

Reg. 6º P. 1º
honorario. *471*

DISCURSO

QUE LEYÓ

en la Universidad Central,
en el acto de recibir la investidura

DE

DOCTOR EN DERECHO,

el Licenciado en la propia Facultad

DON ANTONIO DE BARNOLA VERDAGUER.



MADRID:

IMP. DE DON BERNABÉ FERNÁNDEZ, BARCO, 6, BAJO.
1860.

UVA. BHSC. LEG.06-1 nº0471

Sretura - Derecho

Edicto perpetuo.

LIBRERIA

Antaspor otibz

Antaspor otibz

DISCURSO

54
QUE LEYÓ

en la Universidad Central,
en el acto de recibir la investidura

DE

DOCTOR EN DERECHO

el Licenciado en la misma Escuela

DON ANTONIO DE BARNOLA VERDAGUER.



MADRID:

Imp. de Don Benigno Ferrández Bargo, O. B. B.

1860

UVA. BHS. LEG. 06-1 n° 0471

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0471

U/Bc LEG 6-1 n°471 HTCA



1>0 0 0 0 2 8 4 1 5 5

УДА. ВНС. ЛЕГ.06-1 н°0471

**Causas que dieron origen á la creacion de la Pretura, origen y es-
tension del derecho honorario, é importancia del Edicto perpetuo.**

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0471

DISCURSO

QUE LEYÓ

**en la Universidad Central,
en el acto de recibir la investidura**

DE

DOCTOR EN DERECHO,

el Licenciado en la propia Facultad

DON ANTONIO DE BARNOLA VERDAGUER.



MADRID:

IMP. DE DON BERNABÉ FERNÁNDEZ, BARCO, 6, BAJO.
1860.

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0471

DICTIONARY

THE

AMERICAN

DICTIONARY

OF

THE AMERICAN PEOPLE

BY

THE AMERICAN DICTIONARY COMPANY

Excmo. e Ilmo. Sr.

En la vida de los pueblos hallamos en todas épocas instituciones que nacen y se desarrollan según la manera de ser especial de los mismos: entre ellas hay unas que desde su existencia los acompañan constantemente, y otras que sucesivamente van apareciendo y cambiándose por el influjo de los tiempos y necesidades sociales. Roma, esa gran ciudad, centro de la unidad política en lo antiguo y de la unidad religiosa después, nos ofrece un modelo donde poder analizar ventajosamente gran parte de las instituciones que á ella deben su origen, y que continúan rijiendo todavía en muchas naciones. Una de las más dignas de particular exámen, apesar de no haber llegado hasta nuestros días, es á no dudarlo, la de los Pretores, ya que fué de mucho interés para el derecho romano y sin ella no es dable hubiese teni-

do el desarrollo progresivo que tanta admiracion causa al que se dedica á su estudio.

Razones políticas y razones relativas al órden civil, fueron causa de la creacion de la Pretura.

Para apreciar debidamente las primeras, preciso será hacer una ligera escursion histórica. El despotismo de Tarquino el Soberbio, sétimo rey de Roma, revoluciona al Senado y al pueblo que echan abajo la monarquía despues de dos siglos y medio de existencia: establécese la república, y la institucion de los Cónsules reemplaza un Rey electivo y por vida por dos Reyes anuales. La condicion de la clase plebeya tan inferior á la patricia desde la distincion fundamental que hizo Rómulo, no cambió en nada con el nuevo gobierno: quedó como antes sujeta al órden aristocrático, que monopolizaba el gobierno y todos los honores y dignidades, era dueño cuasi absoluto de todas las riquezas, y componia esclusivamente los tribunales de justicia. Con motivo de las vejaciones continuas sufridas por el pueblo, se retira este al monte Sacro; y el Senado, que vió las consecuencias de este primer síntoma, y síntoma patente y ruidoso del rompimiento de las dos clases que constituian la ciudad, no puede menos que concederle la creacion de cinco magistrados, llamados Tribunos de la plebe, nombrados entre esta por los comicios por curias y revestidos con poder bastante para hacer respetar los intereses de la misma. La ciudad política, en su consecuencia, se halló constituida bajo una doble base, sin perder, empero, su unidad: de una parte vemos los comicios por centurias, institucion aristocrática, y para contrabalancear su influencia los comicios por tribus, de ins-

