

ideas y de los sentimientos; ellas podían estorbar por su rudeza simbólica el desenvolvimiento de la actividad económica. La constitución y organización administrativas y políticas de Roma facilitaban el cambio y el progreso de la primitiva legislación; los Pretores como todo Magistrado, eran soberanos en la esfera de sus funciones, y éstas consistían en administrar justicia (*jus dicere*), y podía por lo mismo administrarla según sus edictos ó según la ley, pues esta no les había prohibido dictar edictos para fijar el programa de sus funciones y para ejercerlas en determinados sentido, en casos no previstos por aquella. Armado el Pretor de esta facultad de dar edictos, pudo suplir la deficiencia de la ley, corregir su rudeza é iniquidad y crear insensiblemente un sistema nuevo de derecho (*jus honorarium, jus pretorium*, en oposición al derecho consuetudinario consignado y reformado en las Doce Tablas) que según la frase técnica se introdujo *adjuvandi, suplendi et corrigendi juris civis gratia*.

165. ¿Pero cómo pudo el Pretor ó el derecho pretoriano llegar á constituir un sistema jurídico metódico y lógico de derecho, que se convirtió en *viva vox juris civilis*, según lo definen los juriconsultos clásicos [D. I. I de just. et jur] sin herir, ni atacar directamente con sus edictos generales ó particulares la soberanía del código de las doce Tablas? En el párrafo que en nuestro tratado de Sociología consagramos al *Derecho* puede verse la explicación filosófica que da el erudito Sumner Maine sobre el desenvolvimiento natural del derecho de los pretores; aquí nos limitemos á explicar el mecanismo técnico de ese desenvolvimiento. Los pretores usaban por medio de sus edictos y decretos (*imperium*) de tres

arbitrios para modificar el derecho, adaptarlo á las nuevas necesidades sociales y corregir sus iniquidades; y estos tres medios eran: el ejercicio del *imperium*, la interpretación extensiva y las ficciones. En el derecho romano, puede asegurarse que prevalecía ó tenía más importancia lo que hoy llamamos derecho *adjetivo*, que el que llamamos derecho *sustantivo*, es decir, que el *ejercicio judicial de un derecho* dependiendo de ritos, fórmulas y palabras sacramentales relacionadas con textos legales que definían el derecho y los medios de reclamarlo, asumía una importancia decisiva y primordial, pues de nada servía tener un derecho escrito en la ley, si no se conocía la forma sacramental para reclamar su violación, y la más ligera equivoación en la manera de reclamarlo hacía perder su causa al litigante: *formula et causa cadebant*.

166. Podían, pues, existir casos no previstos en la ley y en los que el crecimiento de las necesidades sociales y el progreso de la moral reclamaban la conveniencia de imponer una nueva obligación civil y dotarla del derecho de ser ejercitada en juicio, y en tonces el Pretor usando de su *imperium* (1) creaba

(1) Ya hemos dicho que la jurisdicción de los Reyes para administrar justicia pasó á los Cónsules y de estos á los Pretores y con ella el *imperium* otorgado en una ley *curiata, imperium mixtum*, es decir, con jurisdicción (D. 2 de Jurisdic.) Los Pretores ejercían esa jurisdicción con el concurso de jurados nacionales llamados *centunviro*s y *decenviro*s; pero admitiéndose á los litigantes la facultad de nombrar Jueces privados, árbitros recuperadores, llegó á prevalecer este sistema y á consolidarse la distinción entre la jurisdicción y el *judicium*, entre el magistrado y los Jueces; de estos unos eran elegidos por el pretor que formaba una lista [*album judicum*] y otros eran designados por los litigantes. El pretor oía la demanda y contestación y si las encon-

