

sa. Aquellos son los que se dan á la persona (1), y por eso espiran con ella, v. gr. el privilegio del foro: estos son los concedidos por cierta causa (2), y por lo mismo aprovechan tambien á los herederos; por ejemplo, el privilegio concedido en los feudos, para que las causas feudales no se ventilen mas que ante los padres de la curia.

§. LXIII. De aquí se deducen algunos axiomas, que deben observarse acerca de los privilegios, de los cuales es el primero: solo el imperante concede privilegios (3); luego no los concede el magistrado, como que él mismo está sujeto á las leyes. La razon está en el § 60., porque hemos demostrado que los privilegios son leyes, y la potestad legislativa solo reside en el supremo imperante. Segundo: el derecho de conceder privilegios no reside en el magistrado: esto se infiere de lo primero. Tercero, al imperante pertenece establecer los términos en que quiere conceder el beneficio, *L. 491. ff. De R. J.* Este axioma se debe observar contra aquellos que, abusando de la *L. 3. ff. De const. princ.*, piensan que la interpretacion estensiva tiene lugar en los

(1) « Dijeron otrosí, que los privilegios que son dados á algunos por razon de sus personas, que non pasan á sus herederos; fueras ende si en la carta ó en los privilegios lo dijere. » *Regl. 27. tit. 34. Part. 7.*

(2) Tales son los concedidos á ciertas iglesias, ciudades y otros lugares. Véase la *glos. 1* de Greg. López á *d. reg. 27.*

(3) En España pertenece por lo mismo esta facultad al poder legislativo. Sin embargo la constitucion ha reservado á la Corona la prerogativa de indultar.

privilegios, no obstante que esta *L. 3.* no habla propiamente sino de los derechos singulares, de que hemos tratado arriba § 60.

§. LXIV, LXV y LXVI. La quinta especie de Derecho escrito son los *edictos de los magistrados*. Porque debe saberse, 1º que los magistrados de Roma no fueron meros jueces, sino que tambien tuvieron facultad de proponer edictos (1), por los cuales indicaban por qué orden y modo querian administrar justicia durante el tiempo de su magistratura. Tales eran los edictos que al principio del año publicaban en Roma los *pretores* (2)

(1) En España los magistrados públicos, gobernadores de las provincias y otras justicias tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que están á su cargo; y usan de esta facultad para poner en ejecucion algunas providencias del rei, ya para hacer observar las leyes que no están en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes. *Alv. Inst. tit. 2. del lib. 1.*

(2) El pretor que se estableció en el año 387 ó 388 de la fundacion de Roma para administrar justicia, era el primero despues de los cónsules, y Publio Furio Camilo fué el primer pretor elegido en los comicios juntos por centurias, con las mismas ceremonias de religion que aquellos. Al principio no habia mas de uno que administraba justicia á los ciudadanos en Roma; pero como se establecieron en ella muchos extranjeros, se eligió en el año de 510 ó en el 511 otro pretor que juzgara sus diferencias. El primero se llamaba en latin *prætor urbanus*, juez de los ciudadanos, y el segundo *prætor peregrinus*, juez de los extranjeros; pero este tenia ménos autoridad que el otro. Para ocupar el empleo habian de ser de familia patricia, aunque en el año 417 de la fundacion de

