer leyes. La L. 12 tit. 1. Part. 1 dice: « emperador ó rei puede hacer leyes sobre las gentes de su señorío, é otro ninguno no ha poder de las hacer en lo temporal; fuéras ende si lo ficiesen con otorgamiento dellos; é las que de otra manera fueren fechas no han nombre ni fuerza de leyes, é ni deben valer en ningun tiempo.» Véase también la L. 2. tit. 1. Part. 2 y la L. 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Recop.

disposicion es la que se deberá seguir? La que se contiene en la Novela, porque la lei posterior deroga la anterior, 3º Dedúcese de este primer axioma, que el Código deroga las Instituciones y las Pandectas, por ser posterior á entrambas. Por lo cual, si no concuerdan, es preferido el Código; por ejemplo, las Pandectas *L. 79. De acquir. vel omitt. her.* establecen que los padres tengan pleno dominio en los bienes adventicios de sus hijos; mas en los títulos del Código, *De bonis maternis* y *De bonis quæ libèri*, se adjudican estos bienes á los hijos. Qué derecho prevalecerá? El del Código; porque la lei posterior deroga la anterior. 4º Derivase del mismo axioma que por disposicion de Justiniano no se derogan mutuamente las Pandectas y las Instituciones, porque quiso que ninguno de los dos libros fuese anterior el uno al otro, puesto que ambos los promulgó el emperador en 30 de diciembre de 533, *L. 2. C. §. 23. De vet. jur. enucl.* Se ha dicho por disposicion de Justiniano, porque él mismo habia con prudencia dispuesto que se compusieran estos dos libros de modo que en nada discrepasen. Mas como sea cierto que no siempre lo ejecutaron Triboniano y sus compañeros, y en realidad discrepen á veces las Pandectas y las Instituciones, se pregunta, qué disposicion se deberá seguir? Dos son las reglas que han de observarse: 1ª *la Instituta tiene ménos autoridad que las Pandectas, por cuanto fué sacada de ellas*, pues siempre merece mas fe el original que el extracto. Así pues cuando se consideran las Pandectas como un original, de donde se han tomado las Instituciones, con razon son preferidas á estas. Por ejemplo, en la *Instituta de R. D.* se dice ser *especificacion cuando uno hace trigo de espigas ajenas*. Lo contrario se dice en la *L. 7. ff. De acquir. rer. dom.* Á qué libro daremos mas crédito? Á las Pandectas, porque se conoce que se sacó mui inexactamente de ellas este pasaje de las

Instituciones. 2ª *Ceden las Pandectas á las Instituciones, siempre que aparezca que se hizo alguna inovacion por estas*, pues la lei posterior deroga la anterior. Si es por tanto cierto que Justiniano quiso mudar en las Instituciones alguna cosa de las que estableció en las Pandectas, sin dudas deberá ser preferida la posterior voluntad del emperador. Por ejemplo, en la *L. 9. y L. 11. ff. De manum. vindicta*, leemos que el menor de veinte años no puede manumitir, á no ser por *vindicta*, aprobada que sea por el tribunal la causa que para ello tenga; y en el §. 1. *Instit. Quibus ex causis manum. non licet*, se permite á los menores de diez y siete años el que puedan manumitir libremente. Qué disposicion prevalecerá? La de las Instituciones; porque es claro que el emperador quiso abolir é innovar el Derecho antiguo espuesto en las Pandectas.

§. XVI. El otro axioma es que *el particular no establece leyes*. De él es fácil inferir qué autoridad gozan las Auténticas, copiladas privadamente por Irnerio, segun dijimos en el §. 13. Su autoridad no viene de haberlas compuesto Irnerio, porque el privado no establece leyes; sino de haber sido sacadas de las Novelas y de otras constituciones de varios príncipes, de cuya autoridad nadie duda. Por eso todas siguen esta regla: *las Auténticas no tienen autoridad de leyes á no ser en cuanto convienen con las Novelas, de donde están sacadas*.

