ELEMENTOS DEL DERECHO ROMANO

FERDINAND MACKELDEY

INSTITUTO PACÍFICO

FERDINAND MACKELDEY

ELEMENTOS DEL DERECHO ROMANO

OBRA ESCRITA EN ALEMÁN

INSTITUTO PACÍFICO

2017

INSTITUTO PACÍFICO

FERDINAND MACKELDEY

ELEMENTOS DEL DERECHO ROMANO

QUE CONTIENEN

LA TEORÍA DE LA INSTITUTA

PRECEDIDA

DE UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL MISMO DERECHO

OBRA ESCRITA EN ALEMÁN

Antiguo consejero de justicia de S. M. el rey de Prusia, profesor de derecho en la universidad de Bonn

INSTITUTO PACÍFICO

La Revista Actualidad Civil del Instituto Pacífico presenta las dos primeras partes de una obra clásica sobre el estudio del derecho romano, base de las instituciones jurídicas presentes en nuestra codificación civil: *Elementos del Derecho Romano*, escrito por el distinguido profesor de la Universidad de Bonn, Ferdinand Mackeldey (1784-1834), para la presente publicación se ha tomado la segunda edición (1845) publicada por Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica (Madrid), y se reproduce tal como aparece en dicha edición, sin alteración alguna.

La primera parte viene titulada “Introducción al estudio del derecho romano”, que, a su vez, comprende las siguientes secciones:

- Sección primera: “Ideas generales del derecho y de la jurisprudencia” (§§. 1-17).
- Sección II: “Historia de las fuentes del derecho romano” (§§. 18-73).
- Sección III: “Historia del derecho romano después de Justiniano” (§§. 74-87).
- Sección IV: “Del derecho romano en España” (§§. 88-96).
- Sección V: “De las colecciones de las fuentes del derecho romano, del corpus iuris civilis, de sus partes y de sus diferentes ediciones” (§§. 97-108).
- Sección VI: “De los diferentes métodos de enseñanza y de la bibliografía del derecho romano” (§§. 109-112).

Luego, se presenta la segunda parte, titulada “Instituta del derecho romano. Parte general”, que comprende las siguientes secciones:

- Sección primera: “Ideas generales del derecho entre los romanos” (§§. 113-118).
- Sección II: “De las personas” (§§. 119-148).
- Sección III: “Cosas” (§§. 149-162).
- Sección IV: “De los derechos y de los medios de perseguirlos en juicio” (§§. 163-217).

Se hace la advertencia al lector, que la presente obra mantiene el lenguaje orginal de la época en la que fue publicada.

Utinam, qui hoc tempore jus nostrum interpretantur, Papinianum imitate, quae vel falso vel inepte aliquando, et senserint, et scripserint, ingenue retractent, ne eis contra quam postea resciverint, tam obstinato tamque abfirmato animo, uti faciunt, perseverent.

CUJACIUS, Observ. II, 37.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

SECCIÓN PRIMERA

Ideas generales del derecho y de la jurisprudencia 11

SECCIÓN II

Historia de las fuentes del derecho romano. 17

PERIODO PRIMERO

Desde la fundacion de Roma hasta las Doce Tablas..... 19

PERIODO SEGUNDO

Desde la ley de las Doce Tablas hasta Ciceron..... 22

PERIODO TERCERO

Desde Ciceron Hasta Alejandro Severo..... 28

PERIODO CUARTO

Desde Alejandro Severo hasta Justiniano..... 37

SECCIÓN III

Historia del derecho romano después de Justiniano..... 55

I. En Oriente 55

II. En Occidente 58

SECCIÓN IV

Del derecho romano en España. 63

SECCIÓN V

De las colecciones de las fuentes del derecho romano. Del corpus juris civilis, de sus partes y de sus diferentes adiciones. 68

SECCIÓN VI

De los diferentes métodos de enseñanza y de la bibliografia del derecho romano 79

INSTITUTA DEL DERECHO ROMANO

PARTE GENERAL

SECCIÓN PRIMERA

Ideas generales del derecho entre los romanos. 82

SECCIÓN II

De las personas 86

CAPÍTULO I

De las personas fisicas 87

CAPÍTULO II

De las personas jurídicas. 100

SECCIÓN III

Cosas 103

SECCIÓN IV

De los derechos y de los medios de perseguirlos en juicio. 111

CAPÍTULO I

Derechos en general 111

CAPÍTULO II

De los derechos particulares (jura singularia) y de los privilegios. 128

CAPÍTULO III

Del modo de perseguir los derechos en juicio, y en particular de las acciones y de las excepciones. 132

INTRODUCCIÓN
AL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

SECCIÓN PRIMERA

Ideas generales del derecho y de la jurisprudencia

§. 1.° Del derecho y de la ley en general

Llamase derecho todo lo que es conforme á una ley, es decir, á una regla general y obligatoria.

Esta ley es *física* ó *natural* cuando su principio dimana de una necesidad de la naturaleza, contra cuyo precepto no puede obrarse, y moral cuando su principio se funda en una necesidad de la razón, de modo que puede obrarse en contra de él aunque está vedado el hacerlo. Así, pues, las leyes naturales determinan la posibilidad y la necesidad físicas de las acciones, y las morales por el contrario su posibilidad y necesidad morales. La ciencia del derecho no trata más que de las leyes morales.

§. 2.° Del derecho con relación á la libertad de obrar

Con relación á la libertad de obrar la palabra alemana *Recht*, como latina *jus*, y la española *derecho* tiene dos acepciones.

A. En el *sentido objetivo* se toma por las leyes y reglas que los hombres en calidad de seres racionales deben observar en sus recíprocas relaciones como norma de sus acciones libres, *Jus est norma agendi*. Si estas leyes y reglas son de naturaleza tal que los hombres que viven en un estado pueden ser obligados a observarlas por la autoridad constituida, forman el *derecho jurídico* por oposición á aquellos otros principios que la moral sola prescribe, y cuya observancia no puede ser prescrita por

ninguna fuerza externa. La conformidad de las acciones del hombre con los principios del derecho, fundada en su libre albedrío, se llama *justicia*, *justitia*[1].

B. En el *sentido subjetivo*, por el contrario, la palabra derecho significa facultad de obrar, ó la posibilidad moral que tenemos de hacer alguna cosa, ó de exigir que otro la haga ó no en provecho nuestro. *Jus est facultas agendi*. En este caso el derecho indica una relación favorable, en la cual se encuentra un hombre respecto de otro.

§. 3.° A. Del derecho en el sentido objetivo

I. Del derecho natural y del positivo

El derecho en el *sentido objetivo* se divide, según su origen, en *natural y positivo*. Por *derecho natural* entendemos ordinariamente los principios de derecho derivados de ideas puramente racionales; ó la teoría de las condiciones generales de la coexistencia libre de los hombres en el estado social[2]. El *derecho positivo* por el contrario es el que está basado sobre hechos históricos, ó la reunión de preceptos que en un estado particular son reconocidos y observados como principios de derecho[3]. El fundamento de todo derecho positivo está en el sentimiento y la voluntad de una nación que considera y observa algunas normas como su derecho; y en cada pueblo las costumbres y el carácter nacional, la religión y la forma de gobierno, así como muchos acontecimientos y circunstancias accidentales, ejercen la mayor influencia sobre esta especie de derecho. Esta consideración esplica por una parte la diferencia que existe entre el derecho positivo de las diversas naciones, mientras que el derecho natural es el mismo en todas partes; y por otra, porque este derecho natural derivado de la razón común á todos los hombres, debe ser considerado como la base de todo derecho positivo.

§. 4.° 2. De las fuentes del derecho positivo

El derecho positivo de una nación, según el modo que tuvo que introducirse y las fuentes de donde proviene, descansa, parte en leyes espresas

1 Pr. J. I, I. «*Justitia* est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.»—Fr. I, pr. §. 1, tr. 10, pr. D. 1, 1.

2 Por esta razón se llama también *derecho filosófico ó metafísica del derecho*, que no debe confundirse con la filosofía del derecho positivo.

3 Entre los romanos se le llamaba *derecho civil*, ó *jus proprium civitatis*.

emanadas del poder supremo del Estado (*jus quod ex scripto constat*), parte en los usos y costumbres (*jus quod sine scripto venit*).

§. 5.° a. Del derecho dimanado de las leyes

La *ley* en el *sentido jurídico* es un precepto emanado de la autoridad suprema de un estado, al cual quedan obligados todos los súbditos. Así, pues, la ley está basada sobre la voluntad del legislador. Pero para adquirir fuerza obligatoria necesita ser puesta en conocimiento de todos aquellos que deben gobernarse por ella. El acto por el cual la autoridad suprema del Estado hace pública esta ley á fin de que sea observada, se llama promulgación de la ley (*promulgatio legis*)[4], y puede verificarse de diversas maneras. Antes de la promulgación no tiene la ley ninguna fuerza obligatoria, y de aquí nace el principio de que mira solo al porvenir, y no tiene efecto retroactivo (*lex nova ad praeterita trahi nequit*).

§. 6.° b. Del derecho dimanado de la costumbre

Ningún derecho positivo dimana esclusivamente de leyes espresas, pues hay siempre un gran número de principios que en todo tiempo y entre todas las naciones existen y se desenvuelven por medio de la opinion y de las costumbres del pueblo, por las decisiones de los jueces, las interpretaciones y el progreso del derecho ya vigente en el Estado[5]. La reunión de todas estas reglas de derecho, que no tienen origen en el mandato legal del legislador, sino que han sido introducidas por la fuerza de la opinion y de los usos y costumbres, se llama derecho consuetudinario. Sus principios fundados en los usos y costumbres, en la jurisprudencia ó en la opinion de los jurisconsultos, tienen igual fuerza que la ley[6].

§. 7.° 3. De las preeminencias del derecho reciente sobre el anterior

Como el derecho de un pueblo se desenvuelve sucesivamente, y el curso del tiempo introduce mudanzas considerables, se concibe que en lo que concierne á la aplicación práctica, los preceptos mas recientes del derecho,

4 Entre los romanos, en tiempo de la república, *promulgare legem*, era dar á conocer públicamente el proyecto de ley antes de que fuese objeto de deliberación en los comicios, á fin de que todos pudieran meditarla anticipadamente. Pero en la época de Justiniano se encuentra esta espresion empleada ya en el sentido en que la toman los modernos. Proaem. Inst. §. 1, «Omnes vero populi *legibus jam à nobis promulgatis vel compositis reguntur*.»

5 Vemos ya entre los romanos este modo de considerar el origen del derecho positivo.

6 La costumbre no debe ser contraria á la razon, á las buenas costumbres, ni al bien del Estado. Fr. 39, D. 1, 3.—Const. 2, C. VIII, 53.— Nov. 134, c. 1.

sin distinguir si emanan de la ley ó de la costumbre, tienen preeminencia sobre el derecho anterior. Esto se espresa en aquella regla que dice: *lex posterior* (ó mejor dicho, *jus posterius*) *derogat priori*.

§. 8.° 4. Del derecho público y del privado

Relativamente á su objeto, el derecho positivo de un pueblo se divide en *público y privado*. El *derecho público* (*jus publicum*) es la reunión de preceptos relativos á la constitución y á la administración del Estado, es decir, á las relaciones del poder supremo con los súbditos. El *derecho privado* (*jus privatum*) comprende los principios que arreglan las relaciones de derecho que existen entre los ciudadanos como particulares.

§. 9.° 5. De la jurisprudencia

La jurisprudencia (*jurisprudentia*) es la ciencia de las reglas del derecho, según sus principios y sus orígenes. El solo conocimiento del derecho y de las leyes vigentes en un estado no basta para la jurisprudencia: el conocimiento del derecho si no está enlazado con la filosofía y la historia del mismo, no merece el nomhre de ciencia.

La jurisprudencia trata de resolver las cuestiones siguientes:

1.ª ¿Que es *derecho* conforme á la idea que vá unida á esta palabra? Es lo que nos enseña la ciencia filosófica del derecho, ó el derecho natural (§. 3.°).

2.ª ¿Qué es lo que llamamos realmente *derecho*? Esta cuestión es objeto de la *ciencia del derecho positivo*, y se divide en otras tres:

a. ¿Cuál es el derecho existente en un estado determinado? La *dogmática del derecho* nos lo enseña.
b. ¿Cómo se ha formado este mismo derecho? La *historia del derecho* nos lo dice.
c. ¿Es conforme á la razón? La *filosofía del derecho* lo examina[7].

7 Ya hemos advertido en una de las notas anteriores (§. 3.°) que no debe confundirse la *filosofía del derecho positivo* con la *ciencia filosófica del derecho*, ó el *derecho natural*.

§. 10. B. Del derecho en el sentido objetivo

I. Derecho y deber

Un derecho en el sentido subjetivo es la facultad de hace alguna cosa, ó de exijir que otro lo haga (§. 2). A la idea de derecho en este sentado corresponde la de deber (*oficium*, pero no *obligatio*). Por deber se entiende una necesidad impuesta á nuestras acciones por la razón. A la manera que el derecho encierra una *posibilidad* moral, una facultad de obrar, el deber supone una *necesidad* moral, una obligación. Derecho y deber son ideas correlativas, es decir, que la una no se concibe sin la otra.

§. 11. 2. De los deberes perfectos é imperfectos

Al derecho de un individuo corresponde siempre un deber de parte de otro. Es verdad que cada uno debe, según la razón y la conciencia, espontáneamente inclinarse al cumplimiento de todos sus deberes; pero si no lo hace se pregunta ¿hasta qué punto pueda ser obligado á ello por la fuerza de la autoridad del Estado? Media usa diferencia notable entre los deberes impuestos al hombre. Hay unos que no podemos ser obligados á cumplirlos, y otros cuyo cumplimiento puede exigírsenos por la fuerza de la autoridad (§. 2.°): aquellos se llaman *deberes imperfectos*, es decir, impuestos por la moral ó la conciencia; éstos, *deberes perfectos*, á cuya ejecución puede obligársenos[8].

§. 12. 3. De los derechos perfectos é imperfectos

A estos diferentes deberes corresponden otros tantos derechos. Un derecho principalmente que corresponde á un deber imperfecto es un *derecho imperfecto*, *moral*. Uno por el contrario que corresponde á un deber perfecto es un *derecho perfecto*, un *derecho en el sentido propio*, un *derecho jurídico*, A esta especie de derechos solamente alcanzan las legislaciones y la jurisprudencia, mientras que los derechos imperfectos pertenecen al dominio de la moral.

8 No tenían los romanos voces propias para distinguir la idea de deberes perfectos de la de deberes imperfectos. La palabra *oficcium* las comprendía á ambas. Para indicar un deber perfecto tenían las espresiones: *cogendus est, tenetur, necesse est, habet, debet, debetur*. Los modernos tienen para esto: *obligatio perfecta, necessitas legitima, officium jure positum*, etc.

§. 13. 4. De la garantía dada por el Estado á los derechos jurídicos

El derecho perfecto supone, según su naturaleza, que aquel que le tiene puede hacerle respetar con la fuerza. Pero no ha de ejercer esta fuerza por sí mismo, porque el que se cree perjudicado en sus derechos no puede ser por sí mismo juez en esta cuestión, y porque el agraviado no posee siempre la fuerza necesaria para la reparación: por esta causa debe venir del poder soberano del Estado, espresamente instituido para proteger y garantir el derecho y la libertad de los unos contra las violaciones y los ataques de los otros. No siendo dable que exista una fuerza semejante mas que en un Estado, no se concibe que pueda existir derecho jurídico propiamente dicho fuera del estado social, ó en otros términos: fuera del Estado no existe ni ha existido jamás posición legal entre los hombres.

§.14. 5. Del sugeto y del objeto del derecho

Toda especie de derecho se refiere á un *sugeto* y á un *objeto*. Llámase *sugeto* la persona á quien compete un derecho; el objeto es aquel sobre que el derecho versa. Hablando con propiedad, solamente las acciones esteriores pueden ser objeto del derecho, porque solo con relación á ellas es dable poner límites á la libertad del hombre; los actos interiores, los pensamientos y los deseos no pueden evitarse ni castigarse por ninguna fuerza humana.

§.15. 6. Clasificación general de los derechos

Los derechos que el Estado reconoce y proteje en cada uno de sus miembros son:

1.° Los que se refieren á la *capacidad* de un individuo, es decir, á sus cualidades personales, sin las cuales no podría en manera alguna reconocérsele como susceptible de derechos.

2.° Los que contando con la capacidad de un individuo, se refieren á SUS *relaciones de familia*,

3.° Los que hacen referencia á sus bienes, que se subdividen en *derechos reales*, que son los que la persona ejerce sobre una cosa inmediatamente sujeta á su dominio; y en *derechos personales* los que tienden á obtener una prestación de parte de una persona que está particularmente obligada. Los derechos relativos á la capacidad, los derechos de

familia y los reales son además *absolutos*, es decir, que su reconocimiento puede exigirse de cualquiera; y en su consecuencia puede ser perseguido el que los perjudique. Los derechos personales son por el contrario derechos *relativos*, es decir, que no puede perseguirse por ellos mas que á la persona obligada á su prestación.

§. 16. 7. Clasificación general de los deberes

El deber que corresponde á un derecho es ó *general* y *negativo*, ó consiste en una *obligación personal y positiva*. El primero en cada caso particular está impuesto á todos los hombres, escepto á aquel á quien se refiere; y consiste en que no sea permitido á nadie perturbar á los demás en el ejercicio de sus derechos; la obligación propiamente dicha no sujeta mas que á las personas especialmente ligadas á ella, á las cuales constituye en la precisión de hacer lo que, el que tiene el derecho, puede exigirlas en virtud de él. Las primeras corresponden á los derechos absolutos, las segundas á los relativos.

§. 17. 8. De las acciones y de las excepciones

Cualquiera que tiene un derecho, puede perseguirle en justicia, si alguno se lo contesta. A los medios que tienen por objeto perseguir ó defender los derechos, pertenecen las *acciones* (*actiones*) y las *escepciones*.

SECCIÓN II

Historia de las fuentes del derecho romano

§. 18. 1. Del derecho romano y de su historia

El *derecho romano*, en general, es la reunión de reglas de derecho que estuvieron en uso entre los romanos, en cualquier época en que hayan sido establecidas[9]. La *historia de este derecho*, según una división conmunmente adoptada en el dia, es *esterna* é *interna*. La primera trata solo de las fuentes del derecho, y de los trabajos de que han sido objeto; la segunda de lo contenido en estas fuentes, y expone además las alteraciones de las reglas de derecho en su origen y progresos sucesivos.

9 En sentido menos lato se entiende por esta palabra el derecho romano compilado por Justiniano y recibido entre nosotros.

§. 19. 2. De las fuentes de la historia del derecho romano[10]

A las fuentes de la historia del derecho romano pertenecen en particular:

1.° Las mismas colecciones del derecho romano tanto antiguas como nuevas con los decretos de su publicación.

Despues, 2.°, todos los documentos de leyes antiguas, aunque no hayan llegado á nosotros completas[11], como los fragmentos de las *Doce Tablas*; los de algunas *Leges agrariae*, en especial de la *Lex Thoria* (a. u. 647); los de algunas *Leges judiciariae*, sobre todo de la *Lex Servilla repetundarum* (a. u. 654); también los fragmentos de la *Lex Julia et Papia Poppaea*; despues la *Fabula Heracleensis* (entre a. u. 664 y 680); la *Lex Rubria*, ó como se la ha llamado hasta el dia, *Lex de Galia Cisalpina* (despues de a. U. 711)[12]; *Obligatio praediorum* s. *Fabula Trajani alimentaria* (a. u. 836)[13]; el *Senatus consultum de imperio Vespasiani*, el S. C. de *Bacchanalibus*, y los fragmentos del edicto pretorio, así como también un edicto de Diocleciano sobre la tasacion de los objetos.

En fin, 3.°, muchos autores antiguos griegos y romanos, jurisconsultos y otros. Mas adelante trataremos en los §§. 43 y 57 en particular del escaso número de escritos de los jurisconsultos romanos y de los fragmentos que han llegado de ellos hasta nosotros. Son notables sobre todo; la historia (esterna) del derecho de *Pomponio*, en el fr. 2. D. *de orig. juris*, 1, 2; la *Instituta de Gayo*; los *Fragmentos de Ulpiano*, y la *Parafrasis griega de la Instituta de Justiniano* por *Teófilo*[14]. Es mayor el número de los autores no jurisconsultos, por ejemplo: *Polypo, Dionisio de Halicarnaso, Ciceron, Tito Livio, Valerio Máximo, Tácito, Plutarco*, los dos *Plinios*, el viejo y el joven,

10 En la obra titulada *Hermés*, t. XXIV, pág. 318 y siguientes; t. XXV, pág. 271 y siguientes, se encuentra una reseña muy exacta y completa debida á SCHROETER de las mejores fuentes del derecho romano y de las bibliografías griega y latina, descubiertas despues de 1813, principalmente por medio de tos *Codices rescripti*.

11 Cbr. Gottl Haubold, Antiquitatis romana monumenta legalia extra libros juris romani sparsa: post mortem auctoris edidit Era. Spangenberg. Praemissa est notitia historico-dogmatica omnium antiquitatis romanae monumentorum extra libros juris romani sparsa. Berol. 1830.

12 H. Dirksen. Diss. proponens observationes ad selecta legis Galliae Cisalpinae capita. Berol. 1812. Tavola legislativa della Gallia Cisalpina r. trovata in Velleja nell'anno MDCCLX é restituita allá sua vera lecione da D. Pietro de Lama, colle osservationi di e annotationi di duo celebri giurisconsulti Parmigiani. Parma, 1820.

13 Tavola alimentaria Vellejate della Trajana, restituita alla sua vera letione da D. Pietro de Lama, con alcune osservationi del Medesimo. Parma, 1819.

14 V. también: II. Ed. Dirksen, Bruchstuke aus den Schriften der Raem. Juristen, ó Fragmentos de los escritos de los jurisconsultos romanos (no transmitidos hasta nosotros en la compilación de Justiniano) Kaenigsberg, 1814.

Suetonio, los *Scriptores Historiae Augustae et Byzantinae*, *Juan de Lidia*, y los *Gramáticos*; los mas notables de los cuales son: *Varron, Séneca, Quintiliano, Asconio, Pediano, Gellio*, y mas tarde *Sexto Pompeyo Festo, Servio* y *Boecio*. Pueden, finalmente, mencionarse también los *scriptores rei agrariae rusticae* y *Vitruvio* sobre la arquitectura así como los padres de la Iglesia latinos y griegos.

§. 20. 3. Períodos de la historia del derecho romano

Los períodos de la historia de las fuentes del derecho romano y de su desenvolvimiento han sido establecidos por Gibbon con el mayor acierto; Hugo los ha adoptado. Son los siguientes; el *primero* llega hasta las *Doce Tablas*, el *segundo* hasta *Ciceron*, el *tercero* hasta *Alejandro Severo*, el *cuarto* hasta *Justiniano*.

PERIODO PRIMERO

Desde la fundacion de Roma hasta las Doce Tablas

(A. u. t. 1—300; 750—450 antes de J.C.)

§. 21. Primera constitución de Roma

Los diferentes pueblos, cuya reunion constituyó el Estado romano, conservaron aun después de su nueva formación su antiguo derecho; había pues en Roma muchos derechos que se confundieron poco á poco en un solo *derecho romano* (§. 23). A la fundacion de este nuevo Estado sus miembros se dividieron en dos clases diferentes, que eran *patricios* y *plebeyos*. Los primeros formaron una especie de nobleza hereditaria, y eran los únicos dueños del poder, es decir, que ellos solos participaban del gobierno del Estado y del dominio de las propiedades, *ager publicus*. Los plebeyos por el contrario formaron el pueblo libre; siendo los unos al mismo tiempo *clientes* de un patricio, á quien escogían por *patrono*, y los otros, sin depender de ningún patricio, ciudadanos libres y propietarios. Los plebeyos no eran al principio mas que defensores del nuevo Estado, sin gozar de ningún derecho político, y estando escluidos por consiguiente del gobierno y de la participación de tierras. Parece además que se diferenciaban entre sí patricios y plebeyos no solamente por su estado, sino también por su origen; y por esta razón, aunque reunidos bajo un mismo gobierno, eran sin embargo distintos sus derechos y costumbres. A la cabeza del Estado romano habia un jefe

de elección vitalicia con el nombre de *rey*, y con él gobernaba el *senado* compuesto en los primeros tiempos tan solo de *patricios*. El poder legislativo residía en el pueblo, y era ejercido por él en la asamblea popular, *comitia*. El *rey* y el *senado* tenian el derecho de proponer las leyes, *legem ferre*, las cuales se votaban en los *comicios*; primero por *curias*, compuestas solo de patricios; mas tarde, despues de la espulsion de los reyes y del primer consulado, por *centurias*, en las cuales fueron admitidos los plebeyos, que adquirieron entonces alguna importancia y participación en el poder legislativo. El proyecto no era considerado como ley obligatoria, *lex curiata*, *centuriata*, hasta la aprobación del pueblo en los comicios[15]. Las antiguas *leges curiatae* fueron reunidas, á lo que dicen, por un cierto *Sexto* ó *Publio Papirio*, pontífice supremo del tiempo del último rey Tarquino[16]. No nos quedan mas que algunos fragmentos no poco dudosos por cierto.

§. 22. De las fuentes del derecho al principio de la república

Despues de la espulsion de los reyes (a. u. 244) Roma vino á ser una república, y el poder supremo pasó á los cónsules elegidos al principio entre solos los patricios, y su autoridad duraba un año. Por efecto de este cambio en la constitución de Roma todo el poder supremo se reconcentró entre las manos del senado y de los patricios. Los plebeyos estaban enteramente escluidos de la participación del gobierno y de la administración del Estado, mientras que los patricios eran los mas distinguidos y los mas ricos, y tenían al mismo tiempo preponderancia, en los comicios por centurias, en las cuales se elegian los magistrados, y se votaban las leyes. Estas causas, así como la tiranía que los patricios ejercían sobre los plebeyos empobrecidos durante la guerra, originaron bien pronto grandes desavenencias entre los dos partidos, y dieron lugar al establecimiento de los tribunos de la plebe (a. u. 260); los cuales escogidos entre los plebeyos defendían sus derechos contra las pretensiones de los patricios siendo sus personas sagradas é inviolables (*sacrosanti*). Al principio no tuvieron mas derecho que el de oponerse á las decisiones de los cónsules y del senado (*intercedere*), y el de impedir su efecto por el *Veto*; pero luego se arrogaron el de proponer á los plebeyos en los comicios por tribus, leyes sóbrelas cuales votaban estos

15 Algunas veces sin embargo la aprobación de lo resuelto en los comicios dependía de la ratificación del senado. Tito Livio, I, 17.—Dionisio de Halicarnaso, II, 14; IV, 12; IX, 41.

16 Esta coleccion lleva el nombre de Jus civile Papirianum: «non quia Papirius de suo quicquam ibi abjecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.» fr. 2, §. 2, D. 1, 2. Fué asimismo llamada *Lex Papiria. Servius ad Virg*. En. XII, 836. Es probable que Papirio no reuniese mas que las leyes referentes al culto, ó que su obra no fuese mas que un libro de fórmulas destinado á los sacerdotes. El jurisconsulto *Granio Flacco* escribió aun en tiempo de Julio César un comentario sobre esta obra (*de indigitamentis*).

solos, y que despues de adoptadas, llamaban *plebiscita*. Al mismo tiempo se dieron á los plebeyos dos magistrados mas, los *ediles*, que estaban encargados de la policía y otros objetos concernientes al bien público, teniendo también encomendados á su vigilancia especial ciertos edificios y archivos. Los plebeyos quedaron, sin embargo, escluidos de las demás magistraturas superiores; y solamente en el segundo período obtuvieron el consulado, la edilidad curul, la dictadura, la censura, la pretura y también el pontificado.

§. 23. Las XII Tablas

La lucha continua entre los plebeyos y patricios dio lugar á la *Ley de las XII Tablas* á fines de este período (a. u. 300)[17]; las cuales podían ser consideradas no tanto como un nuevo código de derecho privado, como una gran ley fundamental del Estado, con la cual se estableció una igualdad legal entre patricios y plebeyos; por ellas se determinaron los límites del poder judicial que se hallaba en manos de los cónsules, y se trazó la marcha que había de seguirse en los procedimientos. En esta ocasion se redujo á escrito una gran parte del derecho privado vigente, y las antiguas leyes de cada poblacion en particular se reunieron en un solo derecho nacional. Esta gran ley de las Doce Tablas, llamada simplemente *ley* ó *lex decemviralis*, á causa de los decemviros que se nombraron para redactarla, adquirió mucha autoridad, y continuó siendo en los tiempos posteriores hasta justiniano la base del derecho público y privado de los romanos.

§. 24. Restos de las XII Tablas

Las Doce Tablas fueron expuestas públicamente á los *rostra*, para que todos los ciudadanos quedasen obligados á su cumplimiento. Despues del saqueo de Roma por los galos, se las recojió de nuevo, y aun se hallaban expuestas al público el siglo III de la era cristiana. Sin embargo, nosotros no conservamos mas que algunos fragmentos que se encuentran principalmente en el comentario que hizo de ellas *Gayo*, del cual solo se hallan algunos restos en las *Pandectas*, en *Ulpiano* y en *Festo*, *De Verbor*. *signif.*, que han sido reunidos por *Godofredo*. La *Instituta* nuevamente descubierta por *Gayo*, así como los *Vaticana Fragmenta* (§. 57), nos presentan ademas sin alteración algunos trozos desconocidos hasta el dia. Los trasmitidos por Cicerón no son todos verdaderos fragmentos, pues algunos están alterados en muchas ocasiones. Los ensayos mas recientes que se han hecho acerca

17 El tribuno Cayo Terencio Arsa provocó desde luego esta medida por la lex Ferentilla, a. 293

del restablecimiento de las Doce Tablas, y que difieren mucho el testo de Godofredo, son debidos á Haubold y á Dirksen.

PERIODO SEGUNDO

Desde la ley de las Doce Tablas hasta Ciceron

(A. u. 808—650; 450—100 antes de J. C.)

§. 25. De las fuentes del derecho durante este período

Despues de las Doce Tablas, las *fuentes del derecho*, en virtud de las cuales se varió y completó la legislación decemviral, á la vez que el derecho no escrito vigente, se reducen á dos especies principales, al *jus scriptum*, lejislación, y *non scriptum*, costumbres; pero debe desde ahora observarse que el derecho romano fué perfeccionándose de dia en dia desde aquel período, no tanto por las disposiciones del poder legislativo, como por el desenvolvimiento sucesivo de los principios del derecho derivado de las costumbres, por los majistrados y jurisconsultos.

§. 26. 1. Legislación

I. Leges

Al scriptum pertenecen:

1.° Los decretos del pueblo propiamente dichos ó *leges*, es decir, las leyes que el pueblo romano (*populus romanus*) votaba y adoptaba en los comicios por centurias a petición de un magistrado que presidía el senado[18].

§. 27. 2. Plebiscita

2.° Los *plebiscita* eran las leyes votadas por los plebeyos en los *comicios por tribus* á petición de uno de sus tribunos. Por lo tanto no tenían en un principio fuerza obligatoria mas que para los plebeyos, hasta que los cónsules *Horacio* y *Valerio* (a. u. 305) hicieron adoptar una ley, *ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret*, que fué despues (a. u. 416) renovada

18 Gayo, 1, 3. —§. 4. J. 1, 2.— Las leyes adoptadas en los comicios por centurias debian obtener siempre la sancion de los comicios por curias, y hasta una de las leyes de Publicio no quedaron exentas de esta sancion.

y confirmada á petición del cónsul *Publicio*: *ut plebiscita o m ríes Quirites teneret*, y finalmente á instancias del dictador *Hortensio* (a. u. 465)[19].

§. 28. 3. Senatusconsulta

3.º Los *Senatusconsulta* eran lo que el senado disponia sin participación ni consentimiento expreso del pueblo. Del mismo modo que las *leyes*, tenían principalmente relacion con el derecho público; pero no obstante se hallan ya en este período ejemplos de senadosconsultos concernientes al derecho privado. Rehusaron en un principio los plebeyos someterse á los senadosconsultos; pero cuando aceptó el senado los plebiscitos, consintieron también en reconocer la autoridad de aquéllos, aunque conservando, sin embargo, los tribunos el derecho de interponer su *Veto*.[20]

§. 29. II. De las costubres

A. Ideas generales

El *derecho de la costumbre* se formó de diferentes modos, y fué incomparablemente mas importante para el derecho privado que las fuentes de que hemos hablado. Componíase de las *mores majorum*, ó del derecho que nacia de los usos y costumbres de los antepasados transmitidos por estos á sus descendientes; de la *costumbre*, *consuetudo*, ó del derecho que subsistió en todos tiempos como costumbre y opinión popular; y finalmente de las *cosas juzgadas*, *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatorum*, ó del derecho que se formó de las decisiones de los jueces, que estaban conformes en casos semejantes.

Los pretores y demas magistrados superiores, del mismo modo que los jurisconsultos, aquellos con sus edictos, y estos ultimos con la ciencia y la práctica, adquirieron ya en dicho período la mayor influencia en la confirmación de las costumbre y en los adelantamientos sucesivos derecho en general. Necesario es dar algunas esplicaciones acerca de uno y otro derecho.

19 Las *leyes* como *plebiscitos* llevaban el nombre de los que las habían propuesto; por ejemplo *lex Aquilia*, *lex Plaetoria*, *lex Cincia*, *lex Turia*, *etc*.

20 En este caso no había lugar al *senatus consultum* sino al *senatus auctoritas*.

§. 30. B. Edicta magistratuum

I. De los Pretores

En un principio el poder judicial pertenecía á los reyes, y después de ellos á los cónsules; pero desde el año 387 de Roma se creó al lado de estos ultimos un magistrado particular, encargado de la administracion civil de la justicia, el cual se llamó *praetor urbanus* y fué elegido primeramente entre los patricios, y despues también (desde a. u. 418) entre los plebeyos, aunque sin ser competente mas que cuando las dos partes que litigaban eran ciudadanos romanos (*inter cives jus dicebat*). Poco tiempo después á causa de la concurrencia cada dia mas numerosa de extranjeros en Roma, se eligió (a. u. 508) otro pretor encargado de juzgar las causas de los extranjeros entre sí, ó las que ocurrían entre estos y los romanos (*inter cives et peregrinos jus dicebat*) al cual se le dió el nombre de *praetor peregrinus*. El cargo de los pretores no duraba mas que un año. En los municipios de Italia la jurisdicción civil residía en la autoridad municipal, y en las provincias en el *praeses provinciae*; pero mas tarde, Y principalmente despues de Adriano, se dió esté cargo, así en Italia como en las provincias, á algunos jueces, *juridici*

§. 31. 2. De los Edicta praetorum

Los pretores obtuvieron al poco tiempo, con el desenvolvimiento del derecho civil, una gran influencia. El derecho *romano*, propiamente dicho (*jus civile*), no fué en ningún tiempo aplicable mas que á los ciudadanos romanos; pero habiendo estos estendido su dominación por toda Italia y otros muchos paises fuera de ella[21], se vieron obligados en su frecuente trato con los extranjeros á reconocer y aplicar á mas de su antiguo derecho nacional (*jus civile*) que se distinguía por sus principios y formas severas, otro derecho general natural (*jus gentium*). Este derecho era el conjunto de verdades y principios de derecho generales, reconocidas como tales por todos los pueblos civilizados de la antigüedad; y no obligaba en un principio en Roma mas que á los extranjeros (*peregrini*); pero no tardó mucho en hacerse también obligatorio para los mismos romanos. Consecuencia de esto era que el antiguo derecho civil severo de los romanos se aviniese cada vez mas con aquel derecho general natural, y los pretores fueron quienes introdujeron y

21 La primera provincia era Sicilia. Si queremos saber de donde viene la palabra *provincia*, veremos que Hugo dice que es de *Providencia*, y que Niebuhr la hace derivar de *proventus*. Hé aquí los primeros vestigios de la organización provincial.

arreglaron con sus edictos esta reforma. En efecto, para evitar por una parte que se les tachase de arbitrarios y parciales en el ejercicio de su cargo, y para sustraerse por otra á las *intercesiones* de los tribunos, publicaban un edicto al tomar posesion de su destino, ó lo que es lo mismo, anunciaban las reglas bajo las cuales pensaban ejercer el derecho y la justicia en el año de su administracion, y la marcha que hablan de seguir en los procedimientos, *ut scirent cives quod jus de quaque re quisque dicturus esset seque praemunirent*[22]. En dicho edicto no tenian únicamente por ojeto establecer principios enteramente nuevos, sino que la mayor parte de las veces anunciaban en él lo que en su tiempo había sido seguido como costumbre; luego que hallaban omisiones en el derecho vigente, ó que juzgaban imposible su aplicación en sus días, daban por sí mismos reglas según las cuales debia decidirse en los casos de necesidad[23]; pero sobre todo endulzaban la severidad del antiguo derecho civil conforme al *jus gentium* y á la equidad[24], bien fuese por *exceptiones* y *praescriptiones*, que acordasen contra una demanda fundada sobre el derecho civil en el caso en que hubiera sido inicuo (*iniquum*) condenar al demandado, bien rescindiéndolos actos hasta entonces válidos (*restitutiones*), ó por la suposición de ciertas circunstancias imaginarias (*fictiones*) siempre que lo exigian razones de equidad.

§. 32. Continuacion

El Edicto que publicaba el pretor al empezar su administración para los casos futuros, con el objeto de atenerse á él durante todo el tiempo de su magistratura , se llamaba simplemente *edictum*, ó *edictum annuum*; ó *edictum jurisdictionis perpetuae causae propositum*, y también *edictum perpetuum*[25]. El edicto de los dos pretores de Roma, se llamaba *praetoris edictum*; y se daba el nombre de *edictum provinciale* al publicado por los procónsules y pretores de las provincias. Sin embargo, no siempre redactaban todos los pretores al principiar sus funciones un nuevo edicto (*edictum novum*), sino que ordinariamente conservaban el dado por su predecesor en todo ó en parte (*edictum traslatitium*) según que habia consagrado la experiencia su

22 Fr. 2. §. 10, D. 1, 2.—En Gayo ,1,6, hallamos pruebas de este derecho que tenian los pretores y los ediles de publicar tales edictos. Ciceron, *Ad Attic*. VI, I, etc.; *de Invent*, II, 22.—*Autor ad Herennium* II, 13.— equivocadamente les atribuye Heineccio, *Hist. jur*., lib. I, §. 67, 70; y *antiquit jur rom*., lib. I, tít. 2, §. 24, el haber usurpado el poder legislativo, y destruido con diferentes artes el derecho civil.

23 Papiniano, fr. 7, d. 1, 1, dice que los pretores habían introducido su derecho *adjuvandi, vel supplendi vel corrigendi juris civilis causa, propter utilitatem publicam*.

24 *Aequitas* se toma muchas veces por oposicion á *jus strictum*; por ejemplo: fr.,2, §. 5, D. XXXIX, 3: «*haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur*.»

25 No fué en tiempo de Adriano, como se ha creído, cuando este edicto se llamó *perpetuo*. *Edicto perpetuo* no significa otra cosa que *edicto anual*.

uso, ó manifestado sus defectos, haciendo adiciones y modificaciones cuando las circunstancias lo exigían ó se juzgaba útil[26].

§.33. 3. De los Ediles

Así como los pretores estaban encargados de la ejecución de la justicia, del mismo modo se confiaba el cuidado de la policía á los *ediles*. En un principio no hubo mas que *aediles plebis* (§. 22); pero despues se eligieron también entre los patricios *aediles curules* (a. u. 388). Estos últimos tenían, así como los pretores, el derecho de publicar al empezar sus funciones un edicto que contenia, á la verdad, las mas veces reglamentos de policía, pero que no carecía sin embargo de importancia para el derecho privado[27].