Roma se nombraron de familia plebeya. Por el año de 605 ó 607 hubo en ella seis pretores. Los dos que eran de la primera creacion, conocian de las diferencias de los particulares, y los otros cuatro de los delitos públicos, esto es, de los cobechos, de las facciones ó bandos, de los parricidios, de los crímenes de lesa majestad romana, cometidos contra el pueblo romano, contra los privilegios de los ciudadanos romanos, y últimamente del peculado, ó del robo del tesoro público. Siendo Sila dictador en el año de 672, añadió otros dos. César hizo tambien crear dos para cuidar de los viveres, y se llamaban *cereales*. Despues de la muerte de César añadió Augusto otros cuatro, y en adelante se vieron en Roma hasta quince pretores. Cuando Sicilia y Cerdeña quedaron reducidas á provincias, y despues de la conquista de España, se crearon pretores para cada una de las provincias conquistadas. Estos eran magistrados que las gobernaban, administraban justicia, y mandaban las tropas en la guerra por todo el año de su magistratura. Con efecto *prætor* significa presidente, comandante, general de ejército ó capitán, derivándose esta voz de *præsse*, ó de *præire*, segun lo dice Tito Livio lib. 3, y Ciceron lib. 3.^o *De las leyes*; y como los que mandaban los ejércitos, eran tambien jueces de las causas civiles en los cuarteles de invierno y en tiempo de paz; por esto se llamaba *prætorium* la tienda del general, la casa del pretor, y el lugar donde administraba justicia. No obstante, cuando la guerra era peligrosa, y se habia de combatir con un enemigo poderoso, iba uno de los cónsules á la provincia invadida ó amenazada de irrupciones, para defenderla y dar en ella las órdenes necesarias. El poder de los pretores era muy grande: podian alterar las leyes, abrogarlas y establecerlas. De esto nace que en el Derecho romano se hace mencion muchas veces del edicto del pretor. Tambien juntaban el senado y el pueblo, cuando lo tenian por conveniente; y en una palabra, tenian en Roma todo el poder, cuando los cónsules estaban ausentes, y habian ido á mandar el ejército. Los pretores no podian ausen-

para la administracion de justicia, los *ediles* (1) acerca

tarse de Roma mas que diez dias; y eran los que registraban los nombres de los esclavos á quienes se daba la libertad, y adjudicaban á los acreedores los bienes que se les debian. Tambien eran protectores de las viudas y de los huérfanos, y tenian cuidado de los juegos y sacrificios que se hacian á espensas del público. Las damas romanas se juntaban todos los años en la casa del pretor, para celebrar en ella la fiesta y misterios de la buena diosa Cibéles, y estaba prohibida la asistencia de los hombres con pena de destierro. Para la eleccion de pretores se juntaba el pueblo por centurias. El dia primero de enero, despues de hechas sus rogativas y ofrecido un sacrificio en el Capitolio, tomaban todos los distintivos de honor unidos á su dignidad, é iban precedidos de seis lictores. Su ropa era bordada de púrpura, y los llevaban en silla de márfil. Cuando el pretor condenaba alguno á muerte ó á otro cualquier suplicio, dejaba su ropa ordinaria, y se ponía una de luto. Para ser pretor era necesario tener cuarenta años: el distintivo exterior de este magistrado era la ropa pretesta, que tomaba despues de haber hecho los votos en el templo; la silla curul puesta en un tribunal, en sitio elevado en forma de média luna; la lanza que manifestaba la jurisdiccion, y la espada que indicaba el derecho de presidir el tribunal que administraba justicia. Fuera de la ciudad le acompañaban lo ménos seis lictores con fasces; y se llamaban provincias pretorias aquellas á donde para su gobierno se enviaban solo pretores. La ropa pretesta era semejante á la toga; y se llamaba así, porque estaba guarnecida por abajo con una banda ancha de púrpura.

(1) Los ediles eran los magistrados romanos que tenian la inspeccion de los edificios públicos, de las fiestas, de los juegos y de los espectáculos. Se llamaban así *ab edibus curandis*, porque cuidaban de los templos, y de las obras y fábricas públicas. Los habia de dos clases, nombrados todos los años;

de las cosas que pertenecian á su jurisdiccion, por ejem-

á saber, los ediles curules, y los ediles plebeyos, dos de cada clase. Los plebeyos eran sacados de las familias plebeyas; fueron creados en el año de 271, y cuidaban de lo que los tribunos querian confiarles. Ordinariamente estaban encargados de mantener los baños, de reparar y hacer limpiar los acueductos, los albañales y las calles; de guardar los decretos del senado y las ordenanzas del pueblo; de impedir las usuras, y visitar las tabernas para contener los desórdenes; pero los ediles curules que se sacaban de las familias patricias, tenian el cuidado de los teatros, de los juegos, de los mercados, de los tribunales de justicia, de los muros de la ciudad, de arreglar y señalar el sitio de los espectáculos, de impedir en ellos todo desórden, y de hacer cuanto era necesario para la subsistencia y adorno de la ciudad de Roma. Tambien era cargo de los ediles curules hacer examinar los libros, en particular las piezas de teatro, ántes que se representaran; y las pagaban, y daban el precio de la declamacion á los actores que mejor habian hecho su papel. La edilidad era una de las grandes magistraturas, que se llamaban curules, porque los que las ejercian, se hacian llevar y estaban sentados en sillas de este nombre, que eran de marfil, con los piés curvos y mui altos, con muchas gradas, que parecian un trono. Los primeros magistrados tenian derecho de usarlas, no solo en sus casas, sino en todas partes donde querian hacerse llevar, ó bien las llevaban detras de ellos. Las funciones de los ediles correspondian en algun modo á las de nuestros alcaldes, tenientes de policía, regidores y tesoreros. Ciceron refiere los principales deberes de su cargo en el *lib. 3º. De las leyes*. Para ser edil se necesitaba tener treinta y siete, y treinta y ocho años; y esta dignidad era el primer grado para llegar á los otros cargos mas considerables de la republica, segun la lei de las XII Tablas, citada por Ciceron en el *lib. 3º. De las leyes*. Entre el empleo de edil y el de pretor habian de mediar dos años. En