titucion popular: por otra, encontramos el Senado y los Cónsules, del orden patricio, y por contrapeso los Ediles plebeyos y los Tribunos con la inviolabilidad de su persona y la inflexibilidad de su *veto*. Sobre todas las magistraturas para los momentos de crisis se hallaba el Dictador, y sobre la misma Dictadura la apelacion al pueblo. La constitucion política habia, pues, reconocido los dos elementos que vivian en Roma y equilibrado su poder de accion. Reconocida en el gobierno político la plebe, quiso tambien obrar en la esfera civil ya que el derecho privado continuaba siendo para la misma un misterio, y reclamó leyes escritas con caracter de publicidad para que, conocidas de ambas partes, pudiesen dirimirse las cuestiones que de continuo se suscitaban por las nuevas y crecientes necesidades de la poblacion. Al objeto, se nombraron los Decemviro, invistiéndoles con todas las magistraturas y eximiéndoles de la apelacion al pueblo para que pudieran obrar con entera independenciam, los cuales publicaron las leyes de las XII Tablas, leyes que, apesar de participar de la barbarie de los antiguos tiempos, sellaron, no obstante, sus disposiciones con el principio de la igualdad civil. Los nobles, que vieron minado por su base el poder omnimodo que en este punto ejercian, inventaron las acciones judiciales y procedimientos complicados para poder continuar aplicando las leyes segun conviniera á sus intereses: pero los plebeyos, fuertemente empeñados en obtener todas las ventajas que aquellos tenian, vinieron con el tiempo merced á sus esfuerzos á igualarse en un todo con ellos y conseguir que la religion, las leyes y el gobierno fueran comunes á todos los ciudadanos. La organizacion de la República,

suspendida por la autoridad pasajera de los Decemvros y amenazada por las despóticas pretensiones de Apio Claudio, volvió á tomar su caracter antiguo, eligiéndose de nuevo Cónsules y Tribunos de la plebe. Estos, cuya mira constante era realizar las aspiraciones del pueblo, no tardan en pedir su participacion en el Consulado; y queriendo descartarse de esta pretension, el Senado establece en lugar de los Cónsules los tribunos militares, y contrabalancea su pérdida con la creacion de la Censura. Viene luego á ser esta accesible al pueblo, y los patricios se apresuran á crear dos nuevas magistraturas, la de los Pretores encargados de administrar justicia y dirigir el gobierno en ausencia de los Cónsules, y la de los Ediles curules. La reserva que de estas dignidades habian hecho los nobles desaparece pronto, y el plebeyo Publicio Philo, que habia ya ejercido los cargos de Cónsul y Dictador, es nombrado Pretor en 416. Por una série de concesiones arrancadas del Senado en favor de la plebe, es de consiguiente como se crean los Pretores, magistrados mayores ó del pueblo romano cuyo número aumentó ó disminuyó segun los tiempos. Pero no se presume que todas estas nuevas dignidades, inventadas por los patricios para retener cuanto pudieran su poder é influencia, fueron debidas á su solo capricho sin consultar para nada la necesidad ó utilidad públicas; puesto que al establecimiento de todas ellas presidió alguna causa mas ó menos lejítima y que mas ó menos exigian las circunstancias: así, fijándonos en la que mas especialmente nos ocupa, y por lo que hace al gobierno político, vemos que por ella se descarga á los Cónsules de las funciones encaminadas á la administracion de justi-

cia, á la que no podian atender por el aumento de la poblacion y por tener que dirigir sus miras á Roma, mandando los ejércitos y marchando con ellos á llevar á cabo nuevas conquistas para acrecentar mas y mas el dominio de la República.

En el órden civil, el derecho en su origen está dominado por una idea absoluta, sola, esclusiva, la de la ciudad. En esta hay dos elementos, el patriciado y la plebe, de los cuales el uno se eleva sobre el otro, y cuya distancia establece una division en las personas, pero no en la unidad del derecho civil. La unidad de la ciudad marca con un sello particular la constitucion de la familia y la propiedad, bases de la organizacion civil, y á la obligacion personal é intervencion de la justicia, como vínculo y garantía necesarios á la misma. Aparecen las leyes de las XII Tablas, puramente romanas, y no de importacion griega, como muchos pretenden, pero el carácter del antiguo derecho civil continúa siendo el mismo: la unidad de la ciudad romana, aplicada á los elementos de la sociedad civil. Sin embargo, el paso de un derecho misterioso, á un derecho escrito y promulgado, debia por precision dejar sentir su influencia. Cambian los tiempos y con ellos el órden de cosas cambia tambien: ya no existe aquella subordinacion ciega de la plebe á la aristocracia: los ciudadanos de Roma ya no están completamente separados de los pueblos vecinos: sus relaciones se estienden con los pueblos extranjeros, á causa de las nuevas conquistas y de la afluencia de los mismos á la capital del mundo: auméntase la poblacion y con ella las necesidades crecen: se hace necesaria la