El derecho introducido por los edictos de los pretores y ediles, recibió el nombre de derecho honorario, *jus praetorium seu honorarium*[28].

§. 34. C. De los jurisconsultos

1. Responsa prudentum

Los jurisconsultos (*prudentes*, *jureconsulti*) tuvieron tan gran influencia como los pretores y ediles en el perfeccionamiento del derecho. En efecto, cuando se fijaron los principios mas notables del derecho en las Doce Tablas y el Edicto, empezaron los jurisconsultos á desenvolverlos por medio de interpretaciones, haciéndolos aplicables á la práctica, y determinaron al propio tiempo las fórmulas según las cuales debian ponerse en uso. Por lo tanto el que no estaba muy versado en la ciencia de las leyes, tenia que dirigirse á un jurisconsulto en los asuntos que le ocurrían, pidiéndole sus consejos y auxilio, para que este le diese su dictámen (*responsum*), defendiese su causa ante el tribunal (*disputatio fori*)[29], ó le indicase cómo debia intentar su acción ó alegar actos válidos. Por este medio y el trabajo científico del derecho, se formaron poco á poco muchas reglas y principios. Estas doctrinas, introducidas por los jurisconsultos, recibieron el nombre de *auctoritas*

26 Los *edictos repentinos* ó *prout res incidit*, que se oponen ordinariamente al edicto perpétuo, no pertenecen aquí; no eran mas que disposiciones que el pretor tomaba en casos particulares. Así, por ejemplo, los *edicta peremptoria*.

27 La *actio redhibitoria et quanti minoris* tiene su origen en el edicto de los ediles.

28 Llamado sin duda de este modo *ab honore praetoris*.

29 No se sabe de cierto el sentido que Pomponio daba á esta *disputatio fori*. Sin duda era la demanda y la réplica en virtud de la contestación.

prudentum, *sententiae receptae*, y también el de *jus civile*, en un sentido mas restringido[30].

§. 35. 2. De los escritos de los jurisconsultos

En este período se hallan muy pocos trabajos científicos acerca del derecho. En un principio los patricios y pontífices eran los únicos que tenían conocimiento exacto de las fórmulas de las acciones y procedimientos (*legis actiones*), así como del calendario judicial (*dies fasti et nefasti*)[31], Guardáronlas en secreto, según se dice, con el objeto de tener á los plebeyos bajo su dependencia, hasta que cierto Cn. Flavio, secretario del jurisconsulto *Appio Claudio*, robó á éste una colección en donde habia colocado bajo cierto órden aquellas *legis actiones* (a. u. 449), y las dió publicidad[32]. Esta obra recibió su nombre, y se llamó *Derecho Flaviano*.

El mismo Flavio publicó igualmente los *dies fasti*, acerca de los cuales tenia algún conocimiento por las preguntas qué frecuentemente habia dirigido á *Appio Claudio*. Desde entonces fué el derecho objeto del estudio de los plebeyos, y *Tiberio Coruncanio*, que fué el primero de estos que obtuvo el pontificado (a. u. 452), es también considerado como el primer plebeyo que enseñó en público el derecho. Mas adelante, sin embargo, habiéndose perfeccionado el derecho, y exigiendo otras fórmulas las acciones y los nuevos litigios (cien años despues, a. u. 552), cierto *Sexto Elio Cato* compuso y publicó un nuevo libro de fórmulas (*alias actiones composuit*), que recibió el nombre de *Jus Aelianum*[33].

30 El *jus civile* de los romanos tiene varias significaciones:
1.ª En el sentido mas lato, cuando no vá acompañado de ninguna otra palabra, significa el *derecho positivo* de un estado en general, *jus civitatis proprium quod quisque populus ipse sibi constituit*.
2.ª Significa principalmente el derecho positivo del estado romano en oposición con el *jus gentium*.
3.ª En el sentido menos lato se tomó solo por el derecho romano que no es el *jus honorarium*, y por lo tanto por las leyes, los *plebiscitos*, *senatusconsulta*, *auctoritas prudentum* , y mas tarde también por las *constituciones principium*.
4.ª En el sentido menos lato posible quería decir *auctoritas prudentum et disputatio fori*.

31 El calendario romano fijaba exactamente los días en que se podía administrar justicia (*dies fasti*) y los en que estaba prohibida hacerlo (*dies nefasti*), asi como los en que solo se podia consagrar á esto una parte de ellos (*dies intercisi*). Ovidio dice con esta ocasión, *Fast*. 1, 47.
Ille nefastus erit per quem tria verba silentur;
Fastus erit per quem lege licebit agi.
Estas tres palabras son: *do*, *dico*, *abdico*, y muestran la estension de la autoridad pretoriana.

32 No se sabe de cierto si fué con consentimiento ó contra la voluntad de Appio Claudio. Según Ciceron, *pro Murena*, c. 11, los jurisconsultos llevaron á mal que se hiciese esta publicación, pero Flavio adquirió da tal manera el favor del pueblo que fué nombrado tribuno, senador y edil curul.

33 El mismo Sexto Elio escribía también un compendio del derecho civil con el título de Tripertita.

Los *Commentarii juris* de *Marco Porcio Caton*, el viejo, son la primera obra científica del derecho que se dió á luz en este período. No debe olvidarse durante él á *M. Porc. Caton*, hijo del anterior, á los tres jurisconsultos que según dice *Pomponio* sentaron los cimientos á los trabajos hechos sobre el derecho civil (*qui fundaverunt jus civile*), y escribieron otros muchos libros sobre el mismo asunto; á *Publio Mucio Scévola*, *Marc. Junio Bruto* y *Manilio*, á quienes se atribuyen las *actiones manilianae*, ó las fórmulas de los contratos de compra y venta; despues á *Lucio Craso*, hermano de *Publio Mucio Scévola*, y por último á *Q. Mucio Scévola*, llamado el Augur, hijo de *Publio Mucio* y de quien acabamos de hablar, y *Hostilio*, autor de las *actiones hostilianae* que probablemente fueron las fórmulas del testamento.

PERIODO TERCERO

Desde ciceron hasta Alejandro Severo

(A. u. 650—1000,100 antes de J. C. hasta 250 despues.)

§. 36. a

Las causas de las discordias interiores que dieron lugar á un cambio en el Estado consistían:

1.° En el reparto de tierras comunes, al cual se habia escitado tantas veces.

2.° En la participación tan deseada por todos los habitantes de Italia de los derechos de ciudadano[34].

3.° En la idea de dar al estado de los senadores, y despues al de los caballeros, una significación política en oposicion con el pueblo, sobre todo en cuanto á los tribunales; en fin, de dar impulso, bajo Sila, al elemento aristocrático. La decadencia de las costumbres, el desprecio hacia la religión y las instituciones de los antepasados, la tiranía de parte del poder y los actos de violencia cometidos entre los particulares, todo contribuía á destruir, así la fuerza y la consideración del Estado, como la moral del pueblo. Todos los deseos de reanimar el espíritu de la república antigua fueron infructuosos.

§. 36. 6. De las alteraciones que acaecieron en la constitución romana

Al comenzar este período el Estado romano conservaba aun, es verdad, el nombre y la apariencia de una república; pero en el hecho, los hom-

34 Por esta causa se convirtió de un golpe el derecho romano en el de toda la Italia.

bres poderosos ejercían ya el poder monárquico. *César Octavio*, apellidado *Augusto*, se puso al frente de los negocios, despues de la derrota de *Antonio* en la batalla de Actium (31 años antes de J.C.) con el titulo de *princeps reipublicae*, reuniendo en su persona las mas importantes de las antiguas dignidades de la república[35]. Esta, durante su dominación, vio respetadas aun sus formas; pero desaparecieron también poco á poco bajo sus sucesores, y el poder de los *príncipes* se hizo de dia en día mas ilimitado, y vino á degenerar al fin en un duro despotismo. El poder legislativo pasó gradualmente de las manos del pueblo á la de los emperadores, y las constituciones de estos ofrecieron bien pronto una fuente nueva y muy fecunda para el derecho público y privado.

§. 37. De las fuentes del derecho durante este periodo

I. Plebiscitos

Las variaciones que esperimentó en este período el derecho privado fueron producidas:

1.° Por los decretos del pueblo, llamados aun entonces leyes ó plebiscitos, y cuyo número fué mayor que nunca mientras que las guerras civiles alteraron el estado á principios de este período[36]. Entre ellos hay muchos que fueron y permanecieron por largo tiempo siendo de grande importancia para el derecho civil[37], y que mas tarde fueron comentados estensamente por los jurisconsultos clásicos (§. 44). Pero conforme el poder de los príncipes vino á ser mas ilimitado, escasearon gradualmente los decretos del pueblo durante este período, y al fin de él desaparecieron de todo punto.

§. 38. 2. Senadoconsultos

2.° Dichas alteraciones fueron ademas verificadas por los senadoconsultos, que sobre todo, despues que los plebiscitos comenzaron á hacerse mas raros, vinieron á ser una fuente de derecho aun mas importante que anteriormente, y conservaron su influencia hasta el fin de este período. Tomaban nombres particulares , unas veces del cónsul que los proponía; otras del emperador que hacia la propuesta, bien fuese por escrito, *per epistolam*

35 Tenía la *potestas tribunitia*, el *proconsulare imperium*; era *imperator*, *praefectus morum*, *pontifex maximus*, y fue también muchas veces cónsul.

36 *Corruptissima republica plurimae leges*, dice Tácito, *Annales*, III, 27.

37 La mas notable de este período para el derecho civil es la Lex Julia et Papia Poppaea

, bien de viva voz, *ad orationem principis*; otras finalmente de la persona que daba lugar á ellos[38].

§. 39. 3 Constitutiones principum

3.° Las mismas variaciones debieron también su origen á las constituciones de los príncipes que fueron en este período nuevas fuentes de derecho. En efecto, luego que Roma no conservaba de su libertad mas que las formas, y cuando los cargos se aglomeraron en la persona del príncipe para toda su vida, éste, conforme á los usos de los antiguos magistrados de la república, comenzó á dar ordenanzas y reglamentos en virtud de aquellos mismos cargos que ejercía. Llamáronse *placita* ó *constitutiones principum*[39]; y como en esta época la apelación que se interponía de las decisiones de los tribunales ordinarios iba á parar á los. emperadores, viéronse estos precisados bien pronto á formar un consejo de altos funcionarios y de jurisconsultos, al cual remitían los negocios que les estaban encomendados para su decisión y voto. Este consejo se denominaba *auditorium principis*[40], y se hizo en breve tribunal supremo de todo el imperio. Los fallos y decisiones sobre cuestiones de derecho emanados de él, á nombre del emperador, se llamaban *decreta*, y las instrucciones que dirigía, bien fuese á los particulares bien á los funcionarios, *rescripta*.

§. 40. 4. Edicta praetorum

4.° Los edictos de los pretores introdujeron también modificaciones; porque estos magistrados y los ediles de Roma, así como los procónsules y propretores en las provincias, continuaron aun en este período publicando un edicto al comenzar en el ejercicio de sus funciones. Pero como muchos se permitían faltar á lo resuelto en él, conforme á sus caprichos, durante su cargo, Cornelio, tribuno de la plebe, hizo aprobar (a. u. 687) una ley: ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent. A pesar de esta medida los

38 *Senatus consult. Macedonianum* de un tal *Macedon* que mató á su padre para pagar á sus acreedores. Lo cual, sin embargo, no podría haberse verificado mas que en el caso de este solo senado consulto.

39 Fr. 1, pr. D, 1, 4: «Quod principi placuit, legis habet vigorem: ut pote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei in eum omne suum imperium et potestatem conferat.»—Gayo, 1, 5; «Constitutio principis est, quod imperator *decreto*, vel *edicto*, vel *epistola* constituit, nec un quam dubitatum est, quin id legis vicem obtinent, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.»

40 Este consejo imperial no solo intervenía en las cuestiones de derecho, sino que también en los negocios del Estado, y bajo este punto se le llamaba además *consistorium principis*. V. Haubold. de consistorio principum romanorum; in ejusd. opusc. ed Wenck, vol. I, núms. 4, 5.

edictos quedaron todavía expuestos a variaciones, aunque ya menos frecuentes.

§. 41. De los trabajos hechos sobre el edicto pretorio

Ofilio

Como el edicto pretorio formaba mucho tiempo había una de las principales fuentes del derecho privado, no tardó en ser objeto de trabajos literarios, y en ser destinado á la enseñanza; pero antes de todo fué preciso poner algún orden en aquella masa informe de reglas incoherentes, compuesta de adiciones y m codificaciones particulares hechas en diferentes épocas, despojándola de lo que habla calculado, formando un conjunto de lo que tenia aplicación, y dividiendo el todo en partes para facilitar su estudio. El primero que se distinguió en esta clase de trabajo fué *Ofilio*, amigó de César, al paso que Servio Sulpicio, maestro de aquel, y que tuvo amistad toda su vida con Ciceron, no compuso mas que una sucinta coleccion del derecho pretorio[41].

§. 42. De la nueva redacción del edicto por Salvio Juliano

A pesar del gran mérito de la obra de Ofilio, y de lo muy útil que fué a sus contemporáneos, no era sin embargo mas que un trabajo particular que carecía de la autoridad necesaria. Dicha obra quedó sujeta por lo tanto á algunas variaciones y ampliaciones, conociéndose con el tiempo la necesidad, cada dia mas urgente, de retocarla bajo los auspicios de la autoridad pública. Continuaron as! las cosas hasta que *Sabio Juliano* obtuvo en tiempo de Adriano la pretura. Reuniéronse muchas circunstancias pára ponerle en estado de remediar este mal, y dió una nueva redacción al edicto, cuál convenia al objeto que debia proponerse[42]. Era Juliano un gran jurisconsulto, y capaz por lo mismo de emprender semejante obra. Como pretor, ó designado por lo menos para la pretura, extendíanse mas sus privilegios que los de un simple particular: así podia corregir, quitar y aumentar, y habiéndole sido aconsejada además aquella empresa por Adriano, estaba completamente apoyado en su autoridad. De los edictos de los pretores conservó todo lo que estaba en uso de su tiempo, redactándolo con la conciencia posible, y quitando todo lo que podia ser contradictorio. Suprimió lo que había cadu-

41 «*Ante eum (Ofilium) Servius duos libros ad Brutum perquam brevisimos ad edictum subcriptos reliquit.*» Pomponio.

42 Dícese por esta razón de el «perpetuum edictum composuit.» —Justiniano habla de esta *compositio edicti*, comparándola con sus *compositiones*.

cado añadió y alteró ciertas cosas, según el espíritu de su siglo, y distribuyó y dividió el todo por orden de materias[43]. Confirmó Adriano dicha obra por un senadoconsulto (J. C. 131), y desde este tiempo subsistió en el fondo sin ninguna alteración, pasando á ser uno de los principales objetos de enseñanza. Comentóle el mismo Juliano, é hicieron lo propio[44] otros muchos después de él, entre los cuales se distinguió Ulpiano[45].

§. 43. 5. Responsa prudentum

5.° Las *responsa prudentum* fueron la quinta causa de las alteraciones que sufrió el derecho. En todos tiempos gozaron en Roma los jurisconsultos de gran consideracion, y tanto los particulares como los magistrados tenian la costumbre de recurrir á sus consejos en los casos dudosos que se presentaban. Así, pues, tenian la libertad de responder *de jure*, y sus respuestas antes de Augusto gozaban entre sí de igual autoridad, no siendo esta en verdad la de la ley, sino la del letrado. Augusto fué el primero que dió á ciertos jurisconsultos distinguidos el privilegio particular de responder en su nombre, de donde resultó que los dictámenes de aquellos adquirieron todavía mayor peso[46]. Determinó Adriano aun con mayor precisión el grado de autoridad que debía darse á sus respuestas, estableciendo que cuando estuviesen acordes los jurisconsultos autorizados para responder, tuviesen fuerza de ley (*legis vicem*), y fueran seguidas por los jueces, y que cuando se hallasen desacordes se confirmasen estos con la opinion que creyesen mas conforme á la equidad. La libertad que en general tenian los demás jurisconsultos de responder á las cuestiones de derecho conservó el segundo lugar, y gozó de la misma autoridad que anteriormente, pero no fué restablecida por Adriano como se ha creído. Ya hemos visto el valor que tenían sus decisiones.

§. 44. 6. De la ciencia del derecho

6.° Los trabajos que hicieron los sábios en este período acerca del derecho, contribuyeron también á las alteraciones que sufrió el civil ; y su estudio, auxiliado con la filosofía y la literatura griega, no tardó en llegar al apogeo de su gloria. Los mas profundos jurisconsultos de Roma en aque-

43 Justiniano le llama *ordinatorem edicti praetorii perpetui*.

44 No se conservan mas que fragmentos del edicto.

45 Ulpiano escribió también: *Libri LXXXIII ad edictum praetoris*, que son comentarios, los 81 primeros al edicto del pretor, y los otros dos al de los ediles.

46 Desde Augusto basta el tiempo de Constantino, y aun hasta el de Justiniano, eran llamados los jurisconsultos *juris auctores* ó *conditores*, acaso por oposicion á los *veteres*.

lla época, guiados de Ideas luminosas é investigadoras, abanzaron rápidamente en la carrera de esta ciencia, conduciéndola al mayor grado de perfección, por cuya causa se acostumbra á designarlos con el nombre de la *jurisconsultos clásicos*. Sus escritos contenian aclaraciones y nuevas ideas que nada dejaban que desear respecto de las fuentes del derecho, llegando á gozar de tanta consideración que se atenian á su dictámen los tribunales en sus decisiones, tanto porque frecuentemente ocupaban los jurisconsultos los cargos mas honrosos, como porque en la aplicación que se hacia de las Doce Tablas y del Edicto no podia prescindirse de sus sábias explicaciones. De sus escritos se formaron con el tiempo las Pandectas por órden del empeiador Justiniano.

§. 45. Jurisconsultos célebres antes de Augusto.

Los jurisconsultos mas célebres de este período antes de Augusto[47] son[48] *Q. Mucio Scaevola*[49], *Aquilio, Galo, M. Tulio Ciceron*[50], *Servio Sulpicio Rufo, Alfeno Varo, Ofilio, Trebatio Testa, Casedio, Tuberon, Elio Galo*[51], *Granio Flaco.*

§. 46. De las escuelas y sectas de jurisconsultos que hubo desde el tiempo de Augusto

Desde el tiempo de Augusto los jurisconsultos autorizados para resolver los puntos de derecho que se les presentaban, parecían estar muy divididos en ciertas *escuelas* ó *sectas*; por lo menos Pomponio en su *Historia del derecho*, que comienza en tiempo de Augusto y acaba en el de Adriano, pone constantemente en escena á dos que profesan casi siempre opiniones y principios diversos. Pero estas escuelas no fueron probablemente en realidad sino establecimientos de instrucción repartidos en cátedras (*stationes*) destinadas á la enseñanza: instituciones que diferían unas de otras por el espíritu de los profesores y jefes, cuyas opiniones siguieron sus discípulos por espacio de muchas generaciones. Esta separación y esta diversidad de

47 En los restos que han llegado hasta nosotros de los jurisconsultos clásicos, así como en las constituciones de los emperadores anteriores á Constantino, estos son llamados *veteres* (algunas veces también *antiqui*).

48 Los nombres señalados con esta estrella se han sacado de las Pandectas.

49 Pomponio dice de él: «*Jus civile primus constituit*»

50 Hablando con propiedad, Ciceron no era jurisconsulto, sino orador y filósofo; tenia sin embargo muchos conocimientos en el derecho, y sus escritos de este género, bien se presente en ellos como demandante, bien como defensor, son de la mayor importancia para la historia del derecho antiguo. Bajo este punto han sido objeto de muchos trabajos posteriores.

51 C. Aeliis Galli Icti de verborum quae ad jus civile pertinent significatione fragmenta. Recensuit continuaque animadversione atque excursivus ilustravit Carol. Guil. Ern. Heimbach. Lips., 1823.

miras y de principios, dieron naturalmente origen á muchas controversias sostenidas con encarnizamiento en un principio, pero que mas tarde se extinguieron á impulso de las constituciones imperiales y de la práctica. Señálase á los autores siguientes como los fundadores y partidarios mas celosos de las escuelas principales.

* *Ansticio Labeon*[52].
Nerva (abuelo del emperador).
* *Próculo* (que dió su nombre á sus discípulos, llamados Proculeyanos).
Pegaso.
* *Juvencio Celso.*
* *Neracio Prisco.*
Ateyo Cápito.
Massurio Sabino (del cual vinieron los sabinianos).
Cayo Casio Longino (de donde vienen los casios ó casianos).
Celio Sabino.
* *Javoleno Prisco.*
* *Aburno Valente*[53].
* *Sabio Juliano* (§. 42).

§. 47. De los jurisconsultos célebres después de Adriano

Despues de Adriano las escuelas no fueron ya muy diversas. En este tiempo se suelen colocar á los eclectivos, ó sea á los llamados *herciscundi* y *miscelliones*, aunque sin fundamento, puesto que existieron sin duda algunos anteriormente á la parque las escuelas; siendo cierto que aun despues de Adriano hubo entre los jurisconsultos partidarios de aquellas[54]. Los jurisconsultos más notables despues de Adriano, fueron: * *Tarunteno Paterno*, * *Mauriciano*, * *Papirio Justo*[55], * *Terencio Clemente*, * *Volusio Maeciano*[56], * *Emilio Macer*, * *Calistrato*, * *Trifonino*, * *Ulpio Marcelo*, * *Sexto Cecilio*

52 Ch. Gl. Biener. Antistius Labeo juris civilis novatur. Lips., 1786; et in Opusc. ed Fr. Aug. Biener, Lips., 1830. V. 1, núm. 9.

53 P. F. Smeding. *De Salvio Aburno Valente ejusque quae digestis exs. tans fragmentis*. Lugd.—Bat. 1824.

54 Gayo, I, 196: II, 15, 37, 217; III, 87, 98, y en otros muchos pasages se declara él mismo partidario de la escuela de Sabino y Casio, á quienes llama *nostri praeceptores*; al contrario que á Próculo y sus discípulos, á quienes denomina *diversa scholae auctores*.

55 P. E. Pipers, *De Papirio Justo Icto*. Lugd—Bat., 1824.

56 Aun nos queda de él un ligero tratado sobre la division del *as*.

Africano, *Elio Marciano*, * *Pomponio*[57], *Cervidio Scevola*[58], y principalmente *Gayo*[59], * *Emilio Papiniano*[60], *Domicio Ulpiano*[61], * *Julio Paulo*[62] y Modesti-

57 Es autor de un *Enchiridiom juris*, del que se insertó en las Pandectas un gran fragmento sobre las fuentes del derecho, los magistrados y jurisconsultos hasta Adriano. Además de su *Liber singularis regularum*, tenemos también de él un pequeño fragmento sobre la indivisibilidad de las servidumbres. V. Fragm. *Sexti Pomponii*, cura ed Baecking Bonnae, 1831.

58 Jo. Lud. Conradi, *De vita et scriptis Q. Cervidi Scaevolae*. Lips. 1755.

59 La obra más importante de Gayo es la que se intitula *Institutiones*, por ser el fundamento de la Instituta de Justiniano. Durante mucho tiempo no nos fué conocida mas que por lo que nos resta de ella en el Breviarium *Alaricianum* (§. 59). Hállase en Schulting, *Jurispr. antej*., pág. 1, y en el jus civile antej. de Berlin 1. 1, p. 187; en segundo lugar fue publicada de nuevo con notas críticas por Ed. Baecking, con el título siguiente: *Gaji Institutionum libr. duo et fragmentum Papiniani ex lege romana Visigothorum*. Bonnae, 1831.—Cpr. Haubold, Inst. lit. t. 1, p. 278.
En 1816 es cuando descubrió Niebuhr la verdadera Instituta en un *Palimpsesto* de la biblioteca del capitulo de Verona. Este *Codex Veronensis* fué impreso por una copia sacada de él en 1820, por Gaeschen, Becker y Bethmann-Hollueg, saliendo á luz bajo el titulo de *Gaji Institutionum comentarii IV, é codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis auspiciis regiae scientiarum Academiae Borussicae nunc primum edili* Berol. apud Reimer, 1820, en 8.° Hállase en él un prefacio de Gaeschen en que se refieren detenidamente las circunstancias de este hallazgo, se expone el estado y la antigüedad de este *Codex*, asi como la manera como fué descifrado , y se expresan los escritos en que aparecieron las primeras luces sobre su descubrimiento. El testo que presenta aun numerosas lagunas, está enriquecido con notas de diferentes sabios, sobre todo de Hugo, Savigny, Humbold, Gaeschen , Hollweg y Bicner. Gomo suplemento se encuentra en la página 339 un fragmento hallado igualmente en Verona con Gayo, y que lleva por título *Fragmentum veteris Icti de jure fisci*.
En 1824 apareció la segunda edición de Gayo, publicada, aumentada y corregida por Gaeschen, la cual fué considerablemente enriquecida y rectificada por Blume con auxilio del Codex Veronensis, y de notas criticas varios sabios.
El testo de Gayo, reimpreso conforme á la primera edicion de Berlin, se halla tambien en la *Ecloga juris civilis, qua cum Justinianeis Institutionibus Novellisque 118 et 127 continentur Gaji Institutionum Commentarii IV, Ulpiani regular, liber singularis, Pauli centuriarum libri V, et brevioria quaedam veteris prudentiae monumenta, etc*. París. 1822. Hállase tambien en *Gaji Institutionum comm. IV*, Leipsic en casa de Hartmann, 1825.
Una nueva revisión crítica del testo.

a. Del cuarto libro de Gayo solamente, pero acompañada de muchas rectificaciones, esplicaciones y notas, tiene por título: *Gaji Icti Institutionum commentarius quartus sive de accionibus*. Recensuil, restituere conatus est; adnotationem perpetuam librumque observationum adjecit. Aug. Guill. Heffter. Berol, 1827, en 4.°

b. De todo et Gayo, bajo el título: *Gaji Institutionum commentarii IV*, cura Aug. Guil. Heflter. Bonnae, 1830, en 12.°

c. Una composicion de la Instituta de Gayo y de Justiniano, con un testo corregido y notas, se dió á luz con el título de *Gaji et Justiniani Institutiones juris romani*. Recognoverunt annotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt clem. Aug. Car. Klenze et Ed. Baecking , Berol, 1829.
Tenemos también el principio de una traduccion alemana de Gayo, titulada: *Die Institutionem Commentare*. Traducida del latín y acompañada de notas por Ch. Ulrich Hans de Brockdorff. T. I. Schleswig, 1824.
Entre sus numerosos escritos *Res quotidianae s. Aurea*, parece haber sido un libro muy estimado, el cual se cree que, ó era un nuevo trabajo sobre su Instituya, ó contenia solamente adiciones, rectificaciones y esplicaciones de ciertas materias: fué igualmente aprovechado por Justiniano. Proaem. J. §. 6.

60 No conservamos de sus escritos mas que los contenidos en las *Pandectas*, *Vaticana fragmenta*, y en la *Collectio legum mosaicarum et romanarum*, asi como en el corlo trozo de *pactis inter virum et uxorem* al final del *Brev. Alariciani*.

61 Además de los escritos suyos insertos en las Pandectas, tenemos además de él *Tituli ex corpore Ulpiani*, que los modernos llaman *Fragmenta Ulpiani*, porque no está del todo completo, habiéndose conservado en un solo manuscrito no falsificado, que se encuentra aun en Roma en la biblioteca del Vaticano. Publicóse en París en 1549 con el título de *Tituli XIX ex corpore Ulpiani*, y se hicieron sucesivamente en varias épocas diferentes ediciones de él. También se han descubierto en Viena no hace mucho algunos fragmentos de la Instituta de Ulpiano. *De Ulpiani Institutionum fragmento in Bibliotheca palatina Vindobonesi nuper reperto*.--Scripsit Stephanus Endlicher. Vindobonae, 1835.

62 Su obra mas preciosa fué la titulada *Sententiae receptae*, de donde se tomó mucho para las Pandec-

no[63]. Otros menos célebres, y cuyos escritos se aprovecharon sin embargo en las *Pandectas*, son: * *Tertuliano*, * *Rutilio, Máximo* * *Licinio Rufino*, dos ó tres *Saturninos*, * *Arrio Menandro*, * *Furio Anthiano* y * *Florentino*.

§. 48. De los escritos de los jurisconsultos

Al ver este gran número de nombres mas ó menos célebres, se infiere que en aquel periodo la literatura del derecho[64] estuvo muy floreciente.

Hé aquí como podemos clasificarla:

1.° *Comentarios sobre algunas fuentes del derecho*, y principalmente sobre las Doce Tablas, el Edicto y algunos decretos del pueblo y senadoconsultos.
2.° Sistemas bajo el título de *Instituciones*, ó de *Regulae definiciones*, y *sistemas* tratados con mas extensión y detenimiento bajo el título de *Digesta*.
3.° *Comentarios sobre los sistemas de otros jurisconsultos*, por ejemplo, *Libri ad Sabinum*.
4.° *Monografías*, ó tratados acerca de ciertas materias del derecho (*Libri singulares*).
5.° *Escritos de Casuistas*, por ejemplo, *Responsa*, *Epistolae*, *Quaestiones*.
6.° *Controversias, discusiones*.

---

tas, y que conservamos en el *Breviarium Alaricianum*.—Los *Vaticana fragmenta* contienen también muchos extractos de sus obras. Se le atribuye tambien el *Fragmentum veteris Icti de jure fisci*.

63 En Schulting, pág. 801, y en el *jus civ. antes*. Berol. t. I, pág. 245, se halla un fragmento de sus *Regularum, lib. III, de bonis libertorum*.— Su mas importante tratado *De excusationibus tutorum et curatorum* escrito en griego, y muchos pasages se tomaron para las Pandectas. V. C. J. A. Kriegel, Antigua versio latina fragmentorum è Modestini, libro de excusationibus in dig. oviorum in integrum restituta. Lips 1820.

64 A mas de las dos obras originales de Gayo y de Ulpiano de que hemos ya hablado, la de Paulo y lo que nos ha sido conservado de los escritos de los jurisconsultos romanos en el *Breviarium Alaricianum*, la *Collatio legum mosaicarum* y las *Pandectas* de Justiniano, tenemos aun algunos fragmentos particulares de escritos del mismo tiempo, cuyos actores no nos son bien conocidos.

1.° El uno lleva el titulo de *Fragmentum regularum veteris Icti de juris speciebus et manumisionibus*. Nos ha sido conservado por el gramático Dositheo, y se encuentra en Schulting, p. 803, y en la edición de Berlin del *Jus anticus timameum*, V. sobre esto á Haubold. Hugo Zimmern, R. G. I., §. 7. Ha sido retocado y publicado por Fr. Ad. Schilling, *diss. crit. de fragmenta juris romani Dositheano denuo graece et latine edito* Pars prior. Lips., 1819. La primera parte contiene un exámen critico del testo, la segunda debe encerrar una esplicación. Es necesario no confundir con este fragmento: *Dosithei magistri libri III continens Adriani imperatoris sententias et epistolas*, de poco valor y que se encuentra también en Schulting, p. 855.

2.° El segundo fragmento es llamado: Fragmentum veteris Icti de jure fisci. No hace mucho que fue descubierto en Verona juntamente con Gayo, y se lo ha dado á luz con las obras de este último.

3.° El tercer fragmento salió con este título: *Fragmentum graecum de obligationum causis et solutionibus, imprimis de stiputatione aquiliana ad ang. Maio nuper in lucem pro tractum iterum edid. et brevibus. annot. Illust*. Chr. Gl. Haubold. Lips, 1817, et in ejusd. *Opusc*, ed Wenck et Stieber, vol. II, p. 347.

7.° Finalmente, *escritos diversos*, por ejemplo, *Libri variarum lectionum, membranarum, diferentiarum*, etc.

PERIODO CUARTO

Desde Alejandro Severo hasta Justiniano

(255.—560 despues de J. C.)

§. 49. Alteraciones ocurridas en el imperio romano

Muerto Alejandro Severo (despues de J. C. 235), el imperio romano, tan poderoso hasta entonces, pero ya harto debilitado, caminaba aceleradamente hacia su total destrucción. Los que sabían al trono eran elejidos y derribados, según el capricho de Los pretores, convirtiéndose la constitución al poco tiempo en un completo despotismo militar.

Llegó la confusion á so colmo, cuando mas adelante algunos pueblos de la Germania, los alemanes, francos, godos y hérulos, cayeron á la vez sobre las provincias romanas. Verdad es que Diocleciano dio algún vigor al imperio (284); pero también lo es que en su tiempo fué cuando empezó á desmembrarse. Reedificó Constantino la antigua Bizancio, la cual a causa de su prosperidad y embellecimiento, recibió de él el nombre de Constantinopla; hízola la segunda ciudad del imperio, y trasladó á ella su gobierno. Desde su reinado vino á ser dominante la religión cristiana, y la lengua griega fué desterrando poco á poco del Oriente á la latina. Estos dos acontecimientos tuvieron necesariamente grande influencia en el derecho romano. Repartióse de nuevo el imperio entre los hijos de Constantino, subdividiéndose mas adelante entre los de Teodosio, tocando á Arcadio el Oriente, y el Occidente á Honorio (305); pero objeto constante de los ataques cada vez mas violentos de los bárbaros, contra los cuales apenas podían oponer resistencia los débiles emperadores de Occidente, fueron invadidas sucesivamente las provincias romanas. Alarico, rey de los visigodos, atacó á la Italia á principios del siglo quinto, y saqueó á Roma. Los alanos, vándalos y suevos atravesaron las Galias para apoderarse de la península ibérica, de donde pasaron á Africa. Los francos, burguiñones y ostrogodos se estendieron por las Galias, Helvecia y las orillas del Rhin. La Gran Bretaña fué presa de los sajones, y Atila, que hacia el año 450 habia caido sobre las Galias con los desvastadores hunos, dió ya la señal de la proxima caida del imperio

de Occidente. Vióse precisada la córte de Constantlnopla á contemplar en silencio las tempestades que se alzaban en Occidente: su propia debilidad y mas principalmente su política egoísta, no la permitían grandes esfuerzos para librar de ellas á sus comarcas; por último, Odoacres vino á aniquilar los escasos restos de la parte occidental del imperio romano (476). Esta antigua dominación romana que se estendia por el universo entero, se limitó desde luego y para siempre al imperio de Oriente[65], el cual se sostuvo aun hasta el año de 1453, época en que se apoderaron de él los turcos.

§. 50. Variaciones acaecidas en el derecho romano

Las variaciones que esperimentó el derecho en este período fueron debidas casi únicamente á las *constituciones* de los emperadores y á la costumbre. Hiciéronse aquellas cada vez mas frecuentes á proporcion de los derechos que se arrogaba el despotismo de los emperadores, pero diferían mucho, sin embargo, unas de otras así en su contenido como en el objeto que se proponían. Las leyes propiamente dichas, y principalmente las que habian sido dadas en tiempo de los primeros emperadores, componían un corto número. La mayor parte de estas constituciones solo hacían referencia al derecho privado; pero tenían por objeto el gobierno y principalmente las rentas públicas, la guerra y la administración de las provincias. Apenas hubo alguna en tiempo de Constantino que encerrase principios nuevos de derecho; limitándose á indicar cómo debia aplicarse el vigente en ciertos casos. Consideradas bajo este aspecto se dividen en dos clases.

1.° *Constituciones generales* ó reglas generales á que todos estaban obligados; á cuya clase pertenecen principalmente los *edicta* ó las *leges edictales*, que son las únicas que pueden considerarse como verdaderas leyes.

2.° *Constituciones particulares*, cuyas disposiciones eran relativas á ciertas personas, y entre cuyo número deben contarse los *privilegia*; pero pueden también colocarse en esta clase: (*a*) los *mandata*, órdenes é instrucciones de los emperadores á los magistrados; (*b*) los *decreta*, decisiones acerca de los litigios que llegaban en apelación al consejo de los emperadores (*audictorium principis*; (*c*) los *rescripta*, respuestas acerca de las cuestiones dudosas dadas por los emperadores confor-

65 Justiniano reconquistó es verdad la Italia; pero este país fue ya bajo su sucesor perdido de nuevo, y por siempre para el imperio.

me al dictámen del mismo consejo y al derecho existente[66]. Antes de Constantino las constituciones de los emperadores no eran en su mayor parte mas que decretos y rescriptos; pero despues de él fueron muy numerosos é importantes los edictos, tanto porque el cristianismo iba destruyendo muchas ideas antiguas, como porque las costumbres y el idioma de Oriente, en donde se hallaba la silla del imperio, se apartaban enteramente de las costumbres é idiomas de Occidente.

§. 51. De la decadencia de la ciencia del derecho

La ciencia del derecho, que habia llegado al mas alto grado de perfección en tiempo de Adriano y de los dos Antoninos, perdió su fuerza, permaneció en la inacción, y no pudo conservar su importancia en medio de la destrucción interior que esperimentaba el imperio desde la muerte de Alejandro Severo, degradáronse todos los conocimientos, y cayó el antiguo espíritu romano bajo el yugo del despotismo y de la corrupción[67]. Apenas se halla ningún jurisconsulto notable en aquel período, y aun entre los que vivieron antes de Justiniano, solo merecen ser notados Gregorio y Hermógenes[68], Aurelio Arcadio, Charisco y Julio Aquila; los tres últimos por haberse conservado algunos fragmentos de sus obras en las Pandectas, y los dos primeros por los grandes servicios que prestaron con las dos colecciones que hicieron de las constituciones de los emperadores (§. 54).

§. 52. Estado de las fuentes del derecho á principios del siglo quinto

A principios del siglo quinto el estado de las fuentes del derecho era el siguiente: en cuanto á la *teoría* la formaban los antiguos plebiscitos, los senadocousultos, edictos de los magistados romanos, las constituciones de los emperadores y la costumbre no escrita: las Doce Tablas eran además la base de todas las leyes, siendo consideradas las restantes como modificaciones ó adiciones : en cuanto á la *práctica* no habia mas fuentes que las obras de los jurisconsultos clásicos y las constituciones. En efecto, dichos

66 Vemos que no eran leyes propiamente dichas en un principio, por lo que dicen los emperadores Teodosio y Valentiniano en la constit. 2, c. 1, 14; «*nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis pro quibus fuerint promulgata*.» Natural era consultarlas como los *prejuditia* del tribunal superior ó las response prudentum. Justiniano fué quien las revistió con autoridad de leyes.

67 Para formarse una idea de la decadencia de la ciencia del derecho en estos tiempos, no hay mas que consultar el escrito de publicación del *Código Teodosiano*, y compararle con Ammiano Marcelino. XXX, 4.

68 Hizo bajo el título de *Juris Epitomarum*, libro VI, una coleccion de estractos sacados de los escritos de los antiguos jurisconsultos, y tuvo parte en la formación de las *Pandectas* de Justiniano.

jurisconsultos hicieron un gran servicio, así á los jueces como á la práctica, desembrollando con su trabajo aun para los ignorantes el caos de las antiguas fuentes del derecho. Sus escritos conservaron todavía la autoridad de que habían gozado anteriormente en el foro; pero además de ser muy numerosos, y de escasear cada vez mas desde que cayeron las ciencias, no hallándose los Jueces en estado de apreciar las razones en que fundaban sus opiniones los jurisconsultos, contentábanse generalmente con adherirse á los nombres célebres o aquellas opiniones, cuyas causas les eran conocidas. La autoridad que ciegamente se concedía á las opiniones de los jurisconsultos fué en aumento, y como los que habían tratado con mayor sutileza del derecho, no estaban en muchos puntos acordes, fácil es de conocer cuán incierta y arbitraria seria la justicia en manos de semejantes jueces.