plo, las cosas venales, los caminos públicos, etc., y en las provincias los *procónsules* (1) y *propretores* que tenian en ellas la misma autoridad que los otros magistrados en Roma, *L. 7. § 2. ff. De offic. procons. 2º*. Aún cuando los magistrados no eran legisladores, sin embargo fueron poco á poco mudando el antiguo Derecho, ayudándolo, supliéndolo y corrigiéndolo, *L. 7. § 4. ff. De just. et jur.* Y esto se hacia (a) inventando nuevos vocablos, v. gr. *posesion de bienes* en lugar de *herencia*; (b) introduciendo nuevas acciones, v. gr. *constitutæ pecuniæ*; (c) dando escepciones, donde la lei negaba accion, v. gr., escepcion de pacto; (d) resti-

el de 709 se crearon otros dos ediles llamados *curules*, que cuidaban de los granos, víveres, de los pesos y medidas, ponian precio á las mercancías, y hacian echar en el Tiber los granos y demas especies mercantiles, que estaban podridas, ó no eran de lei.

(1) El nombre de *procónsul* se dió entre los romanos á aquel que gobernaba una provincia con la misma autoridad que si fuera *cónsul*; y en tiempo de los emperadores romanos se nombró *procónsul* al que elegia el senado para gobernar una de las provincias del Imperio. Tambien nombraba el senado algunos jóvenes distinguidos que debian acompañar al *procónsul*, para aprender el arte militar, y formaban la corte del magistrado, llamándose *contubernales*. Antes de salir de Roma, el *procónsul* iba al Capitolio á hacer sacrificios y tomar el manto de guerra, llamado *paludamentum*, que manifestaba el mando de las tropas. Despues marchaba acompañado de lictores armados de fascas y de hachas, y sus amigos le llevaban hasta cierta distancia fuera de la ciudad. Cuando los *procónsules* salian del consulado, tenian el gobierno de una de las provincias consulares, la que sacaban por suerte; administra-

tuyendo *in integrum* á los menores, ausentes, engañados; (e) introduciendo ficciones. 3º Estos edictos obtuvieron poco á poco autoridad con el uso del foro; á cuyo propósito se deberá consultar un pasaje de Ciceron del *lib. II De invent. c. 22.* 4º Al principio publicaron cada año nuevos edictos, y aún estos fueron mudados varias veces en el mismo año; despues en el año 586 de la fundacion de Roma se mandó, que los pretores administrasen justicia segun sus edictos anuales, *Dio. lib. 36. c. 12, Dodwell. Prælect. Camd. in append.* Finalmente bajo Adriano se compusieron los edictos perpetuos. El pretorio por el jurisconsulto Salvio Juliano; el provincial y edilicio no se sabe por quién. Por lo demas estos son aquellos edictos que con tanta frecuencia se citan en las Pandectas.