creacion del Pretor de la ciudad, *pretor urbanus*, y del Pretor de los extranjeros, *pretor peregrinus*, mas tarde, para administrar justicia. Comienza entonces en la sociedad civil un movimiento nuevo: nuevas fuentes de ideas, de relaciones, de derechos y de obligaciones. Al *jus civile*, á la idea absoluta de la unidad romana, se une progresivamente, para suplir y mitigar su rigorismo, el carácter flexible de un derecho reglamentario, del derecho pretorio: de ahí la unidad se divide, pierde su carácter esclusivo, y aparece el dualismo, ó sea, el establecimiento de un derecho fundado en la equidad: el derecho no escrito toma un nuevo impulso, y viene á constituir un elemento activo en el derecho civil, tal vemos con los contratos consensuales y acciones directas que de ellos nacen: el derecho civil y el derecho de gentes, dejan de ser cosas completamente distintas, como en los primeros tiempos, ya que estendiéndose las relaciones de Roma, las costumbres que dominan en general á las naciones extranjeras conquistadas, tienen su parte de influencia en el derecho de la ciudad, y tambien muchas disposiciones del derecho civil vienen á ser de derecho de gentes, ó comunes á todas las naciones, como se observa en la estipulacion y aceptilacion y en los fideicomisos. Hé ahi descritas en globo las causas civiles de la creacion del Pretor y los inmensos resultados que la misma produjo.

El Pretor es el depositario y la viva voz del derecho civil: por lo tanto, no puede oponerse directamente á la ley escrita. No obstante, suple su silencio y corrige y suaviza sus preceptos duros, aparentando no destruirla, valiéndose

de distinciones, subterfugios, ficciones y fórmulas nuevas: de este modo hermana en lo que cabe la conservacion de los antiguos usos con las exigencias de las necesidades siempre progresivas de la sociedad. Con la medida que tomaba al principio de sus funciones, esto es, la publicacion del edicto, se ponía al abrigo del reproche de parcialidad ó arbitrariedad, y evitaba sobre todo la intervencion de los Tribunos de la plebe en los actos de su jurisdiccion. La estension de su poder se define ordinariamente con las palabras *do*, *dico* y *addico*: daba accion y escepcion, *bonorum possessionem*, jueces, árbitros, recuperadores y tutores por la ley Atilia: decía el modo de pronunciar la adjudicacion de lo que se litigaba, decía decretando, siempre que se trataba de posesion: atribuía la cosa diciendo el derecho en la cesion *in jure*, mancipacion, etc.

Los edictos de los Pretores formaron el derecho pretorio ú honorario, llamado así, porque recibió su autoridad de los que disfrutaban los honores, ó sea los magistrados. Este derecho ha tenido mucha influencia en el derecho provincial, en los derechos de familia, en la propiedad, y en las obligaciones. De tanta importancia lo ha considerado M. E. Schrader, que ha propuesto restablecerlo entre los modernos como suplemento indispensable de los códigos civiles y del derecho consuetudinario.

Con el régimen general de las provincias, bajo el tiempo de la república, notamos que al principio se hallaban gobernadas por Pretores particulares, y mas tarde lo fueron por Propretores y Procónsules, cuyas funciones, por lo que toca á la administracion de justicia, vinieron á ser

las mismas que las de los Pretores en Roma. Tenian, como estos dichos magistrados, el poder civil *imperium mixtum*, y además el poder militar *summum imperium*. El poder que correspondia á la magistratura civil, resultaba de la declaracion de las centurias que hacian el nombramiento: pero para el poder militar se requeria además una ley *de imperio* emanada de las curias. Los Pretores, Propretores y Procónsules egercian sobre las provincias su poder legislativo y administrativo por medio del edicto provincial, el cual tomaba el nombre particular de cada provincia. Tres elementos distintos componian el edicto: disposiciones tomadas de los edictos anteriores y formaban el *edictum translatitium*, ó derecho tradicional: disposiciones nuevas, conformes por lo general con las del edicto del Pretor de Roma: y disposiciones que mantenian las costumbres y leyes antiguas del país. El derecho romano tomaba posesion de las provincias, bajo el nombre de derecho del Lacio y de derecho itálico por la estension y comunicacion de los mismos, y por los edictos de los Pretores: pero el derecho provincial, bajo la uniformidad aparente del derecho de Roma, conserva, sin embargo, gran parte de su originalidad.