§. 53. De las ordenanzas de Constantino, Teodosio II y Valentiniano III, acerca de los escritos de los jurisconsultos

En tal estado de cosas de creer es que conociese Constantino la necesidad de designar por medio de ordenanzas particulares los escritos de los antiguos jurisconsultos que habían de gozar de particular autoridad, y los que no debían tener valor ninguno[69]. Teodosio II publicó cien años despues (426) para el imperio de Oriente una ordenanza semejante, que llegó á tener al instante fuerza de ley aun para el Occidente mismo en tiempo de Valentiniano III[70]. Cometióse malamente el error, desde la publicación de aquella ordenanza que llamamos en el dia ley de citación (*Citirgesetz*) de Valentiniano, de conceder una autoridad semejante á la de la ley a todas las obras de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, y después á las de los antiguos jurisconsultos, cuyas opiniones y tratados habian sido esplicados por estos cinco, aunque despues de formada una colección da sus manuscritos, y de haberse determinado su verdadero sentido. Esceptuábanse de esto únicamente las notas de Ulpiano y Paulo á Papiniano, que habían sido con anterioridad prohibidas por Constantino, y no tenían fuerza alguna. Cuando sus opiniones estaban desacordes, decidia el mayor número; si

69 Sabemos ya por la Const. I. Cod. Teod. IX. 43, que Constantino no quería que se considerasen como dignas de atención las notas de Ulpiano y Paulo sobre Papiniano; y por la Consultatio. vet. Icti, §. VII (Scheulting) se ha reconocido que las Sentent. rec. de Paulo habían obtenido una grande autoridad por las constituciones de los emperadores. Pueden verse dos constituciones de Constantino desconocidas hasta el presente, que M. Clossius, profesor en Tubinga, ha hallado en la biblioteca Ambrosiana de Milan, y por las cuales se esplica el «sicut dudum statutum est» que se encuentra en la ley de citación de Valentiniano. V. Theodosiani codicis genuini fragmenta ex membranis bibliotecae Ambrosianiae Mediolamensis, nunc primum editit Walth. Frid. Clossius Tubing. 1824, p. 35 (Lib. 1, tít. 4, Const. 1, 2.

70 Hállase en el *Código Teodosiano* como Const. un. *responsis prudentum*, 1, 4.

habia empate, se daba la preferencia á la opinion de Papiniano, y cuando ésta faltaba, quedaba sometida la decisión al parecer de los jueces. Poca ó ninguna utilidad se sacó de semejantes ordenanzas, porque en lugar de hacer aquel exámen profundo de las diferentes opiniones que siempre habían podido antes adoptarse, quedaba el juez limitado en cierto modo á contar maquinalmente los votos[71].

§. 54. Gregorianus et Hermogenianus Codex

Presentóse una dificultad de la misma especie, aunque no tan importante, respecto de las constituciones, pues era considerable su número, y habían sido restablecidas aisladamente, de suerte que vino á ser muy difícil conocerlas y poseerlas bien á fondo. Hiciéronse pues muy necesarias las colecciones, y emprendieron esta obra dos jurisconsultos, *Gregorio y Hermógenes* (Gregorianus et Hermogenianus)[72], que vivieron hacia mediados del siglo cuarto, componiendo dos códigos de las constituciones de los emperadores[73], que no comprendían generalmente sin embargo mas que los rescriptos. El *Código Gregoriano* contenía las constituciones de los emperadores desde Adriano hasta Constantino; y el *Código Hermogeniano* no era probablemente mas que una adicion al primero comprensivo de las de Diocleciano y Maximiniano. Be dichos dos códigos solo hemos conservado algunos fragmentos.

§. 55. Theodosianus Codex

El *Código Teodosiano* fué de mucha mayor utilidad que los otros dos de que acabarnos de hablar. En efecto, el emperador Teodosio, el jóven, ayudado de muchos jurisconsultos, á cuya cabeza se hallaba Antioco, ex-cónsul y ex-prefecto del pretor, hizo una coleccion de los edictos de los emperadores, acompañándola con algunos rescriptos, que publicó en el año de 438 como código para el imperio de Oriente. Envió al instante el nuevo código

71 Hé aquí por qué fue esto prohibido por Justiniano en la *Const. Deo auctore*, de concept. digest. Ad Tribonianum, §. 6

72 Una prueba de que se llamaban Gregorio y Hermógenes, y no como otros creen, es que el *corpus Hermogeniani* se cita de este modo en la *Consultatio veteris Icti*, §. 89.

73 Anteriormente los jurisconsultos habían hecho ya de estas colecciones. Papirio Justo reunió los rescriptos de los Divi fratres Wieling Jurispr. rest., p. 157); Dositheo los rescriptos de Adriano (Schulting, p. 855): Ulpiano, en su libro De officio pro consulis, todas las ordenanzas que habían sido dadas contra los cristianos (Lactantius, Div. Inst., V. 15): y Julio Paulo reunió los decretos imperiales bajo el título de Imperialium sententiarum in cognitienibus prolatarum libri VI (Insc. fr. 113, D. XXXV, I).

á su yerno Valentiniano[74], quien le adoptó el mismo año para el Occidente, presentándole al senado de Roma, en donde fué recibido con aclamación.

Dicho código comprende las constituciones de los emperadores desde Constantino, que cuando son concernientes á distintas materias, se hallan divididas en diferentes títulos, estando por lo tanto muy desmembradas. Compónese de diez y seis libros dividido cada uno de ellos en diferentes títulos. Le conservamos todavía íntegro desde el libro sétimo hasta el décimosesto y la última parte del sesto. No se halla completo desde el primer libro hasta el quinto y principio del sesto, y se ha estractado lo que nos queda del Breviarium Alaricianum. Debemos á *Jacobo Godofredo* una buena edicion del *Código Teodosiano* aumentada con escelentes comentarios, la cual no se dió á luz hasta despues de su muerte, por *Antonio Marville*, en seis tomos en fólio, en Leon, año de 1665. Despues ha sido retocada y enriquecida con variantes y numerosas adiciones, por Juan Daniel Ritter, dándose á luz en Leipsic, del 1736—1745, en seis tomos en folio, el último de los cuales se divide en dos partes. La edición mas moderna del *Código Teodosiano* se halla en el *Jus civile antejustinianeum*, Berlin, 1815, t. I., p. 275—786; t. II, p. 787—1215. Sin embargo, despues se han hallado muchas constituciones verdaderas, sacadas de los cinco primeros libros, tanto por Closio, en la *Biblioteca ambrosiana de Milan*, como por Amadeo Peyron, en las Bibliotecas de Turin[75], las cuales han sido publicadas.

§. 56. Nuevas constituciones del emperador Teodosio II y de sus sucesores

Acabado el *Código Teodosiano*, los emperadores Teodosio II y Valentiniano III asi como sus sucesores, publicaron además muchas nuevas or-

74 Hállanse en Schulting, p. 683, y en la edición de Berlin del Jus civile antejustinianeum.—Cpr. Haubold, Inst. lit., p. 259.

75 Las descubiertas por M. Amadeo Peyron contienen muchos fragmentos de los cinco primeros libros. Tambien han sido publicadas bajo el titulo de Codicis Theodosiani fragmenta inédita ex códice palimpsesto bibl. Reg. Taurinensis Athenaei in lucem protulit atque illustravit Amadeus Peyron. Turin, 1724.—Otros descubrimientos pertenecen aun al Código Teodosiano: Chr. G. Haubold, Praetermissorum imprimis ad breviarium alariciarum pertinentium é codicibus á Gustavo Haenelio novissimae collatis Promulsis I Lips. 1822, et in ejusd. Opusc. ed. Wenck, vol. II, p. 297.
Los fragmentos hallados y publicados por Closio y Peyron, han sido reunidos y coordinados por Puggé, en Theodosiani codicis genuina fragmenta cum ex códice palimpsesto biblioth. reg, Taurinensis Athenaei edita tum ex membranis biblioth. Ambrosianae Mediolanensis in lucem prolata. Inter se dispossuit atque edidit D. Ed. Puggaeus. Accedunt Theodosiani codicis variae lectiones. Bonnae, 1825, 8.°
La obra siguiente contiene una nueva revisión de los cinco primeros libros del Código Teodosiano, tales como los conocíamos hasta entonces, con intercalación de las constituciones halladas por Closio, Peyron y otros: Theodosiani Codicis libri V priores recognovit, addimentis insignibus á Clossio et Am. Peyron repertis allisque auxit, notis subitaneis tum criticis tum exegeticis, nec non quadruplici appendici instruxit. C. P. Ch. Wenck, Lips, 1825, 8.°

denanzas, que fueron tituladas Novellae ist ed novae constitutiones. Insertáronse en las ediciones del Código Teodosiano, bajo el nombre de *Novellae constitutiones imperatorum*, *Justiniano anteriorum*, *Theodosii*, *Valentiniani*, *etc*.[76].

§. 57. Escritos acerca del derecho de este período, antes de Justiniano

Desde Alejandro Severo hasta Justiniano, apenas hubo un jurisconsulto notable. Todos los trabajos de este período se redujeron á colecciones de constituciones imperiales y a compilaciones de escritos de jurisconsultos antiguos. Bien poco nos ha quedado de todo, pues solo se conservan los fragmentos de los *Códigos Hermogeniano y Gregoriano*, los estractos de las obras de Hermógenes, Aurelio Arcadio, Charisto y Julio Aquila (§. 51), y las siguientes, de autores ignorados.

1.° Los *Vaticana Fragmenta*, que Aug. Mayo publicó en 1823 tomados de un *codex rescriptus* de la biblioteca del Vaticano; contienen fragmentos de jurisconsultos del período anterior y constituciones imperiales, y parecen ser el resto de una gran colección de derecho dada á luz por un jurisconsulto descocido, dorante el tiempo que media entre la publicación de los *Códigos Hermogeniano y Teodosiano*[77].

2.° *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*; especie de almanaque del imperio romano, que contiene una reseña completa de su territorio y de todos los empleos políticos de mediados del siglo quinto. Baequing pretende sin embargo que es de principios del mismo siglo (400—404)[78].

3.° *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, compuesta probablemente en tiempo de Teodosio II, que se halla en las obras de la edad media con el título de *Lex Dei*, de *Lex Romana* ó de *Pariator legum Mosaicarum et Romanarum*. No es otra cosa que una comparación bien miserable por cierto de las leyes de Moisés con las de Roma, intentando demostrar que las unas son derivadas de las otras. Bajo este punto vale

76 Las mas completas son las del *Jus civ. antejus. de Berlin*, t. II. p. 1217.

77 Los últimos trabajos críticos hechos sobre estos fragmentos son: *Fragmenta juris civilis antejustinianei è cod. rescr. ab A*. Majo *edita recognovit et comentario instruxit* A. de Buchholz, Regiomontani, 1828.—*Locorum et jure romano antejustinianeo ab incerto scriptore collectorum Fragmenta, quae dicuntur Vaticana* ed. Angel. Majus, recognovit Aug. Bethmann-Hollwerg. Bonnae, 1832.

78 Conviene citar con este motivo un fragmento publicado por primera vez en 1829, aunque perteneciente á época posterior: Incerti auctoris magistratuum et sacerdotiorum P. R. expositiones ineditae.

poco; pero como contiene al mismo tiempo bastantes citas tomadas de los escritos sobre el derecho romano y de las constituciones imperiales, es para nosotros de grande importancia. Solo debemos su conservación á un manuscrito auténtico que se halló en Leon en la *Bibliotheca Mandubiorum* y que fué publicado por primera vez por Pithou en 1573. Ultimamente se han descubierto otros dos manuscritos uno en Vercelli, por Blume; y otro en Viena por Lancizolles[79].

4.° *Consultatio veteris Icti*, coleccion de opiniones de un jurisconsulto desconocido que probablemente vivió despues de publicado el *Breviarium Alaricianum*. Las pruebas en que se apoyan sus opiniones, están tomadas en su mayor parte al pie de la letra de los escritos de los jurisconsultos romanos y de las constituciones de los emperadores. Dicha coleccion fué publicada por primera vez por Cujacio, año 1577.

§. 58. Destino posterior del derecho romano

I. En Occidente

Todas las colecciones de constituciones imperiales hechas des- pues de Constantino no podían menos de ser de utilidad pasagera, y parece que á principios del siglo VI se conoció ya la necesidad de otras nuevas así en Occidente como en Oriente. En efecto, en Occidente habían levantado los germanos muchos reinos sobre las ruinas del imperio romano; al paso que los romanos vencidos llegaron á confundirse con los pueblos alemanes. Conservaban estos en el nuevo pais que ocuparon sus leyes y costumbres nacionales; al mismo tiempo que los romanos que vivian entre ellos, aunque vencidos, permanecieron regidos por su propia legislación. Este sistema de derechos particulares ó nacionales que dominaba á principios de la edad media, dio á conocer desde luego la necesidad de reunir y transcribir para los alemanes las leyes alemanas (*leges barbarorum*), y de componer partí los romanos, que vivian bajo la dominación germana, nuevas colecciones del derecho romano aun existente (*lex romana*). Así es como tuvieron origen con el imperio germánico dos especies de leyes germanas y romanas, ele las cuáles no examinaremos aquí mas que las últimas.

79 La última edición crítica de la Collatio apareció con el título de: Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum Collatio. E codd. mss. Vindobonensi et Vercellensi nuper repertis autam atque emendatam edidit notis indicibusque illustravit Fridericus Blume. Bonnae, 1833.

§. 59. Lex Romana de los ostrogodos, visogodos y burguiñones

Las mas importantes de estas nuevas colecciones de leyes en¬tre los pueblos germanos son:

1.° El *Edicto de Teodorico*, rey de los ostrogodos, publicado en Roma el año 500, y sancionado como derecho vigente no solo para aquellos sino para los romanos vencidos. Está enteramente vaciado en el derecho romano, sobre todo en el *Código Teodosiano*, en las *Novelas* posteriores y en las *Sententiae receptae* de Paulo. Pero vemos estas mismas fuentes de tal manera mutiladas, que el derecho romano viene á quedar en ellas desconocido.

2.° El *Breviarium Alaricianum* entre los visogodos. El rey de estos, Alarico II, mandó hacer un estracto de los *Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano*, así como de algunas *Novelas* posteriores y de los escritos de Gayo, Paulo y Papiniano, á varios jurisconsultos romanos, bajo la dirección de Goyarico, *conde palatino*, y la publicó para los romanos de su reino de España. La mayor parte de sus pasages van acompañados de una paráfrasis (*interpretatio*), escrita en mal latin aunque inteligible en aquella época. Esta compilación de los visogodos lleva ordinariamente el nombre de *Breviarium Alaricianum* ó *Aniani*, de Aniano, refrendario particular de Alarico, á quien este mandó suscribir los ejemplares que se enviaron á cada conde; y la hallamos citada frecuentemente en la edad media con los títulos de *Corpus Theodosianum*, *Lex Theodosiana*, *Liber legum*, *Lex romana*. Debemos á dicha compilación muchas cosas que se hubieran perdido á no sernos trasmitidas con ella, particularmente los fragmentos de los *Códigos Gregoriano* y *Hermogeniano*, los de los cinco primeros libros del Teodosiano, así como los escritos de Gayo[80], Paulo y Papiniano[81].

3.° Entre los burguiñones se redactó también, en los años desde 517 hasta 534, para los subditos romanos de aquel país, una *Lex romana*, conocida con el nombre de *Papiniani liber responsorum*, ó de *Papiniani responsum*, sacada en gran parte de las verdaderas fuentes del dere-

80 Antes de descubrirse la verdadera Instituta de Gayo no se la conocía mas que por lo que se encuentra de ella en el Breviarum Alariciarum.

81 Algunos pasages del Breviario, desconocidos hasta aquí, han sido descubiertos por Gust. Haenel en su Codex; y Haubold los ha publicado en París y Orleans con el título de Praetermissorum imprimis ad Breviar. Alar, pertinencium promuls. I. Lips. 1822

cho romano. Su título de *Papiniani responsum* proviene de un error de Cujacio, reconocido mas tarde por él mismo. Cada *Breviarium Alariciaanum* completo termina en efecto con una pequeña cita del *Papiniani liber responsorum*: en los manuscritos se lee comunmente *Papianus* en lugar de *Papinianus*. Cujacio examinó un *Breviario* completo, al fin del cual seguía inmediatamente sin ninguna señal de que fuese una obra distinta, la Lex romana de los burguiñones. Tomó sin mas examen esta última ley por una continuación del pasage de Papiniano, comenzó por él la *Lex romana* de los burguiñones, y le dió el título de *Papiniani liber responsorum*, siendo así que esta obra se considera de autor desconocido. Por esta razón en la primera edición de Cujacio de 1566 el pasage de Papiniano forma el título de la *Lex romana* de los burguiñones, mientras que termina por el *Brebiario*. Pero posteriormente conoció su error, le corrigió aislando en su segunda edición de 1586 el verdadero pasage de Papiniano, y comenzó la *Lex romana* de los burguiñones por su verdadero título que era el segundo de la primera edición. A pesar de esto, la *Lex romana* de los burguiñones conservó el título de *Papiniani liber responsorum*.

§. 60. 2. En Oriente

Justiniano

Desde el reinado de Teodosio hasta que Justiano subió al imperio en el año 527, no se hizo esfuerzo alguno para vencer las dificultades que ofrecía el estudio del derecho, y facilitar su aplicación.

Durante su reinado de treinta y ocho años este emperador se consagró particularmente á mejorar la legislación, y á dirigir por las vías más fáciles á los que se dedicaban á su estudio, teniendo la suerte de hallar hombres capaces de secundarle en sus proyectos. En su tiempo salieron á luz aquellos nuevos libros de derecho, que han conservado hasta nuestros días toda su autoridad, y cuya importancia exije que tratemos de ellos con algún detenimiento.

§. 61. De las colecciones de derecho de Justiniano

I. El código antiguo

Justiniano emprendió desde luego una nueva coleccion de las constituciones de los emperadores. En su consecuencia, de todas las colecciones de leyes hechas anteriormente, así como de las constituciones que las siguieron, se tomó lo que pareció útil abreviándolo cuanto fué posible; se lo reunió en un cuerpo, suprimiendo lo que estaba en desuso, y haciendo las modificaciones que exigían las circunstancias; y se ordenó todo por materias bajo diferentes títulos formando una sola obra. A fines del año 528 Justiniano nombró una comision de diez jurisconsultos, entre ellos Triboniano, harto célebre despues, revistiéndolos de muy ámplias facultades; y á su cabeza puso á *Juan*, *ex-questor sacri palatii*. La comision terminó en catorce meses sus tareas. Confirmóse el nuevo código, que estaba dividido en doce libros, por una constitución particular del emperador, prohibiendo al misino tiempo el oso de las antiguas colecciones de rescriptos y edictos; pero se ha perdido este primer código de Justiniano, que llamamos al presente *Código Antiguo* [821].

§. 62. 2. Las Pandectas

A. A quienes se encargó su redacción

Luego que estas constituciones quedaron concluidas, Justiniano , en 539, encargó á Triboniano, revestido entonces de la dignidad de *quaestor sacri palatii*, con otros diez y seis jurisconsultos, el que sacase de las obras de los mas acreditados entre los que les precedieron en la jurisprudencia desde los tiempos antiguos, todo lo que pudiera ser de algún uso, estractándolo y reuniéndolo por materias, bajo diferentes títulos. Al encargarlos de esta compilación les revistió de una autoridad casi ilimitada sin obligarles á adherirse en sus estractos á la *ley de citación* de Valentiniano, ni á atenerse á lo literal de los escritos, dándoles facultad para hacer todas las supresiones, todas las adiciones , y en general cuantas modificaciones les pareciesen convenientes. Su comision se estendia á corregir las contradicciones de los antiguos jurisconsultos, evitando toda repetición, y suprimiendo lo que había caducado. Como necesariamente debió suceder, los estractos

82 El mismo Justiniano llama á esta obra opus desperatum (v. el proaem. Inst., §. 2), pensando que apenas podía esperarse su término en diez años.

no se hicieron con la debida fidelidad, y muchas veces fueron modificados y adicionados según las necesidades de la época en que vivió Justiniano. Estas modificaciones y adiciones son ordinariamente denominadas *Emblemata Triboniani*.

§. 63. B. Cómo se hizo esta compilación

La comision nombrada por Justiniano dejo concluida esta obra inmensa en el término de tres años; y al considerar que compulsó en tan breve espacio de tiempo las obras de treinta y nueve jurisconsultos, y que consultó sus opiniones, no en las mismas obras de aquellos sino en otros escritos en donde fueron insertadas, se concite la premura é impaciencia con que trabajó con el anhelo de llegar al término de sus tareas por los medios, aunque penosos, mas asequibles. Muchos testos y pasages particulares desprendidos de la obra original en dónde estaban reunidos y colocados en otro órden, presentaban errores é incoherencias, En cada estracto que generalmente consistía en un *principium* y en uno ó muchos párrafos[83], se citaba en una inscripción el nombre y la obra del jurisconsulto de que habia sido sacado. Toda esta compilación que constaba de cincuenta y cuatro libros, fué llamada *Digesta*[84] ó *Pandectae juris enucleati ex omni vetere jure collecti*. La obra estaba en particular destinada á la práctica, y esta es la causa porque en el órden de materias se guardase en lo posible el del Edicto, para que el que estuviese bien versado en él, pudiese manejar con la misma facilidad las *Pandectas*. Justiniano dividió por la misma razón toda la obra en siete partes, que correspondían probablemente á las divisiones del Edicto[85]. Parece asimismo haberse seguido un cierto plan, aunque por mucho tiempo se ha tenido por cosa puramente casual y arbitraria, en la colocacion de cada fragmento de título, según la opinion de Blume (1820); confirmada después por Hugo. Es probable que los redactores de las Pandectas repartiesen todas las obras de que habian de sacarse extractos en tres clases, dividiéndose ellos mismos en otras tantas comisiones. La primera leia sin duda y estractaba las obras referentes al derecho civil, de que formaban parte esencial

83 Llámanse ordinariamente *leyes* estos pasages aislados (Const. *Dedit*. §. 1), aunque no eran otra cosa que estractos o fragmentos de las obras de los jurisconsultos, porque al ser insertados en las *Pandectas*, tuvieron una autoridad legal. Llamáselos aun en el dia *leyes*, siendo así que debería llamárseles *fragmenta*.

84 Este nombre viene de *digerere in partes*, porque Justiniano dividió toda la obra en siete partes (§. 65).

85 Const. *Tanta*. §. 2—8. Estas partes son las siguientes: Parte 1 (Prota) comprendia los libros 1—4; Parte II (de judiciis) los libros V—XI; Parte III (de rebus sc. Creditis) los lib. XII—XIX; Parte IV (umbilicus) los libros XX—XXVII (los tres primeros libros de la cuarta parte estaban designados con el nombre de Antipapinianus); Parte V (de testamentis) los libros XXVIII—XXXVI; Parte VI (sin título) los libros XXXVII—XLIV; Parte VII (ídem) los libros XLV—L, de los cuales los XL—XLVIII y XLIX se llamaban también los *libri terribilis*, por ser concernientes al derecho criminal.

los *Libri ad Sabinum*; la segunda comision hacia estractos de las obras que trataban del Edicto del pretor, sobre todo de Ulpiano *Ad Edictum*; la tercera en fin estractaba los escritos de práctica, y que resolvían casos particulares y principalmente las *Responsa* de Papiniano, y las *Quaestiones* de Paulo. De este modo se formaron tres clases ó masas de estractos: la de Sabino, la dé Edicto y la de Papiniano, dé las cuales se compusieron los títulos de las Pandectas. Para cada título servia en general de base la masa que contenia los fragmentos mejores y mas numerosos; las otras dos más pequeñas se comparaban luego, suprimiendo las repeticiones y contradicciones, é introduciendo en ellas las reformas necesarias; hecho lo cual, se colocaban sucesivamente despues de la primera masa, de manera que la menor de las dos masas pequeñas formaba el fin del título. Hé ahí la razón por qué el Órden de estas tres masas es diferente según los distintos títulos, pues no todos contienen fragmentos de las tres, sino solo los mayores, y en muchos de ellos las tres masas se suceden dos veces. Finalmente, la regla de la colocacion y del órden de los fragmentos admite no pocas escepciones.

§. 64. 6. De la publicación de las Pandectas

Las Pandectas fueron publicadas por Justiniano el 16 de diciembre de 533; pero no empezaron á tener fuerza de ley hasta el 30 del mismo mes. Al confirmarlas prohibió el uso de los escritos de los antiguos jurisconsultos; y á fin de que no fuese la fuerza del derecho tan difusa, variable é incierta como antes, mandó que no se hiciesen comentarios sobre aquella nueva compilación, permitiendo á lo sumo que se tradujese en griego, palabra por palabra (*versiones*), guardando concordancia con las rúbricas.

§. 65. De la división de las Pandectas y del modo de citarlas

En cada época se han citado las *Pandectas* de distinta manera.

Antiguamente se citaban de este modo:

D. *de jure dotium*, L. *profecticia*, §. si *pater*[86].

O bien por el contrario:

86 De este modo se cita la Glosa.—D. y el signo ff. que se encuentra aun muchas veces, significa *Digestum*. En lugar de estos signos se pone también P, que representa la palabra *Pandectae*. Cpr. *Thèmis*, t. IV, p. 47. 115

L. *profecticia*, §. *si pater*, D. *de jure dotium*.

Mas tarde se las citó de esta manera:

L. *profecticia*, 5, §. *si pater*, 6, D. *de jure dotium*.

Y últimamente:

L. 5, 6, D. *de jure dotium*.

Tal modo de citar está aun en uso con esta última forma, solamente que la mayor parte en vez de L. escriben con preferencia y con mas exactitud Fr., poniendo además los números del libro y del título entre paréntesis, por ejemplo:

Fr. 5, §. 6, D. *de jure dotium* (XXIII, 3).

Si se quiere hablar del *principium* de un fragmento, en vez del signo y del número del §., se pone solamente pr., por ejemplo:

Fr. 5, pr. D. de *jure dotium* (XXIII, 3).

Hay muchos en la actualidad[87] que solo citan con los números, como:

Fr. 5, §. 6, D. XXII, 3.

O bien:

D. XXXIII, 3, fr. 5. §. ó mas breve:
D. XXXIII, 3, 5, 0.

En cuanto á los libros 30, 31 y 32 de las *Pandectas*, conviene saber que no están divididos en libros, sino que aunque compuestos también de pasages extractados, constan de tres partes , que forman el tratado de *legatis et fideicommisis*, de esta' suerte:
Dig. lib. 30,—lib. 1, de legatis.
Dig. lib. 31,—lib. 2, de legatis.

87 El modo de citar con los números solos ha sido ya empleado en el *Brederodii sententiarum*. Francof., 1664

Dig. lib. 32,—lib. 3, de legatis.

Para distinguirlos al citarlos, se escriben así:

Ff. 108, §. 3, D. *de legatis* 1, ó D. 30.
Fr. 76, §. 1, D. de legatis 2, ó D. 31.
Fr. 36, D. *de legatis*, 3, ó D. 32.

§. 66. Las cincuenta decisiones

Al hacerse las *Pandectas* se hallaron naturalmente en los escritos de los jurisconsultos decisiones controvertidas. Como la *ley de citacion* de Valentiniano estaba derogada, y era tanto mas difícil referirse á ella respecto al número de los votos, cuanto que ningún jurisconsulto antiguo era especialmente preferido á los demás, cuando los compiladores no se atrevian á resolver por sí la cuestión, fué preciso que Justiniano pusiese fin á aquellas controversias por medio de decisiones particulares. Muchas de ellas, hasta el número de 34, se habían ya dado antes del año 530 al empezarse las *Pandectas*. Durante la compilación de estas ascendió el número de decisiones á 50, dándolas despues entrada en el Código nuevo (§. 69). Sin embargo, ignoramos si en él se hallaban todas, así como también las señales por las cuales pueden ser reconocidas. Hé aquí los signos con que se acostumbra á distinguirlos:

1.° Tienen por título *Justinianus Juliano*, ó *Joanni* PP.

2.° Terminan por estas palabras: *Lampadio et Oreste coss*. 330 ó 531, ó *anno primo vel secundo post consul. Lampadii et Orestes*,

3.° Contienen la decisión de una cuestión controvertida por los antiguos jurisconsultos.

§. 67. 4. La Instituta

Al hacerse las *Pandectas*, se debió ya conocer que una compilación tan extensa no podia servir para enseñar el derecho á los principiantes, como tenia por objeto. Por lo tanto, para remediar este defecto de que adolecían como libro elemental, encargó Justiniano á Triboniano, en unión con Teofilo y Doroteo, la formación de un derecho muy compendiado, bajo el nombre de Instituta, en el cual debían presentarse los principios capitales de la ciencia

del derecho, teniendo en consideración el antiguo, pero refiriéndose principalmente á la práctica. La Instituta de Gayo sirvió de base, no siendo por consiguiente la de Justinlano mas que un nuevo trabajo sobre aquella, que era la que hasta entonces servia de libro elemental en la enseñanza del derecho, á pesar de no tratar expresamente de la práctica. Al reformar la Instituta de Gayo se omitió todo lo que había caido en desuso, incluyendo las nuevas constituciones de Justiniano. Dicha obra fué publicada el 21 de noviembre de 533, y se la revistió de autoridad legal, al mismo tiempo que á las *Pandectas*, el 30 de diciembre del propio año. Teofilo, uno de los colaboradores, compuso de ella un curso en griego, del cual viene el comentario conocido bajo el nombre de *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum caesarearum*, que es el mejor que tenemos.

§. 68. De la division de la Instituta.

La Instituta está dividida en cuatro libros, compuesto cada uno de ellos de muchos títulos[88], la mayor parte precedidos de un principium, y divididos en párrafos. Citábase la Instituta por los títulos y las palabras con que empiezan los párrafos, como por ejemplo:

§. *Fratris vero, J. de nuptiis*.

Pero en el dia se cita generalmente por los títulos y los números de los párrafos del modo siguiente:

§. 3, J. *De nuptiis*.

O solamente por los números:

§. 3, J. I., 10.

O reuniendo los dos modos:

§. 3, J. *De nuptiis* (1, 10).

§. 69. 5. El Código nuevo

Terminadas las Pandectas y la Instituta, ordenó Justiniano que se revisase el código publicado en 529 (§ 61), lo cual habia llegado á ser necesario, porque el mismo emperador había publicado desde aquella época un gran número de constituciones nuevas, contándose principalmente entre ellas las 50 decisiones (§. 66) que modificaban, cambiaban y perfeccionaban el dere-

88 El número de títulos en la Instituta de Justiniano es de 98. Ordinariamente, sin embargo, se cuentan 99, porque en el título 16 del libro tercero, después del párrafo 9 en donde debería hallarse un árbol genealógico, comienza con el nombre de *De servili cognatione*, un nuevo título que pertenece al 16, según Teofilo, y los mejores manuscritos.

cho contenido en las Pandectas, y las cuales faltaban en el Código antiguo. Con este objeto mandó á Triboniano en 534 que revisase el código, auxiliado por otros cuatro jurisconsultos, Doroteo, Menna, Constantino y Juan, añadiendo las nuevas constituciones, y poniéndole mas en armonía con el *Digesto* y la *Instituta*. Dicha revisión se acabó el mismo año, y la nueva edición del Código (*Repetita Praelectio*) fué confirmada el 16 de noviembre de 534 por Justiniano, derogando al propio tiempo el Código antiguo.

§. 70. De lo contenido en el Código nuevos y de su división

El *Codex repetitae praelectionis* no comprende mas que las constituciones de los emperadores, las cuales desde Adriano hasta Constantino no son generalmente sino rescriptos, pero desde éste hasta Justiniano son edictos ó leyes propiamente dichas. Está dividido en doce libros, que se subdividen en títulos, en los cuales se hallan colocadas las constituciones, según las materias á que pertenecen, por orden cronológico, y á veces mutiladas. A la cabeza de cada constitución se encuentra el nombre del emperador que la dio y el de la persona á quien iba dirigida; la fecha se halla al fin; existen muchas sin embargo *sine die et consule*. El orden de materias es absolutamente el mismo que el del *Digesto*, aunque comprende el Código en sus tres últimos libros muchas materias que no se hallan en las Pandectas; pero se han olvidado en él por otra parte muchas constituciones que contiene el Código antiguo, y se hallan citadas en la Instituta. Muchas que estaban primitivamente en el *Codex repetitae praelectionis*, se han perdido por negligencia de los copistas, y han sido en parte restablecidas en los tiempos modernos por Agustin, Charon, Cujacio y Conte, quienes hallaron parte de ellas en las Basílicas (§. 75) y otras en las actas del concilio de Efeso y demás fuentes del derecho canónico, por lo cual se les ha dado el nombre de *Leges s. constituciones restitutae*. Cítase el Código del mismo modo que las Pandectas, llamando *lex* á cada pasage, como por ejemplo, L. 22, C. *mandati vel contra*; pero sería mas exacto escribir *const*., en lugar de *lex*, ó simplemente citar:

Const. 22, C. IV, 35.
O bien designando el título y su número:
Const. 22, C. *mandati vel contra* (IV, 35).

§. 71. 6. Las Novelas

El cuerpo del derecho habia quedado perfectamente completo con el *Digesto*, la Instituta y el *Codex repetiti praelectionis*. Pero durante el gran espacio de tiempo que reinó todavía Justiniano, dió desde el año de 535 hasta el 503 una multitud de ordenanzas particulares con las cuales variaba enteramente lo antes publicado. Dichas nuevas constituciones están escritas parte en latín y parte en griego, en un estilo oscuro y ampuloso, y son conocidas bajo el nombre de *novellae constitutiones*. Es aun dudoso si el mismo Justiniano fué quien las mandó poner bajo cierto orden, según tenia pensado; pero lo que se sabe sin duda alguna es que no publicó colección alguna de ellas. Poco despues de la muerte de Justiniano se hizo una coleccion de 168 novelas griegas, de cuyo número solo 154 pertenecían á éste, siendo las demás de sus sucesores. Mas adelante reunieron los glosadores las Novelas, é hicieron de ellas nueve *collationes*, que congenian entre todas 97 *Novelas*, por no estar las otras ya en práctica[89]. Cada *collatio* comprende muchos títulos, cada uno de los cuales tiene por lo regular una *Novela*; no habiendo mas que la octava que ocupe dos títulos, el segundo y tercero de la segunda *collatio*. Los glosadores que no admitieron en sus nueve *collationes* mas que noventa y siete Novelas, solo pusieron por consiguiente 98 títulos, por lo cual ser llamaron: *extravagantes* ó *novellae estraordinariae*. Las colecciones modernas contienen las 168 Novelas, pero están mezcladas las fosadas con las no glosadas, lo cual hace que sea distinto el órden y el número de novelas en las distintas ediciones.

§. 72. Epitome Juliani y Versio Vulgata Novellarum

Poco despues de la muerte de Justiniano, Juliano, *antecesor* en Constantinopla, hizo el año de 570 un estracto en latin bastante estenso de ciento veinte y cinco novelas, conocido con el nombre de *Epitome novellarum* ó de *Liber novellarum*, el cual ha obtenido despues suma autoridad, sobre todo en Occidente. Al poco tiempo de la muerte de Justiniano salió también una versión completa de las Novelas por autores desconocidos, la cual fué despues llamada *Corpus authenticum*[90], por los glosadores, para distinguirla del Epitome Juliani, disponiéndola estos en nueve *collationes* á que se ha dado últimamente el nombre de *versio vulgata*.

89 Además de estas 168 Novelas, el *Corpus jur. civ.* contiene 13 edictos de Justiniano que en el hecho son también Novelas, y principalmente disposiciones particulares para ciertas ciudades o provincias.

90 De aqui provino tambien el nombre de *Authentico* que los glosadores dieron a la traducción completa de las Novelas, para distinguirlas de las Novellas Juliani.– Savigni, t. III, p. 453, 488.

§. 73. Del modo de citar las Novelas

Según el antiguo modo de citar las Novelas adoptado por los glosadores y seguido mucho tiempo despues, se colocaba primeramente *Auth*., despues la rúbrica del título bajo el cual se hallaba la Novela en la *collatio* de los glosadores, y últimamente se escribían las palabras con que empezaba él párrafo, por las coales se comprendía el capítulo de la Novela, poniendo últimamente el número de la *collatio*, y por lo regular también el del título del modo siguiente:

Auth. de haered. ab intestato §. *si quis*, *coll*. 9, *tit*. 1.

Pero este modo de citar no se usa ya; y como las Novelas están clasificadas por números en las *collationes*, por lo menos en todas las nuevas ediciones hechas despues de la no glosada de Conte, se cita cada novela según el número que tiene al presente sin consideración alguna á la *collatio*. La cita precedente se escribiría, pues, de esta manera:

Nov. 118, cap. 1.

SECCIÓN III

Historia del derecho romano después de Justiniano

I. En Oriente

§. 74. De las versiones griegas de las colecciones de Justiniano

Como la lengua latina, en la cual habia compuesto y publica¬do Justiniano sus colecciones de leyes, no era la de los Bizantinos, fueron estas traducidas bien pronto al griego unas veces de una manera muy extensa, otras con demasiada concision, aunque pocas con fidelidad y palabra por palabra, sin embargo de que el emperador lo había exigido así al permitir su traduccion. Estas versiones griegas de la Instituta, del Digesto y del Código, aunque ninguna era oficial y todas ellas debidas á personas privadas, fueron desde luego de mucho mayor uso que los originales. A estas obras se reunieron además numerosas constituciones de los sucesores de Justiniano; y aunque éste habla prohibido expresamente el que se comentasen sus colecciones (§. 64), los jurisconsultos posteriores á él se desentendieron enteramente de su mandato. Así es que aparecieron muchos comentarios

griegos sobre los libros de Justiniano, que debían naturalmente tratar de las variaciones que con posterioridad á aquel se introdujeron en el derecho romano en Oriente; lo cual dió tal estensión á la ciencia, é hizo tan incierto el uso de las compilaciones de Justiniano, que trescientos años despues se sintió la necesidad de hacer una nueva redacción del derecho entonces vigente.

§. 75. Basílica[91]

El emperador Basilio Macedo asentó en 876 las bases de la redacción de un curso abreviado de los derechos romano y griego, que constaba de cuarenta títulos, y debia servir de libro elemental. Despues encargó á una comision de jurisconsultos una nueva compilación que había de redactarse en griego. Aprovecháronse sobre todo para esta obra las versiones griegas que habian aparecido hasta entonces y los comentarios de los libros de Justiniano, formándose un todo de la reunión de las diversas colecciones de este emperador, de sus constituciones sueltas y de las de sus sucesores. Pero Basilio Macedo murió antes de la ejecución de su plan en 886. Su hijo León el filósofo hizo dar la última mano á esta obra, y la publicó con el nombre de Basílica. Constaba de sesenta libros clasificados por orden de materias y títulos. Hacia el año 945 el emperador Constantino Porfirogeneto mandó la formación de una nueva edición de la Basílica (s. *Basilica repetitae praelectionis*). Dicho cuerpo de derecho, escrito en griego, es de suma utilidad para la esplicacion de los libros de Justiniano, aunque es preciso valerse de él con precaución: no han llegado hasta nosotros mas que treinta y seis libros completos y fragmentos de otros siete, habiéndonos transmitido solo algunos estractos Fabrot de los diez y siete restantes. La mejor y mas completa edición que se ha hecho de ellos, es la publicada en París por Fabrot el año de 1647, acompañada de su traducción latina y algunos escolios, a la cual hizo Reitz algunas adiciones en 1752. G. Witte fue el primero que publicó entero el título de divertís regulis juris. Poseemos también una *Synopsis ó Ecloga de las Basílicas*, que no es mas que un repertorio de las mismas clasificadas por órden alfabético, y colocadas despues por órden de libros en la edición de *Laewenklau* (*Leunklavius*) de 1575, así como las adiciones de Labbe en 1706. El manual de Haubold es muy útil para facilitar el uso de las Basílicas, y buscar los trozos copiados de los libros de derecho de Justiniano; las nuevas ediciones del *Corpus juris civilis* de los hermanos

91 Este nombre puede ser considerado bajo dos aspectos: bien porque Leon denominó á esta obra *Basílica*, para honrar la memoria de su padre, bien porque se le haga venir de *constitutiones imperatoriae*.