un derecho, creando una *accion* ó creando una *obli-*
 traba fundadas en derecho y solo había cuestión de hecho, remitía el negocio á los Jueces con la fórmula; si *paret condemn* si *nont paret, absolve*, pudiendo también decidir el mismo Pretor si la cuestión era de puro derecho, ó rechazar la demanda si no era ajustada á la ley. Sobre otros pormenores vease la interesante obra de Kalnidero *Droit Pretorium* donde consigna estos conceptos de gran exactitud histórica. "Nada mas maravilloso que el tesoro de sagacidad y además de buen sentido y equidad que prodigaron los juriconsultos de edades posteriores á las doce tablas, y sobre todo, los pretores para transformarlas y hacer salir de ellas por vía de interpretación ó de excepción el más admirable cuerpo de leyes que la sabiduría haya producido, aunque es de lamentar que esa influencia pretoriana no haya sido secundada por las leyes de los comicios inspiradas en intereses políticos, ni por el Senado con su tendencia nobiliaria, ni por los Emperadores cuyas constituciones solo se ocupaban de sostener con leyes represivas el andamiage imperial. En resumen, la doctrina pretoriana que debía conducir á las más admirables definiciones de la justicia, fué ante todo, el fruto del desenvolvimiento de la filosofía griega en oposición al derecho romano; pero lo que aseguró el éxito de esta doctrina fué que ella nunca chocó de frente con el fondo de la ley aun la mas bárbara; la aceptó como ley fundamental, pero supo tan hábilmente por el empleo de *fórmulas nuevas* [fórmulas para los juicios, acciones judiciales] limitar su aplicación, que hizo salir un derecho nuevo basado en la equidad natural. Los Gracos fracasaron por intentar reformas completas y directas. El derecho pretoriano es un fenómeno único en la historia; en todas partes el derecho es modificado por la costumbre, pero por vía legislativa, y no como en Roma por el desenvolvimiento *lógico* de la *ciencia* y en nombre de una *filosofía superior*. La autoridad ejercida por los pretores les facilitaba introducir esas innovaciones, pues que á ellos era á quien se dirigía desde luego el actor exponiendo su causa y el pretor podía ó rechazarla inmediatamente ó enviar al litigante ante los Jueces. El poder discrecional del pretor era tal, que podía rechazar la acción judicial aunque la demanda pareciese apoyada en la ley, ó en el mismo edicto pretoriano. Así Valerio Máximo cita el ejemplo de una petición de herencia ante el pretor Q. Metellus hecha por

gación. Así por ejemplo, el propietario de una cosa por justa causa, venta, legado etc. no podía reclamarla con la acción real *reivindicatio*, porque el derecho romano solo daba esa acción al que adquiría el dominio por un modo jurídico de derecho quiritario; la *mancipatio*, la *in jure cesio*; pero el pretor, eludiendo el derecho estricto, concedió al ciudadano que había perdido su propiedad una acción real *util*, fingiendo que antes de perderla la había usucapido: *públiciana in rem actio* (prescrito á su favor, porque la usucapion era de derecho quiritario). En otros casos por via de interpretación restrictiva los pretores límitan la aplicación injusta de la ley. Así por ejemplo, según la ley la posesión de buena fé por cierto tiempo produce la usucapion (prescripción á favor del poseedor); pues bien, el pretor en los casos en que el desposeído no es culpable de negligencia, no le da ciertamente contra el testo legal acción reivindicatoria; pero le concede la acción *quasi publi-*

un individuo que sosteúa una casa de prostitutas; el Pretor rehusó dar la posesión hereditaria, porque dada la infamia del heredero parecía que aprobaba esa conducta al declararlo heredero, y porque un hombre infame no puede reclamar los derechos de ciudadano romano." El Pretor *aut dabat, aut dicebat aut addicebat*; *dabat* cuando acordaba la acción y nombraba á los Jueces. ó daba posesión de bienes; *dicebat* cuando ordenaba ó prohibía algunos actos, y *addicebat* cuando sentenciaba ó intervenía en un acto civil, También se decía que *inter dicebat* cuando formulaba una nueva regla de derecho entre dos partes, esto es, un decreto particular. Después que desapareció el sistema de las acciones de la ley continuó el formulario cuyo cambio autorizado por la ley *Æbutia* y *Judia* consistía en que las pantomimas y ritos sacramentales y religiosos del derecho nobiliario se convirtieron en fórmulas escusivamente jurídicas que indicaban de antemano la decisión que debían dar los Jueces de hecho.