De aquí nace la gran disputa de si les Auténticas convienen siempre con las Novelas. Algunos lo afirman y sostienen con empeño; pero no puede negarse que Irnerio, juriseconsulto semibárbaro, que trabajó el primero sobre el Derecho romano, cometió defectos y dejó muchas veces de ser infalible. Siempre que sucede pues, que Irnerio dió á las Novelas un sentido distinto del verdadero,

lo que no deja de ser frecuente (1), no tienen ninguna autoridad las Auténticas.

§. XVII. El tercero y último axioma es : *las leyes dadas por el imperante obligan solo á sus súbditos; no á los estranjos* (2) Por este axioma podrán resolverse dos cuestiones. 1ª ¿ Nos obliga á nosotros el Cuerpo del Derecho de Justiniano? No pueden obligarnos las leyes dadas por este emperador. Porque este príncipe mandó en Oriente, y jamas dominó en Alemania, la Bélgica ni la Francia, y por tanto no tuvo facultad para dar leyes á estas naciones y otras varias de Europa. Por la historia aparece que los germanos, belgas, galos y otros varios pueblos tuvieron muchos siglos despues de Justiniano leyes propias, mui diversas de las romanas. Mas no obstante tiene autoridad el Derecho justiniano (3), por haberlo recibido y

(1) Sirvan de ejemplo la Aut. *Bona damnatorum, Cod. De bonnis proscripti.*; la Aut. *Ex causa, Cod. De liber. praterit. et exhered.*, la Aut. *Hæc ita, Cod. De verbor. oblig.*, y la Aut. *Sed hodiè, Cod. De judiciis.*

(2) Los que vivieren por algun tiempo en el reino del legislador, deben contratar y pleitear segun las leyes de las provincias á no ser si contratasen sobre bienes raíces sitos en otras; y segun las leyes del señorío donde se cometiere un delito, debe ser juzgado el delincuente, *L. 13. tit. 1. Part. 7.*

(3) Nada de esto sucede en España. En la *L. 8 y L. 9. tit. 1. lib. 2 del Fuero Juzgo*, se prohibe bajo ciertas penas el uso y alegacion de las leyes romanas, repitiéndose esta prohibicion en la *L. 5. t. 6. lib. 1. del Fuero Real*. — El sabio autor de las Partidas en la *L. 6. tit. 4. Part. 3*, hablando de los jueces, dice « que los pleitos que vinieren ante ellos, los libren bien é lealmente lo mas aína é mejor que supieren, é por las leyes de este libro, é non por otras. » Con lo cual quiso darnos á entender que estrañaba de sus dominios las leyes romanas, del mismo modo que lo habian hecho sus antepasados. — La *L. 3. tit. 2. lib. 8. de la Nov. Recop.* (1ª de Toro) espresa el órden en que valen y se deben alegar las leyes de los diferentes códigos civiles del reino, y segun ellas los pleitos se deben determinar en primer lugar por las leyes de la Novísima Recopilacion, y en falta de estas por los

sometiéndonos voluntariamente á él, á causa de su equidad, usándolo en los cátedras, academias y en el foro, desde el siglo XIII y siguientes, como lo prueba Estruvio en su *Historia juris*. Dedúcese de esto que no todo el Derecho de Justiniano nos obliga, sino solamente el recibido; porque todas las naciones tienen sus estatutos, sus leyes propias, municipales, provinciales, usos y cos-