Krügel y de Beck (§. 107) se refieren igualmente á las Basílicas en cada pasaje. Heimback ha publicado también una nueva edición crítica de las Basílicas con escolios, la cual se refiere a los pasajes correspondientes de los libros de Justiniano.

§. 76. Novellae Leonis

Además de las Basílicas publicó el emperador Leon desde 887 hasta 893 muchas ordenanzas nuevas, variando gran número de disposiciones del derecho de Justiniano. La coleccion que él mismo hizo comprende ciento trece novelas escritas en griego, y traducidas al latin en 1560 por Agileo.

§. 77. a. Constantino Harmenopulo

Entre los escritores griegos de los últimos tiempos que se dedicaron al derecho romano, y principalmente las Basílicas, distínguese Constantino Harmenopulo, muerto en Constantinopla en 1382, el cual escribió un manual del derecho romano-greco, en seis libros, dado á luz por primera vez en París en 1540, por Theodorico Adamee. La mejor edición que existe de esta obra es la que W. Otto Reitz publicó en 1780 con su traducción latina.

§. 77. b. Derecho romano-greco en la Grecia moderna

Despues de la toma de Constantinopla y destrucción del imperio griego por los turcos en 1453, los griegos fueron sometidos a la dominacion de aquellos; pero no obstante se les permitio despues de vencidos el que tuviesen sus jueces y derechos particulares. Fue esto causa de que conservarán entre ellos las Basílicas suma autoridad, sirviendo hasta el dia de base á su derecho civil. Por un decreto do 4 (16) de febrero de 1830, el difunto presidente Capo de Istria nombró una comision encargada de revisar las Basílicas y las Novelas de los antiguos emperadores de Bizancio. Todos los derechos civiles, y leyes en el dia vigentes en Grecia, deben quedar reunidos y clasificados en esta obra.

II. En Occidente

§. 78. A. Del derecho romano en Italia

I. Antes de sus glosadores

Los libros de derecho de Justiniano fueron destinados para Oriente en un principio; pero cuando venció aquel emperador en 535 á los ostrogodos que se habian hecho dueños de Italia, y sometió al pais á su dominación, hizo que se admitiesen en él sus colecciones de derecho, tanto en los tribunales como en las escuelas: todo lo cual sancionó en 554 en la *Sanctio pragmatica* que nos ha conservado Juliano en sus estractos de las Novelas (§. 72). Desde entonces conservóse en Italia el uso del derecho romano, á pesar de las revoluciones políticas que sufrió en los siglos siguientes, y aun bajo la dominación de los lombardos y francos. Sin embargo, es de creer que se introdujo en Italia en tiempo de estos últimos el *Breviarium Alarician-num* (§. 59), y que fué frecuentemente retocado por los romano-lombardos.

§. 79. Brachylogus

A pesar de que la decadencia de las artes y las ciencias asi como la barbarie y anarquía que por todas partes ejercían su imperio en la edad media, no nos permiten creer que fuese objeto de trabajos científicos el derecho romano, sin embargo, poseemos de aquella época un libro que, en uno de los manuscritos conocidos hasta el dia en la biblioteca de Viena, lleva el titulo de *Summa Novellarum constitutionum Justiniani Imperatoris*; pero que es mas conocido desde hace muchos siglos bajo el título de *Brachylogus juris civilis*, ó de *Corpus legum permodum Institutionum*, el cual comprende un sistema sucinto del derecho romano. Tiene por base la Instituta, á pesar de que en él se han aprovechado también las Pandectas, el Código y las Novelas. El autor de dicho libro es enteramente desconocido, y el título de *Brachylogus* solo ha sido adoptado por un editor posterior. Esta obra fué compuesta en Lombardía hacia el año de 1100.

§. 80. 2. Del tiempo de los glosadores

Hasta el siglo XII no se vió renacer en Italia la afición al estudio del derecho romano, dedicándose entonces la escuela de derecho de Bolonia principalmente á este género de trabajos. El primero que enseñó el derecho en Bolonia fué Pepo, sin que se crea fuese muy notable. Siguió á este Ir-

nerio o Werner, quien adquirió suma reputación, vivió y enseñó á principios del siglo XII, y debe ser considerado como el fundador de la nueva escuela de Bolonia. Ilustró el testo de las compilaciones de Justiniano con observaciones acerca del fondo de la materia y de las espresiones empleadas, á lo que dió el nombre de *glosas*. Añadiéronse estas á los manuscritos, y aun al principio iban unidas al testo al lado de las palabras á que servian de esplicacion (*glossae interlineares*); pero despues se escribieron al márgen unas veces al lado del testo, y otras debajo (*glossae marginales*). Despues de Irnerio adoptaron el mismo método sus discípulos, así como sus demás sucesores, de lo cual les viene el nombre de *glosadores*. Los mas célebres entre ellos son: Búlgaro († 1166), su competidor Martino Gosia († hacia 1165), y Ugo ó Hugo de Porta Ravennate († 1168), Jacobo († 1178), Rogerio († 1192), Alberico († 1194), Wilchelmo de Cabriano, Placentino († 1192), y sus competidores Eurico de Baila y Juan Bassiano; Burgundio († 1194), Pillio († 1208), Cipriano, Azo († 1230), Hugolino Presbyteri († 1234), Jacobo Balduino († 1235), Roffredo († 1243), y finalmente Accursio († hacia 1260), y su competidor Odofredo († 1265). Accursio hizo un gran servicio á la ciencia del derecho, reuniendo las glosas esparcidas de sus predecesores, con las cuales compuso una *glosa ordinaria*, entremezclando algunas observaciones suyas. Mas adelante se aumentó dicha glosa con algunas adiciones sacadas de los escritos de los jurisconsultos que le siguieron.

§. 81. De las auténticas que se hallan en el Código

Los glosadores procuraron también hacer útil el estudio del Código, intercalando en las constituciones, que las Novelas principalmente y las nuevas ordenanzas habían cambiado y modificado, estrados de estas últimas con citas. Estos estractos fueron despues llamados *Authenticae*[92], y no deben ser confundidos con las Novelas denominadas del mismo modo que aquellos por los glosadores. Fueron éstas incorporadas en forma de glosas al Código, en el cual se encuentran aun en todas las ediciones, distinguiéndose por sus caracteres itálicos. Para citarlas, se pone primero la palabra *Auth*.; despues el principio de la Auténtica, y por último, la rúbrica del título correspondiente, ó bien conforme á un modo nuevamente adoptado se escribe el número del libro y el del título; por ejemplo: *Auth*. *Et non observator C. de testamentis* (VI, 23).

92 Ordinariamente se cree que este nombre proviene de que se llamaban *glosae authenticae*.

§. 82. De las diversas clases de Auténticas

Las auténticas que se hallan en el código son de dos especies. La mayor parte, en número de doscientas veinte, son estractos de las novelas de que acabamos de hablar, y no tienen fuerza de ley a no estar conformes con la fuente de donde fueron tomadas[93]. Las demás, en número de trece, son estractos de las ordenanzas de los emperadores de Alemania, Federico I y II, de mediados y fines del siglo XII, y se insertaron en el código de la misma forma de estractos por los profesores de Bolonia. Por esta razón son denominadas *Authenticae Fridericianae*. Tienen preferencia sobre las otras constituciones por ser mas recientes. Se las reconoce por la inscripción: *Nueva constitutio Friderici*, y se las cita como los estractos de las Novelas.

§. 83. De las Auténticas que se hallan en la Instituta y las Novelas

Los glosadores dieron también entrada en la Instituta del mismo modo que en el código bajo las formas de auténticas, á algunos estractos de las Novelas que desde entonces quedaban sin fuerza; y que aunque se hallan ciertamente algunos manuscritos de la Instituta glosados, es de creer que no se conserven en todas las ediciones. Aunque entre ellas y las glosas ordinarias hay una diferencia inmensa, se pasó sin embargo mucho tiempo sin advertirla, y ya quedaban casi olvidadas, cuando Savigny y Hugo llamaron sobre ellas la atención de los jurisconsultos[94]. Hay también iguales auténticas en las glosas de las Novelas, aunque solamente en algunos manuscritos.

§. 84. B. Del derecho romano en Francia

I. Antes de los glosadores

En el reino de los francos dominadores de la Galia en tiempo de Justiniano, los romanos eran regidos por el *Breviarium Alaricianum* y el *Codex Theodosianus*. El derecho romano estuvo en uso así en Francia como en Italia durante toda la edad media. Dícese que á mediados del siglo XI, San Lanfrac, arzobispo de Can- torbery, enseñaba ya el derecho romano siendo abad de Bec en Normandía; y un libro titulado: *Petri esceptiones legum Romanorum*, nos dá lá prueba mas evidente de que se recurrió, aun antes de los glosadores, á los libros de Justiniano, para los trabajos que se hicieron

93 No sucede siempre así. V. por ejemplo: Nov. 117, c. 7 y Auth. Si pater, C. V. 24.
94 Hállense en la edición del *Corpus juris civilis* de Beck. Leip. 1825.

sobre el mismo derecho para Francia. Según las nuevas investigaciones de Savigny, esta obra se compuso en el pais de Valencia en Francia. La época se cree ser la segunda mitad del siglo XI; su autor es desconocido; contiene, en cuatro libros, una esposicion sistemática del derecho, y particularmente del romano. Las fuentes de donde está sacada son: la Instituta, las Pandectas, el Código y las Novelas según el *Epitome Juliani*.

§. 85. 2. Después de los glosadores

Luego que el derecho romano, gracias á los esfuerzos de los glosadores, fué restablecido en Italia, se suscitó entre las escuelas y los tribunales franceses una rivalidad provechosa. El libro que denominamos al presente *Ulpianus de edendo*, y que contiene una breve esposicion de los procedimientos sacada de los libros de Justiniano, fué probablemente escrito en el mismo tiempo en Francia ó los Paises Bajos, por un autor de todo punto desconocido. Placentino, á quien hemos citado entre los glosadores, enseñó el derecho romano en Montpeller. San Luis (1226—1270) mandó, hacer una traducción francesa de los libros del mismo derecho; y Pedro Desfontaine compuso por los años de 1253 el derecho consuetudinario francés, y le comparó con el derecho romano. Verdad es que este último se prohibió para París por los años de 1220 por el papa Honorio III, que quería proscribirle á causa de la gran boga que obtenía, y del poco aprecio que iba haciendose por su causa del canónico; pero su prohibición quedó sin efecto, aunque fué renovada despues por la Ordenanza de Blois, en. 1619, art. 69. Posteriormente se creó la escuela de jurisconsultos franceses que se formaron con el estudio del derecho romano; distinguiéndose particularmente los del siglo XVI, cuyos nombres se citan aun en el dia con gran veneración.

§. 86. C. Del derecho romano en Inglaterra, los Paises Bajos y Rusia

En Inglaterra se encuentran también vestigios de obras científicas acerca del derecho romano. Un jurisconsulto lombardo, llamado *Vaccarios* que había estudiado en Bolonia, pasó á Inglaterra hacia la mitad del siglo XII ó enseñarle principalmente al clero. Hallóse en 1149 en Oxford, y escribió una obra sobre el derecho romano en nueve libros, titulada: *Liber ex universo enucleato jure exceptus el pauperibus praesertim destinatus*», Despues de este, otros jurisconsultos trabajaron aun en Inglaterra sobre el mismo derecho; pero no se introdujo sin embargo nunca de una manera sólida en el pais, ni fué admitido en él como derecho vigente.

En los Paises Bajos se trabajo sobre el mismo derecho con un ardor y constancia particulares, sobre todo desde el siglo XVI, formándose una escuela que merece sin contradicción ponerse al lado de la francesa de los siglos XVI y XVII.

En Rusia, el derecho romano no ha regido á la verdad nunca como derecho auxiliar, ni ha formado parte de la enseñanza del derecho en las Universidades; pero no ha dejado sin embargo de influir en el progreso del derecho nacional; lo cual se comprueba con la lectura de la *Kormtschaga Kniga* (derecho eclesiástico) y parte de la *Uloshénie* (derecho laical).

§. 87. Del derecho romano en Alemania, y del uso que se hace en este pais de él en nuestros días

En los tiempos mas remotos el derecho de las naciones germánicas era puramente consuetudinario. De él se formaron poco á poco desde el siglo V hasta el VII las leyes de los visigodos y de los borgoñeses, las leyes sálica y ripuaria, las de los alemanes y bávaros, del país de Frisia, de Sajonla y de Turingia[95].

Carlo Magno, cuya dominación se estendia sobre gran parte de la Alemania, si bien dejó á las naciones subyugadas sus leyes y usos, sometió sin embargo sus libros antiguos dé derecho á una nueva revisión, completándolos y corrigiéndolos por medio de las capitulares.

Despues algunos hombres eminentes, sobre todo los eclesiásticos, trataron de dar á conocer las fórmulas de que era costumbre servirse en materias judiciales y estra-judiciales, de lo cual resultaron los libros llamados *formularios*. La mas importante de estas colecciones de fórmulas es la que compuso el fraile Marculf á mediados del siglo VII. Vinieron en seguida los desórdenes del feudalismo, y hasta los siglos XII y XIII no se empezaron á recoger y ordenar las costumbres que estaban en vigor en cada país, ciudad y tribunal diferentes; de esta manera se formaron poco á poco los *derechos de los regidores*, *el espejo dé Sajonia*, y otras colecciones. Pero cuando comenzaron á florecer las escuelas de Italia, introdújose el derecho romano en las universidades alemanas, de estas pasó á los tribunales, y con el transcurso del tiempo llegó á adquirir fuerza de costumbre. Así se ha

95 En el lenguaje de la edad media *lex* no significa *ley* ni *libro de leyes*, sino *derecho* ó *libro de derecho*. *Lex Sálica* es el *derecho sálico*, lo mismo que *Lex Romana* el *derecho romano* (§. 58).

conservado hasta nuestros tiempos, en los cuales el derecho romano es el derecho comun en Alemania.

SECCIÓN IV

Del derecho romano en España[96].

Desde la invasion de los germanos hasta la formación del Fuero Juzgo

§. 88. Despues que los pueblos del Norte invadieron el Occidente, la mayor parte de España fué ocupada por los suevos, los vándalos y alanos. Sucediéronles á estos los godos, y con el trascurso del tiempo vinieron á confundirse las dos razas, conquistadora y conquistada. Los españoles continuaron al principio gobernándose por la lejislacion romana, y los godos por sus usos y costumbres modificados considerablemente por su larga permanencia en las provincias del imperio. Mas España tuvo al cabo necesidad de nuevas leyes acomodadas á su estado social, y por los años de 466 y 484 publicó el rey Eurico en Tolosa su código, que era una compilación de las costumbres godas. Alarico mandó recopilar las leyes romanas que habian de rejir á los vencidos en un código llamado *Breviarum Alaricianum*. La grande influencia que sobre los godos había ejercido la civilización romana fué la causa principal de la fusión de los dos pueblos.

§. 89. Forum Judicum

Este código no fué conocido hasta el reinado de Chindasvinto, quien mandó que en adelante ninguno de sus reinos se gobernase mas que por las leyes contenidas en él[97]. En los reinados posteriores se corrigió y aumentó, y las revisiones mas notables son las que se hicieron en los concilios 8, 12 y 16 de Toledo. Sus leyes fueron tomadas de las costumbres germánicas, de los cánones conciliares y de las leyes romanas.

De varias especies son los fragmentos del derecho romano que se conservan en el Fuero Juzgo ó *Liber Judicum*; unos están copiados literalmente; otros contienen solo el principio de derecho tal como le consignan las leyes

96 Al tratar Mackeldey del derecho romano en España, lo hace tan sucintamente, que hemos tenido que dar a esta materia la estension que por su importancia requiere.

97 L. 8, tít. 1.°, lib. 2.°, Fuero Juzgo.

romanas ó modificadas mas ó menos por la influencia de las costumbres germánicas ó los cánones conciliares.

El Fuero Juzgo ha sido el único que ha rejido entre los españoles por espacio de muchos siglos. Despues de la restauración de la monarquía, cuando los fueros municipales iban creando una nueva legislación, el Fuero Juzgo conservó toda su autoridad en Castilla, León, Navarra, Cataluña, Valencia y Aragón, como consta de muchos documentos[98]. En un principio se escribió en latin, y despues fué traducido al castellano de órden de San Fernando.

Chindasvinto y Recesvinto prohibieron que se juzgase por otras leyes mas que las contenidas en el Fuero Juzgo, ya fuesen romanas ó de cualquier otra nación, é impusieron la multa de 30 libras de oro al que faltase á este mandato. No por esto se prohibió la enseñanza del derecho romano, ni el de otras naciones, solo sí su uso en los tribunales. Los principios del derecho romano formaban parte del derecho español, y la necesidad de su estudio para comprender mejor el Fuero Juzgo hizo que se tratase de él en las escuelas, en los tribunales y en las obras legislativas. Por eso el derecho romano ejerció siempre grande influjo en la jurisprudencia de España.

§. 90. Dominación de tos Sarracenos

Los escesos de los últimos reyes godos, y los resentimientos de la nobleza con el rey Rodrigo, abrieron las puertas de España á los sarracenos, despues de la célebre batalla de Guadalete. Los moros sin embargo permitieron á los vencidos seguir gobernándose por sus antiguas leyes, sin que por esto dejaran de introducirse en la legislación española algunas prácticas y máximas legales de la jurisprudencia de los vencedores, cosa nada estraña por cierto habiendo durado setecientos años su dominación. La costumbre árabe de decidir los litigios por medio de árbitros ó amigables componedores, pasó á la práctica judicial de los españoles. El Fuero Juzgo fué perdiendo poco á poco su autoridad en los pueblos dominados por los sarracenos hasta tal punto que despues de la conquista fue necesario restablecerlo espresamente.

98 Marina, Ensayo hist. crít., lib. 1.°, núms. 41—49.

§. 91. Reconquista hasta el rey don Alonso el Sabio

El estado social de los pueblos reconquistados de la dominación agarena era muy diferente del que tenian antes del siglo VII. Su jurisprudencia habia cambiado de fuentes. El Fuero Juzgo se restableció; pero los usos y costumbres introducidos y la nueva situación política de los pueblos reconquistados, produjeron la necesidad de formar ciertos cuadernos en que se hallasen consignados los principios del derecho civil de los españoles. De estos cuadernos son célebres entre otros varios el Fuero otorgado á los leoneses por el rey D. Alonso en 1020; los Usages que publicaron en Cataluña el conde D. Berenguer y su mujer doña Anoldis en 1060: el Fuero de Sobrarbe, otorgado en este mismo tiempo, y estendido despues á otros muchos pueblos de Aragón y Navarra; el Fuero castellano de las fasañas y alvedríos de los fijo-dalgos, que constituían los ordenamientos de las Córtes de Nájera, año 1138, por D. Alonso VII, y el fuero viejo de Castilla mandado hacer por D. Alonso VIII y D. Fernando III, y autorizado despues por el rey D. Pedro en 1356. En algunos de estos cuadernos se notan muchas disposiciones referentes al derecho justinianeo; lo cual prueba que también en esta época se consultaba la legislación romana.

§. 92. Libros de derecho compuestos de orden de Alonso X

D. Alonso X por encargo de su padre emprendió la reforma en la legislación mandando componer varios libros de derecho, de los cuales no todos lograron la misma aceptación. A fin de hacer las reformas con monos dificultad, y vencer los obstáculos que ofrecía la transición de la legislación foral á la legislación estranjera, mandó publicar el *Spéculum* y el *Fuero Real*[99]. Poco tiempo despues, su ayo Jacome, ó Jacobo Ruiz, célebre jurisconsulto, publicó un libro llamado *Flores de las leyes* para hacer mas fácil la reforma proyectada. Mientras se iban dando á los pueblos estas compilaciones como fueros municipales, é introduciéndose en la práctica de los tribunales, el rey D. Alonso mandó á los mas célebres jurisconsultos la formacion de un código que uniformase la lejislacion de los reinos de Castilla y Leon, y que introdujese legalmente en España el derecho romano y las Decretales. A este código se le llamó *Repertorio muy copioso del testo y leyes de las siete Partidas*. Hasta el reinado de Alonso XI no tuvo autoridad esta compilación; pero los jurisconsultos españoles se regían por él mas que por los fueros

99 No se sabe con certeza el año en que se publicó el *Especulum*; pero es probable que fuese poco después que el *Setenario*. El fuero real se cree que lo fue a fines del año 1254 ó á principios de 1255.

municipales, lo hacían objeto de sus estudios, y le conquistaban de esta manera el lugar que le negaron los pueblos prefiriendo su legislación foral. Las *Partidas* fueron formadas en casi su totalidad del derecho romano y de las Decretales; unida esta circunstancia al estudio que en las Universidades se hacia de ambos derechos y á la máxima introducida por los glosadores de aquel tiempo de que el derecho romano debía considerarse como la razón escrita, produjo el; menoscabo de la jurisprudencia nacional, y la propagación de la estranjera.

§. 93. Colecciones posteriores á las Partidas. Disposiciones relativas al derecho romano y sus intérpretes

Como ya dejamos dicho, los libros de D. Alfonso no lograron la aceptación que él se habia propuesto. A petición de la nobleza se derogó el Fuero Real. Las Partidas no tuvieron autoridad durante la vida de su autor. Las colecciones legales autorizadas eran las mismas al advenimiento de D. Sancho IV, que las que existían á la muerte de S. Fernando. La necesidad de usa compilacion legal acomodada á los usos y costumbres y al nuevo estado político de los pueblos reconquistados, era pues la misma que antes. Para satisfacerla, hizo Alfonso XI una transición entre las leyes forales y las de los Códigos del rey Sabio. En la ley 1.ª, tít. 26 del ordenamiento hecho en las cortes de Alcalá en 1348 autorizó los cuerpos legales formados hasta entonces, y fijó el orden de preferencia que habia de guardarse entre ellos de esta manera: primero mandó se guardasen las leyes del ordenamiento, despues los fueros en aquello que se usaren , y últimamente las Partidas.

El estado de confusion en que se hallaba la lejislacion española, hizo que diferentes cortes llamasen la atención de los reyes, á fin de poner remedio á males de tanta gravedad. Los reyes Católicos manifestaron los mejores deseos de poner fin á la confusion en que se bailaba la legislación española; pero casi nada consiguieran, sin embargo do haber dado algunas leyes con este objeto semejantes á la publicada por D. Juan II, con el fin de corregir el abuso de acudir á las leyes estrañas y á las doctrinas de los glosadores en caso de duda. Esta ley prohibía á los abogados alegar en los tribunales «*opinion, ni determinacion, ni decision, ni derecho, ni autoridad, ni glosa de cualquier doctor ó doctores, ni de otro alguno, asi legistas como canonistas, de los que han seguido hasta aquí despues de Juan é Bartulo, nin otro si de los que fueren de aquí adelante*.» Otras leyes posteriores á estas se dieron con el mismo objeto, pero nada se consiguió. En el reinado de Felipe II se formo la Nueva Recopilación, código lleno de defectos, con el

cual ni se remedió el mal de que siguieran rigiendo los códigos anteriores, ni el de acudir los abogados á la jurisprudencia estranjera.

En el reinado de Felipe V se dieron también algunas leyes con el mismo objeto hasta que publicada la Novísima Recopilacion en 1805, se logró en parte la restauración del derecho nacional.

§. 94. Universidades bajo la dominación de los árabes

Los árabes despues de haber asentado su imperio sobre casi toda la Península, crearon universidades, donde concurriese la juventud á aprender las ciencias enseñadas por profesores célebres. No se contentaron con difundir las luces por las principales ciudades, sino que hasta en los pueblos mas pequeños fundaron colegios. Ademas de la medicina, la astronomía, la geografía, la literatura y las matemáticas enseñaban la jurisprudencia y la teología. De día en dia fueron estos establecimientos adquiriendo mas crédito, y tal llegó á ser, que muchos sábios estranjeros vinieron á España á aprender las ciencias, que entonces no se enseñaban ni en Francia ni en Italia[100].

§. 95. Universidades españolas despues de la restauración

La primera universidad que se fundó en España en tiempo de la restauración, fué la de Palencia, establecida por Alonso VIII. Despues se crearon las de Salamanca, Lérida, Vailadolid y Valencia, dándoles á todas una organización parecida á las universidades de Italia. Las principales cátedras establecidas eran de derecho-romano y canónico y ninguna de derecho español; tal era la preferencia que en estos tiempos se daba al derecho de los romanos, que cuando Felipe V mandó se enseñase en las universidades el derecho español, lo conceptuó como una parte accesoria del romano y ordenó: Que los «*catedráticos y profesores en ambos derechos tengan cuidado de leer con el derecho de los romanos las leyes del reino, correspondientes á la materia que explicaren.*»

100 Juan Andrés, Orígen, progresos y estado actual de toda la literatura, tít. 1.°, cap. 10.

§. 96. Principales glosadores y comentadores de los códigos españoles

Los jurisconsultos españoles seguían en sus escritos la misma marcha que en las universidades. Todos los que se dedicaron á poner glosas y comentarios á los códigos de la nación, lo hicieron guiados por unos mismos principios, que eran establecer su concordancia con las leyes romanas y decretales, esplicándolas por las mismas razones que las leyes estranjeras. Los comentarios y glosas mas célebres son las puestas al Fuero Real por Montalvo, á las Ordenanzas reales por Diego Perey, á las Partidas por Montalvo y Gregorio López, á las leyes de Toro por Castillo y Antonio Gómez, y á la Nueva Recopilación por Alfonso de Acevedo.

SECCIÓN V

De las colecciones de las fuentes del derecho romano. Del corpus juris civilis, de sus partas y de sus diferentes adiciones

§. 97. De las colecciones de las fuentes del derecho anterior á Justiniano

Entre las colecciones del derecho romano antejustinianeo que han llegado hasta nosotros, aunque todas incompletas, merecen particular mención las siguientes:

1. *Jurisprudentia vetus antijustinianea ex recens et cum notis*. Antonii Schultingii. Lug.—Bat. 1717. La edición de G. H. Ayrer, Leips. 1737, contiene solo los escritos mas importantes de los jurisconsultos romanos que han llegado hasta nosotros, la *Legum Mosaicarum et Romanarum Collatio* (§. 57)), y algunos fragmentos dé antiguas colecciones y constituciones, y principalmente de *Gregorianus et Hermogenianus Codex* (§. 54); nada se halla en ella del *Theodosianus Codex* (§. 55); y la verdadera Instituta de Gayo descubierta posteriormente, no se encuentra en la misma edición sino conforme al *Breviarium Alaricianum* (§. 59).

2. *Jus civile antejustinianeum codicum et optimarum editionum ope a societate Ictorum curatum praefatus est et indicem editionum adjecit*. Gustavus Hugo, 2 tom. Berolini, 1815. Esta coleccion contiene, además de

lo que se baila en la de Schulting, el *Theodosianus Codex*, pero sin los nuevos descubrimientos hechos en los cinco primeros libros por Peyron, Clossio, Haenel y Wenck; faltan también en ella el verdadero Gayo, las *Vaticana fragmenta* y el prefacio que promete.

3. El *corpus juris civilis antejustinianei*, consilio et cura professorum Bonnensium, Aug. Bethmann—Hollweg, Ed. Baecking, Yo. Chr. Hasse, Ed. Pugge aliorumque, Bonnae, 1830. Esta colección contendrá a su tiempo todo lo publicado en las dos anteriores colecciones, y además otros muchos documentos. Hasta ahora se ha dado á luz: *Gaji Institutionum commentarii* IV, por Heffter, y *Gaji Institutionum libri* II, ex lege romana wisigothorum, por Vaecaing; despues *Ulpiani fragmenta*, por Baecking; *Volutii Maeciani de assis distributio*; *Fragmentum Sexti Pomponii*, *Dositheі Interpretamenta*; *Fragmentum veteris Icti de juris fisci*; *Fragmentum Herennii Modestini*, por el mismo; *Julii Pauli Receptae sententiae*, por Arendts, y *Legum Mosaicarum et Romanarum collatio*, por Blume.

§. 98. 6. Del corpus juris civilis

Las diferentes partes de que se compone la colección del derecho de Justiniano, fueron siempre en un principio transcritas separadamente, y se imprimieron mas tarde del mismo modo. Consideradas todas en conjunto, se las denominaba en tiempos muy antiguos *Corpus juris civilis*[101], aunque no se las hubiera dado este nombre general, á haberse hecho una verdadera colección completa de ellas. Cada volumen tuvo y conservó su titulo particular[102], basta que Dionisio Godofredo dió en 1604 á la segunda edición de su *Corpus juris civilis* glosado esta denominación general, que no habia tenido la primera (año 1589): desde este tiempo se ha conservado dicho nombre en todas las ediciones. El órden de colocacion de las diferentes partes del *Corpus juris* no es igual en las ediciones antiguas, y en las algo posteriores tampoco so ha seguido rigorosamente el mismo. Así es que tomaremos por base el que se halla en todas las nuevas.

101 Para distinguirlas del *Corpus juris canonici* La edición de *Peter ab Area de Bandoza*, 1593, llevaba ya el nombre *Universi juris civilis* in quatuor tomos distributi *Corpus*. El nombre de *Corpus juris civilis* es mas moderno.

102 Así, por ejemplo, el primer volumen se titulaba *Digestum vetus*: el segundo *Infortiatum*: el tercero, *Digestum novum*: el cuarto, *Codex repetitae praelectionis*: el quinto, *Volumen parvum* ó simplemente *Volumen*. Véase mas adelante el §. 106, y Savigny, t. III, p. 478

§. 99. De sus diferentes partes

I. La Instituta

Existen todavía muchos manuscritos de la Instituía. Entre los mas antiguos que han llegado hasta nosotros, se cuentan uno de Ramberg, del siglo IX ó X; otro de Turin tal vez de la misma época, con una glosa escrita parte en el mismo tiempo y parte despues[103]; y finalmente el que anteriormente se conservaba en Seissenstein, igualmente del siglo X

En cuanto á las ediciones impresas, son notables las siguientes:

1.° La *editio princeps* in urbe Maguntina, Per Petr. Schoyffer de Gernsheym, 1468, fol.
2.° La editio Haloandrina, de Gregorio Haloandro en Nuremberg, 1529.
3.° La *editio Cujaciana*, de Jacobo Cujacio, en París, 1585. Juan Bernardo Kaehler la tomó como base para la edición de la Instituta que publicó en *Gaettinga* en 1772 con observaciones críticas.
4.° La edición de F. A. Biener[104].
5.° La de C. Bucher, hecha con arreglo al manuscrito de Erlangen[105].
6.° La de W. M. Rossberger, con una traducción alemana[106].
7.° La edición sinóptica de la Instituta de Justiniano y Gayo, por C. Klenze y Ed. Baeking[107].
8.° La que Ed. Schrader publica en union con otros muchos jurisconsultos, forma la primera parte del *Corpus juris civilis*.
9.° La de E. F. Vogel[108].

103 Este notable manuscrito no fué descubierto hasta el año de 1820 por Clossio, en la Biblioteca real de Turin.

104 D. *Justiniani Institutionum libri IV*. Recensuit et indicem editionum adjecit Fr. Aug. Biener, Berol. 1812.

105 D. *Justiniani Institutionum libri IV*. Texta ad codicem olim Heilbronnensem nunc Erlangensem recognito ed. Bucher Erlang. 1826.—J. F. Hunger. *Diss. sistens criticas aliquot observationes in cod. Heilbronnensem*. Erlang. 1826.

106 D. *Justiniani Institutionum libri IV*. Recensuit et denuo recognovit. G. M. Rossberger. Berol, 1829.

107 *Gaji et Justiniani Institutiones juris romani*. Recognoverunt, adnotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt. Clem. A. C. Klenze et Ed. Baeking. Berol. 1829.

108 *Flavii Justiniani imperatoris romani Institutiones*. Ad optimorum subsidiorum fidem contextum recensuit Em F. Vogel. Lips. 1833.

§. 100. II. Las Pandectas

I. Del manuscrito Florentino

Entre los manuscritos de las Pandectas, el dé Pisa ó de Florencia es sin contradicción alguna el mejor y el mas antiguo[109], aunque en él faltan algunos trozos en el libro 48, y se descubre

La ignorancia del copista. Todos los demás manuscritos de las Pandectas, que equivocadamente se han mirado por mucho tiempo como copias del de Florencia, fueron denominados *manuscripta vulgata* ó *codices vulgati*, por oposicion al de esta ciudad. Es probable que fuese escrito por un griego en el siglo VII en Constantinopla. Trasladósele desde allí á Italia, y fué primeramente hallado en Pisa[110], en cuyo punto estuvo hasta el año 1411, pasando despues á Florencia, en donde permanece actualmente[111]. El primero que publicó este manuscrito fué Policiano (1494). Bolognini (1508) y Agustin (1586) la continuaron, y Lelio y Francisco Torelli (padre é hijo) la hicieron mas generalmente conocida, imprimiéndola en Florencia en 1553. Sin embargo, el testo de esta edición no era enteramente exacto, en atención á que corrigieron los pasages que carecían de sentido; segun los ms. vulgata, suprimieron algunas palabras, y llenaron los vacíos que tenia, designando todas estas alteraciones con diferentes signos. La última edición del manuscrito de Florencia hecha con esmero es la de Enrique Brenckmann, la cual se halla en las notas del *Corpus juris* de la edición de Gaettinga.

§. 101. 2. De la division de las Pandectas en tres volúmenes

La division de las Pandectas en tres partes ó volúmenes es muy antigua; data del tiempo de los glosadores, y ha servido de base á casi todos los manuscritos y ediciones del Digesto desde aquel tiempo hasta el siglo XVI. Titulábase el primer volumen *Digestum vetus*, el segundo Infortiatum,

109 Ordinariamente se le tiene por del siglo VII. Todos los demás manuscritos que tenemos de las Pandectas son mas recientes.
M. Perzt halló sin embargo en los últimos tiempos en Nápoles algunas hojas de un manuscrito de la misma época que el de Florencia, y el profesor Gaupp las publicó con el titulo: *Quator folia antiquissimi alicujus Digestorum codicis rescripta*: Neapoli nuper reperta, nunc primum edita. Vratislav. 1823, in 4.°

110 Según una opinion muy generalizada en otro tiempo se creia haber sido descubierto en Amalfi, y que el emperador Lotario II se le habia enviado como un presente á los habitantes de Pisa, sus aliados. Pero esto lo contradijo en 1722 Asti, y posteriormente en 1727 Guido Grandi; y en lo sucesivo se ha considerado como un error manifiesto.

111 Luego que se le trasladó a Florencia, fué encuadernado con el mayor lujo, y se le guardó en una caja ricamente guarnecida, conservándole como una reliquia en el palacio de la república, en donde los monjes le enseñaban a los curiosos, llevando la cabeza descubierta y un cirio en la mano.

y el tercero *Digestum novum*. El *Digestum vetus*, ó la parte mas antigua de las Pandectas, empezaba en el libro I, y seguía hasta el XXIV, título 2, inclusive: el *Digestum novum*, ó segunda parte, comenzaba en un principio con estas palabras del fr. 82, D. XXXV, 2: *tres partes*, y llegaba hasta el fin de las Pandectas. Solo se conocieron entonces en Bolonia estas partes primera y última: pero contando también mas adelante con la segunda, se separó del *Digestum novum* la parte que empezaba por estas palabras: *tres partes*, y llegaba hasta el fin del libro 38, añadiéndola, á causa de la identidad de materias, á la parte media de las Pandectas, que despees de este aumento recibió el nombre de *Infortiatum* (no se llamó nunca *Digestum Infortiatum*); de esta suerte el *Infortiatum* llega desde el libro XXIV, tít. 3, hasta el XXXVIII inclusive y el *Digestum novum* desde el XXXIX hasta el fin de las Pandectas.

§. 102. 3. De las diferentes ediciones de las Pandectas

Las ediciones de las Pandectas son muy diferentes en cuanto á sus *lecciones*. Divídeselas en tres clases principales, ó contienen:

1.° La *lectio Florentina s. litera Pisana* (§. 100), es decir, la lección ó modo de leer que se halla en el manuscrito de Florencia; ó,

2.° La *lectio Vulgata seu Bononiensis* formada por los glosadores, quienes la tomaron del manuscrito de Florencia y de otros varios de las Pandectas, siendo adoptada después en todos los demás manuscritos; ó finalmente,

3.° La *lectio mixta*, es decir, aquella en que se ha empleado unas veces la *lectio Florentina* y otros la *Vulgata*. Una edicion muy célebre de esta última especie es la llamada *Haloandrina*, que publicó Gregorio Haloandro en Nuremberg, año de 1529, en tres volúmenes in 4.°, y que por esta razón se llama también *lectio Norica*: valióse para ella no del mismo manuscrito de Florencia, sino de la *collatio* hecha por Policiano y Bolognini.

§. 103. III. El Código

Hay ademas otros muchos manuscritos del Código, pera ninguno es tan antiguo, tan célebre ni tan completo como el de las Pandectas de Florencia. Cuando la Italia se hallaba bajo el yugo de los pueblos germánicos, estando solo destinados á la práctica los manuscritos del Código, fueron

sumamente desfigurados; pues no solo se suprimieron sus tres últimos libros por no contener mas que el derecho público, y considerárseles por esta razón inútiles en Italia, sino que se omitieron también en los nueve primeros muchas constituciones particulares. Resultó de aquí que no se enseñaban generalmente mas que los nueve primeros libros, únicos que se hallan impresos en las ediciones antiguas. Mas adelante se reunieron los tres últimos libros en el *volumen parvum*, separándolos de los nueve primeros (§. 106). Entre las ediciones del Código merecen distinguirse: la *editio Haloandrina* de Gregorio Haioandro, 1530, fol., que contiene todos los doce libros, lo mismo que las de Le Conte, París, 1562, fol.; de Russard, Amberes, 1565, fol.; y de Charondas, Amberes, 1575, fol. En la edición del *Corpus juris* de Gebaur-Sbangenber, además de las lecciones de los cuatro primeros editores, se ha seguido también la del manuscrito del Código de Gaettinga.

§. 104. IV. Las Novelas

En un principio no formaban coleccion las Novelas, ni estaban hechas con este objeto y como se las ha hallado esparcidas y colocadas separadamente en las ediciones, es fácil concebir por qué razon de todas las partes del *Corpus juris* es esta la menos uniforme. Asi es que no podemos clasificarlas, y sí solo indicar lo que ha hecho cada editor para ponerlas en órden. Entre las ediciones de las Novelas deben distinguirse:

1.° La *Edictio vulgata* que comprende las Novelas conocidas por los antiguos glosadores, así como los tres últimos libros del Código, la Instituta y los *libri feudorum*, impresa por primera vez: *Roma apud sanctum Marcum*, 1478, fól.