ciana ó recisoria. En el derecho quiritalio podía un individuo víctima del fraude en un contrato exepcionarse, defenderse cuando el otro contratante entablase su demanda o acción; pero si el que fué víctima de ese fraude no había entregado la cosa objeto del contrato, no era posible que se *excepcionara* porque no había demanda. Era preciso crear una *acción*, pues la ley sólo tenía excepción para ese caso; y el Pretor creaba aquella con la fórmula que daba á los Jueces: » si apareciere dolo (*actio doli*) condena al demandado." Estas acciones fundadas en el sentimiento de equidad que progresaba, se llamaban *acciones in factum conceptæ*; así nació la *actio furti fictitia* en favor de los peregrinos, extranjeros, que durante mucho tiempo no gozando ni del *conubium* (matrimonio), ni del *comercium* (propiedad civil y contratos) estaban sin proteccion alguna, hasta que el progreso de las ideas y la multiplicidad de extranjeros hizo sentir la iniquidad de semejante estado de cosas. El derecho hereditario á favor de los parientes naturales, pero no agnados del difunto, nació también del derecho pretoriano cuando apareció injusto por varias causas que los hijos no heredasen á su padre; y entónces el pretor inventó la fórmula de la *bonorum possessio* por la cual considerado el hijo, no como heredero y propietario de los bienes del finado, sino como poseedor y el fingido heredero, tenía los mismos derechos y deberes que si fuera heredero. Nadie podía tener derecho á una parte del *ager publicus* y el que la ocupaba no podía defenderse como propietario; pero si era despojado de su posesión el pretor le protegía con su decreto *vin fieri veto*; prohibía la ocupación por la violencia.

167. Estos ejemplos dan idea bastante clara de

los medios que usaron los pretores para introducir las ficciones, la equidad y por último la doctrina del derecho natural como elementos de progreso y perfeccionamiento del derecho civil. A ese propósito contribuyó mucho el pretor peregrino, pues este empleaba, antes de que desapareciera el sistema de las *acciones de la ley*, el sistema formulario, respecto de los extranjeros; y como ese pretor suplía frecuentemente al urbano, era lógico que por analogía aplicase á los romanos el mismo procedimiento que á los extranjeros. Las ficciones de los pretores se multiplicaron al infinito, lo que en parte fué un mal; pero en el fondo fueron benéficas, porque la legislación escrita era deficiente en la época de la mayor grandeza romana y fué dictada en tiempos en que solamente los ciudadanos tenían derechos, en que el padre de familia era omnipotente. Y los pretores eran los únicos que, encargados de administrar justicia, podían juzgar del cambio de los espíritus y acomodar las leyes á las costumbres de la época. En el sétimo siglo de Roma el derecho pretorio había tomado tan gran desenvolvimiento que fué preciso darle firmeza y prevenir bruscos cambios, y á este efecto se dictó bajo el consulado de Paulo Emilio y Licinio Craso un Senado-Consulta que prohibió á los Pretores apartarse de su edicto (*suis perpetuis jus dicere edictis*); y otro Senado-consulta les prohibió dar edictos aislados; y como estos decretos provocaron oposiciones y vetos (intercesiones), el año 686 Lucio Cornelio, tribuno, propuso una ley que *sanzit ut pretores ex edictis suis perpetuis dicerent*. Ya veremos las tentativas hechas por los jurisconsultos para codificar los edictos y glosarlos; pero entre esos trabajos merece especial mención la codificación hecha por Salvio

Juliano, asociado á Servio Cornelio, por orden del Emperador Adriano, quien la declaró obligatoria bajo el nombre de edicto perpetuo, abrogando todos los que no estaban incorporados en esa colección.

168 Nos hemos extendido en el número anterior respecto del derecho pretorio, por la importancia que tiene en las fuentes del derecho civil romano; [1] pasamos ahora á otra de esas fuentes, que es la *autoritas prudentum*. Ya hemos hablado del derecho flaviano y del derecho eliano que arrebató á los Pontífices y Quirites el secreto de las fórmulas de las acciones y de los días fastos y nefastos. [2] La admisión de los plebeyos al Pontificado, hizo progresar la ciencia jurídica; Ti. Coruncacius, Pontífice plebeyo, fué el primero que enseñó públicamente el derecho, y su ejemplo fué seguido por muchos sabios y jóvenes, llegando á formar una carrera especial la profesión de jurisconsulto, que se ejercía consultando á los clientes, redactando las fórmulas de los contratos y previniendo los litigios, *respondere, scribere, cavere*, así como asistiendo á los procesos. Esta consultas, *responsa prudentum*, y los debates judiciales *disputationes fori*, cuando eran aceptadas por muchos jurisconsultos, *sententiae receptae*, tenían gran prestigio y Pomponio las llama *jus civile*. [3] Los jurisconsultos

(1) No se olvide que no solamente los pretores, sino también los otros magistrados, los Ediles, los Pretores de Provincia, etc., dictaban edictos referentes á la esfera de sus funciones.