La constitucion de la familia en sí, no fué modificada por el derecho pretorio, ya que este dejó subsistentes los derechos del marido y del padre: el cambio verificado en ella es debido á la alteracion de las costumbres y á las relaciones con otros pueblos. Con todo, el edicto introdujo grandes modificaciones por lo que dice relacion á la facultad onímoda de disponer de sus bienes, que antiguamente

tenia el jefe de la familia, basando la sucesion en un fundamento enteramente diverso del de la ley de las XII Tablas, esto es, el parentesco natural, el lazo de la sangre y la afinidad de los esposos. Así vemos que rescinde como si no hubiese existido la emancipacion del hijo, despues de la muerte del padre y le llama á la participacion de los bienes intestados de este, ó le concede la posesion de los bienes *contra tabulas* (1). Además, dá la posesion *secundum tabulas* á los póstumos estraños. Otorga la posesion *unde legitimi* á los aguados de segundo grado y siguientes, que no eran llamados por la ley de las XII Tablas, cuando se hubiesen abstenido ó repudiado la herencia los de primer grado. Concede la posesion *unde cognati* á los agnados que hubiesen sufrido la adopcion ó emancipacion, á las mujeres que no tuvieran el grado de consanguineidad, á los hijos pertenecientes á otra familia por la adopcion para la sucesion de sus padres naturales. Señala, por otra parte, un nuevo orden de suceder, la posesion *unde vir et uxor*, á favor de la mujer que no estuviera *in manu* y no comprendida por lo tanto, en el orden de herederos suyos. El edicto del Pretor restringe tambien en favor de los patronos la libertad de testar de los libertos y de los herederos suyos, pues dá la posesion *contra tabulas* al patrono omitido en el testamento del liberto ó inscrito por una porcion menor de la mitad y la posesion intestada por la mitad, si el liberto no deja como heredero suyo mas que un hi-

(1) Tambien concede esta posesion á los descendientes herederos suyos, que no hubiesen sido desheredados conforme á derecho.

jo adoptivo, ó la mujer que ha estado *in manu*. En cuanto á los efectos de la validez ó nulidad de los testamentos, hallamos que dá la *bonorum possessio secundum tabulas* al heredero instituido en un testamento otorgado válidamente que se hace inútil por la *capitis-demitutio* siempre que esté sellado por siete testigos (nueva forma de testar introducida por el Pretor), y el difunto haya sido ciudadano y dueño de sí mismo al tiempo de la muerte: del mismo modo la concede cuando el testamento se rompe por el nacimiento de un póstumo, y muere este antes que el padre: y tambien cuando el testador cancelaba ó destruía el último testamento, con tal que constara haberlo hecho con la intencion de que prevaleciese el primero.

La propiedad, que en las provincias se organiza de un modo especial al lado de los medios civiles, toma bajo el amparo del Pretor un gran impulso; y merced á él nacen la tradicion por causa de venta ó donacion, la prescripcion de largo tiempo, los pactos y estipulaciones y el arrendamiento.

Las obligaciones tienen una nueva fuente en el edicto del Pretor, el cual crea las pretorias al lado de las civiles. Pactos pretorios hay que se perfeccionan mediante la entrega de la cosa: tal sucede en las convenciones de los hijos y de los esclavos, que producen obligacion y accion de peculio contra el padre y el dueño, mientras sean estos los detentadores y haya algo en el peculio; y aun cuando este no exista, puede haber la accion *in rem verso* por el valor de las cosas empleadas en el patrimonio á consecuencia de

las convenciones del hijo ó del esclavo. Otros existen que se perfeccionan por las palabras, y son las estipulaciones pretorias encaminadas á servir de garantía, como la de *damni infecti* por causa de peligro inminente, y la ejercida en favor de los legatarios que lo son á término ó bajo condicion. Por fin, otros se perfeccionan por el solo consentimiento, como acontece con el padre ó dueño que dá la órden de contratar á su hijo ó esclavo, pues entonces está obligado por la accion *quod jussu* á cumplir con lo conve-nido; en el pacto de *pecunia constituta*; y en el pacto de prenda ó hipoteca. El Pretor concede además, una escepcion para las obligaciones naturales ó pactos nudos no sancionados ni por el derecho civil ni por el derecho pretorio. Debidas al derecho honorario son tambien las restituciones *in integrum*: para los mayores de veinte y cinco años por razon de dolo, violencia, lejitimo error, cambio de estado, y ausencia lejitima ó necesaria: para los menores con motivo de lesion, estendiéndola á todos los casos en que esta existiese por cualquier causa.