2.° La primera edición griega, aumentada con una versión latina por Gregorio Haloandro, Nuremberg, 1531; poco despues de esta se dió á luz en Basilea, 1541, una edición de las Novelas, que tuvo por base el testo griego de Haloandro, aunque alterado. En el testo latino la *versio Haloandrina* y la *vulgata* están colocadas una al lado de otra.

3.° Poco despues de esta última se publicó la primera edición de Enrique Scrimger en Ginebra, 1558, la cual contenía 25 Novelas que faltaban en la de Haloandro, pero carecía por otra parte de cuatro que se hallan en la de ésté. Enrique Agiles añadió suplementos á ambas ediciones, y los publicó en Colonia en 1560, y despues en Basilea, 1561.

4.° Edición mas completa que todas las anteriores, es la de Le Conte, en griego y latín, publicada en Leon, en 1559, 1566 y 1571, con algunas alteraciones, respecto al órden con que estaban clasificadas las Novelas, y unas veces con glosas y otras sin ellas. La de 1566 fué reimpresa en León en 1581, y el testo latino de Le Conte se ha adoptado despues en todas las ediciones de Godofredo.

5.° Simon van Leeuwen, en su edición in fól. de Amsterdam, 1663, dió también el testo griego. Dicha edición fué despues tomada como base para la traducción latina de las Novelas publicadas por Juan Friedr. Hombergk, en Vach; Marburgo, 1717, in 4.° Este autor tradujo todo el testo griego que encontró , sirviéndose para lo demás del latino.

6.° La edicion mas moderna y completa es la que se halla en el *Corpus juris* de Gobaner, Spangenberg; pues no solo contiene todo lo que la de Leeuwen, sino también la traducción de Hombergk, con sus suplementos y sus variaciones mas importantes.

7.° Finalmente, Savigny ha publicado además las Novelas 62 y 104 no impresas hasta entonces, y Biener una disposición enteramente desconocida de Justiniano: todo ello sacado de un ma¬nuscrito de Vieria. C. J. A. Kriegel ha completado igualmente la Novela 87 con un manuscrito veneciano, florentino y vienense.

§. 105. De los apéndices del Corpus juris

Además de los libros de derecho y de las colecciones de Justiniano de que hasta ahora hemos hablado, se hallan en el Corpus juris diferentes adiciones, debidas a algunos glosadores o editores modernos, las cuales son las siguientes:

1.° Los troce edictos de Justiniano que en el fondo son tambien Novelas, y que con mas razon debieran haberse unido a la coleccion de estas, que muchas de las de los sucesores de Justiniano.

2.° Cinco constituciones de Justino el joven.

3.° Cinco idem de Tiberio el joven, en las cuales falta la cuarta.

4.° Otras, idem de Justiniano[112] y Justino y Tiberio.

5.° Las ciento trece Novelas del emperador Leon.

6.° Una constitución de Zenon, de *novis operibus*.

7.° Una multitud de constituciones de diferentes emperadores, bajo el título de *Imperatorae constitutiones*.

8.° *Canones sanctorum et venerandorum Apostolorum*,

9.° Los *Libri feudorum*, coleccion de costumbres los lombardos y de las leyes de los emperadores, acerca de derechos feudales, durante el siglo XII; la cual es aun en el día la fuente principal del desecho feudal en Alemania.

10.° Algunas constituciones de Federico II de donde están principalmente tomadas las Authenticae Fridericianae del Código (§. 82).

11.° Dos ordenanzas de Enrique VII del año 1312, llamadas *extravagantes* sobre el crimen de lesa magestad y la rebelión.

12.° El *Liber de pace Constantiae*, que contiene la paz de Constanza, que hizo Federico I en Lombardía con las ciudades confederadas.

En muchas ediciones como, por ejemplo en la de Simon van Leeuwen se hallan además los fragmentos de las Doce Tablas y los de las obras de muchos jurisconsultos romanos, partícularmente los de Ulpiano, Paulo y Cujacio. En la edición de Pedro ab Area Baudoza se ha añadido además la bula de oro de Carlos IV.

112 La más notable es la Sanctio pragmática: pro petitione Virgilii.

§. 106. De las ediciones de todo el corpus juris

1. De las ediciones glosadas

Las ediciones de todo el Corpus juris se dividen en glosadas y no glosadas

Las primeras se componen ordinariamente de cinco volúmenes, el primero de los cuales contiene el *Digestum vetus*; el segundo el *Infortiatum*; el tercero el *Digestum novum*; el cuarto los nueve primeros libros del Código; y el quinto, denominado *Volumen legum parvum*, está compuesto de los tres últimos libros del Código, de las Novelas, de los *Libri feudorum* y la Instituta. Las mejores ediciones glosadas seo las siguientes:

1.ª La publicada en Leon apud fratres sennetonios, 1549, 1550 en cinco in. fol.[113].

2.ª La de Le Conte, hecha en París en 1576, en cinco in. fol.

3.ª *Corpus juris civils glossatum ex recens*. *Dionys. Gothofredo*, publicado en Leon, primeramente en 1539, en seis in fol. sin el título común de *Corpus juris*, y después en 1604, con dicho título; fue correjido y aumentado en 1612.

4.ª La edición glosada mejor y mas moderna es la que se dió á luz en León en 1627, también en seis in fol., *studio et opera Joannis Fehii*.

§. 107. 2. De las ediciones no glosadas

Entre las ediciones no glosadas unas tienen notas de algunos jurisconsultos modernos, y otras no contienen mas que el testo.

A. Las mejores ediciones con notas son las siguientes:

1.° La de Luis Russard, intitulada *Jus civile*, publicada primeramente.en Leon en 1560, 1561, en dos in fol., y despues en Amberes en 1566 y 1567, y en 1569 y 1570, en siete la 8.°[114].

113 Esta edición es notable, por estar reproducido en ella por primera vez el Brachylogus (§. 79), asi como el *Juliani epitome Novellarum*» conforme á un buen manuscrito (§. 72).

114 Russard en su edicion coloca entre estos signos | | | | (muchos pasajes para demostrar que no se

2.° Las de Ant. Le Conte, que se dio á luz en París en 1562 en nueve in 8.°, en León, en quince in 12.°, y en 1581, con un nuevo título [1153].

3. ° La de Charondas, que salió, en Amberes en 1575, en dos in fol., y en la cual empleó al editor cuerdamente las notas de Russard y de Le Conte.

4.° La de Julio Pacio, publicada primeramente en Ginebra en 1680, in fol, y el mismo año en nuevo volúmenes in 8.°

5.° Las ediciones de Dionisio Godofredo[116]. La primera se publicó en Leon en 1583 in 4.° y fué reimpresa despues en Fracfor-Sur-Mein, en 1587[117]. La segunda edición corregida (*editio secundas prelectionis*), se publicó en León en 1.590, en dos volumenes in fol. La tercera corregida se imprimió en Ginebra año de 1602 en cuatro volúmenes In fol.; la cuarta en Leon, año de 1607 dos volúmenes in fol.; y la quinta, que es la mas completa, y contiene notas de Dionisio Godofredo, se dio á luz en Ginebra, año de 1624, in fol, bajo la dirección de su hijo Jacobo Godobredo. Esta última se ha reimpreso varios veces, principalmente bajó la dirección de N. Antonio en Leon, en 1652 y 1662.

6.° Una de las mejores y mas elegantes ediciones del *Corpus juris* anotado, es la que publicó en Amberes Simon van Leeuwen en 1663 in fol., la cual contiene, además de las notas de Godofredo, gran número de observaciones de otros muchos jurisconsultos. Se reimprimió primeramente en Francfort-Sur-Mein, año de 1663, y despees en Leipsik en dos in 4.°, en los años de 1705, 1720 y 1740[118].

B. Entre las ediciones sin notas deben distinguirse las siguientes:

1.° La reimpresión de la edicion del *Corpus juris* de Haloandro hecha en Basilea en casa de Hervage, 1541, dos in fol.; Tomás Guarino la reimprimió despues otra vez en tres vol. in fol.

encuentran en todos los manuscritos.

115 Le Conte solo ha revisado en esta edición la Instituta y el Código.

116 La elección del testo es mala, y las. notas contienen muchas repeticiones inútiles, objeciones sin solucion y pasajes sobre todo que parecen contra- dictorios. Las ediciones de Godofredo son sin embargo muy útiles por referirse a las fuentes y las Basílicas» y por los, estractos que contienen de los mejores jurisconsultos. Hay algunas del mismo autor *sans* notas, que son las peores.

117 La reimpresión de Francfort de 1663, in 4.°, es mucho mas ponderada de lo que debiera, siendo en realidad muy mala.

118 La reimpresión de 1740 es buena.

2.° La de Amsterdam, de Elzevir de 1664 , con la famosa errata: *Pars secumdus*, 1681, 1687, y la mas correcta de 1700 in 8.°

3.° El *Corpus juris academicum* de Freiesleben, publicado primeramente en Altemburgo, 1721 gr. in 8.°, mas tarde en Basilea (*Coloniae Manatianae*), 1734 in 4.°, y despues muchas veces en los mismos puntos. Las ediciones de Altemburgo no abrazan mas que el testo, á la vez que las de Basilea tienen también algunas concordancias al pie de aquel.

4.° La edición del *Corpus juris* empezada por Gebaner, y acabada despues de su muerte por Ce. Aug. Spangenberg, cuyo primer tomo se dió á luz en Gaetinga año de 1776, y el segundo en 1797 in 4.° mayor, contiene variantes y algunas notas críticas, pero carece de observaciones esplicativas. Schrader no solamente ha manifestado lo que podría ser una edición critica y enriquecida con notas esplicativas, sino que estamos ciertos de que dicho autor en unión con Clossio, Tafel y Maier nos proporcionará una abra de esta clase: el primer volúmen, que contiene la Instituta, se ha publicado ya. Pero independientemente de esta gran obra de Schrader, se publican en Leipsik otras muchas ediciones mas pequeñas del *Corpus juris civilis*, en las cuales no se hallan mas que el testo y las variantes de mayor interés; citaremos entre otras la de J. L. W. Beck, y la de los hermanos A. y C. Kriegel.

§. 108. De las ediciones puestas en órden y de las Crestomacias

Además de las ediciones de que acabamos de hablar, hay otras que se llaman ediciones ordenadas, y son aquellas en que los editores han dispuesto el testo de los fragmentos y de las constituciones, ligando y reuniendo las partes que tienen relación entre sí, y se hallaban antes esparcidas. A esta clase pertenecen las siguientes:

Eusebii Bejeri *Corpus juris civilis reconcinnatum, in tres partes distributum*, cum praef. L, B. de Senkenberg Francofurti y Lipsiae, 1767 y 1768, en tres volúmenes. Rob. Jos. Pothier, *Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, esplicant aut abrogant.* París, 1748, 52; despues Leon 1782 entres in fol., y París, 1818, 21.

Hay algunas crestomacias en que están elegidos los mejores pasajes de las diversas fuentes del derecho romano por Domat, Seidenstecker, Hugo, Cropp, Savigny, Haubold, Pernice, Jurstenthal, Hermann y Blondeau.

SECCIÓN VI

De los diferentes métodos de enseñanza y de la bibliografía del derecho romano

§. 109. De los métodos en general

Los trabajos científicos, que son objeto de todo derecho positivo y también por consiguiente del romano, descansan:

1.° En la *exegesis* ó esplicacion de las fuentes mismas del derecho, que han llegado hasta nosotros según las reglas de la crítica y de la interpretación;

2.° En el *método dogmático* ó esposicion sistemática y desenvolvimiento de los principios sacados de las fuentes del derecho vigente.

3.° Finalmente, en la *historia del derecho* ó indicación dalas frentes de este, y en particular del origen y formacion progresiva de cada una de sus partes (§. 18.) Estos tres métodos de tratar el derecho positivo tienen su mérito y utilidad particular, y dependen necesariamente unos de otros. La exegesis de las fuentes forma la primera y mas importante base del estudio de todo derecho positivo; el método dogmático nos enseña á conocer el derecho en realidad vigente en toda su estension y en su aplicación práctica, y la historia del derecho nos manifiesta las causas históricas y políticas del derecho vigente, y con ellas su espíritu y verdadero sentido. La *exegesis*, la parte dogmática y la historia del derecho, deben pues estar enlazadas entre sí; pero según el objeto particular que nos proponemos alcanzar en los libros ó en la enseñanza oral de un derecho positivo, y según queramos fijarnos en una ú otra parte como principal así es únicamente como puede tener alguna importancia la distinción que acostumbra á hacerse entre las obras y la enseñanza exegéticas, dogmáticas é históricas.

§. 110. Del método de los glosadores

Los glosadores daban la preferencia así en sus escritos como en la enseñanza del derecho romano al método exegético. Tomaban por base el testo de los libros de derecho de Justiniano, le esplicaban titulo por título, bien fuese por medio de sumarios (*summae*), ó haciendo observaciones sobre algunos pasages aislados (*glossae*) que, estendiéndose en forma de comentario á todo un titulo, tomaban también el nombre de *apparatus*. Dicho método se siguió aun mucho tiempo, así en Italia como en Francia y Alemania, luego que estuvo introducido en estos paises el derecho romano, y que fue enseñado en las universidades nuevamente creadas.

§. 111. De los métodos modernos

Mas como en adelante se formaron también cursos particulares anoten de otros muchos ramos de la ciencia del derecho, fue imposible dar al romano y á la exegesis la misma latitud que anteriormente, y fué preciso tratar de acortar las lecciones. Con este objeto, en los siglos XVI y XVII se empezaron á escribir algunos libros, primeramente sobre las *Pandectas*, y despues también acerca de la Instituta, preparando así el camino al método dogmático. En todos los libros destinados á la enseñanza del derecho romano se seguia al principio el órden de los títulos de la *Instituta* y de las *Pandectas* (*secumdum ordinem Institutionum et Digestorum*), cuyo método sirvió por mucho tiempo para la enseñanza en las universidades alemanas. Por el contrario en las obras modernas acerca de la *Instituta* y de las *Pandectas*, se sigue generalmente en el dia un órden sistemático, aunque difieren frecuentemente estos libros entre sí tanto en su forma como en su contenido. La historia del derecho romano vá reunida á veces á la Instituta, y se enseña á otras en un curso particular.

§. 112. De los inconvenientes de descuidar los cursos exegéticos

El método histórico-dogmático es el que goza de mas concepto en nuestros dias, y no puede negarse que es el mas á propósito para la enseñanza del derecho romano; pero de sentir es sin embargo, que se hagan cada vez mas raras las lecciones exegéticas acerca de las fuentes del mismo derecho, por creerlas la mayor parte de los estudiantes inútiles y superfluas. A la estraña negligencia que se observa en el cultivo de la hermenéutica y del método exegético, es á lo que debe atribuirse esa indiferencia siempre en aumento con que se mira el estudio de las fuentes del derecho; y sería

de desear que renaciese la costumbre de esplicar cursos exegétfcos por lo menos según el testo de la Instituta y los mejores pasajes de las demás partes del *Corpus juris*, así como también según Ulpiano, Gayo, y los *Vaticana fragmenta*. Ciertamente que ningún curso podría ser mas conveniente, sobre todo si se le añadiere la hermenéutica para iniciar el principiante en el estudio de las fuentes del derecho y facilitar sus rápidos progresos. El estudio de las fuentes es el único, así en esta ciencia como en las demás, que puede ilustrar verdaderamente nuestro entendimiento, precaviéndonos contra el ridículo defecto de decidir *in verba magistri*, poniéndonos en estado de marchar con paso firme y de hallar continuamente en nosotros mismos nuestra propia guía.

INSTITUTA DEL DERECHO ROMANO

PARTE GENERAL

SECCIÓN PRIMERA

Ideas generales del derecho entre los romanos

§. 113. I. Del derecho y de la justicia (jus et justitia)

El derecho entre los romanos, reducido á sus elementos mas sencillos, tenia su base en la moral y libre conocimiento de lo bueno y lo justo. No era esencialmente obligatoria[119]. «*Jus est ars boni et aequi*» decían; y en este sentido Ulpiano quería que los jurisconsultos, considerados como ministros de la justicia, hiciesen á los hombres no solo esteriormente justos, sino interiormente buenos. Entre ellos, la *jurisprudencia* era el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*) y la *justicia* era no solo la legalidad esterior de las acciones, sino la conformidad de las acciones esternas con los preceptos del derecho; conformidad que se fundaba en el impulso interior, en el libre ejercicio de la voluntad. (Justitia est constans et perpetua *voluntas* jus suum cuique tribuendi).

§. 114. Del derecho público y privado (jus publicum et privatum)

Relativamente á su objeto los romanos dividían la jurisprudencia:

1. En ciencia del *derecho público* (*jus publicum est*, *quod ad statum rei romanae spectat*).
2. En ciencia del *derecho privado* (*jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem spectat*).

119 Aunque los romanos conocían la diferencia que existe entre los deberes exteriormente exigibles y no exigibles, Ciceron, De off. 1, 3.—Séneca, De ira, 1, 27. — fr. 144, pr. D. L. 17: «*non omne quod licet, honestum est*»—fr. 197, ibid.—fr. 42, pr. D. XXIII, 2.—fr. 1, §. 5, D. L. 13, no la admitían tan rigorosa sin embargo como los modernos entre la moral y el derecho natural, y jamás sostuvieron que la circunstancia de ser exigible constituya el carácter principal del derecho. Esta es la causa que les hizo establecer tres preceptos principales en el estudio del derecho: «*Juris praecepta haec sunt: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere.*» §. 3. J. 1. 2.—fr. 10. §. 1. D. S. 1. —Y Doneau, *Comm. jur. civ*. II. 1.

§. 115. III. Del derecho natural, de gentes y civil (jus naturale, gentium et civile)

El derecho privado se dividía á su vez en natural, de gentes y civil (*jus naturala gentium et civile*).

1. *Derecho natural* (*jus naturale*), era entre ellos la reunion de principios que tienen su base en la naturaleza animal del hombre, y que es común á este y á los animales[120].

2. *Derecho de jentes* (*jus gentium*), era la reunion de principios fundados en la naturaleza racional del hombre, y que por lo tanto estaban generalmente reconocidos como derecho entre todos los pueblos civilizados de aquel tiempo[121].

3. *Derecho civil* (*jus civile*), en fin, era el que cada Estado reconocía y fijaba como su derecho propio, y que sin seguir exactamente los principios da las dos primeras especies de derecho, no se separaba sin embargo enteramente de ellas. Según Ulpiano[122] era el que se formaba añadiendo y quitando al derecho natural y al de gentes.

Así pues, el derecho natural tomaba al hombre considerado como animal; el derecho de jentes como ser racional y viviendo con otros en sociedad, y el civil como miembro de un Estado determinado.

120 Pr. J. I, 3,—fr. I, §. 3, D. 1, 1: «*Jus naturale est, quod natura omnia ammalia docuit*. Nam jus istud non humani generis proprium , sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur , avium quoque commune est. Hine descendit maris atque feminae conjuctio, quam nos matrimonium apellamus ; hinc liberorum procreatio , hinc educatio. Videmus enim caetera quoque animalia, feras etiam, istius peritia censeri.»—Cpr. Ciceron, *De invent*. II, 22.

121 §. 1, J. I, 2.—fr. 9. D. I, t: «*Jus gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium; quasi quo jure omnes gentes utuntur.—Cp. fr. 1, §. 4; fr. 2, 3, 4, 5. D. 1, 1:—Ciceron, *De off*. III, 5.—Teofilo, *Ad instit*. 1, 2.— Entre los romanos el *jus gentium* no era lo que nosotros llamamos *derecho natural* (aunque muchas veces se le llamaba *jus naturale*, por ejemplo: §. 11, J. 1, 2: §. 11, J. II, I), sino mas bien una abstracción de los derechos *positivos* de todos los pueblos civilizados. Sin embargo hay autores de la opinion contraria, entre otros A. D. Renemann, *De jure gentium à jure naturali non diverso*. Traj. ad Rhen. 1818.—Por el contrario, V. G. F. Steinacher, *Apologia Ulpiani sive de notione juris gentium á jure naturali accurate distinguenda. Lipsiae*, 1821.

122 Fr. D., D., t, I: «Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partin suo proprio, partim communi omnium bominum jure utuntur. Nan *quod quisque populus ipse sibi jus constituit*, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque *jus civile*.» §. 1, 2, J. 1, 2.—fr. 6, pr. D. 1,1; «Jus civile *est quod neque in totum à naturali vel gentium recedil*, *nec per omnia ei servit*: itaque cum aliqui abddimus vel delrabimus juri communi, jus proprium, id est, civile efficimus.»—Gayo, 1, 1.—Cpr. §. 11 J. 1, 2.

§. 116. Del derecho escrito y del derecho no escrito (jus scriptum et non scriptum)

El derecho civil en el sentido que acabamos de indicar, dividíase el *derecho escrito* (jus *scriptum*); pero entre los romanos, esta espresion de *jus escriptum* se tomaba ordinariamente en el sentido gramatical, y entendían por estas palabras todo derecho escrito, sin distinguir si debía su orijen á la ley ó a la costumbre, y lo oponian al derecho consuetudinario no escrito[123]. Hoy se entiende ordinariamente por *jus scriptum* el derecho sancionado por las leyes, y por *jus non scriptum* al derecho á que han dado lugar las costumbres ó el uso, ora sea aquel escrito ó no.

§. 117. Del sistema del derecho civil romano

Según el órden de las instituciones de Gayo y de Justiniano el sistema del derecho civil romano se esponía de la manera siguiente:

«Omne jus quo utinam, vel *ad personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones*.» La significación de estas palabras *res* y *actiones* ha sido interpretada de diferentes maneras, á causa en parte de la división de libros y títulos de estas instituciones. Cierto es que puede entenderse por la palabra *res* todas las cosas que forman el objeto de un derecho, y que puede comprender así las cosas como los actos, derechos a cosas corporales, como las obligaciones; pero parece que en un principio los romanos no entendian por *res* sino los objetos corporales (*corpora*)[124], y despues los derechos á objetos corporales, considerando estos derechos como cosas incorporales. El oríjen y el fin de estos derechos y de estas obligaciones difieren demasiado para poder ser reunidos bajo otro punto de vista que el de *actiones*, según la distinción principal en *actiones in rem é in personam*. En un principio se entendía por la palabra *actio* todo procedimiento litijioso o no litijioso delante del majistrado; pero mas tarde designóse con ella todo derecho á la prosecución judiciaria de un pleito. Empero, según esto, pueden suscitarse discusiones sobre la cuestión de saber si Gayo y Justiniano han contado las *obligationes* entre las *res*, ó si solamente las han considerado bajo el punto de vista de *actiones*; mas cuando las hubieran considerado en la verdadera significacion de la palabra *res*, siempre es cierto que Gayo trata en el libro primero de

123 Por esta razón entre los romanos los *edicta praetorum y responsa prudentum* pertenecían al derecho escrito.

124 Cuando se habla de res, se dice: *acquirere, amillere*, y de aquí *posesio*: cuando se trata de *obligationes*, se dice por el contrario: *contrahere solvere*, y el hecho no se opone aquí al derecho.

pensonis, en los libros II y III de *rebus* con las obligaciones, y en el libro IV de *actionibus*; mientras que Justiniano habla en el libro I de *personis*, en los libros II y III y hasta en el título VI del libro IV de *rebus* con las obligaciones, en seguida de *actionibus*, y de este modo ha hecho una esposicion, cuyas diversas partes se encadenan entre sí.

§. 118. Del sistema adoptado en este manual

Compónese esta obra de una parte general y de otra *especial*. La primara está destinada á esplicar las *nociones* sobre las *personas* y las *cosas*, cuya existencia sanciona todo derecho, así como las generalidades sobre los *derechos* y los *medios de ventilarlos*. La segunda parte tiene por objeto esponer las diferentes especies de derecho, y particularmente:

I. Sobre los objetos corporales y las cosas en el verdadero sentido, *el derecho de las cosas*.
II. Sobre las *obligaciones* y los *derechos de litigar*.
III. Sobre los *derechos de familia*, jura *potestatis*.
IV. Sobre las *sucesiones*, en que las cosas, las obligaciones y la familia están consideradas *mortis causa*.

En cuatro divisiones principales han sido ya establecidas hace mucho tiempo por otros, principalmente por Heise, que añadió á ellas la *in integram restitutio*, como una parte especial. Mackeldey ha seguido su ejemplo; despues Thibaut, descartando de su sistema, en la sétima edición, el tercer volumen que trata del procedimiento en general, conservó sin embargo el procedimiento en materia de concurso ó de órden, lo que determiné á Mackeldey á formar con esta materia una sesta parte; pero no conviene insertar estás dos partes en el sistema; así es que Thibaut modificó este punto en su octava edición, y el difunto Mackeldey estaría seguramente de acuerdo con nosotros conservando el sistema, tal como se ha indicado mas arriba, y dividiendo de una manera mas conveniente las materias de los dos últimos libros.

SECCIÓN II

De las personas

§. 119. Idea de la persona en general

En su acepción primera, la palabra *persona* significa un hombre que la ley considera capaz de tener derechos[125]; pero la jurisprudencia ha dado, por medio de abstracciones y ficciones, una grande estension á esta idea, en cuanto á que bajo el concepto legal, hay seres abstractos y hasta cosas que no son hombres, y que sin embargo están considerados como personas, puesto que gozan de ciertos- derechos. A esta estension dada á la idea de *persona* se refiere la división de las personas, en personas físicas y en personas *morales*; estas últimas se llaman con mas propiedad: personas *jurídicas* ó *abstractas*[126].

§. 120. Homo qui plures personas sustinet

Frecuentemente también la palabra persona no indica mas que la cualidad en virtud de la cual alguno tiene ciertos derechos y está sometido á ciertas obligaciones[127]. Acontece, pues, frecuentemente que un solo hombre reúne en su persona muchas de estas cualidades (*ut unus homo plures sustineat personas*), y que por lo mismo sus derechos y deberes difieren los unos de los otras. En este caso es menester examinar desde luego con qué cualidad ha obrado, y si lo que ha hecho con tal cualidad no puede perjudicarle con tal otra. Por otro lado no puede transferir los. privilejios que le pertenecen por una cualidad, á derechos que tiene por otra.

125 Segun el derecho natural, todo hombre como ser dotado de inteligencia es capaz de tener derechos, y por consiguiente es una persona. El esclavo, por ejemplo, es un hombre; pero el derecho romano no reconocía en él ninguna capacidad legal, y no le consideraba como persona.

126 El derecho romano califica también la persona física de *persona singularis*, en oposicion á *collegium, corpus, curia*.

127 Bajo este concepto se distingue la *persona pública* (*persona publica*) de la *persona privada* (*persona privata*).

CAPÍTULO I

DE LAS PERSONAS FISICAS

§. 121. De la capacidad en general

Una persona física es un hombre capaz de tener derechos. La capacidad legal de un hombre consiste en las cualidades que debe poseer para que pueda tener y adquirir derechos. Esta capacidad es ó *general* ó *civil*. Ninguna otra condicion mas que la de hombre se requiere para la capacidad general ó natural. Él derecho romano no reconoce como hombre sino al ser humano ya nacido, aunque alguno de los miembros de su cuerpo esté formado de una manera viciosa (*portentum*, *ostentum*) pero si le falta la forma humana, lo considera como un mónstruo (*monstruum*), y lo declara incapaz de adquirir ningún derecho. Por otro lado, por una ficción del derecho, considérase al niño concebido, cuando de su interés se trata, como si ya hubiera nacido. *Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur*. Conserva, pues, hasta su nacimiento todos los derechos que hubiera tenido ó adqurido, si hubiera nacido en el momento en que estos derechos le cupieron en suerte. Pero para poder gozar de ésta ventaja, es necesario que haya nacido hombre *vivo* y *vivible* [1281], es decir; capaz de vivir por razón del tiempo de su concepción.

§. 122. De la capacidad civil entre los romanos en particular

Idea y especies del estado (*status)*

Entre los romanos no todo hombre era persona, ni toda persona gozaba del mismo grado de capacidad civil, que dependía de ciertas cualidades civiles, determinadas tanto por el derecho público como por el derecho privado.

La cualidad particular que determinaba la *capacidad civil*, llamábase entre los romanos *estado* (*status* ó *caput*); contábanse tres estados diferentes:

128 No se puede determinar en general en qué caso se debe considerar á un niño como vivible. Ordinariamente se dice que no puede serlo antes de los ciento ochenta y dos días, y en apoyo de esta opinión invocan los fr. 12, D. I, 5; y fr. 3, §. 12. D. XXXVIII, 16. Pero estos dos pasajes no hablan de ningún modo de la capacidad de vivir; el primero se aplica a la *legitimidad* y el segundo á la *ingenuidad* de los hijos.

1. Para que un hombre pudiese en general tener derechos, y ser considerado como persona, debia ser *libre*; en esta cualidad de hombre libre consistía el *estado de libertad* (status libertatis) y de esta distinción proviene la división de los hombres en *libres* y en *esclavos*. Los hombres libres dividíanse á su vez en *ingenuos* (*ingenui*) y en *libertos* (*liberti* con relación á su patrono, *libertini* con relación á su estado).

2. El hombre libre gozaba de todos los derechos establecidos por el derecho natural y el derecho de gentes (*jus naturale et gentium*); pero la libertad sola no daba todavía la capacidad de ejercer los derechos políticos, y los que se derivaban del derecho civil (*jus civile*); era preciso además para adquirir el ejercicio de estos derechos, que el hombre libre fuese ciudadano romano. Esta cualidad formaba el *estado de ciudad* (*status civitatis*), y á ella se refiere la división dé los hombres libres en *ciudadanos* y en *estranjeros* (*cives et peregrini*)[129].

3. El ejercicio pleno y absoluto de la capacidad civil, además del estado de libertad y del estado de ciudad, exigía la pertenencia á una *familia* (*familia*). El estado de familia, *status familiae*, ó como dicen los jurisconsultos, el «*familiam habere*» tiene en los dos conceptos, bajo los cuales lo encontramos en el derecho romano, una significación diferente.

Para que un ciudadano romano pueda tener y adquirir para sí derechos civiles, y tener bajo su poder á otras personas, se exigia que fuese *homo sui juris*, es decir, que no dependiese de nadie. En este supuesto, el estado de familia consistía en el derecho de ser independiente de todo poder estraño (sui juris esse) y servia de base a la división de las personas en *hominem sui juris* y *alieno juri subjecti*.

Para que un ciudadano romano pudiese ejercer ciertos derechos, principalmente el derecho de sucesión lejítima y de tutela era menester que fuese *agnado* en la familia respecto de la cual reclamase estos derechos, y en este concepto el estado de familia (*status familiae*) consistía en la cualidad de agnado de cierta familia. -

Estos tres estados existían en la proporción siguiente: la libertad podia existir por si sola y para sí sola; el *derecho de ciudad* dependía de la liber-

129 Los latinos (*latini*) formaban un grado intermedio entre los ciudadanos (*cives*) y los extranjeros (*peregrini*).

tad, y la *familia* dependia del derecho de ciudad. Así es que la pérdida de un estado subordinado á la existencia de otro ocasionaba igualmente la pérdida de este último estado.

Al lado de estos tres estados principales existia otro mas: la consideracion intacta de ciudadano romano (*status illaesae existimationis*) era la condicion que le hacia digno de ejercer todos los derechos políticos y civiles, tales como el derecho pública y privado de los romanos los había determinado; todo ataque podía ser rechazado por la *accion de injurias* (*actio injuriarum*).

§. 123. De los hombres que dependen ó de sí mismos ó de otros (homines sui juris vel alieni jutis)

Un hombre *sui juris* era aquel que no se hallaba bajo el poder de otro; llamábase también pater familias. Un hombre *alieni juris* ó *alieno juri subjectus*, era aquel que se hallaba bajo el poder de otro, fuese ó no libre. El hombre *sui juris* podía ejercer solo todos los derechos para sí mismo, y tener otras personas bajo su poder; el hombre *alieni juris* no podia, al menos según el derecho antiguo, adquirir y ejercer en general derechos sino para aquel de quien dependía, y no podía tener ningun poder sobre otros.

El poder que un hombre ejercia sobre otro, era triple:

1. La *potestad*, así el poder del señor sobre el esclavo (*potestas dominorum*), como el poder paternal sobre los hijos y nietos (*patria potestas*).

2. La manus, ó el poder del marido sobre la mujer, con la cual vivia, según el matrimonio romano.

3. El *mancipium*, que era un poder semejante al del señor sobre el esclavo, y se ejercía sobre un hombre *libre* por medio de la venta y la tradición solemne (*mancipatio*), que servia sobre todo para la emancipación y la adopcion (*emancipatio et datio in adoptionem*).

El derecho de Justiniano no reconoce mas que el poder del señor (*potestas dominicorum*) y el poder paterno (*patria potestas*).

§. 124. De la diminución de cabeza (capitis deminutio)

La pérdida de un estado se llamaba *capitis deminutio*, que era triple como el mismo estado .

1. La diminución máxima de cabeza (*capitis deminutio maxima*) se verificaba con la pérdida de la libertad, que naturalmente envolvía la de los otros dos Estados.

2. La diminución media de cabeza (*capitis deminutio media*) era la consecuencia de la pérdida del derecho de ciudad; el estado de familia cesaba al mismo tiempo, pero no se perdia la libertad[130].

3. Por último, la diminución mínima de cabeza (*capitis deminutio minima*) ocurría cuando un ciudadano romano, sin perder el estado da ciudad, cambiaba de familia[131]. Tal era el caso de la *arrogatio* de la *conventio uxoris in manum mariti*, de la *emancipatio* y de la *datio in adoptionem* en fin, era también el caso de la *datio in mancipium* y de la *manumissio exmancipio*; porque en todos estos casos la persona cambiaba de familia (*familia mutatur*),

La muerte sola no causaba jamás para los demás una diminucion de cabeza, siendo siempre necesario un hecho que se derivase del derecho civil[132]. La diminución mínima de cabeza producia un efecto general: hacer perder al que la *sufria* (*capitis deminutus*) los derechos de familia (*jura familiae*) en aquella, á la cual hasta entonces había pertenecido como agnado.

130 Estas dos primeras especies de diminución de cabeza que Ulpiano llama también *capitis deminutio magna* en oposicion á la tercera que llama *capitis deminutio minor*, daban lugar entre los romanos a la *muerte civil*, es decir, que el que cesaba de ser libre o ciudadano romano, perdia por esta causa todos los derechos civiles, y debía ser considerado como si estuviese muerto.

131 Ulpiano dice: «Minima capitis deminutio est, per quam et civitate ét libertate salva, *status duntaxat hominis mutatur*.» Gayo dice la misma cosa; Paul se espresa así: «Tum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.» Es menester observar que, cuando sé trata de la diminución mínima de cabeza, jamás dice el derecho romano *amilitur* sino simplemente *mutatur*; porque él efecto de total diminucion mínima de cabeza es que cese, el que la sufre, de pertenecer á la familia, á la que hasta entonces pertenecía, y que entre en otra familia, ó que forme de ella otra nueva, como el emancipado.

132 De ese modo el hijo de familia, que por la muerte de su padre llegaba a ser *sui juris*, no sufria por esto ninguna diminucion de cabeza, ni perdia su agnacion.

§. 125. De la consideración civil

Nociones generales

La consideración en general consiste en la estimación que un hombre goza á causa do sus cualidades, y por ellas en el aprecio que el publico hace de su mérito. Esta estimación y este aprecio, cuando dependen y descansan enteramente sobre el juicio del público, se llaman la *consideracion natural* ó la buena reputacion, diferente de la consideración civil, que consiste en tener la cualidad de ciudadano del Estado, por medio de la cual pueden pretenderse todos los derechos y privilegios que pertenecen a los ciudadanos: la *consideración civil* es, pues, la consecuencia de la cualidad de ciudadano, y así como el Estado la confiere á su voluntad, y se apoya en el reconocimiento por parte del Estado, del mismo modo él soto y las leyes pueden retirárnosla ó restringírnosla; pero los demás no pueden juzgar si tenemos ó no derecho á ella.

§. 126. De la consideración en el derecho romano

La consideración civil de que el ciudadano romano gozaba como tal, se llamaba *existimatio*. Su integridad constituia el *status illaesae existimationis* [133], que formaba la condicion de la plena capacidad, ó mas bien de la dignidad de ciudadano romano en ejercer todos los derechos políticos y civiles determinado por el derecho público y privado de los romanos.

La *existimatio* podía perderse toda entera (*existimatio consumitur*): tal era siempre el caso de la máxima y media diminución de cabeza, porque por ellas se perdía el derecho de ciudad, condicion de toda *existimatio*; perdiéndose también la capacidad de invocar el derecho civil.

La *existimatio* podia también no ser mas que disminuida (*minuitur*) sin que cesára uno por eso de ser ciudadano romano, y esta diminución no podia ocasionar sino la pérdida de algunos derechos civiles particulares. En el número de personas que no tenian el pleno goce del honor civil se contaban:

I. Todas las personas que el edicto del pretor ó la ley designaba espresamente á causa de su profesión vergonzosa ó dé un crimen; estas personas, pues, no merecían gozar plenamente de la consideracion

133 Fr. 5, §. I. D. L. 13: «Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus qui ex delicio nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.»

civil; eran llamadas: *infames quos lex notavit qui infamia notati sunt* los modernos llaman á esta especie de infamia, *infamia juris*. Pero aquí hay que hacer otra distinción.

En algunos casos, en efecto, la infamia sobrevenía inmediata-mente (*notatur qui fecerit*), tan pronto como se adquiría la certidumbre de que alguien habla cometido la acción, ó abrazado la profesión infamante, en este caso no se requería ni instrucción judicial, ni juicio que en muchos casos de esta especie no era ni aun admitido (hoy, *infamia inmediata juris*). Tales eran los que por dinero se presentaban en los teatros y los combates, *qui artem tudicram faciunt*; los que hacían el comercio de prostitución, *qui lenocinium faciunt*, las mujeres que se prostituían públicamente, *quae palam quaestum faciunt*, y los hombres que se entregaba voluntariamente á la sodomía; los mayores que rompían una transacción jurada y libremente consentida; los que se entregaban é la usura; los que se desposaban ó casaban á un mismo tiempo con muchas personas; las viudas que se casaban antes que concluyese el año de luto; los tutores que antes de la mayoría de sus pupilas se casaban con ellas, ó las casaban con sus hijos, en cuyo caso estos quedaban igualmente infames; las mujeres que eran sorprendidas en fragante delito de adulterio; los deudores que no cedían voluntariamente sus bienes a los acreedores, y que los obligaban á reclamar la posesion de los bienes; en fin, los soldados espulsados del servicio por ignominia, *ignominiae causa*; en otros casos, por el contrario, la infamia era la consecuencia de una condenación por crimen ó de una pena impuesta (*notatur qui damnatus erit*; hoy: *infamia juris mediata*). Tal era el caso de todos los delitos públicos ordinarios, y de algunos delitos públicos estraordinarios; tal era también el caso de algunos delitos privados, particularmente del robo, de la rapiña y de la injuria (*furtum, rapiña, injuria*), é igualmente al que hacia con la persona perjudicada una transacion para comprometerla a no quejarse, incurría en ignominia; en fin, la infamia alcanzaba al que era condenado por causa de robo en los contratos que tienen esencialmente por base la confianza personal, por ejemplo, el mandato, el depósito, la sociedad, la tutela (la simple falta *culpa* , no causaba infamia).

II. Las personas que por su mala vida ó su vil profesión, *vitae turpitudo*, á la cual, sin embargo, la ley no había, propiamente hablando, señalado la infamia, incurrían en la pérdida del honor civil y se hacian por esta razón indignas de la estimación de sus conciudadanos. Los modernos

llaman á esta especie de infamia *infamia facti*, cuyos efectos perjudiciales, al menos según el derecho posterior, eran casi los mismos que los de la *infamia juris*.