§. LXVII y LXVIII. La sesta y sétima especie de Dere-

ban justicia, y mandaban en el ejército que la suerte les habia dado. Ordinariamente se destinaba el estio para la guerra, y en el invierno se empleaban en el ejercicio de su jurisdiccion. No servian mas que un año en este cargo, á ménos que el senado tuviera por conveniente que continuasen; para juzgar los procesos, tenian sus asesores ú otros jueces, mantenidos y pagados por el público. Aunque los procónsules tenian en sus provincias la misma autoridad, los mismos vestidos, oficiales é igual número de lictores y fasces que los cónsules, no obstante, cuando concurría un cónsul, cesaba toda su autoridad; y esta era limitada solo á su gobierno, miéntras la de los cónsules era estentiva y absoluta en todas las provincias del Imperio romano. Estando los cónsules ausentes de Roma, tenian la autoridad los procónsules, y podian juntar el senado y el pueblo.

cho escrito son las *Respuestas de los jurisconsultos*, las cuales se definen diciendo, que son las opiniones de aquellos á quienes era permitido responder acerca del Derecho. Porque es de saber que antiguamente los jurisconsultos podian indistintamente responder acerca del Derecho; despues los emperadares no daban sino á ciertas personas esta facultad á manera de privilegio, y tal que los jueces no podian separarse de sus respuestas, § 8. *et L. 2. § 47. De or. jur.* Estos jurisconsultos pues 1º interpretaban el Derecho, y por el razonamiento deducian de las leyes muchas consecuencias que no estaban espresas en sus palabras. Tenemos un ejemplo en el § *unic. Inst. De legit. patr. tut.* 2º Tambien en los casos dudosos disputaban muchas veces entre sí, ya en el foro, ó bien segun Juvenal, *sat. 4. v. 428.*, en el templo de Apolo. Véase la *L. 49. ff. De lib. et post.* 3º Tambien las consultas abrian muchas veces el camino para que los jueces dieran la sentencia, como hemos dicho poco ántes, § 8. *Inst. h. t. 4º* Y tambien prescribian á los litigantes las fórmulas de las acciones y los actos legítimos, de que se hablará en los §§ 69 y 70. Todas estas interpretaciones de los jurisconsultos fueron recibidas poco á poco en el foro, consiguieron fuerza de lei, y aún empezaron á contarse y tenerse por Derecho escrito, despues que Justiniano las publicó insertas en las Pandectas. Véase el § 45.

§. LXIX. Entre las partes del Derecho civil que intervinieron los jurisconsultos, *L. 2. § 6. De or. jur.*, deben notarse las *acciones de la lei* y los *actos legítimos*,

que esplicaremos estensamente, por mencionarse con frecuencia en nuestro Derecho.

En dos sentidos se toman las *acciones de la lei*, 1º ó por las acciones y sus fórmulas, v. gr. la acción *reivindicatoria*, la *petición de herencia*, etc., 2º ó por los actos de voluntaria jurisdicción que deben celebrarse solemnemente á presencia del magistrado. La jurisdicción es voluntaria ó contenciosa. Voluntaria es la que se ejerce sin contradicción de adversario, v. gr., la manumisión, la adopción, donde no hai actor ni reo; y contenciosa es la que exige conocimiento de causa, actor y reo, como si uno demanda por un contrato ó un delito. Aquellos actos de voluntaria jurisdicción podían formalizarse á presencia de cualquier juez, con tal que tuviesen la acción de la lei; mas para estos era necesario que el juez fuera competente. Por cuanto solo los actos de voluntaria jurisdicción se debían ejercer solemnemente, por eso se llamaban *acciones de la lei*.

§. LXIX. *Actos legitimos* son los negocios que se debían celebrar solemnemente, pero no á presencia del magistrado, v. gr., la adición de la herencia, la emancipación, etc. Sus requisitos son los siguientes: 1º Que se hagan solemnemente, 2º que no admitan procurador, 3º que se han de hacer simplemente, no hasta cierto dia, ó bajo condición, *L. 71. ff. De reg. jur.* Por ejemplo, 1º la herencia se aceptaba solemnemente recitadas las palabras de la aceptación; 2º se aceptaba por el mismo heredero, no por medio de procurador;

3º se aceptaba simplemente, no bajo condición, v. gr., si tiene con que pagar, etc.

§. LXXI. Sigue el Derecho no escrito, ó *costumbre*. Para entender su definición, se debe observar que en la república el Derecho no tiene mas que una causa, á saber, la voluntad del sumo imperante, bien sea este el príncipe, el consejo de los magnates, ó el pueblo. Si el imperante establece espresamente alguna cosa por lei, lo establecido se llama *Derecho escrito*. Si por el contrario concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república por costumbre, esto se llama *Derecho no escrito*. De donde se sigue que la definición que trae la *L. 31. ff. De legib.*, es exacta en el estado democrático ó popular, pero no en el monárquico, donde la costumbre logra autoridad de sola la voluntad tácita del legislador.