fueros que estén en uso, y por las leyes de Partida. Esto mismo se halla confirmado por la *Pragmática sancion del señor D. Felipe II de 14 de marzo de 1567*: siendo digno de advertirse que en ninguna de estas partes se hace mencion de las leyes romanas. — El auto acordado de 4 de diciembre de 1713, ponderando el abuso de citar autores estrangeros, prefiriéndolos á los nuestros, y el error en alegar leyes civiles ó romanas y canónicas; que entre nosotros no tienen fuerza alguna por sí, dice : « Lo que es mas intolerable, es que les parece que en los tribunales reales se debe dar mas estimacion á las leyes civiles « y canónicas..... que á las leyes, ordenanzas, pragmáticas, estatutos y « fueros de estos reinos; siendo así que las civiles no son en España « leyes, ni deben llamarse así, sino sentencias de sabios, que solo pueden seguirse en defecto de lei, y en cuanto se ayudan por el Derecho « natural y confirman el real, que propiamente es el Derecho comun, « y en el de los romanos, cuyas leyes ni las demas estrañas no deben « ser usadas ni guardadas, segun dice espresamente la *L. 8. tit. 1. lib. 2. del Fuero Juzgo*; y la glosa de su cementador Alfonso de Villadiego y otros refieren hubo lei en España que prohibia con pena de « la vida alegar en juicio alguna lei de los romanos..... » — Por el mismo auto y la *L. 1ª de Toro* se ve que cuando ocurre duda sobre alguna lei real, ó en falta de esta, se acude al príncipe para que interprete y provea. — La *L. 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Recopil.* (2ª de Toro) manda á los juriscultos dedicarse principalmente al estudio de las leyes españolas, *pues por ellas, dice la lei, y no por otras han de juzgar*. — Á pesar de todo lo dicho, la alta importancia del estudio del Derecho romano queda demostrada en el prólogo de esta obra. — El decreto del señor D. Felipe V de 1713, y el auto acordado de 29 de mayo de 1741 mandan se enseñe el Derecho español en nuestras universidades, donde se habia de permitir el estudio de las leyes romanas *para mayor ilustracion y noticia del que fuese aplicado*. Y finalmente, sabido es que en la carrera de las leyes se exige estudiar el Derecho romano.

tumbres. En el foro se decidirán las controversias primeramente por estos estatutos, etc.; mas si no se hallare en ellos decidida la cuestion, deberán los juezes recurrir subsidiariamente al Derecho romano (1). 2º La otra cuestion que se podrá resolver por este tercer axioma, pertenece á las Novelas de Leon. Pregúntase, si estas Novelas tienen autoridad legal? Muchos lo niegan, y bien negado; pero se engañan cuando fundan su opinion en que Leon vivió despues de Carlo Magno, desde cuya época dejaron de obligar en Occidente las leyes de los emperadores de Oriente, porque la misma autoridad tenia Justiniano que vivió ántes de Carlo Magno para darnos leyes, que Leon el Sabio. La verdadera razon es, que si el Derecho romano tiene fuerza legal, es solo por haber sido recibido, pero al cuerpo justiniano del Derecho no pertenecen las Novelas de Leon, puesto que en el siglo XIII, que fué cuando se introdujo aquel, eran todavía desconocidas las Novelas de Leon, como que el primero que las dió á la luz en el siglo XV, fué el esclarecido ornamento de la Frigia, Vigilio Zuichemo. Por consiguiente, aunque en varias ediciones del Cuerpo del Derecho se ven incorporadas las Novelas de Leon, nada valen en contra del Derecho romano.

(1) Véase la nota anterior.

## LIBRO PRIMERO.

### TÍTULO PRIMERO.

#### DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

§. XVIII. La rúbrica misma nos indica que este título consta de dos partes. La primera trata de la justicia, §. 18 hasta el 23; la segunda del Derecho ó de la jurisprudencia, §. 24 hasta el 32: Acerca de la justicia se pregunta, 1º por qué se trata de ella? §. 18, 2º qué cosa sea? §. 19 y 3º de cuántas maneras? §. 20 hasta el 33.

I. En las Instituciones y Pandectas se empieza desde luego á tratar de la *justicia*, por ser esta el fin de la jurisprudencia y el próximo blanco del juriseconsulto, y convenir que todo el que se dedica á cualquier ramo, tenga siempre á la vista el fin que se propone. Así como el teólogo mira como fin la eterna felicidad, y el médico la salud del cuerpo, del mismo modo el último fin del juriseconsulto es la interior tranquilidad de la república, la que solo se obtiene por medio de la justicia; por lo cual es el fin próximo esta justicia. Quitese la justicia, y viviremos como los pezes, que el mayor devora al menor. La jurisprudencia por consiguiente se cultivó con el fin de que haya igualdad de derecho en la república, para que se aumenten las virtudes con los premios, se estingan los crímenes con los castigos, se dé á cada uno lo que es suyo,