III. Las personas que entre loa romanos eran tachadas de una *levis nota*. A esta categoría no pertenecían sino los libertos y los hijos de los que salian al teatro; esta *levis nota* tenia por efecto que los senadores y sus hijos no pudieran casarse con semejantes personas, y que un testador no pudiera instituirlas como herederas con perjuicio de sus hermanos y hermanas. Todas las personas cuyo honor natural y civil no carecia de tacha, llamábanse en general *personae turpes*[134].

§. 127. Otras diferencias que distinguen á los hombres

Además de las cualidades del hombre, sobre las cuales se fundaba entre los romanos la capacidad natural y civil, el derecho debe considerar también en el hombre otras muchas cualidades y relaciones que forman, ó la condicion ciertos derechos, ó que, sin ser la condicion de la capacidad de una persona, tienen influencia sobre sus derechos. Esta consideración por sí sola debería ya impedir dar á estas cualidades igualmente el nombre de estados (*status*), como sucede todavía frecuentemente[135], porque entre los romanos esta palabra en su verdadero sentido, no se refería sino á la *capacidad civil*. En cuanto á las cualidades y relaciones personales de un hombre que goza de la capacidad civil, y que ejercen influencia sobre sus derechos, no hablaremos aquí sino de las que el derecho romano considera como mas importantes.

§. 128. Del sexo

Los hombres respecto al sexo son, ó *hombres* (en el sentido estricto de la palabra), ó *mujeres*. Aquellos cuyo género es dudoso se llaman *hermafroditas* (*hermaphroditi*), y pertenecen al género á que mas se aproximan. Por regla general los derechos de ambos sexos son los mismos; sin embargo esta regla sufre muchas escepciones respecto á la mujeres.

134 Los derechos modernos difieren en esta materia enteramente del derecho romano.

135 Los modernos entienden por las palabras «*status hominis*» en general todas las cualidades personales de que dependen ciertos derechos, y dividen el estado en *estado natural* y en *estado civil*. El primero se entiende de la capacidad natural y de otras cualidades físicas que ejercen influencia sobre los derechos; por ejemplo, el sexo, la edad, el estado de salud; el segundo se entiende de la capacidad civil, en particular de los tres estados del derecho romano, así como de algunas otras cualidades civiles, que influyen sobre los derechos; por ejemplo, el honor, la religión, la profesion.

§. 129. De la edad

La edad establece igualmente una diferencia entre los hombres, pues son mayores ó menores (*majores aut minores 25 annis*). El hombre es mayor, sin distinción de sexo, desde que llega á la edad de 25 años[136]. Los menores son *púberos* (*puberes*, *adulti adolescentes*) ó *impúberos* (*impuberes*)[137]: el hombre es púbero á la edad de catorce, y la mujer é la edad de doce años cumplidos. Los impúberos se llaman, hasta la edad de siete años, y sin distinción alguna de sexo, *infantes* (*infantes*). Desde la edad de siete años hasta la pubertad, son próximos á la infancia ó á la pubertad, *infantae* ó *pubertati proximi*, según que su edad se aproxime mas ó la infancia ó la pubertad. *La vejez* (*senectus*) que liberta de las cargas públicas, no comienza sino ó la edad de setenta años cumplidos.

§. 130. Del estado de salud

Considerados con relación al estado de salud del cuerpo, los hombres son *sanos* (*sani*), ó enfermos (*morbo* laborantes), ó *enfermizos*, es decir, afectados de una enfermedad permanente (vitio laborantes)[138]. En cuanto á la integridad del *espíritu*, unos gozan de la plenitud de su razón, otros no gozan de ella y les falta la libertad de la voluntad. Estos últimos son, sengun el estado y el grado diferente de su enfermedad mental, ó *furiosos* (*furiosi*), ó *locos* (*mente capti*), ó *imbéciles* (*dementes*)[139]. A estos deben agregarse en ciertos casos los hombres *simples y estúpidos* (*simplices et stupidi*).

§. 131. Del parentesco

Nocion del parentesco

El parentesco (*cognatio*) es un vínculo entre dos ó mas personas unidas por la misma sangre. Si estas personas no forman mas que una sola y misma familia, su parentesco toma el nombre de *agnatio*. Por oposicion á la agnación, que no puede darse sino entre los hombres, el parentesco

136 Por escepcion, el menor es considerado como mayor si obtiene una dispensa de edad (*venia aetatis*), es decir, si es declarado mayor por el príncipe: en este caso requiérese sin embargo que el hombre haya cumplido la edad de 20 años y la mujer la de 18.

137 Si el impúbero es *sui juris*, se llama *pupilo* (*pupillus*), La edad de la impubertad le llama también *primera edad* (*prima aetas*), la de la pubertad hasta la mayoría, *segunda edad* (*secunda aetas*).

138 Comprendemos aquí á los impotentes y á los castrados (*spadones et castrati*) á los sordos y á los mudos, así como á los sordo-mudos.

139 Ciceron, *Tusc*. Quaes. III. 5.—Los que han sido declarados *pródigos* por la justicia se asemejan á los locos y á los furiosos en cuanto a la administracion de sus bienes.

producido por la relación natural del vínculo de sangre, y que puede darse tanto en el sexo masculino como en el femenino, se llama *cognacion natural* (*cognatio naturalis*). La adopcion no dá lugar á la *cognacion natural*, sino á la *agnacion*. El sexo femenino no puede dar lugar sino á una *cognacion natural* [1403]. Toda agnación natural ó civil quedaba destruida por la diminución de cabeza; pero la cognacion natural no esperimentaba por esto ningún cambio.

§. 132. Especies de parentesco

Los parientes lo son, ó porque descienden los unos de los otros, sea inmediatamente, sea por otra persona, ó porque descienden de un tronco común. En el primer caso nace la idea de la *línea recta*, y las personas que son parientes en esta línea se llaman *ascendientes* y *descendientes*; la série de personas de quienes yo desciendo es la línea ascendente; la série de personas que descienden de mí, es la línea descendente. En el segundo caso nace la idea de la *línea colateral*, y las personas que no son parientes sino porque descienden de un tronco común, se llaman colaterales (*ex latere venientes*, en latin moderno: *collaterales*). La totalidad de muchos parientes, que, descienden de un tercero común se llama *tronco o línea*; esta línea puede dividirse también en otras muchas.

§. 133. C. De los grados de parentesco

La distancia que existe entre dos parientes se determina segun los grados. En el derecho romano, cada generación forma un grado, así que, dos personas determinadas tienen tantos grados de parentesco cuantas son las generaciones que las separan (*tot sunt gradus quot sunt generationes*)[141] Según esta regla, el padre y el hijo están en el primer grado; el abuelo y el nieto en el segundo; el hermano y la hermana igualmente en el segundo; el tío y el sobrino en el tercero; los hijos de hermano y hermana en el cuarto grado, etc.

140 El derecho canónico habla de un parentesco espiritual (*cognatio spiritualis*), que se forma por medio del bautismo; pero que según el derecho nuevo no existe sino entre el bautizante y el padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por la otra. Lo mismo se dice de la confirmación. Los protestantes no la reconocen.

141 El derecho canónico sigue la misma regla en la computacion de grados en las líneas ascendente y descendente; pero para contar los grados en la linea colateral, establece la siguiente regla: dos colaterales son parientes en el mismo grado que lo son con el autor común, del cual descienden; en las líneas colaterales desiguales se indica el número de grados en las dos líneas.

§. 134. d. Del parentesco legítimo y del parentesco ilegítimo

El parentesco natural es legítimo cuando procede de legítimo matrimonio, é ilegítimo cuando es producido fuera de matrimonio.

§. 135. e. Especies de hijos ilegítimos

El derecho romano distingue:

1.° Los hijos naturales (naturales) nacidos de concubinato, y respecto de los cuales puede también admitirse da paternidad[142].

2.° Los demás hijos ilegítimos llamados espúreos (*spurii et vulgo quaesiti*), y sobretodo los *adulterinos* nacidos de un adulterio, y los *incestuosos* nacidos de un incesto. Toda unión de sangre fuera de matrimonio y de concubinato era considerada como punible (*adulterium* en el sentido lato); pero los hijos incestuosos eran particularmente designados como *ex damnato coitu procreati*.

§. 135. f. Especies de colaterales

Los colaterales que descienden de un mismo matrimonio se llaman hoy y exclusivamente *hermanos carnales*[143] (germani) los que descienden por el contrario de una misma persona que ha contraídos dos uniones diferentes, se llaman: consanguíneos[144] ó uterinos (*consanguinei uterini*), según tienen un padre común ó la misma madre. Los modernos los llaman también *unilaterales* ó *ex uno latere juncti*[145].

142 La espresion *liberi naturalis* tiene dos significaciones en el derecho romano» pues por ellas se entiende: 1.° los hijos nacidos en concubinato por oposicion á los hijos legitimos: 2.° los hijos procreados en oposición á los hijos adoptivos.

143 Entre los romanos, *frater germanus*, era el procreado sin distinguir si era camal (en el sentido que nosotros le damos, o consanguíneos). Bajo este último concepto se le oponía el *frater uterinus*, es decir, el hermano unilateral por la madre.

144 Los romanos entendían por *consanguíneo* al agnado mas próximo posible , y por consiguiente también al hermano camal.

145 Justiniano llama á los hermanos y hermanas carnales *ex utroque parente conjuncti*, y a los consanguíneos y uterinos *ex uno parente conjucti sive per patrem solum, sive per matrem*.

§. 137. g. Del parentesco simple y del parentesco doble

El parentesco es simple ó doble. Es simple, cuando las personas no son parientes sino de una sola manera; es doble, cuando lo son de mas de una manera. Este último parentesco se establece:

1.° Cuando personas parientes entre si ó al menos parientes con un tercero comun procrean hijos.
2.° Cuando una sola y misma persona procrea hijos con dos personas parientes entre sí.
3.° Cuando dos personas parientes entre sí engendran hijos con otras dos personas igualmente parientes[146].

Es menester procurar no confundir el parentesco doble con el parentesco carnal, que no es en sí mismo mas que un parentesco simple, aunque generalmente se le considera como un parentesco doble.

§. 138. 5. De la afinidad

*a. No*cion

La afinidad (*affinitus*) es el vínculo que se establece por medio del matrimonio, entre uno de los cónyuges: y los parientes del otro. Fúndase en la unión de los esposos, que coloca á uno de ellos respecto de los parientes del otro en una relación semejante á la del parentesco.

§. 139. b. Grados de la afinidad

Propiamente hablando, la afinidad que no se establece por el nacimiento, sino solamente por el matrimonio, no tiene grados. Pero la idea de la unión de los esposos, que sirve de base á la afinidad, por medio de la cual uno de los esposos se aproxima á los parientes del otro tanto como este, ha designado por medio de grados la distancia de la afinidad, y según esta regla, *una persona está ligada á uno de los esposos en el mismo grado que es pariente del otro*.

146 El parentesco doble puede también establecerse por la agregacion del parentesco natural al parentesco civil; por ejemplo cuando un ascendiente adopta á su descendiente.

§. 140. 6. Del domicilio

a. Nocion del domicilio

El *domicilio* (*domicilium*) es el lugar en que uno ha establecido su residencia fija [1471]. El domicilio es voluntario (*domicilium voluntarium*, cuando la elección depende de nuestra voluntad; es necesario (*domicilium necesarium*) cuando por una necesidad de la ley nos vemos obligados á establecernos en un lugar determinado.

Para fijar el domicilio voluntario se requieren dos condiciones :

1.ª Es menester que cualquiera establezca realmente su domicilio en un lugar.

2.ª Que tenga intención de permanecer en él, hasta que razones particulares le obliguen á abandonarlo. Uno de estos dos elementos no basta sin el otro[148], y se requieren ambos para el *cambio de domicilio*[149].

Tienen domicilio necesario los desterrados en el lugar de su destierro; los soldados en aquel donde están de guarnición; los funcionarios públicos donde ejercen sus funciones; las mujeres casadas en el domicilio de su marido (*domicilium matrimonii*), y los hijos, mientras están bajo la patria potestad, en el domicilio paterno, si no lo han establecido en otra parte por consentimiento de su padre.

§. 141. b. De la presencia y de la ausencia

1.° Respecto al domicilio el hombre está *presente* ó ausente, el ausente es aquel que no está presente en su domicilio; sin embargo, muchas veces se considera como ausente á aquel que, aunque presente en su domicilio, está sin embargo impedido por un obstáculo cualquiera, por ejemplo, por error ó encarcelamiento del ejercicio legal de sus derechos. La ausencia del domicilio es además *necesaria* ó *voluntaria*, y en ambos casos el motivo bueno ó al menos no censurable, ó el mal motivo no carece frecuentemente de influencia. Según esto, se distingue la ausencia en honesta, en irreprensible y en deshonrosa.

147 El que no tiene domicilio fijo se llama en el derecho un *vagabundo*.
148 Fr. 17, §. 13, D. L. I. «Sola domus possessio quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit.»
149 Fr. 20. D. ibi: «Domicilium *re et facto* transfertur*, non duda contestatione*.»

2.° Relativamente á la *prescripcion*, las partes están *presentes* cuando tienen su domicilio en la misma provincia, ausentes cuando están domiciliadas en provincias diferentes.

3.° En cuanto á la presencia que es necesaria en un asunto jurídico, el furioso y el loco son también considerados como ausentes porque en general son incapaces de ejercer ningún acto jurídico.

§. 142. 7. Del estado y de la profesion

La diversidad del *estado* y de la *profesion* ejerce igualmente grande influencia en el derecho privado. Al conceder el derecho romano ciertos privilegios al soldado (*miles*) favoreció principalmente el estado militar. Es menester contar en el número de los soldados que tienen derecho á estos privilejios, á los marineros de una armada, pero no á los licenciados ni á los reclutas, ni á las demás personas empleadas en un ejército que no son soldados. Los que no siguen la profesion de las armas se llaman en el derecho romano *pagani* y algunas veces también *privati*.

§. 143. 8. De la religion

Los hombres, según la religión á que pertenecen, son, ó cristianos (*fideles*), ó no cristianos (*infideles*): los cristianos se dividen en ortodoxos (*orthodoxi catholici*) y en erejes (*haeretici*); estos últimos son los que no reconocen los dogmas de los sínodos ecuménicos. Entre los no cristianos se cuentan los *judíos* y los apóstatas (*apostatae*). Las leyes de los emperadores romanos cristianos contienen disposiciones escesivamente severas contra los apóstatas y los herejes. La posicion civil de los judíos fué en todos tiempos y es todavía hoy muy diversa.

§. 144. IV. Cómo acaba la existencia de una persona

La existencia de una persona acaba con su muerte, sea física[150] ó *civil*. Relativamente á la vida y á la muerte de un hombre es preciso tener presente:

1.° Hay una regla según la cual no se presume ni la vida ni la muerte de un hombre: el que pretende que un hombre ha existido, debe suministrar

150 Se llama ordinariamente muerte natural; pero esta espresion se usa frecuentemente en contraposición á la muerte *violenta*.

la prueba, y cuando esta se presenta, se presume que vive basta que haya sido probada la muerte. Sin embargo, según el derecho común vijente hoy en Alemania, un ausente cuya vida y paradero se ignoran, puede ser declarado muerto por el juez á petición de los interesados, probando que habría cumplido setenta años si hasta entonces hubiese vivido[151].

2.° Si muchas personas fallecen á un mismo tiempo, sin que pueda determinarse cual ha muerto primero, es preciso distinguir:

Si se trata de hijos y padres sin distinción del género de muerte, entonces el hijo impúbero es reputado muerto antes que los padres, y el púbero despues de ellos.

Si se trata de personas que no son respectivamente padres é hijos, y si el derecho de una de ellas está por su naturaleza subordinado á la condicion de la muerte del otro (por ejemplo, en caso de sucesión ó de legado), no pueda invocarse este derecho sin probar la muerte anterior de la otra; pero si una persona ha recibido de otra una cosa cuya adquisición irrevocable dependa de la no revocación del acto, viviendo todavía, en la dada, el donador se presume muerto primero, y no hay lugar á reclamar lo que ha sido dado; tal es el caso de una donación entre esposos (*donatio inter virum et uxorum*), y de una donacion par causa de muerte (*donatio monis causa*).

CAPÍTULO II

De las personas jurídicas

§. 145. I. Nocion de la persona jurídica en general

Todo el que en el Estado es considerado, además de hombre, como capaz de tener derechos, es una persona *jurídica*, *moral* ó *ficticia*. A las personas morales pertenecen: el mismo Estado, el príncipe, simpre que ejerce el poder soberano, todo empleo público, en cuanto á los derechos que le son inherentes, y el tesoro público ó el fisco; además, las comunidades de toda especie, todas las fundaciones piadosas (*piae causae*) reconocidas y autorizadas por el Estado, en fin, la herencia de un difunto, todo el tiempo que no la adquiera el heredero (*hereditas jacens*).

151 El derecho romano indica algunas veces la edad de cien años como la mas larga; pero el fr. 56, D. VIII, I, no se refiere sino á la duracion de un usufructo concedido á una comunidad, y la const. 23, pr. §. I, c. I, 2, á la prescripción que corre contra las Iglesias y à las instilaciones piadosas.

§. 146. II. De las comunidades en particular

Comunidad (*universitas, corpus, collegium*) es la reunion de muchas personas que con un objeto, cuya duracion esceda por regla general a la vida dé los individuos que componen la asociacion, autorizada por el Estado y reconocida como persona moral. La comunidad *considerada como un todo*, esté aquí personificada, y se presenta también como capaz de adquirir derechos para si, y enteramente distinta de sus individuos, considerados como personas físicas.

1. Semejante comunidad no puede establecerse sino con la autorización del Estado, y el derecho romano exije, para su institución, el concurso de tres personas por lo menos, cuyo número no se requiere para su continuación.

2. Una vez constituida legalmente la comunidad, queda siendo la misma persona moral, aunque varíen los miembros que la componen[152].

3. Una comunidad puede como persona moral poseer y adquirir derechos para sí misma, y todos los derechos indispensables á su exigencia le pertenecen desde el momento en que se constituye legítimamente. Tiene, pues, el derecho de recibir nuevos individuos, nombrar jefes y otros funcionarios, tener una caja común y formar estatutos. Reconócense hoy igualmente á las comunidades, cuyos intereses son administrados por jefes, los derechos concedidos á los menores (*jura minorum*). El príncipe puede ademas conferir otras prerogativas á una comunidad, como, por ejemplo, una jurisdicción particular, un derecho de sucesión en la herencia vacante de sus miembros, privilejios y otras franquicias.

4. Del mismo modo que una comunidad puede tener derechos activos sobre-bienes, es decir, la propiedad, derechos reales y créditos tambien puede contraer obligaciones. Empero estos derechos y estas obligaciones no pertenecen á los miembros de la comunidad tomados individualmente, sino á la asociación considerada como persona moral[153], si bien

152 Fr. 7, §. 2, D. III, 4. «In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, au pars maneat vel omnes inmutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri: quum jus omnium in unum reciderit et stet nomem universitatis.»

153 Fr. 7, §. 1, D. III, 4: «Si quid universitati debetur, singulis non debetur nec quod debet universitas, singuli debent.»

pueden tener un derecho á gozar de los bienes de la comunidad, según su particular destino[154].

5. De los intereses de la comunidad que tienden al objeto común que ella se ha propuesto y á su bien, decide la persona moral de la comunidad que falla por medio de una decisión que toma (*conclusum universitatis*). La manera de tomar una decisión depende, en primer lugar de los estatutos de la comunidad, y en el caso en que estos nada hayan determinado sobre el particular, deben ser convocados todos los individuos que tienen voz deliberativa, formando la decisión de la mayoría de los individuos presentes la voluntad de la asociación, á la cual deben conformarse los disidentes y ausentes[155]. Be esta manera pueden tomarse las decisiones sobre enajenación y partición de bienes comunes entre los miembros de la asociación, observando empero las reglas trazadas por la ley para la enagenacion de los bienes de los menores[156].

6. Se acaba una sociedad cuando pierde á todos sus individuos, ó cuando el Estado resuelve su disolución. En estos casos, si fué instituida con un objeto de utilidad pública, pertenecen sus bienes al Estado; pero si solamente tenia un objeto particular, sus propiedades se reparten entre los individuos de que se compone al tiempo de su disolución.

§. 147. III. Del fisco

El tesoro público, en contraposición á la fortuna particular del príncipe, se llama *fisco*, el cual es considerado siempre en el derecho como una persona moral. No solamente tiene derecho á todas las rentas ordinarias y estraordinarias del Estado, á las cuales pertenecen también los bienes vacantes (*bona vacantia*), sino otras muchas prerogativas y privilegios que indicaremos todas las veces que haya de tratarse de ellos. Baste por ahora dar esta regla general: en los pleitos que se promuevan entre los súbditos y el fisco, es preciso fallar siempre, en caso de duda, contra el fisco:

154 Estos bienes se llaman entonas *res universitatis* en un sentido restrictivo, en oposicion á patrimonium universitatis, de que ninguno en particular puede usar, pero cuyas rentas sirven para sufragar los gastos de la comunidad.

155 Es opinión general que para la decision de una comunidad, cuando la constitución nada ha estatuido, deben hallarse presentes las dos terceras partes de sus individuos, cuya mayoría decide entonces.

156 Muy divididas están las opiniones de los jurisconsultos sobre la mane-ra con que debe resolverse y ejecutarse la partición da los bienes comunes entre los individuos de la asociación ó un simple cambio en el goce de los mismos. Autores hay que exijen siempre la unanimidad de votos de todos los individuos de la sociedad; otros solamente exijen mayoría de votos; otros, en fin, dan á todo individuo el derecho de pedir la partición. Nosotros opinamos que es necesario un decreto formal confirmado por el príncipe.

§. 148. IV. Establecimientos de beneficencia

Establecimiento de beneficencia (*pia causa*) es en jeneral toda institución fundada con el objeto de propagar la caridad, de socorrer á personas menesterosas, instruirlas y educarlas ó jeneralizar las artes y las ciencias. Pero estos establecimientos no pueden ser considerados como personas morales, sino cuando el Estado los ha autorizado ú confirmado, y de consiguiente reconocido como tales; en el caso contrario carecen de capacidad legal, y nada pueden adquirir. Sin embargo, la autorización del Estado puede ser posterior á la fundación del establecimiento, y entonces adquiere un efecto retroactivo hasta el tiempo de la fundación[157]. Una vez confirmado por el Estado, y reconocido como persona moral un establecimiento de beneficencia, puede no solamente poseer derechos de toda especie, adquirir entre vivos (*inter vivos*) y por causa de muerte (*mortis* causa), sino que goza al mismo tiempo de los privilejios concedidos á los menores, tanto respecto de la restitución *in integrum*, como respecto de la enajenación de sus bienes.

SECCIÓN III

Cosas

§. 149. Cosas en general

Algunos comprenden bajo la palabra *res* todo lo que forma el haber de los particulares (*quod est in bonis vel actionibus*[158]. Otros dicen que la palabra *res* ha sido caracterizada por el modo de adquisición (*mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*, *usucapio*) en los tiempos que precedieron á Ciceron. Nosotros creemos que en su orígen solo se aplicó la palabra res á objetos corporales, y que la designación legal de las cosas no ha sido mas que la consecuencia de esta idea.

§. 150. Cosas incorporales

Las cosas incorporales (*res*, *quae intelliguntur*, por oposicion á *res*, *quae sunt*) son los derechos. Pero no se sabe cuales son los derechos que

157 Un establecimiento de beneficencia, fundado é instituido por un testamento, debe considerarse como capaz de suceder, aun cuando la autorización sea posterior á la muerte del testador. Arg. Fr. 62, pr. D. XXVIII, 5.

158 Esta definición escluye las cosas que no están en el comercio (*res extra comercium*); pero comprende á las obligaciones. Esto es lo que principalmente indica el título 2 de la Inst., lib. II.

los jurisconsultos romanos han querido colocar aquí, es decir, bajo el punto de vista de cosas incorporales; las Institutas nos indican las *servidumbres*, la *sucesion* y las *obligaciones*.

§. 151. Cosas muebles y cosas inmuebles

Las cosas corporales son *muebles* (*res movibles*) ó *inmuebles* (*res inmovibles*).

Las cosas muebles son aquellas que pueden ser trasladadas de un punto á otro, sin ser deterioradas en su sustancia y en su forma[159].

Las cosas inmuebles son:

1. Las que, *segun su naturaleza*, es físicamente imposible que muden de lugar como los fundos (*praedia rustica fundi*) ó las que, sin sufrir deterioro, no pueden ser trasladadas á otro sitio, por ejemplo, los edificios (*praedia urbana aedificia*.)

2. Hay cosas muebles que se consideran, legalmente hablando, como inmuebles, y son aquellas que, por efecto de la naturaleza ó del arte, están de tal modo adheridas á una cosa inmueble que forman parte de ella[160], ó que por su destino sirven para el uso perpétuo de una cosa inmueble. Requiérese; sin embargo, en este último caso, que estén realmente ocupadas en el objeto á que están destinadas, y que no sean separadas de la cosa inmueble: sin esta condicion no podrían considerarse como cosas inmuebles. Las cosas muebles de asta especie, consideradas en su relación con la cosa inmueble á que pertenecen, se llaman *dependencias*.

§. 152. Del género y de la especie (genus et species)

Cosas funjibles y cosas no funjibles

En el lenguaje del derecho se entiende por género (*genus*) mas bien una cosa individual, designada según el género á que pertenece, y formando como tal el objeto de un derecho, que todo un género de cosas: la *espe-*

159 Si se mueven por su propia fuerza, reciben también el nombre de *semovientes* (*res se moventes*) como los esclavos y los animales.

160 Por ejemplo, el árbol que ha echado raíces en un fundo, los frutos todavía pendientes, y todo lo que en un edificio está perpetuamente fijo de él.

cie, por el contrario (*species*), es una casa particular, determinada según su individuo. En esta distinción se funda la división de las cosas en funjibles y en *no funjibles*, cuyas ideas son enteramente relativas.

En efecto, una cosa es funjible cuando en todo asunto legal de que es objeto se la considera mas bien según su género ó según su cantidad que según su especie, de suerte que no está uno obligado á devolverla sino en género (*in genere*) ó en la misma cantidad y cualidad (*in eadem quantitate et qualitate*).

Una cosa es no funjible, cuando se la considera según su especie, y cuando debe ser entregada en especie (*in specie*).

1. Es, pues, falso que esta división se aplique solo á las cosas muebles, puesto que hay cosas inmuebles, que pueden ser consideradas igualmente como funjibles; por ejemplo, en el legado que yo hago de un fundo de un tamaño determinado ó de una de mis casas.

2. Es falso también decir que las cosas que en el comercio diario son ordinariamente medidas, contadas ó pesadas (*quae pondere, numero vel mensura constant*), son siempre cosas funjibles; en efecto, aunque lo sean ordinariamente, puede suceder sin embargo que se presenten como cosas no funjibles[161].

3. Es falso, por último, confundir de tal modo las cosas funjibles con las cosas consumibles (*quae usu cousumuntur*); porque aunque jeneralmente las cosas consumibles pueden ser reemplazadas (*in genere suo functionem recipiunt*), pueden sin embargo ser consideradas como no funjibles, y del mismo modo cosas no consumibles pueden presentarse como funjibles[162].

§. 153. Cosas individuales y universalidades de las cosas (universitates rerum)

Una ó muchas cosas individuales, consideradas en si mismas y como tales, se llama en el lenguaje del derecho *res singulae* ó *singulares*; estas

161 Por ejemplo, fr. 30, §. 6. D. XXX: «Si legetur pecunia, quae in arca est, vei vinum quod in apothecis est.» El *dinero* nos prueba de la manera mas palpable que es relativa la idea de cosas funjibles.

162 Por ejemplo, cuando un caballo ha sido legado en género, ó cuando debe ser entregado. En el mismo caso se encuentran los libros en rama.

son *simples*, cuando consistan en partes de la misma especie naturalmente ligadas (corpus, *quod in spiriiu continetur, s. unitum*), por ejemplo, un animal, una piedra; son *compuestas*, cuando su todo está formado de muchas partes diferentes (*corpus, quod ex contingentibus constat s. connexum*), por ejemplo, una casa, un buque. Cuando muchas cosas individuales, distintas unas de otras, pueden, sin embargo, considerarse bajo el punto de vista legal como un todo (*corpus, quod ex distantibus constat*), forman una universalidad de cosas (*universitas rerum*). No deben confundirse la *universalidad de hecho* y la *universalidad de derecho* (*universitas facti, universitas juris*). La primera es un conjunto de cosas corporales de la misma especie, que se presentan como un todo; por ejemplo, un rebaño, un almacen; la segunda, por el contrario, es un todo de cosas de diferentes especies, así corporales como incorporales, y que tomadas juntamente se presentan como formando todo un patrimonio; por ejemplo, una heredad, un peculio. Esta distinción no está sujeta á objecion alguna, pero deja de ser exacta, cuando se sostiene que la regla siguiente se aplica en todos los casos á la universalidad del derecho, sin que sea lo mismo de la universalidad de hecho; *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, es decir, todo lo que se adquiere por medio de las cosas individuales que componen la universalidad, ó en lugar de las mismas, pertenece á esta universalidad, y puede ser reclamado por el que tiene un derecho sobre ella; esta regla, decimos, no se aplica á la .universalidad del derecho, sino cuando esta es el objeto de una sucesión universal, y no cuando es el objeto de una sucesión particular.

§. 154. a. Cosas divisibles y cosas indivisibles

Las cosas son divisibles ó indivisibles:

1. Una cosa corporal es físicamente divisible, cuando sin ser destruida enteramente, puede ser dividida en porciones reales; cada una de las cuales, despues de la partición, forma un todo particular é independiente. Las diferentes partes de una cosa así dividida se llaman en el lenguaje del derecho romano, *partes certae*, y los poseedores de estas partes poseen *pro diviso*.

2. Una cosa es *legalmente divisible*, sin distinguir si la división física es posible ó no, cuando muchas personas pueden poseerla en *comun*, es decir, en porciones intelectuales (*partes incertae*). Entonces la poseen *pro indiviso* ó *rem habent communem*.

Una cosa es legalmente *indivisible*, cuando no es concebible en el derecho la idea de una parte, como sucede en el caso de las servidumbres.

§. 155. b. Cosas existentes y cosas futuras (res existentes et futurae)

Consideradas las cosas en cuanto á su existencia, son ó existentes (res jam existentes), ó futuras (res futuras), cuando su existencia se espera todavía, ora dependa del curso ordinario de la naturaleza, como sucede en los frutos, ó de casualidad como en la pesca.

§. 156. De la cosa principal ó de la cosa accesoria

Una cosa principal (*res principalis*) es aquella que puede existir para sí misma y por si misma; todo aquello que pertenece á una cosa principal, ó que está adherido á ella, es una *cosa accesoria* (*res accesoria*). A las cosas accesorias pertenecen lo que el derecho romano entiende por *causa rei*, y los gastos que se han hecho en una cosa (*impensae in rem collatae*).

§. 157. A. Causa rei

I. Accesiones

Entiéndese en el derecho romano por *causa rei s. omnis causa* todo aquello que tiene derecho de exigir del demandado el que revindica la cosa principal, y particularmente lo que hubiera poseído si su adversario no hubiera retenido la cosa. A esta categoría pertenecen las acciones y los frutos de la cosa.

Todo lo que, sea corporal ó incorporal, esté unido esteriormente á una cosa y tan adherido á ella, sea por las fuerzas naturales ó por la voluntad humana, que deba ser considerado como parte y dependencia de la cosa, se llama accesión. Las *pertenencias* de una cosa son una especie de accesión, entendiéndose principalmente por ellas aquellas cosas que estan ligadas á otra, con la intención de hacerlas servir á su uso perpétuo. La ley ó la voluntad del hombre da á una cosa la cualidad de pertenencia, que no cesa sino por una separación completa de la cosa, á la cual sirve. Por lo demás, los muebles asi como los inmuebles pueden tener pertenencias, y las de estos últimos pueden ser á su vez cosas muebles, y muebles ó incorporales. No debe perderse de vista el principio general siguiente sobre las pertenencias:

toda disposición de la cosa principal afecta también á la accesoria, á no haberse estipulado espresamente lo contrario.

§. 158. 2. Frutos

En el sentido propio de la palabra los *frutos* (*fructus*) no son mas que las producciones corporales orgánicas de una cosa[163]. Así es que mientras los frutos están unidos á la cosa que los produce, se llaman frutos pendientes por medio de ramas 6 de raices (*fructus pendentes, stantes*); en el caso contrario toman el nombre de frutos separados (*fructus separati*), y cuando el que deriva del propietario su derecho de tomar los frutos de la cosa, los ha separado y entrado en posesion de ellos, por ejemplo, el colono y el usufructuario, se llaman frutos percibidos (*fructus percepti*).

En el *sentido impropio* se entiende también por frutos los réditos que provienen del uso ó del goce de la cosa que se ha concedido á otro, así como los que provienen de la privación del uso de la cosa; tales son los intereses, los alquileres y los arriendos[164].

Los frutos en el sentido propio se llaman hoy *frutos naturales* (*fructus naturales*); todos los demás productos que no son, propiamente hablando, frutos, sino que el derecho los considera como tales, se llaman *frutos civiles* (*fructus civiles*).

§. 159. B. Impensas

Así como el demandante tiene derecho de exigir al mismo tiempo que la cosa principal las accesiones y los frutos (*omnem causam rei*), está obligado también por otro lado á reembolsar al demandado las impensas que éste ha hecho en beneficio de la cosa (*impensae in rem collatae*).

Las impensas son necesarias (*impensas necessariae*), cuando se hacen para salvar la cosa de la destrucción, ó preservarla del deterioro; son útiles (*impensae utiles*), cuando han mejorado la misma cosa, y han au-

163 Fr. 77, D. L. 16. El derecho romano no considera el parto de una esclava en el número de los frutos, sino entre las accesiones.

164 Fr. 19, D. V. 3—fr. 34, XXII, I: «Usurae vice fructuum obtinent: et merito non debent à fructibus separari.»—Fr. 121, D. L. 16, nos demuestra claramente que los intereses no pertenecen sino impropiamente á los frutos. «Usura pecuniae quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.»—Cpr. fr. 36, (r. 38, §. DXXII, I.—Fr. 62, pr. D. VI, I.-Fr. 88, §. 3, D. XXXV, 2.

mentado sus productos; todas las demás impensas, cuyo objeto ha sido aumentar el agrado que presenta la cosa ó el goce personal del poseedor, son impensas *voluptuarias* (*impensae voluptuariae*).

Las impensas necesarias hechas en beneficio de una cosa agena, pueden en general ser repetidas por el que las ha hecho, escepto por el ladrón; no puede establecerse regla general para la restitución de las impensas útiles; en cuanto á las impensas voluptuarias, el que las ha hecho, no tiene mas derecho que el de quitar ó destruir la cosa que las ocasionó (*jus tollendi*), cuando despues de la reparación presenta todavía la cosa alguna utilidad, y si el propietario no prefiere dar una indemnización. La acción de restitución de impensas no tiene lugar generalmente sino cuando la ley la acuerda en términos espresos, por ejemplo, en los juicios divisorios (*juditia divisoria*); en todos los demás casos la repetición de las impensas se hace por la via de la escepcion ó de la retención.

§. 160. De la división de las cosas respecto á su propietario

A. Cosas que no pertenecen a nadie

En cuanto á la propiedad hay cosas que no pertenecen á nadie (*res nullius*), y otras que están en la propiedad de una persona determinada (*res alicujus*).

Las cosas que no pertenecen á nadie en el sentido lato son:

1.° Las cosas comunes á todo el mundo (*res communes omnium*), es decir, las cosas cuyo goce y uso puede tener cada uno, y cuyas partes individuales pueden adquirirse, pero nunca en su totalidad.

2.° Las cosas sin dueño en un sentido mas restrictivo, es decir, las cosas que jamás han tenido propietario, ó que habiéndolo tenido, han cesado de estar en su propiedad contra su voluntad, y sin haber pasado á la de otro[165].

165§. 12, 18, J. ibid. Hay también cosas que no pertenecen á nadie; pero que se cree pertenezcan á alguno (*res quae nullius in bonis sunt*, *sed alicujus in bonis esse creduntur*): tales son las cosas públicas y las cosas de una sucesión antes que un heredero sea conocido (*res publicae et res hereditariae antequam aliquis herex existit*).

3.° Las cosas abandonadas (*res pro derelicto habitae*), es decir, aquellas que habiendo tenido un propietario, han sido abandonadas por él, sin haber sido trasmitidas á otra persona.

§. 161. a. B. Cosas privadas, de comunidad y públicas

Las cosas que pertenecen á una persona determinada, están ó en la propiedad de una ó de muchas personas particulares, y entonces son cosas privadas (*res privatae*), ó en la propiedad de una comunidad, y entonces son *res universitatis*; ó en la propiedad de estado, y entonces son cosas públicas (*res publicae*). Si en estos dos últimos casos el uso y el goce pertenecen á cada miembro de la comunidad ó á cada individuo, según el destino particular de la cosa, se llama *res universitatis et res publicae*, en un sentido restrictivo[166]; pero si su destino es servir esclusivamente al uso de la comunidad ó del Estado, y que los réditos entren en la caja de la corporacion ó del Estado, se llaman *patrimonium universitatis* ó *civitatis*[167].

§. 162. b. C. Cosas que no estan en el comercio (res extra commercium)

Las cosas que no están en el comercio son aquellas que los particulares no pueden tener ni de hecho ni de derecho: estas son:

1.° Las cosas de derecho divino (*res divini juris*) que eran *sagradas, religiosas ó santas* (*sacrae religiosae sanctae*)[168].

2.° Entre las *res humani juris*, aquellas que eran de derecho público (*res publici juris*) y las cuales son, no solamente las *communia civitatum*, como los teatros, los circos, sino también aquellas cuyo uso es público, como la mar, su rivera y los rios.

166 Frecuentemente entre los romanos la espresion de *res publicae* et sinónima de la de *res comunes omnium*.

167 El fr. 6, pr. D. XXVIII, I, llama á esta especie de bienes del Estado peculium populi, en contraposición de aquellos quae in publico usu habentur ut Campus, Martius.

168 Las cosas sagradas estaban dedicadas á las divinidades superiores mientras que las cosas relijiosas lo estaban á los dioses manes; la tercera especie, la de las cosas santas, no pertenece al derecho divino sino impropiamente (*quodam modo*), á causa del respeto que se les debe, como á las cosas sagradas y relijiosas.

SECCIÓN IV

De los derechos y de los medios de perseguirlos en juicio

§. 163. b

Los derechos son ó *generales*, es decir, que se fundan sobre el derecho común, ó *particulares*, es decir, que son introducidos *ex singularitate juris*. De estos últimos trataremos en el capítulo segundo.

CAPÍTULO I

DERECHOS EN JENERAL

§. 164. b

Los derechos pueden ser considerados según el modo de adquirirlos, conservarlos y perderlos[169]. El perseguir los derechos en juicio, es un modo particular de conservarlos, y bajo este punto de vista los romanos han conservado los derchos en la práctica. De ellos hablaremos en el capítulo tercero.

En general la adquisición, la conservación y la pérdida de los derechos, proceden de la fuerza de la ley, ó de actos voluntarios que se llaman actos jurídicos. Estos son *unilaterales* ó *bilaterales*, en el primer caso cuando basta la voluntad de una sola persona, por ejemplo, el testamento; y en el segundo cuando se requiere el unánime consentimiento de muchas personas, por ejemplo, el contrato.