§. LXXII. Con esto podemos entender fácilmente los cuatro principios que se hallan en este § de la costumbre (1). En efecto 1º la costumbre se debe probar: la lei no es preciso que se pruebe, porque es conocida de todos por la promulgación, al paso que aquella se introdujo tácitamente; lo cual siendo una cosa de hecho, se debe probar (a) por el trascurso del tiempo, (b) por la frecuencia de actos uniformes. 2º La misma es la

(1) Para que la costumbre se considere introducida en España, se requiere el trascurso de diez años, y la ciencia y consentimiento del rei que no la repruebe, ántes la tenga por válida; y treinta juicios ó actos uniformes sin contradicción.

fuerza de la lei, que la de la costumbre (1), pues viene del mismo legislador, y es igual que se quiera una cosa tácita ó espresamente. 3º La costumbre deroga la lei anterior, porque es como una lei, y la lei posterior anula la anterior, *L. ult. ff. De const. princ.* La costumbre que repugna á la recta razon, es de ningun valor (2), porque el príncipe no quiere tal cosa, ni tácita ni espresamente; v. gr. en Alemania hai entre los artesanos la costumbre de no bautizar á los aprendizes hasta despues de concluídos los años de aprendizaje; cosa que es contra la voluntad de los príncipes. Se pregunta, si tiene alguna autoridad esta costumbre? Ninguna, (a) porque es contraria á la recta razon y á las buenas costumbres; (b) porque el príncipe que puede abolir la lei, mucho mas podrá abolir una costumbre absurda, impía y contraria á la razon.

§. LXXIII. Trátase tambien de saber, si en el dia hai tantas especies de Derecho escrito como las que tuvieron los romanos, á saber leyes, senadoconsultos, ple-

(1) « Fuerza mui grande há la costumbre, cuando es puesta « con razon, así como dijimos, en las contiendas que los omes « han entre sí, de que non sablan las leyes escritas, puédense « librar por la costumbre que fuese usada sobre las razones « sobre que fué la contienda, é aún há fuerza de lei. » *L. 6. tit. 2. Part. 1.*

(2) La misma doctrina se puede ver en la *L. 5. tit. 2. Part. 1.*, que dice: « La costumbre... debe ser con derecha razon é non « contra la lei de Dios, ni contra señorío, ni contra Dere- « cho natural, ni contra procomunal de toda la tierra del lo- « gar do se face. »

bisitos y constituciones de los príncipes? Se niega, porque 1º las diferentes especies de Derecho escrito nacieron de las frecuentes mudanzas de la república. 2º Entre nosotros ni la plebe da leyes, ni el senado establece nada por vía de senadoconsulto, ni las interpretaciones de los juriconsultos tienen autoridad legal. Pues qué viene á ser la lei entre nosotros? Un precepto comun impuesto por el supremo imperante, que obliga á todos los súbditos, para que arreglen á él sus acciones. Dícese 1º *precepto*, porque la lei obliga. Luego la lei permisiva propiamente no es lei, porque no obliga. 2º *Comun*, para distinguirlo del *privilegio*, el cual no se estiende á todos, sino solo á los privilegiados. *Impuesta ó mandada* por el supremo imperante, porque solo obliga al mandatario. 3º *Por el supremo imperante*, que es el único que tiene autoridad de dar leyes, bien sea este imperante un monarca, bien los nobles, ó el pueblo. 4º *Que obliga á todos los súbditos*, *L. 7. ff. De leg.* 5º *Para que arreglen á él sus acciones*; lo cual se debe entender de las acciones humanas que provienen del entendimiento y la voluntad, no de las naturales, que no sufren lei ninguna.

§. LXXIV. Cuántos son *los objetos del Derecho*? Resp. Tres, *personas, cosas y acciones*. Porque en primer lugar se debe saber cómo se diferencian las personas por razon de los derechos, por ejemplo, los señores, esclavos, padres, hijos, tutores, pupilos; despues cuáles son los derechos de las cosas, y finalmente por qué acciones cada uno puede conseguir su derecho.