(2) El calendario romano dividía los días del año en *mundinæ*, días de mercado, designados con las ocho primeras letras del alfabeto.

[3] Hé aquí otra acepción de esas palabras; *jus civile* es en primer lugar el derecho exclusivo de Roma; significa además el derecho positivo que no fuera el honorario, es decir, el derecho

actuaban auxiliando el consejo del pretor ó ante los jueces, y cuando se perfeccionó la ciencia jurídica y los debates judiciales adquirieron más importancia, se dividieron las funciones de los defensores de los litigantes entre los jurisconsultos y los oradores, y á unos y á otros prohibió la ley *Cincia de numeribus* [550] recibir recompensas por sus trabajos.

169. Durante el siglo 6º florecieron los jurisconsultos Mucio [534], Cincius Alimentus [543], Acilius, los hermanos P. y S. Ælius, Sextus Catus, que publicó una *tripertita*, Porcius Catus que escribió (570) un *comentarii juris civilis*, su hijo Licinius, autor probable de la regla *catoniana* (sobre nulidad de legados), Publio Cornelio, Scipio Nasica y su hijo Publius (563). El siglo sétimo, á pesar de la oposición á la filosofía griega (un Senado-consulta de 593 desterró á los filósofos) produjo jurisconsultos imbuidos en ella, como Manlio, Bruto, Mucio Scevola, á quienes Pomponio llama fundadores del derecho civil, Rutilio Rufo perseguido por la guerra que hizo á las rapiñas de los poderosos; Crasus Mucianus, Mucius Quintus, maestro de Cicerón, y Quintus Mucius Scevola, el primero que publicó un sistema completo de derecho civil, Servius Sulpicius Rufus, A. Ofilius y Alfenus Varus que recopiló con el nombre de *Digesta* las respuestas de los jurisconsultos; Lucius Balbus, maestro de Servius, Aquilius Gallus, y el célebre orador y filósofo Cicerón. Servius Sulpicius que tuvo diez discípulos notables por sus trabajos jurídicos, y entre ellos Aufidius Namusa, Antistius Labeo, padre del célebre Labeon. A la misma época pertenecen el estoico

escrito de las doce tablas, plebiscitos, etc.; significa también derecho privado en oposición á derecho público.

Ælius Tubero, Olius Gallus, Granius Flaccus, Q. Cornelius Maximus, Trebatius Testa, Aulus Cascelius y Olius Tubero.

Otras fuentes del derecho en esta época eran, según Cicerón, la equidad, la jurisprudencia de los tribunales (*autoritas rerum similiter judicatorum*) y las costumbres (consuetudo).

170 Este periodo á contar de las doce tablas hasta la época de Cicerón (750 á 100 años antes de nuestra era) es el periodo de formación de la ciencia jurídica. El segundo período hasta Adriano (100 años antes á 187 después de nuestra era) debe considerarse como el periodo del desenvolvimiento de dicha ciencia. El periodo corrido de dicho año al 250 de nuestra era es el periodo de perfeccionamiento que se detiene en Gordiano III; y por último de Gordiano III á Justiniano (565) corre un periodo de verdadera decadencia.



XV

EL DERECHO ROMANO

Hasta la Institución del Imperio.

171 El enérgico escritor Tácito traza en sus *Anales* de la historia del principio del Imperio con estas breves y significativas frases: "Postquam Bruto et Cassio cœsis, nulla jam publica arma; Pomponius apud Siciliam opresus; exutoque Lepido, interfecto Antonio, ne Julianis quidem partibus nisi Cœsar, dux reliquus, posito triunvire nomine, consulem se ferens, et, ad tuendum plebem, tribunitio jure contentum; ubi militem donis, populuma nnona, cunctos dulcidine otii pellexit, insurgere paulatim munia senatus, magistratum, legum *in se trahere*, nullo adversante; cum ferocissime per acies aut proscriptione cecidissent; ceteri nobilium, quanto quis servitio promptior, opibus et honoribus extolerentur; ac nobis ex rebus aucti, tuta et præsentia, quam vetera et periculosa mallent. Neque provintiæ illum rerum statum abnuebant, suspectoque Senatus populique imperio, ob certamina potentium et avaritiam magistratum; invalido legum auxilio, quæ vi ambitu, postremo pecunia turbabantur."

172 «Después que la derrota de Casio y de Bru-