§. 165. De la forma de los actos jurídicos

La observancia de la forma exijida por la ley es necesaria á todo acto jurídico. La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, de cuya observancia depende en general la validez dé un acto jurídico; Estás reglas se aplican tanto al contenido y al objeto del acto, como é las solemnidades que deben observarse al tiempo de su otorgamiento; tas primeras constituyen la *forma interior*, las segundas la *forma esterior*. Tales son: la escritura del acto,

169 Fr. 41, D. I, 3: «Totum antem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo.

la presencia de testigos y el concurso de lá autoridad[170]. Por regla general el derecho romano no exije formalidades esteriores, pero es necesaria su observancia en los casos en que las requiere, sopena de nulidad del acto. Cuando ocasiona duda la observancia de la forma esterior, el que pretende su existencia debe suministrar la prueba.

§. 166. De los elementos constitutivos de los actos jurídicos

En cuánto á los elementos que constituyen un acto jurídico, hay que hacer una triple distinción:

1.° El elemento esencial del acto, y sin el cuál no existe (*essentiatia*), no puede derogarse por un convenio[171].

2.° El elemento que, suponiendo que el acto haya sido perfecto según sus condiciones esenciales, es una *consecuencia natural* de él (*naturalia*). Este existe sin necesidad de otro convenio, pero puede por un acuerdo particular ser destruido y cambiado; en este caso el que invoca el acuerdo debe probarlo.

3.° Las *cláusulas accesorias* del acto jurídico (*accidentalia*). Entiéndese generalmente por ellas las cláusulas que no se derivan de la naturaleza misma del acto jurídico, sino que deben siempre ser determinadas sea por convenio ó por testamento. Los cambios hechos convencionalmente en las consecuencias naturales de un acto jurídico son también cláusulas accesorias, y el que las invoca debe probarlas escepto, sin embargo, cuando la perfección y la validez del acto están subordinadas á ellas; entonces el contrario debe probar que no se ha realizado la cláusula accesoria[172].

170 La *confirmación* de un acto legal por la autoridad es de dos especies. Unas veces es necesidad para la validez del acto, y otras se pide solo para darle mas seguridad. Por esta última un acto nulo en sí mismo no llega á ser válido.—La confirmacion de un acto no puede perjudicar al derecho adquirido de un tercero, debiendo suponerse siempre la cláusula *salvo jure tertii*.

171 Aun en el caso en qué esto acontece; las consecuencias son muy diferentes. Cpr. por ejemplo: fr. 4; fr.,5, §. 2; fr. 12, § 1, D. XXIII, 4—fr. 1, §. 45, 46. D. XVI, 3—fr 36, 38, D. XVIII, 1—fr. 6, D. XLI, 6. La condiciones esenciales de un acto legal se dividen en *generales* y en *particulares*; las primeras son comunes á todos los actos, las segundas son las que distinguen un acto de una especie de otro de otra especie.

172 Por esta razón el que reclama derechos que resultan de un acto, debe probar, si le oponen que el acto ha sido concluido bajo una condicion que no formaba parte de él, que lo ha sido puramente (*pure*), ó que se ha cumplido la condición, fr. 10, D. XLV. 2.—Glossa ad Const. 9, c. VIII, 36.

§. 167. A. De las condiciones esenciales[173]

I. Con relacion á la persona

Todo acto jurídico exije esencialmente para su validez una *persona* capaz de cambiar el estado de sus derechos. Es necesario pues:

1.° Que esta persona goce del *uso de su razon* y de la *libertad* de su *voluntad;* los niños, los furiosos, escepto en los momentos lucidos, los locos, los que se hallan en estado de embriaguez completa ó de cólera, no pueden, en este estado, entablar ningún acto jurídico.

2 ° Es menester también que esta persona sea reconocida en el Estado como *perfecta é independiente*; por esta razón los que todavía están bajo la patria potestad, bajo tutela ó curatela, son restrinjidos en mas de una manera en los actos jurídicos.

§. 168. 2. Con relación al objeto

En cuanto á su *objeto*, un acto jurídico no puede comprender cosas que no existen, sino las que no existen todavía, ó las que pueden existir en el porvenir; igualmente aquellas cosas que no están en el comercio, y acciones física ó moralmente imposibles (*contra bonos mores*). El objeto del acto jurídico no debe ser demasiado general é indeterminado, y su ejecución ó su otorgamiento dependen únicamente de la *voluntad* del deudor. No puede ser contrario á las leyes y perjudicar á los derechos de tercero; en fin, es nula toda promesa que no dá ninguna ventaja á aquel á quien se ha hecho.

§. 169. 8. Con relación á la voluntad y al consentimiento

Todo acto jurídico requiere la voluntad y el consentimiento de las personas contrayentes. El consentimiento es: 1.° *espreso* cuando se manifiesta verbalmehte ó por escrito, es decir, por medio de palabras ó de signos que reemplacen á las palabras[174]; 2.° es tácito, cuándo alguno comete acciones que no admiten otra esplicacion razonable, sino es que ha querido dar su consentimiento ó un acto[175]; el consentimiento dado posteriormente al otor-

173 Trátase solo aquí de las condiciones esenciales y comunes á todos los actos legales.

174 Fr. 38, D. XLIV, 7: «Placuit non minus valere quod *scriptura*, quam quod *vocibus* lingua figuratis significaretur.»—Fr. 52, 10, D. ibid.: «Sed el nutu solo pleraque consistunt.»

175 Fr. 5, D. XLVI, 8: «*Non tantum verbis ratum haberi potest sed etiam actu*»—Fr. 20, pr. D. XXIX. 2,—§.

gamiento de un acto, se llama *ratificación* (*rati habitio*) que por regla general tiene los mismos efectos que el consentimiento que precede[176].

§. 170. 4. De las causas que impiden el libre consentimiento

No basta, sin embargo, que alguno declare su voluntad. Es menester también que su consentimiento sea *libre y formal*. Las causas que impiden la libre manifestación del consentimiento son: el *error*, el *dolo*, la *violencia* y la *simulacion*.

§. 171. a. Del error y de la ignorancia

Aunque diferente según su nocion, el *error* y la *ignorancia* (*error et ignorantia*) se asemejan sin embargo en cuanto á sus consecuencias legales. El error es un falso conocimiento de la cosa, la ignorancia es la falta total de conocimiento. El error ó la ignorancia que se refiere á un punto de derecho, se llama error ó ignorancia de derecho (*error s. ignorantia juris*); la que se refiere por el contrario á un punto de hecho, se llama error ó ignorancia de hecho (*error s. ignorantia facti*). Importa establecer algunos principios sobre la influencia que ejercen el error y la ignorancia en los actos jurídicos.

1.° Hay casos en que el error y la ignorancia, bien sean de derecho ó de hecho, no ejercen la menor influencia; no se admite ninguna reclamación de error, y perjudica siempre al que la hace.

2.° Hay otros casos en que puede uno rectificar el error que no causa entonces perjuicio, ora sea de derecho ó de hecho.

3.° En todos los demás casos, es menester distinguir entre el error de derecho (*error juris*) y el error de hecho (*error facti*).

A. El error de *derecho* perjudica en todos los casos en que hubiera podido evitarse consultando á un jurisconsulto (*error juris nocet*); pero si el que invoca el error es disculpable, porque no ha podido instruirse sobre su derecho (*si copiam acti non habuit*), entonces es menester distinguir: 1.° el error le hace perder una ventaja (*lu-*

7, J. II. 19.—Fr. 2, §. 1; fr. 57, pr. D. II, 14.—Fr. 3, §. últ. D. XX, 4. La regla ordinaria, *qui tacet consentit*, no puede valer como regla general. Fr. 142, D. L., 17: «Qui tacet non utique fatetur»—Fr. 8, §. 1, D. III, 3.

176 Fr. 12, §. 4. D. XLVI, 3: «*Rati habitio mandato comparatur*.»

crum s. compendium), y entonces le perjudica; 2.° arriesga á perder una parte de su fortuna adquirida (*damnum*); no puede en este caso repetir lo *que ya ha pagado* por error de derecho (*damnum rei amissae*) pero también no está obligado á dar *lo que ha prometido por error* (*damnum rei amittendae*); 3.° estas reglas generales sufren escepcion cuando se trata de *menores*, de *soldados* y de *campesinos*, á quienes jamás perjudica el error de derecho, ora hayan reportado beneficios de él ó esperimentado pérdidas, y aun en el caso en que aquel pudo ser evitado; cuando se trata de *mujeres* á quienes esta ignorancia culpable no puede oponerse sino en el caso en que se tratase de dar lo que habia sido prometido (*damnum rei amittendae*), el error, por el contrario, les perjudica cuando han hecho un beneficio ó pagado (*lucrum damnum rei amissae*), á menos, sin embargo, de que el pago no haya sido hecho en virtud de una obligación radicalmente nula.

B. Por regla general el *error* de *hecho* no perjudica ni en ganancias ni en pérdidas; requiérese, sin embargo, que no esté fundado sobre un descuido grave é imperdonable; y aun en este caso el error de un hecho propio (*error facti propii*) debe estar acompañado de circunstancias agravantes. Por otro lado, no es necesario haber obrado precisamente con una circunspeccion demasiado tímida para alejar de sí las consecuencias perjudiciales del error.

4.° En general el que invoca el error debe probarlo, á no ser que pertenezca á las personas á quienes la ley favorece particularmente, ó en favor de las cuales milita alguna presunción.

§. 172. b. Del dolo

El dolo (*dolus*) es en general toda alteración de la verdad hecha con intención, para obligar á otro á cometer una acción que sin esta coaccion no hubiera cometido. En este sentido lato el derecho romano distingue el *dolo bueno* del *dolo malo*. El primero es aquel que empleamos para defendernos de los ataques injustos que cualquiera nos dirija, ó con algún otro objeto lícito; por ejemplo, cuando ocultamos la verdad para impedir que un furioso cometa un acto que perjudicaría ó á sí mismo ó á los demás. El dolo malo ó dolo simplemente existe siempre que á sabiendas y con designio tratamos de

perjudicar á otros con fraudes ó por cualquiera otro medio contrario á la ley; el dolo, en una palabra, es lo que llamamos superchería, engaño ó fraude[177].

§. 173. C. De la violencia y del temor

La violencia (*vis*) y el temor (*metus*) guardan generalmente la misma relación que la causa y el efecto. La violencia consiste en la amenaza de un mal para obligar á alguno á cometer, por medio del temor que produce, un acto que le es perjudicial[178]. La violencia no influye sobre un acto jurídico, sino cuando es injusta[179], y cuando el mal ó la amenaza que produce el temor, es capaz de hacer impresión en una persona racional.

§. 174. d. De la simulacion

La simulación existe, siempre que una de las partes ó las dos á un tiempo disfrazan ú ocultan la verdad dando á sus actos una apariencia que no tienen; poco importa que su intención al obrar de este modo sea buena, indiferente ó mala; en este último caso la simulación toma la naturaleza del dolo.

§. 175. B. De la naturaleza de los actos jurídicos

La naturaleza de los actos jurídicos comprende todo lo que en el derecho es la consecuencia y el efecto de un acto legal, desde el momento en que ha llegado á ser esencialmente perfecto, y sin que para su ejecución se necesiten otros convenios. Las leyes determinan estas cualidades naturales de los actos jurídicos, sus consecuencias y sus efectos, los cuales se supone que existen hasta que resulte de un convenio la prueba de lo contrario. En principio general puede modificarse por medio de un convenio la naturaleza de estos actos, si la ley no lo prohibe espresamente.

§. 176. De las cláusulas accesorias de los actos

Las modificaciones accidentales de un acto jurídico deben siempre ser especialmente determinadas, sea por convenio ó por testamento; jamás se presumen, y el que las invoca debe presentar la prueba. Refiérense tanto á

177 Fr. I, §. 2, D. ibid. «Labeo sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circunveniendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.»

178 Fr. I, 2, D. IV, 2.—En el derecho romano la palabra *vis* no indica mas que la violencia física, y *metus* toda otra amenaza, y por consecuencia la violencia moral.

179 Fr. 3, §. I, D. ibid. La violencia ilegal se asemeja al dolo.

la *modificacion* del acto, es decir, á la manera y á las condiciones bajo las cuales debe ser y permanecer válido como á su *confirmacion*.

§. 177. I. De la modificación

a. De la condicion

La validez y los efectos de un acto jurídico pueden depender de una *condicion* (*conditio*). La condicion es un suceso incierto, futuro, que todavía no forma parte de la naturaleza del acto, y de la cual, por una voluntad particular, se hacen depender ciertos derechos. La condicion es:

1. *Suspensiva* (*conditio suspensiva*) ó *resolutiva* (*conditio resolutiva*)[180]. Según hacemos depender el principio ó el fin de un acto jurídico.

2. Es *afirmativa* ó *negativa*, según que el efecto de un acto depende de que una cosa suceda ó no.

3. La condicion es ó *potestativa*, ó *casual*, ó *mista* (*potestativa, casualis, mixta*), según que su realización dependa de la voluntad de aquel, cuyo derecho ha sido subordinado á ella, ó por la casualidad ó por ambas á la vez.

4. Es *posible* (*conditio possibilis*) ó *imposible* (*conditio impossibilis*); divídese esta última en condicion *físicamente* imposible ó en condicion *moralmente* imposible, cuando su realización es contraria á la naturaleza ó á las leyes y buenas costumbres.

Así es que cuando se duda si sucederá una condicion, se dice: *conditio pendet* si ha sucedido realmente, *conditio existit*, y cuando se sabe que no se cumplirá, *conditio deficit*.

§. 178. Del término

Cualquiera puede fijar voluntariamente *término* (*dies*) á un acto. El término es ó *dies a quo* ó *ad quem*, según hace principiar ó cesar el efecto de un acto[181]. Tanto en uno como en otro caso es cierto el término (*dies certus*),

180 En el derecho romano un acto subordinado á una condición supensiva se llama *negotium sub conditione* ó simplemente *condicional*; la condicion resolutiva está designada por la espresion: *conditio quae resolvit*. Por ejemplo: fr. 2, pr. D. XVIII, 2—fr. 2, §. 3, 4, 5, D. XLI, 4-fr. 3, D. XVIII, I.

181 Los romanos designan el *dies à quo* con estas palabras: *stipulari ex die ó stipulatio confertur in diem*;

cuando se sabe que sucederá y cuándo sucederá; es incierto (*dies incertus*), cuando es incierto el uno y otro elemento ó el uno de los dos. En general el término incierto es considerado como una condicion. Respecto al término *a quo*, hay que señalar todavía dos espresiones: *dies cedit*, ha llegado el día en que alguno adquiere un derecho; *dies venit* ha venido el dia en que puede reclamar del deudor el objeto del derecho.

§. 179. C. Del modo

Un acto puede igualmente presentar un modo. Entiéndese generalmente por modo toda disposición onerosa, por medio de la cuál el que quiere mejorar á otro limita su promesa, exigiendo de él y obligándose á una prestación en cambio de lo que recibe[182]. El modo puede existir lo mismo en los actos de beneficencia que en los de título oneroso; pero es de advertir que en los primeros tiene él donador, en el caso de que no se ejecute el modo, la elección de intentar su acción, bien sea para la ejecución ó para la restitución de lo que ha dado; mientras que en los segundos se limita su acción á pedir la ejecución del modo; pero no puede obligarse á realizarlo al que solo tiene interés en ello.

§. 180. d. De la causa

Todo acto jurídico puede enunciar una causa (causa). Entiéndese por esta palabra el motivo que ha impelido á una persona á dar alguna cosa á otra. En general una falsa causa no perjudica (falsa causa non nocet); pero no sucede así cuando se prueba que ha dado lugar á ella un error, ó cuando la causa espresada al mismo tiempo como condicion debe ser considerada como tal.

§. 181. e. De los pactos

En fin, hablaremos aquí también de los convenios accesorios que sirven para determinar y modificar el convenio principal (*pacta adjecta*). Estos convenios accesorios pueden cambiar las consecuencias de la naturaleza legal del convenio principal (*detrahitur contractui*), ó bien introducir disposi-

y el *dies ad quem* con estas: *stipulari ad diem*. Fr. 44, §. I, D. XLIV, 7—§. 2, J. III, 15 (16)—fr. 56, §. 4, D. XLV, I.

182 Cod. VI, 45 y VIII, 55—fr. 17, §. 4; D. XXXV, I. Comúnmente el modo contiene al mismo tiempo una condicion: por ejemplo, fr. 21, fr. 41, pr. §. 1, D. XXIII, 3—fr. 4, §. 11, D. II, 14—fr. 80. D XXXV, I, ó bien está espresado como condicion, y entonces el mismo acto llega á ser condicional.

ciones que, según la naturaleza sola del contrato, no hubieran ocurrido (*adjicitur contractui*); pero no pueden ser contrarias á una prohibición espresa de la ley. Mas tarde hablaremos (§. 435 y 436) de las varias especies de pactos.

§. 182. II. De la confirmación del acto

a. Del juramento

El juramento sirve para dar mayor fuerza á un acto jurídico. El juramento (*jusjurandum s. juramentum*), en el sentido estricto de la palabra, es una declaración hecha bajo la invocación de la divinidad, como testigo de la verdad y vengadora de la mentira y de la mala fé empleadas á sabiendas. Se presta el juramento, bien para dar mas fuerza á una promesa (*juramentum promissorium*), ó para confirmar la verdad de un hecho alegado (*juramentum assertiorum*). Es cuestionable averiguar qué efecto ejerce el juramento promisorio sobre la misma promesa; pero lo que no admite duda es que en el derecho romano no produce ninguna obligación, y solo sirve para dar fuerza á la obligación ya existente, y que queda sin efecto en un acto nulo por sí mismo; el derecho canónico, por el contrario, establece el principio de que todo juramento prestado con reflexión y libertad, cuando no tiene por objeto una acción ilícita ó contraria á los derechos de tercero, produce una obligación particular para con Dios, y que por lo mismo este juramento dá todos sus efectos á una promesa que civilmente no producía ninguno [1831].

§. 183, b. De la cláusula penal

La cláusula penal (*stipulatio penae*) es también un medio á propósito para asegurar la ejecución de los convenios. Se entiende por esta palabra toda prestación fijada por medio de un convenio accesorio, y que uno de los contrayentes se obliga á hacer al otro en el caso de que no se cumpla, sea en todo ó en parte, la obligación que le impone el convenio principal [1841]. Incurre el deudor en esta pena tan pronto como retarda el cumplimiento de la obligación, y el acreedor tiene entonces la elección ó de pedir la pena estipulada, ó de perseguir la ejecución de la obligación principal [1852]. Empero

183 Cap. 28, X, 2, 24—Cap. 2, *de pactis*. Si el acto que confirma el juramento pertenece á los que están absolutamente prohibidos, ó si es nulo, porque falta el consentimiento de las partes, ocurre la *relaxatio juramenti*: capítulo 6, 8, 15, 20, X, 2, 24.—No están de acuerdo los autores en la cuestión de si el derecho canónico se aplica á los que profesan la religión protestante.

184 §. 7, J. III, 15 (16)—§. 19. J. III, 19 (20)—fr. 33, §. 16, D. XLV, I, Const. 12, C. VIÍI, 38. Los romanos exigían á este efecto una estipulación sin la cual no podia intentarse ninguna acción.

185 Const. 14, C. II, 3. Si se ha convenido espresamente que el deudor quede libre de la obligación por medio de la protestación de la pena, ésta toma la naturaleza de la *arrha paenitentialis* (§. 184).

no puede pedir al mismo tiempo la pena y el principal, á menos que no se haya así espresamente estipulado.

§. 184. C. De las arras[186]

Las *arras* (*arrha*) que se hallan muy frecuentemente en los convenios son en general lo que uno de los contrayentes da al otro para garantir mejor el convenio, sea antes ó despues de la perfección del acto. En el primer caso, que solo tiene lugar en un convenio realmente concluido, se ha estipulado que no sería perfecta y obligatoria sino desde el momento en que un acto haya sido hecho y suscrito por las dos partes; en este caso, decimos, cada uno de los contrayentes es aun libre de retractarse, siempre que el que se retracte pierda la cosa dada; si es por el contrario el que ha recibido la cosa, debe restituir el doble [1874]. En el segundo caso, uno de los contrayentes no puede retractarse generalmente, á menos que hayan convenido y dado las arras para el caso de retractación (*arrha paenitentialis*); el que ha dado las arras puede entonces retractarse perdiéndolas, y el que las ha recibido puede hacerlo restituyendo el doble.

§. 185. III. De la nulidad de los actos

La nulidad de un acto jurídico resulta de la falta de una de sus condiciones legales, ora se refieran ó la forma esterior, ora al contenido del acto; también es el resultado de una infracción de la ley.

1. En el derecho romano ocurre jeneralmente esta nulidad por pleno derecho (*negotium ipso jure nullum*, *inutile*), aun cuando la ley no la declare espresamente; en estos casos el acto no existe en derecho (*nihil agitur*), y por consiguiente no produce los efectos que debería tener aun cuando las partes quieran atribuírselos. En otros casos un acto no llega á ser nulo sino cuando una de las partes no quiere que surta sus efectos (*ope exceptionis nullum*), ó cuando, á petición suya, el juez lo declara nulo (*negotium rescinditur*) [1881].

186 La universidad libre de Bruselas propuso en 183S en una oposicion á la cátedra de Historia é Instituciones del Derecho Romano, la cuestión siguiente: *Disertacion histórica y dogmática sobre las arras*.

187 Pr. in fine, J. III, 23 (24).—Const. 17, C. IV, 21. Si se ha anulado el convenio por el consentimiento de las dos parles, deben ser restituidas las arras, fr. 11, §. 6, D. XIX, 1.—Const. 3, C. V, I.

188 A este caso pertenece principalmente la escepcion *doli mali*, *quod metus causa*, §. 1, 5, J. IV, 13, así como la rescisión de un testamento inoficioso (*testamentum inofficiosum*), la restitución in integrum, etc.

2. Las circunstancias que sobrevienen posteriormente, y bajo las cuales no se hubiera contratado el acto, no le hacen nulo por sí solas.

3. Para examinar la validez de un acto es menester atender al tiempo en que pasó, porque un acto nulo desde su principio no llega á ser válido sino cuando por la continuación desaparecen los motivos de nulidad [189].

4. La nulidad parcial de un acto no alcanza á la parte válida, y la cual puede existir por sí misma[190].

5. Un acto nulo puede sin embargo conservar sus efectos por medio de la *conversion*, es decir, por medio de la transformación en otro acto. Hay casos en que se verifica esta conversion *ipso jure*[191], y otros en que sucede solo en virtud de una declaración de su autor[192].

§. 186. IV. De la interpretación de los actos

La interpretación de los actos es de tres especies: interpretación *auténtica*, interpretación de uso é interpretación de *doctrina*, según que se dá por los autores mismos del acto, que se funda sobre el uso jeneralmente admitido, ó sobre las reglas del derecho.

1. En la interpretación auténtica es preciso examinar si el acto proviene de una sola persona, como un testamento, ó si es el resultado del consentimiento de muchos, como un convenio. El el primer caso las espresiones dudosas deben ser entendidas en el sentido que el autor ha querido darles[193]; en el segundo caso, la interpretación auténtica del acto exije el concurso de todas las partes interesadas, y la esplicacion dada por una de ellas no puede perjudicará los derechos de la otra.

2. La interpretación usual encuentra principalmente su aplicación en los actos en que uno se ha servido de palabras y de espresiones que, según el lenguaje generalmente recibido en el pais, tienen un sentido

189 Fr. 29, D. L., 17: «Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.» Fr. 201; fr. 210, D. ibid.—Fr. 1, D. XXXIV, 7.

190 Fr. 1, §. 5, D. XLV, I. «Ulile per utile non vitiatur.» Por ejemplo: fr. 29, D. XXII, I.—Fr. II, §. 1, D. XIII, 5. —Const. 36, §. 3, C. VIII, 54.

191 Por ejemplo, cuando se ha convenido en un contrato de venta no pedir el precio (*ne petatur pretium*), la venta se transforma en donacion, fr. 36, 38, D. XVIII, I—fr. 6, D. XLI, 6.

192 Por ejemplo, en la cláusula codicilar (*cláusula codiciliaris*), fr. I, D. XXIX. 7.—Const. 8, §. I, C. VI, 36.

193 Quisque verborum suorum optimus est interpres, fr. 96 , D. L, 17. —Fr. 21, §. I, D. XXVIII, I.

determinado, que deben conservar hasta que se demuestre que el autor del acto quiso darles otro. En los casos de esta especie es menester examinar igualmente si la duda á que ha dado lugar la disposición del autor del acto no ha sido ya presentada y resuelta por una decisión legal.

(a) La interpretación de doctrina se ajusta á los principios siguientes:

1. Toda espresion oscura y dudosa de que se ha servido el autor del acto, debe esplicarse siempre según su verdadera intención, que debe buscarse en las palabras, el lenguaje, las circunstancias y las relaciones de los interesados.

(b) Cuando no se puede conocer con exactitud cual ha sido la verdadera intención del autor del acto, deben esplicarse las espresiones oscuras de modo que se separen lo menos posible de la naturaleza del acto; será, pues, responsable de ellas el que quiso invocar un derecho particular y contrario á la naturaleza del acto, cuando pudo espresarse con mas claridad[194].

(c) Si la duda versa solamente sobre la cantidad de la deuda, las espresiones oscuras deben interpretarse de la manera menos perjudicial á la promesa[195].

(d) En fin, cuando las palabras de que el autor se ha servido son de tal modo inciertas y dudosas que es absolutamente imposible conocer su voluntad, la disposición es nula; debe sin embargo subsistir todo el tiempo que sea necesario hasta que la interpretación pueda esplicarla.

§. 187. De la adquisición de los derechos

Los derechos que no tienen su fundamento en los actos jurídicos, los adquirimos por la fuerza de la ley, sea en el instante de nuestro nacimiento, sea en él curso de la vida ó por la muerte de alguna persona (*acquisitio inter vivos mortis causa*). Hay derechos que toman oríjen en nuestra persona y

194 Interpretatio facienda est secundum naturam negotii, fr. 3, D. XII. I.—Fr. II, §. 1, 2, D. XIX, I.—Fr. 72, pr. D. XVIII, I —Interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui potuisset ac debuisset. Fr. 172, pr. D. L , 17.—Fr. 39, D. II, 14.—Fr. 21, D. XVIII, I.—Fr. 38, §. 18, D. XLV, I.—Fr. 26, D. XXXIV, 5.

195 In dubio Id quod minimum sequimur. Fr. 9. 34, D. L. 17.—Fr. 52, D. XIX, 2—Fr. 1, §. 4, D. XLV, I.

otros que nos son transmitidos. En este último caso distinguimos sobre todo la *successio per universitatem etin singulas res*[196].

§. 188. Principios generales sobre la adquisición de los derechos

No pueden darse principios generales sobre esta materia, porque los derechos particulares difieren también los unos de los otros en la manera con que se adquieren. Muchos puntos que en un principio fueron generalmente admitidos, han quedado despues abandonados; por ejemplo, la diferencia entre el título (*titulus*) y el modo de adquirir (*modus acquirendi*), conservándose solamente algunas consideraciones de equidad; por ejemplo, que nadie puede adquirir y ejercer ciertos derechos, cuando no le interesan y causa perjuicio á otros: nadie puede enriquecerse á costa ajena; cuando se concede un derecho, se acuerda también tácitamente los medios de prueba, etc.; pero todos estos puntos se presentan en su oríjen bajo relaciones particulares, y ordinariamente están combinados con otro principio de derecho.

§. 189

Entre los principios que se dán como generales, se indican además los siguientes:

1. Nadie puede transferir á otro mas derecho que él mismo tiene[197].

2. Podemos adquirir un derecho por nosotros mismos, ó por otros; según el derecho moderno, podemos adquirirlo no solamente por medio de las personas que tenemos en nuestro poder, sino también por medio de procuradores[198].

---

196 Fr. 1, §. 13, D. XLIII, 3.—Fr. 3, §. 2, D. XLIII, 19. Los derechos que no son transmisibles, ó los que no lo son sino bajo cierto aspecto, son muy importantes.

197 Fr. 54, D. L, 17. «Nemo plus juris in alterarum transferre potest, quam ipse habet.»

198 Los principios del derecho romano eran:

1. El padre de familia adquiere de pleno derecho por medio de las personas que se hallan en su poder.
2. Nadie puede adquirir por medio de los extranjeros (*personae extraneae*), es decir, por medio de personas que no esten en su poder. No se admitían k los procuradores para adquirir derechos. Gayo II, 86 ,96; III, 163—167.— Ulpian. XIX, 18—21.—Inst. II, 9; III, 17 (18); III, 29 (30).—Fr. 73, §. 4; fr. 123 , pr. D. L, 17—Fr. II, D. XLIV, 7.—Hugo, *Historia del derecho*, p. 233, 299.—Mas tarde se mudó el segundo de estos principios, y se hizo la debida distinción entre las adquisiciones civiles y las adquisiciones naturales; estas últimas podían tener lugar por medio de estranjeros, cuando estaban encargados de la adquisición, ó eran ratificados sus actos.—Paul. V, 2, 2, §. 5, J. II, 9.—Fr. 53, 13, 20, §. 2. D. XLI, I.—Fr.41, D. XLI, 3.—Const. I, C. VII, 32. fr. 3, §. 7, D. XXXVII I.—Los siguientes pasajes demuestran que tampoco por el derecho romano de Justiniano podían adquirir civilmente las *personae extraneae*: fr. 53, D. XLI, I.—Fr. 123, pr. D. L, 17.—Const. I, C. IV, 27, fr. 90, pr. D. XXIX, 2.—Const. 5, C. 6, 30.—Pero como hoy no existe ya ninguna dife-

3. Un derecho completamente adquirido se llama *jus praesens*. Por el contrario, todo derecho que no se ha adquirido aun realmente es *jus futurum*, el cual se divide en *jus delatum*, cuando la adquisición no depende sino de la voluntad del adquirente[199], y en *jus nondum delatum*, cuando la adquisición depende ademas de otras circunstancias y condiciones que si llegasen á faltar harían imposible la adquisición del derecho.

§. 190. De la conservación de los derechos

A los medios cuyo objeto es conservar y asegurar los derechos pertenecen:

1. La *protestacion*, es decir, la declaración formal, por medio de la cual nos garantimos de las consecuencias perjudiciales que podrían deducirse contra nosotros de nuestras palabras ó de nuestros actos.

2. La *reserva*, es decir, la conservación espresa de ciertos derechos cuya renuncia sería 6 podría ser una consecuencia de nuestro acto.

3. El *derecho de retencion*, ó el derecho de conservar en nuestro poder la cosa ajena que poseemos por un motivo lejítimo, en virtud de un crédito de que es objeto esta cosa, hasta que haya sido satisfecho el crédito. Nadie puede ejercer este derecho sino mientras posee la cosa, y se sostiene por medio de la escepcion de dolo (*exceptio doli*) contra la acción que el adversario intenta en restitución de la cosa.

4. La *caucion*, que comprende toda garantía que una persona dá á otra para asegurar la ejecución de una obligación. Divídese: en *caucion verbal*, que se presta ó por promesa bajo juramento *cautio juratoria*, ó por simple promesa; pero en este caso exijía el derecho romano una estipulación (*repromissio*) en *caucion real*, á la cual pertenece en particular la que se dá por medio de fiador (*satisdati s. fidejussio*) y por prenda.

5. La entrega de posesion (*missio in possessionem s. in bona*) de todos los bienes ó cosas particulares de otro, hecha por el pretor para asegurar ciertos derechos al que se pone en posesion. Por este medio

rencia entre la adquisición civil y la adquisición natural, son admitidos los procuradores siempre, suponiendo empero que hayan recibido el encargo de obrar por otros, 6que sus actos hayan sido ratificados.

199 Fr. 151, D. L, 16: «*Delata haereditas intelligitur*, quam quis adeundo possit consequit.»

adquiere este la detención de la cosa, obligándose sin embargo á conservarla (*custodire*) y á administrarla: además obtiene por esta entrega de posesion un derecho de prenda sobre la cosa, y cuando aquella se verifica *damni infecti causa, ex secundo decreto*, tiene la propiedad de la cosa, si el adversario la tenia; pero en todos los casos goza del beneficio de la usucapion[200].

6. La *prision y el embargo*, es decir, la restricción impuesta por el juez á lá libertad personal del deudor ó á la libre disposición de su fortuna para la seguridad del acreedor. La ejecución del arresto presupone una justa causa, es decir, es menester que exista un peligro evidente de que el acreedor será privado ó al menos impedido en el goce de su derecho, si el deudor conserva la libertad de su persona ó la disposición de sus bienes[201].

§. 191. a. De la extincion de los derechos

A. Con el consentimiento del que tiene el derecho.

Los derechos, una vez adquiridos, continúan existiendo hasta que ocurre un motivo particular cuya consecuencia es hacerlos cesar.

A. Este motivo puede resultar de la voluntad de aquel á quien competen los derechos; estos se acaban:

1. Por la *renuncia* (*renuntiatio*), que consiste en el abandono de un derecho sin transferirlo á otra persona[202]; pero es menester que nos pertenezca realmente el derecho[203], y que tengamos Un conocimiento exacto del objeto de la renuncia.

2. Por *enajenacion*. En el sentido mas lato se entiende por esta palabra todo cambio que hacemos en nuestros negocios, así la traslación de un

200 La entrega de posesion *ex secundo decreto* no se verifica sino en el caso en que se han esperimentado realmente perjuicios (*damnum infectum*), cuando la entrega *ex primo decreto* ha sido infructuosa, es decir, cuando no se ha prestado en tiempo oportuno la caución *damni infecti*.

201 En el derecho romano el arresto es un *medio de ejecución*, cuando el deudor ha sido condenado (*pignores capio* §. 311 hasta el fin); pero no lo reconoce como *medio de garantia* contra un deudor que todavía no ha sido condenado. Este medio fué introducido en Alemania por la jurisprudencia y las leyes del imperio de 1570, §. 84; de 1494, §. 82; de 1600, §. 60.

202 Fr. 41, D. IV, 4 — Const. 29. C. II, 3: «Quilibet juri pro se introducto renunciare potest.»—Const. II, C. IV, I: «*Ad jura renunciata non datur regressus*.»—Const. 4, C. II. 3.—Const. 51, C. I, 3.

203 Fr. 174, §. 1, D. L, 17: «Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.»

derecho en favor de otra persona, como la renuncia de este derecho, el establecimiento de una servidumbre, de un derecho de prenda ó de hipoteca y la aceptación de un pago; en un sentido mas restrictivo, la enajenación es la traslación y la cesión de un derecho[204], y en el sentido mas limitado, la enajenación dé una cosa es la transmisión de la propiedad á otro. El que es propietario de una cosa tiene también en general el derecho de enajenar, si por motivos particulares no le está prohibida esta enajenación. La prohibición de enajenar puede ser prescrita por una disposición legal ó judicial, por una disposición testamentaria y por un contrato. Es nula la enajenación hecha contra la prohibición de la ley ó del juez, y aquel en cuyo favor habla sido prohibida, tiene una acción real contra el tercero. La no observancia de una prohibición de enajenar hecha por testamentó dá lugar unas veces á una acción real contra el tercero y otras á una acción personal de indemnización contra el que enagena, según él testador haya prohibido , en favor de un tercero, la enagenacion de su propia cosa, ó de la otra persona favorecida por él en su legado. La no observancia de una prohibición de enagenar hecha por convenio no dá lugar en general sino á una acción personal contra el que enagena, á no ser que en el mismo contrato se haya estipulado el medio del pacto *reservati dominii é reservatae hypothecae*.

§. 192. b. B. Contra el consentimiento de el que tiene el derecho

B. Por varios motivos puede acabarse un derecho contra la voluntad de aquél á quien pertenece. Daremos sin embargo algunas reglas generales:

1. Los derechos cuya condicion forma un estado (*status*), cesan al mismo tiempo que este estado.
2. Los derechos reales se estinguen con la misma cosa que es objeto de ellos.
3. Los créditos que están amortizados, de cualquiera manera que sea, y los derechos reales así como las obligaciones se estinguen también.
4. Cuando el que ha concedido á otro un derecho sobre una cosa, pierde su derecho que desde el principio no era mas que temporal y revocable[205], ó cuando por motivos posteriores verifica su revocación.

204 Const. 7, C. IV, 51; es preciso tener aquí presente la regla: *Nemo plus juris in alterum transfere potest, quam ipse habet*. Fr. 54, D. L, 17.

205 Según la regla: Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum. Véase al efecto el §. 254.

5. Por cumplirse la condicion resolutoria, ó llegar el término para el cual se habla concedido el derecho.
6. Por la falta de interés de parte del que tiene el derecho.
7. Cuando se retira á alguien su derecho por mal uso 6 de cualquier otro delito.
8. En fin, por la prescripción.

§. 193. Del tiempo en sus relaciones con los derechos

La ley limita frecuentemente á cierto espacio de tiempo (*tempus*) , la adquisición, el ejercicio y la pérdida de los derechos, de manera qué no pueden ser ejercidos sino durante este espacio de tiempo, ó cuando ya ha espirado. El derecho romano distingue:

1. Con relación al mismo tiempo, el tiempo *contínuo* (*tempus continuum*) del tiempo útil (*tempus utile*). Pero éstas espresiones se refierén lo mismo á la época en qué principia un plazo, como á su duración y a su estension. Respectó á la época en que principia á correr un plazo, se entiende por *tempus continuum* el que empieza desde la realización de cierto suceso, aun cuando no tenga conocimiento de él la persona en cuyo beneficio corre dicho plazo; dícese por el contrario *tempus utile* el que no principa sino desde el momento en que tiene conocimiento del suceso la persona en cuyo beneficio corre el plazo. En cuanto á su duración, el *tempus continuum* es aquel en que se cuentan todos los dias, desde que han principiado á correr, en los mismos términos que se suceden en el calendario; el *tempus utile* por el contrario es aquel en que no contamos los dias durante los cuales nos está prohido perseguir nuestro derecho en juicio (*experiundi potestas*).

2. Respecto á la terminación de un plazo, hay diferencia entre la computación del tiempo *natural* y la del tiempo *civil*. En la primera se cuenta de momento á momento, y el espacio de tiempo que corre desde cierto acontecimiento no cumple sino hasta despues de haber pasado el último momento. En la segunda se cuenta de dia á dia, y se observa la regla: *dies novissimus caeptus pro completo habetur*. En el derecho romano, *dies novissimus, postremus* ó *supremus* es el último dia de un plazo. Por ejemplo, en el plazo de un año que principia el dia primero de enero, el *dies novissimus* es el 31 de diciembre desde que principia; de

mo¬do que despues de las doce de la noche del 30 al 31 de diciembre el plazo ha transcurrido civilmente.

CAPÍTULO II

De los derechos particulares (jura singularia) y de los privilegios

§. 194. 1. Nocion general de jus commune et singulare

Las leyes positivas contienen y sancionan reglas de derecho generales y naturales (*regula juris s. ratio juris*), ó fijan, por medio de razones particulares, principios que se separan de estas reglas generales. En el primer caso las leyes sancionan un derecho común (*jus commune*), en el segundo caso, un derecho particular (*jus singulare s. exorbitans*). Este derecho es favorable ó desfavorable (*jus singulare favoravile s. odiosum*) según contiene, contra la regla común, para aquellos en cuyo favor se ha establecido una estension ó una restricción particular de sus derechos. El derecho particular favorable se llama en el derecho romano (*beneficium juris*) y también *privilegium*, que es de dos especies: *beneficium personae*, cuando no ha sido concedido sino á una persona, y no puede ser ejercido ni por los herederos ni por los fiadores; *beneficium causae* cuando está en relación con un objeto legal, y en este caso puede ser ejercido no solamente por el que tenia originariamente el derecho, sino también por sus herederos, fiadores y cesionarios. Ninguno de los dos tiene aplicación sino cuando aquel á quien pertenece los invoca en su favor.

§. 195. Nocion del privilegio en particular

Un privilegio en el sentido lato de la palabra, es todo favor, Introducido por la ley, y el coa! se separa de la regla común. Este favor puede ser concedido por una ley general (*lex generalis*) á todas las personas que se bailan en los casos que ella ha previsto, y entonces es sinónimo de *beneficium juris* ó *jus singulare favorabile*[206]; puede también ser el resultado de una disposion especial del legislador (*lex personalis*) en favor de una persona ó de una cosa determinada, y entonces es un privilegio en el sentido restrictivo. Pero así como en el derecho romano *beneficium juris* se llama

206 En este sentido se habla de las prendas privilegiadas, de los privilegios del fisco, de los menores, de los soldados y de las mujeres, de los privilegios de la dote, etc. Fr. 40.42, 44, §. 1, D. XXVI, 7.—Const. VII, 73, 74—Cod. 12, C. VIII, 18.—Nov. 97, cap. 2, 3.—Nov. 109, cap. 1.

frecuentemente *privilegium*, del mismo modo se dá el nombre de *beneficium* al privilegio en el sentido restrictivo.

§. 196. De la division de los privilegios

El privilegio en el sentido restrictivo es:

1. Con relación á la *persona* á quien pertenece, ó un *privilegio personal* (*privilegium personae*), si se ha establecido en favor de una persona física ó de una comunidad, ó *privilegio real* (*privilegium rei s. praedii*), si es en favor de un fundo[207].

2. En cuanto á su objeto, el privilegio se divide en *privilegio afirmativo* (*privilegium affirmativum*), cuando garantiza á alguno un derecho de preferencia particular, y en *privilegio negativo* (*inmunitas*, *vacatio*), entre los modernos, *privilegium negativum*, cuando exime de un deber, al cual los demás subditos están sometidos.

3. Según el modo de adquirir el privilegio, divídese en *privilegio gratuito* (*privilegium gratuitum*), cuando es la consecuencia de una pura liberalidad del príncipe, y en *privilegio oneroso* (*privilegium onerosum*), cuando en camhio de este derecho está obligado el privilegiado á alguna prestación, ó cuando se le concede por servicios ya prestados[208].

§. 197. De la naturaleza legal de los privilegios

La naturaleza del privilegio y sus efectos no pueden ser determinados sino según su estension particular. Reglas generales:

1. El privilegiado puede ejercer plenamente su derecho en toda su estension, y nadié puede turbarle en este ejercicio; por consiguiente tiene un derecho de defensa, por medio del cual escluye del ejercicio de un derecho análogo á todos los que no poseen el mismo privilegio[209].

207 Fr. 1, §. 41.—43, D. XLIII, 20. Ordinariamente se colocan entre estos últimos los *privilegia causae*; pero estos no son privilegios propiamente dichos sino *jura singularia*.

208 Háse adoptado comunmente otra división de los pivilegios en *privilegia gratiosa* y *conventionalia*; pero no tiene importancia, porque la concesión y la aceptación del privilegio tienen siempre por base un convenio, ora sea gratuito el privilegio, ora sea oneroso.

209 Si otro tiene un privilegio semejante, debe aplicarse la regla: privilegiatus adversus aeque privilegiatum jure suo (sc. prohibitivo) non utitur.

2. El privilegio concedido á una persona física no puede ser ejercido sino por ella ; el concedido á una comunidad puede serlo, según su naturaleza, ó por cada individuo de la comunidad, ó solamente por algunos funcionarios en nombre de toda la corporacion; por último, el concedido á un fundo puede ser ejercido por todo poseedor del fundo.

3. Todo privilegio as inseparable de la persona que lo ejerce; de consiguiente el privilegio no puede enajenarlo ni transferirlo á los demás[210]; pero puede ceder á otro, sea por título oneroso ó lucrativo, el ejercicio de su derecho, siempre que no se oponga la naturaleza particular del privilegio: tal es el caso de los privilegios negativos, y en los afirmativos cuando su ejercicio está limitado á la persona del privilegiado.

§. 198. De la extincion de los privilegios

El privilegio se estingue:

1. *Segun su naturaleza*, por el lapso del tiempo para el cual fue concedido , y si no se ha fijado espacio de tiempo cuando cesa de existir la persona a quien pertenece. Asi es que el privilegio concedido á una persona fisica se estingue por la muerte da ésta; el privilegio concedido á una comunidad dura todo el tiempo que esta exista; el instituido en favor de una cosa se estingue con la misma cosa; sin embargo, el privilegio revive con el restablecimiento de la cosa.

2. *Cuando el príncipe revoca el privilegio*, pero generalmente no tiene esta facultad sino cuando lo ha concedido con la condicion de poder revocarlo; en todos los demás casos no puede, á no ser que lo exija el bienestar del Estado, y entonces el privilegiado puede reclamar la, indemnizacion por la pérdida de su derecho.

3. *Cuando del abuso que el privilegiado hace de su derecho* residian consecuencias perjudiciales para el Estado, el cual puede entonces prohibirle, como pena, su derecho por las vias judiciales.

4. *Por la renuncia espresa ó tácita*. El derecho canónico considera como una renuncia tácita el no ejercicio del privilegio durante ún largo espacio

210 Pero si es un *privilegio real*, pasa al nuevo adquirente con la enajenación de la cosa y las dependencias.

de tiempo aunque el privilegiado haya tenido ocasion de ejercerlo. Esta manera de extinguir los privilegios se llama hoy pérdida por *prescripcion*; el derecho canónico requiere en general un lapso de treinta años, y para los privilegios de la Iglesia de cuarenta años[211].

§. 199. Del concurso y de la colision de los derechos particulares y generales

Un *concurso* de muchos derechos existe por medio de la reunión de derechos de diferentes personas sobre el mismo objeto, Sin que ninguna de ellas pueda ejercer un derecho esclusivo. Cada uno ejerce aquí su derecho en toda su estension, aunque este ejercicio por parte del uno restrinja la ventaja que otro podría sacar de su derecho.

Una *colision*, por el contrario, existe cuando hay contradicción entre los derechos de muchas personas, contradicción que no permite sino á una sola de ellas gozar de la plenitud de su derecho. La colision dá, pues, lugar á la cuestión de saber cuál de estos derechos debe ser preferido á los demás. Las reglas siguientes servirán para determinarlos:

1.° El derecho especial debe ser preferido al derecho general; el privilegio tiene, pues, la preferencia sobre un derecho singular (*jus singularae*), y este sobre un derecho común (*jus communae*)[212].
2.° Si los derechos entre los cuales existe la colision son ambos comunes ó especiales, la preferencia está por el que la ley favorece mas[213].
3.° Cuando la ley no ha determinado espresamente á cual de los derechos, iguales en lo demás, concede la preferencia, entonces es menester distinguir:

(a) O los derechos están directamente en colision, es decir, que los que los invocan pueden ejercerlos el uno contra el otro; en este caso , el que, por medio del ejercicio de su derecho, quiere preservarse de una pérdida real, tiene la preferencia sobre el que

211 Cap. 6, 15, X, 5, 33. En derecho romano los privilegios negativos no se estinguen por el no uso. Const. 2, C. X, 43. En cuanto á los privilegios afirmativos no hallamos mas que una sola disposición, fr. 1, D. L. II, que el privilegio *nundinarum* se estingue en 10 años.

212 Fr. 80, D. L. 17: «in toto jure generi per speciem derogatur et illut potissimum habetur quod ad speciem directum est.»

213 Por ejemplo: fr. 3, §. 2, D. XIV, 6; fr. 11, §. 7; fr. 12, pr. D. IV, 4. Cuando se trata de privilegios la ley concede también una preferencia al mas antiguo. Const. 7, C. I, 19.—Const. 12, §. 1, C. VIII, 18.—Nov. 91, cap 1. Lo mismo sucede en la prenda y en la hipoteca, fr. 12, D. XX, 4; pero no así respecto á los demás derechos reales y singulares.

quiere hacer una ganancia[214]; pero si ambos temen una pérdida real, tendrá la preferencia el que ha recibido alguna cosa del otro, sin ser enriquecido por esto[215]. En todos los demás casos, los dos derechos en colision se destruyen, y ninguno de ellos puede ser ejercido.

(b) O bien los derechos están *indirectamente* en colision, es decir, que tienen relación con un tercer objeto, sobre el cual dos personas pretenden ejercer un derecho esclusivo. El que está en posesion de él, es preferido; si ninguno de ellos está en posesion, es menester ver si el objeto es divisible ó indivisible: en el primer caso, se reparte entre todos aquellos que tienen el mismo derecho á él; en el segundo caso, por el contrario, los derechos, por regla general, se destruyen; pero si las circunstancias ó la cualidad de los derechos exigen el ejercicio del uno de ellos, decidirá la suerte, á falta de disposición espresa de la ley.

CAPÍTULO III

Del modo de perseguir los derechos en juicio, y en particular de las acciones y de las excepciones

§. 200. 1. De las acciones

A. Idea de la acción

La *accion* (*actio*), es un medio que nos dá la ley, con él objeto de *hacer condenar* á alguno por el juez á hacer, á no hacer, ó á prestar lo que tenemos derecho á exigir de él. De consiguiente la naturaleza de toda acción supone por lo menos dos personas: un *demandante* (*actor*) y un *demandado* (*reus*) determinados. En. general no puede uno ser en el mismo proceso sino demandante ó demandado: hay sin embargo casos escepcionales en los que cada uno de los interesados puede ser á la vez demandante y demandado. El derecho romano llama á estas clases de acciones *judicia duplicia*.

214 Arg. fr. 14, D. XII, 6; «natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.» Por ejemplo: fr. 11, §. VI; fr. 34, pr.; fr. 27, §. I, D. IV, 4.

215 Fr. 11, §. 6; fr. 34, pr. D. IV, 4; fr. 126, §. 2; fr. 128, pr. D. L. 17: «in pari causa possessori potius haberi debet.»

§. 201. B. De las diferentes especies-de acciones.

1. Según su origen.

Las acciones de que habla el derecho- romano se dividen según su origen.

1. En acciones civiles y en acciones *honorarias* (*actiones civiles et honorariae*), según debe su origen al derecho civil, ó han sido introducidas por el Edicto de los pretores ó de los ediles (*actiones praetoriae et cedilitiae*).

2. En *actiones vulgares, s. directae, et non vulgares, s. in factum*. Las primeras son aquellas que fueron creadas en un principio para casos exactamente determinados y reconocidos como admisibles; tenían fórmulas invariables y concebidas en derecho ó en hecho (*in jus ó in factum*)[216], según que la accion del demandante se fundaba sobre el derecho civil ó sobre el derecho pretoriano.[217]. Las segundas, esto es, las *actiones vulgares, s. infactum*, en un sentido estricto, son acciones sin fórmula fija ó propia[218].

   A esta clase pertenecen:

   (a) Las *utiles actiones*, ó las acciones introducidas por analogía en una acción directa; en efecto, el pretor concedía la acción útil en los casos á que no estaban destinadas en el principio, pero que guardaba analogía con el caso que servía de base á la acción directa[219]. Las *fictitiae actiones*, que se fundaban en una ficción, eran una especie particular de acciones útiles[220]. Todas las acciones útiles y ficticias debían su origen al derecho pretoriano.

   (b) Las *praescriptis verbis actiones*, que tenían lugar cuando la acción se fundaba en una obligación civil, pero que por las modificaciones especiales del caso particular no tenían aplicación en ninguna de las fórmulas invariables del derecho civil; en estos casos se daba

216 Por ejemplo: fr. 2, §. 3, D. X, 2, §. 7, J. IV, 15; fr. 10, D. X, 1; fr. 13, 14, D. V, 1; fr. 37, §. 1, D. XLIV, 7
217 §. 3, J. IV, 6; fr. 25, §. 2, D. XLIV, 7.
218 Habla también para algunos casos fórmulas dobles. Gayo, IV, §. 47
219 Fr. 21, D. XIX 5: fr. 47, §. 1, D. III, 5; fr. 29, §. 7; fr. 53, D. IX, 2. Sobre las *acciones útiles*, Heffter, *loc. cit*, p. 56.—Zimmern, *Historia del derecho*, §. 54.
220 Gayo, IV, 34, 36.—Ulpiano, XVIII, 12.—Schweppe, *Historia del derecho*, §. 256.

una *formula in jus concepta* acompañada de una *praescriptio*, es decir, la introducción de la fórmula hacia mencion de las modificaciones del caso particular[221].

(c) Las *actiones in factum*, en el sentido mas estricto, fundábanse únicamente sobre la equidad del pretor; eran siempre concebidas según las circunstancias del caso, y no se apoyaban en ninguna fórmula preexistente.

§. 202. 2. Segun su fundamento

Según su fundamento, las acciones se dividían en acciones *reales, personales ó mistas* (*actiones in rem, in personam, mistae*).

1. La acción real, en el sentido lato, es la que deriva de un derecho absoluto; puede ser intentada contra cualquiera que perjudique ó dispute los derechos del demandante. En este sentido se comprenden igualmente en ella las *acciones praejudiciales*, es decir, las acciones que tienen por objeto perseguir en juicio un estado ó un derecho de familia. Por el contrario, en un sentido restrictivo, acción real es la que se deriva de la propiedad y de los derechos reales, como igualmente aquellas por medio de las cuales se persigue un derecho de succión, que el derecho romano llama también *vindicationes*. Estas acciones tienen por objeto hacer reconocer por el juez el derecho del demandante, y de hacer cesar la lesión.

2. Las acciones personales, que en el derecho nuevo se llaman también *condictiones*, son aquellas que tienen por objeto pedir la ejecución de una obligación, y que no pueden por consiguiente ser dirigidas sino contra la persona (el deudor) especialmente obligada. Estas acciones son tan varias como las obligaciones cuya ejecución tienen por objeto, y como ellas también descansan sobre un contrato ó sobre un cuasi-contrato (*act. ex contractu vel quasi ex contractu*), ó sobre un delito ó sobre un cuasidelito (*act. ex delicto vel quasi ex delicto*), ó sobre una disposición de la ley (*act. s. conditiones ex lege*). Merecen también ser mencionadas las especies siguientes:
   (a) Las acciones que nacen de contratos ó de cuasi-contratos son *ac-*

221 Gayo, IV, 130, 132.—Heffler, loc. cit. p. 54.—Zimmern, *Historia del derecho romano*, §. 55. Se llaman, es cierto, igualmente *actiones in factum*; fr. 13, §. 1; fr. 22, D. XIX, 5; pero los fr. 15, Ibid; fr. 7, §. 2, D, II, 14, y la Const. un. §. 13, C. V, 13, demuestran que eran acciones civiles.

tiones directae ó contrariae, según tienen por objeto pedir fa ejecución de la obligación fundada en el contrato y formada por su existencia, ó la ejecución de una obligación reconvencional, á la cual el contrato no da lugar sino en la prosecución del proceso y bajo diferentes condiciones[222].

(b) Las acciones que resultan de contratos no pueden en general ser intentadas sino contra aquel que se ha obligado y sus herederos; sin embargó, en algunos casos escepciones pueden también ser dirigidas contra un tercero, á quien por razones particulares ha obligado el hecho de uno de los contratantes; en este caso se llaman *actiones adjectitiae qualitatis*.

(c) A las acciones personales que resultan de los delitos pertenecen también los *interdictos* (*interdicta*) destinados á garantir la posesion, porque no pueden ser dirigidos sino contra aquel que con vias de hecho turba nuestra posesion, ó nos ha privado de ella por medio de la violencia; muchos autores, sin embargo, los colocan entre las acciones reales[223].

3. Las acciones mistas son comunmente las que en un concepto son reales y en otro personales; cuéntanse entre ellas:

(a) Las tres acciones divisorias: *actio familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*; su objeto es no solo dividir la cosa hasta entonces común, sino pedir la ejecución de ciertas prestaciones personales, á las que uno de los copartícipes está obligado respecto del otro.

(b) Las *actiones in rem scriptae*, es decir, las acciones personales que, bajo diferentes condiciones particulares, pueden igualmente ser dirigidas contra el tercer poseedor de la cosa, tal es la acciona *quod metas causa*. Pero en realidad, todas las acciones llamadas mistas no son mas que acciones personales.

222 Por ejemplo: fr. 17, §. 1; fr. 18, §. 4, D. XIII, 6; fr. 8, §. 2, D. III, 5; fr. 1, §. 8, D. XXVII, 4. En otro sentido, el demandado puede también proponer, en materia de servidumbres y de otros derechos reales, las *actiones contrariae*, que tienden á probar lo contrario de lo que exige el demandante, fr. 8, pr. D. VIII, 5.

223 Fr. 1, §. 3, D. XLIII, 1: «Interdicta licet omnia in rem videantur concepta vi tamen ipsa personalia sunt.»

§. 203. 3. Segun su objeto

Según su objeto divídense las acciones:

1. En *actiones rei persequendae causa comparatae* (llamadas *act. eei persecutoriae*), en *actiones paenales* y en *actiones mistae*.

   Entre las acciones *rei persequendae causa comparatae* es menester colocar á todas las acciones reales y personales que tienden á reclamar una cosa, ó á pedir el resarcimiento de daños y perjuicios.

   Actiones paenales son las acciones que resultan de un delito, por medio de las cuales se persigue una pena, que entre los romanos consistía principalmente en el derecho que tenia el demandante para exigir el doble, el triple ó el cuádraplo del daño causado por el demandado.

   Actiones mistae, en este sentido, son las acciones que se derivan de un delito, que tiende que también tanto á reclamarla cosa o á pedir el resarcimiento de daños y perjuicios coma al perseguimiento de la pena.

2. En *actiones speciales generales*, segun están destinadas á perseguir una ó muchas cosas individuales, o bien una universalidad de recho. Estas acciones toman también el nombre de *actiones de universitate*, es decir, de *hereditate*, *peculio*, *dote*[224].

§. 204. 4. Segun el modo de perseguir

Las acciones, según las diferentes maneras con que pueden ser perseguidas en juicio, se dividen, según el derecho romano:

1. En *actiones stricti juris* (*judicia*, en el sentido restrictivo) y en *actiones bonae fidei* (arbitria). Esta división no se refería sino á las acciones personales, principalmente á la distinción que existe entre los contratos *stricti juris* y los *bonae fidei* (§. 879). Las acciones de derecho estricto tenían de particular que el objeto de su perseguimiento era siempre cierto, y que las obligaciones que les daban oríjen eran unilaterales, y de consiguiente jamás había lugar á un *contrarium judicium*[225]. La

224 Fr. I. pr. §. 1, 3; fr. 73, D. VI, 1. Leemos en el fr. 38, pr. D. XVII, 2, la espresion *judicia generalia* en otro sentido.

225 Ciceron, *Pro roscio com.* c. 4.—Gayo, III, 137, §. 3, J. III, 22 (23).

fórmula del juicio (*formula judicii*), debia ser estrictamente redactada según los términos del contrato; el juez, debia atenerse exactamente á esta fórmula, y no podía en manera alguna atender á la equidad; no podía, pues, reconocer el interés del demandante, ni tomar en consideración las excepciones del demandado, sino cuando los hechos sobre los cuales estaban basadas, destruían la acción *ipso iure* es decir, en derecho civil; á no ser, sin embargo, que el pretor no hubiese intercalado en la *formula judicii* una escepcion que podía quitar todo efecto á la acción fundada en el derecho civil (§§. 211 y 212). Por medio de las acciones de buena fé, al contrario, se perseguía siempre una cosa *indeterminada*. En semejantes casos el pretor añadía siempre á la *formula judicii*, la cláusula, *et quanto aequius melius, ó ut inter bonos agier oportet*[226]. Estas palabras daban al juez (llamado aquí *arbiter*) el poder, no solamente de juzgar conforme á los principios del derecho estricto, sino también de atender á lo que se sobreentendía por los principios naturales del derecho y por la buena fé. Debia, pues, reconocer el interés del demandante, cuando el contrato no habia recibido su ejecución por culpa del deudor, y absolver el demandado de la querella por motivos de equidad, «por ejemplo», por causa de dolo y de coaccion, aunque la fórmula no hubiese hablado de ellos espresamente; el demandado podia igualmente oponer, *ex eadem causa*, sus contrapretensiones.

2. Al lado de las acciones del derecho estricto y de buena fé, el derecho romano menciona las *actiones arbitrariae*: en efecto, en ciertas acciones así reales como personales, el pretor mandaba, que, según el *arbitrium* del juez, el demando, principalmente cuando parecía evidentemente sucumbir, ejecutase incontinenti y sin prévia información un hecho que satisfaciese á la acción del demandante: por la negativa del demandado á someterse á este *arbitrium*, el pleito se instruía en las formas ordinarias, y en caso de condena, el demandado sufría, como pena, muchas consecuencias muy perjudiciales. El juez podia en efecto adjudicar *ex aequo et bono* toda la demanda, y condenar en ciertos casos al demandado á pagar el cuádruplo.

§. 205. C. Del concurso de muchas acciones

El concurso de muchas acciones existe, en general, cuando se hallan reunidas en una misma persona.

226 Cid., Top., c. 17; *De officiis*, III, 15, 17.

1. El concurso es *objetivo* cuando una persona tiene muchas acciones contra el mismo demandado: es de cuatro especies.

   (a) Es *cumulativo*, cuando estas varias acciones son dirigidas con un fin y contra objetos diferentes; ninguna de ellas escluye á la otra, y cada una produce los efectos que le son propios. Este concurso se verifica cuando *el mismo* hecho ilícito sirve de base á diferentes acciones, ó cuando estas nacen de diferentes hechos lícitos ó ilícitos, pero que no tienden á un mismo objeto.

   (b) Es *electivo*, cuando estas varias acciones descansan sobre bases diferentes, pero tienen todas el mismo objeto principal. El demandante tiene aquí el derecho de escojer entre sus acciones la que quiere intentar; si no alcanza su objeto por medio de una de ellas, le es permitido Intentar las demás[227]; pero en el caso contrario, quedan destruidas sus demás acciones, á no ser que una de ellas lo proporcione mayores ventajas que las que ha obtenido.

   (c) Es alternativo, cuando las varias acciones que tienen una base común se proponen diferentes objetos por fin; pero la elección del demandante está restrinjida en la una ó en la otra. La elección que haga destruye todas las demás acciones, ora quede vencedor, ora sucumba.

   (d) Es *sucesivo*, cuando no puede intentarse una de las acciones sino despues de otra. Tal es el caso de una acción prejudicial ó preparatoria con relación á otra[228], ó de una acción cuya naturaleza no permite que se intente sino una sola vez; pero despues de ella pueden admitirse otras.

2. El concurso es *subjetivo* cuando una acción pertenece á muchos demandantes contra un solo demandado, ó á un demandado contra muchos demandantes. El derecho reconoce aquí el principio de que pueden intentarse todas las diferentes acciones, sea al mismo tiempo, é sucesivamente, escepto cuando entre muchos demandantes ó demandados el uno no está obligado sino en tanto que el otro no ha recibido ó entregado el objeto de la deuda.

227 Fr. 76, §. 8, D. XXXI.—Const. 1. C. VI, 48; fr. 18, §. 3, D. XIII, 5; fr. 93. §. 1, D. XXXII; fr. 12, §. 1, D. XLI, 2.—Const. 14, C. III, 28.

228 Fr. 23, §. 5, D. VI, 1; fr. 3, §. 6, D. X, 4; fr. 1, §. 1, D. X, 4.—Const. 20, C. III, 26.—Const. 13, C. III, 32.

§. 206. D. De la transmisión de las acciones

Las acciones se transmiten á otras personas:

1. Por sucesión universal (*successio per universitatem*) é ipso jure, tanto activamente á los herederos del demandante, como pasivamente á los del demandado. Esta regla sufre sin embargo las recepciones siguientes:

   (a) Aunque las acciones penales, esceptuando la acción de injurias, pasan á los herederos del ofendido[229], no pueden dirigirse contra los herederos del delincuente[230], á no ser que el delito del autor de ellas los haya enriquecido[231].

   (b) Las acciones *quae vindictum spirant*, es decir, aquellas que sin esperimentar una pérdida real, pueden intentarse porque ha sido ofendido el carácter personal[232], no se transmiten á los herederos del demandante; pero pueden ser intentadas por el demandante contra los herederos del demandado, si no están basadas sobre un delito. No obstante, la acción penal lo mismo que la accion *quae vindictum spirat*, una vez intentadas y pendientes, pasan á los herederos del demandante y á los del demandado.

2. El que tiene un derecho puede igualmente transmitir á otro durante su vida, por sucesión con titulo particular, acciones aisladas; pero debe hacerse esta transmisión por cesión ó por delegacion.

§. 207. E. De la duracion de las acciones

1. Regla

Toda accion se estingue con el derecho que persigue. Pero mientras el derecho existe, el demandante tiene, según los principios generales, la facultad de intentar en todo tiempo su accion.

229 Gayo IV, 112. §. I, J. IV, 12, y Teófilo ad h. l.
230 Fr. 1, pr. D. XLVII, 1; fr. III, §. 1, D. L, 17; fr. 22, D. XXXIX, 1.
231 Fr. 38. 127, D. L. 17.—Const. un., C. IV, 17.
232 Por ejemplo, la *querela inofficiosi testamenti et donationis*, la accion de revocacion de una donacion por causa de ingratitud.

Según el antiguo derecho romano, las acciones eran, por regla general, perpetuas (*perpetuae*), y en algunos casos solamente, sobre todo en las acciones pretorianas, la ley fijaba un plazo durante el cual debían ser intentados, so pena de prescripción. Llamábanse por contraposicion á las primeras, *actiones temporales*[233]. El derecho moderno, por el contrario, concede en general á cada acción que antes para perpetua un plazo de treinta años: asi es que después de este espacio de tiempo puede ser descartada y estinguida por la prescripción (*temporis exceptio s. praescriptio*). Los modernos llaman á esta manera de estinguir las acciones la *prescripcion de las acciones*, que es una especie de su *prescripcion extintiva*.

§. 208. Excepciones de esta regla

Pero la regla del derecho nuevo, en virtud de la cual se estinguen las acciones por el lapso de treinta años, contando desde el momento en que se fundaron[234], sufre las escepciones siguientes;

1. Hay accionas que, durante cierto plazo, no estén sometidas á ninguna prescripción. Tales son, durante el tiempo del matrimonio[235], las acciones de la mujer casada para los bienes dotales enajenados por el marido; las acciones de los hijos de familia para sus bienes adventicios enajenados ilejítimamente por el padre, durante todo el tiempo de la patria potestad[236], y las acciones de los pupilos durante, la impubertad y la tutela[237].

2. Otras acciones no se estinguen sino por el lapso de 40 años, contados desde el momento de su existencia. Talca son las acciones para los bienes del Estado y para los patrimoniales del príncipe, del mismo modo que las acciones de las iglesias, establecimientos de beneficencia y ciudades[238]; tal es la acción hipotecaria, en tanto que pueda intentarse

233 Gayo, IV, 110.—Pr. J. IV, 12.

234 Const. 3, C. VII, 39: «*ex quo jure competere caeperunt*.» Const. 7, §. 4, C. ibid.

235 Const. 30 in fine, C. V, 12.

236 Const. 4, C. VI, 61.—Const. 1, §. 2, C. VII. 40.—Nov. 22, cap. 24.

237 Const. 3, C. VII, 39: «*Sed pupillare aetate duntaxat hoic eximenda sanctioni*.» La prescripción de treinta años corre contra todo menor desde el momento de la *pubertad*; la prescripción de las acciones temporales solas de un impúbero ó de un menor comienza á correr desde el momento de su mayoría. Const. 3, C. II, 41.

238 Const. 4, 6, C. VII, 39.—Const. 14. C. XI, 61. Segun las disposiciones anteriores de Justiniano, tas acciones de las iglesias y de los establecimientos de beneficencia no se estinguen sino por un lapso de cien años (Const. 23, C. I, 2.—Nov. 9); pero mas tarde se limitó este tiempo á cuarenta años. Nov. 111; Nov. 131, cap. 6. Según el derecho canónico, las acciones de la Iglesia romana no se estinguen sino en cien años. Capitalo 16, 17, C. 16, qu. 13.— Cap. 13, 14, 17, X. 2, 26.—Cap. 2. *De praesc*. in VI, 10.

contra él mismo deudor y contra sus herederos: cuando una acción ha sido intentada y el proceso abandonado después de la *litis contestatio*, la acción no se estingue sino basta los cuarenta años contados desde el momento del último acto del procedimiento, aunque antes hubiese podido ser prescripta por un plazo de tiempo menos largo (*prescriptio litis pendentis*),

3. En fin, las antiguas *actiones temporales* que de todo tiempo se prescribían por un plazo determinado y menor de treinta años se estinguen todavía en este mismo espacio de tiempo[239]. Tales son todas las acciones pretorianas que resultan de delitos; de consiguiente también los tete edictos destinados ó protejer la posesion turbada por vías de hecho; además las acciones de restitucion, las acciones edilicias y la *quaerela inofficiosi testamenti*.

§. 209. Principios particulares en la prescripción de las acciones

Tenemos que establecer todavía algunos principios particulares en la prescripcion de las acciones.

1. La base en que se apoya la prescripción de las acciones se halla únicamente en la neglijencia y en la inacción judicial del que tiene el derecho; por este motivo en el derecho romano no se examina jamás la buena fé del demandado que prescribe[240]. Pero en el derecho canónico es preciso admitir que todas las acciones, así, reales como personales, que tienden á pedir la restitución de una cosa, no se prescriben cuando el poseedor de la cosa se apoya en la mala fe, y que en todas las demás acciones personales, la negligencia del que tiene el derecho le perjudica, aunque el demandado obrase de mala fé.

2. La prescripción de una acción no principia á correr sino desde el momento en que se funda en el derecho[241], y en que el demandante está en disposición de intentarla[242].

239 Const. 3, C. VII, 38: «Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, *non illae, quae antiquis temporibus limitabantur*.»
240 Const. 8, §. 1, C. VII, 39: «Si vero mala fide etc.»
241 Const. 3, C. VII, 39: «ex quo jure competere caeperunt.»—Const. 1, §. 1, C. VII; 40; fr. 9, §. 3, D. XIII, 7.
242 De aquí la regla; Agere non valenti non currit praescriptio.

3. En las acciones que no se prescriben sino en treinta ó cuarenta años, el plazo de la prescripción es siempreun tiempo continuo (*tempus continuum*), y en algunas acciones temporales, un tiempo útil (*tempus utile*) (§. 193); la prescripción no es perfecta sino despues de haber transcurrido enteramente el último dia[243].

4. La prescripción da la acción se interrumpe bien sea por la introducción de la misma acción y por la *litis contestatio* que se ha seguido de ella, bien sea por una protesta hecha en debida forma, bien por el reconocimiento espreso ó tácito de la deuda por parte del deudor.

5. La prescripción de la acción tiene únicamente por efecto, dar lugar á una acción contra la demanda (*exceptio praescriptio*). De aquí se sigue que la estincion de la acción no hace perder al demandado todo su derecho; pero es indudable que aunque pueda perseguirle de otra manera, por ejemplo, por medio de una escepcion, no lees permitido jamás por medio de una acción.

6. No existe restitucion contra la prescripción de las acciones por treinta ó cuarenta años.

§. 210. II. De la litis contestatio

En el antiguo procedimiento romano, la *litis contestatio* consistía en un acto emanado de cada una de las partes. En efecto, cuando el demandante había producido la acción que quería intentar, y que el pretor le habla concedido, se fijaba un término para litigar. Durante este tiempo el demandante esponia su accion, y el demandado contestaba á ella; ora confesando (*confessus in jure*) los hechos en que la accion se apoyaba, ora negándolos, oponiendo escepiones por medio de las cuales procuraba protejerse contra la acción (§§. siguientes). La esposicion del demandante y la respuesta del demandado formaban un conjunto de hechos llamado *litis contestatio*[244], que

243 Fr. 6. D. XLIV, 17: «in ómnibus temporalius actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.»

244 Este nombre proviene de que en los pasados tiempos los romanos tenian por costumbre que el demandante, al principiar el proceso, llamase algunas personas presentes como testigos, lo que se llamaba *antestari ó contestari*. Festus, De v. Sig. sub voce *contestari*. De aqui también se llamó al demandante: actor litem contestatur: fr. 48, D. XLVI. 2;fr. 3, §.10, D. XLVI, 7; fr. 11, pr. D. XIII, 7; fr. 35, §.2, D. XII, 2 et la Const. I, C. III, 9.—Nov. 96. cap. I; se decia del demandado: judicium accipit, fr. 28, §. 2, D. 5, I; fr. 16, D. III, 3.

dejaba el proceso pendiente (*lis pendens*), y cuyas consecuencias eran muy importantes. En efecto, según el derecho nuevo[245]:

(a) La *litis* contestación interrumpe toda prescripcion, tanto la de la acción como la usucapion por parte del demandado.

(b) La cosa que forma el objeto del proceso, llega á ser *res litigiosa*; impide, pues, al demandante ceder la acción intentada, y al demandado eaagenar y cambiar la cesa, objeto del litigio.

(c) Tan pronto como hay contestacion, el proceso debe continuar ante el mismo juez que conoció de él en un prinicipio, aun cuando el demandado no estuviese ya sujeto á un tribunal.

(d) El demandado adquiere el derecho de intentar ante el juez que conoce de la acción, una acción contraria contra el demandante, aun cuando el juez fuese incompetente con respecto á los demandantes.

(e) Desde el momento de la litis contestación, el poseedor, aunque hasta entonces de buena fé, es considerado como poseedor de mala fé, en cuanto á todos los accesorios que debe restituir con la cosa principal.

(f) Las acciones que no se transmiten ni á los herederos al contra ellos (§. 206), adquieren esta cualidad por la litis contestacion.

(g) En fin, dá lugar á una *prorogatio jurisdictionis*, cuando el demandado, atacado delante de un juez incompetente, no opone la *escepcion judicis incompetentis*.

§. 211 y 212. 3. De las escepciones

A. Nociones generales

El demandado tenia por el derecho romano muchos medios para contestar á la acción del demandante:

245 Porque el derecho nuevo no habla ya de la *novatio necessaria*; que, segun el antiguo, era en un *juditium lejitimum* la consecuencia de la litis contestacion.

1. Podía por medio de la litis contestación negativa negar simplemente los hechos que servían de base á la acción del demandante.

2. El demandado podía producir hechos nuevos, por medio de los cuales el derecho del demandante, aunque hubiese sido fundado en el principio, quedaba destruido *ipso jure*, es decir, en el derecho civil; este medio tenia por efecto hacer nula toda acción, por ejemplo, si la deuda había sido ya pagada ó perdonada por aceptilacion, y el juez debia obrar de oficio (*ex officio*), aun cuando no se hubiese tratado de esto en la fórmula del juicio (*formula judicii*). .

3. En fin, el demandado podía invocar hechos que, sin destruir la acción *ipso iure*, le daban sin embargo derecho á la proteccion del pretor, *quia iniquum foret eum condemnari*, por ejemplo, si probaba que no había contratado sino porque habían usado con él de dolo ó de coaccion, ó que la deuda le había sido perdonada por un pacto de *non petendo*. Estos medios de protección que daba el pretor por equidad contra una acción fundada en derecho civil, y que insertaba en la fórmula del juicio para que el juez atendiese á ellos, se llamaban *exceptiones seu prescriptiones*. La acción no era destruiada *ipso iure*; pero sus efectos podían anularse por la escepcion. En el derecho moderno la idea de escepcion es mucho mas estensa que en el derecho romano. En efecto, hoy se entiende por *excepciones* todas las objeciones del demandado que no entran en la categoría de la litis contestacion puramente megativa; comprenden, pues, el caso en que el demandado invoca hechos nuevos, por medio de los cuales procura defenderse de la demanda, sin distinguir si en el derecho romano la accion hubiera sido anulada de pleno derecho *ipso jure* ó quedado sin efecto por una escepcion (*per exceptionem*)[246].

§. 213. B. De las varias especies de escepciones

Con relación á su orígen las verdaderas escepciones se fundaban según el derecho romano:

246 Hé aquí por qué tenemos hoy la escepcion de pago (exceptio solutionis) que en derecho romano no era una escepcion. Gayo, III, 168.

1. Respecto á su origen en el edicto del pretor. Mas tardo las leyes y los senados-consultos las introdujeron igualmente, y de aquí provino su division en *civiles* y en *pretorianas* u honorarias.

2. Según el efecto que producen, se dividen en escepciones perentorias ó perpétuas (*peremptoriae s. perpetuae*) que destruyen la accion para siempre, en todo ó en parte, y en escepciones *dilatorias* ó *temporales*, que tenían por efecto separar la accion por cierto tiempo.

3. En fin, con relación á la persona que las ejerce, las escepciones son *personales* ó *inherentes* á la *persona* (*exc. in personam conceptae s. personae inherentes*), y *reales* ó *inherentes á la cosa* (*in rem conceptae s. rei coherentes*). Las primeras son enteramente personales, y no pueden ser opuestas sino por la persona a quien las leyes las conceden; en las segundas, por el contrario se refieren al hecho ó á la cosa que forma el objeto del litigio, y pueden ser opuestas por cualquiera interesado; por ejemplo, por los herederos y los fiadores del verdadero deudor.

§. 214. C. De la duración de las escepciones

Por regla general las escepciones son imprescriptibles porque su uso está subordinado á la condicion de la acción. Este principio se aplica no solamente á aquellas excepciones que jamás puede uno hacer valer sino como escepciones por la naturaleza misma del derecho que les sirve de base[247], sino también á los casos en que el derecho sobre el cuál ellas se fundan, hubiera podido ser perseguido por una accion estinguida por prescripcion[248]. Hay, sin embargo, algunas escepciones que se estinguen despues de cierto lapso de tiempo, aun cuando la accion, á la cual hubieran podido ser opuestas, no haya sido intentada durante este tiempo[249].

§. 215. IV. De la réplica

Así como el demandado puede oponer una escepcion á la accion, del mismo modo el demandante puede, por medio de nuevos hechos y circunstancias y puntos de derechos particulares, hacer nula la escepcion del de-

247 Por ejemplo, la escepcion *solutionis* y *pacti de non petendo*.

248 Por ejemplo, la escepción redhibitoria (*exceptio redhibitoria*) fr. 2, D. XLIV, 3, combinado con el fr. 59, pr. D. XXI, I.—V. p. 116, nota 7.

249 A esta clase pertenecen la escepcion non *numeratae pecuniae* (§. 432), la escepcion dotae cautae sed non numerale (§. 433), y la escepcion non solutis pecuniae (§. 507).

mandado, y sostener de este modo su demanda. Este nuevo alegato del demandante se llama la *réplica* (*replicatio*).

§. 216. V. De la contra-réplica

La respuesta del demandado á la réplica se llama *contra-réplica* (duplicatio), así como la réplica del demandante á ésta se llama *triplicatio*, etc. No puede determinarse en general el número de estas respuestas. En primera instancia se cierran ordinariamente los debates después de la contra-réplica, y en todos los casos el demandado debe hablar el último.

§. 217. VI. De la duración de las réplicas y contra-réplicas

Las réplicas, contra-réplicas y' todas las respuestas recíprocas de las partes deben ser consideradas en general como escepciones y exentas por lo mismo de toda prescripción; pero la accion prescripta no puede ya ser opuesta como réplica[250].

250 Fr. 9, §. 1, D. XII, 3.