Los edictos que publicaban los Ediles curules, formaban tambien parte del derecho honorario. Eran ellos referentes á la policia urbana, de la cual estaban estos magistrados encargados; y nacieron de los mismos las acciones dadas contra los que hubiesen colocado animales fieros en lugares públicos y los que vendian cosas viciosas, la *quanti minoris*, y varias otras.

El Pretor participaba de la soberania publicando su edicto á la entrada de la magistratura, y era así porque entonces formaba una de las ramas del poder soberano. Si

bien no tenia el poder de hacer una ley propiamente dicha, tenia por lo menos el de que su edicto hiciera fuerza de tal, declarando en el mismo los principios de derecho á que se sujetaria durante el ejercicio de su cargo y la marcha que deberia seguirse para obtener la ejecucion de las leyes. Pero esta facultad que tenia el Pretor, no provino de que se le hubiese investido realmente con ella, toda vez que el dictar leyes corresponde al Supremo poder, y los pretores estaban encargados tan solo de la administracion de justicia; y aunque ellos obtuvieron las funciones que á los Cónsules pertenecian tocante al derecho de jurisdiccion, sin embargo, no se puede establecer que debian asumir el poder legislativo por lo que hiciera referencia á la parte de su potestad, pues los Cónsules tenian aquel derecho en virtud de ser los sucesores de los Reyes. De ahí es que los Pretores únicamente podian dar edictos acerca de qué cosas y de qué modo habian de administrar justicia. Al principio no hicieron mas: empero, ensanchando su esfera de accion y no oponiéndose el pueblo, llegaron con el tiempo á publicar leyes en virtud de sus propios edictos, si bien no tenian el verdadero carácter de tales, ya que, como antes se ha dicho, no podian oponerse directamente á la ley escrita y sí solo esplicarla, ausiliarla, suplirla ó corregirla.

231 Dos manifestaciones distintas nos presenta el edicto: una general hecha anticipadamente y para todos, que tomaba propiamente el nombre de edicto; y otra particular, concreta para casos especiales y determinadas personas que tomaba el nombre de edicto particular ó interdicto.

232 Siendo el edicto del Pretor una ley anual, que no de-

bia durar mas que el poder del magistrado que lo daba, parece no podia tener nada de comun con los subsiguientes: pero como en toda institucion subsisten siempre por su propia razon de ser, ciertos principios, si bien se modifiquen mas ó menos por la influencia de los tiempos y circunstancias, de ahí que en la presente debian quedar subsistentes algunos principios tradicionales. Así se observa que cada nuevo edicto trasmitia al siguiente las inspiraciones propias y las recibidas de los edictos anteriores; y á esta fuerza tradicional se debe que el derecho honorario haya venido á formar parte y á confundirse con el derecho civil romano.

Algunos Pretores quisieron desatenderse del edicto promulgado á la entrada de su magistratura con el fin de ejercer su jurisdiccion conforme á sus mezquinos intereses: un ejemplo de ello lo encontramos en Verres, contra el cual formuló Ciceron una de sus mas brillantes acusaciones. Para cortar estos abusos se publicó la ley Cornelia en 686, la cual dispuso que los Pretores debieran juzgar todo el año á tenor de sus edictos calificados de perpétuos. Desde entonces el edicto fué una regla fija para todos, y esta fijeza unida á los principios tradicionales que formaban el fondo comun de todos ellos aseguró mas y mas la constitucion, estabilidad y fuerza del derecho pretorio. Desde entonces debe considerarse verdaderamente como cuerpo de doctrina y derecho distinto porque es cuando se consolida, estiehde y ordena, y es estudiado y seguido con predileccion por la juventud y práctica de los tribunales. Aparecen por aquel tiempo varios extractos de los edictos de

los Pretores, como el de Servio Sulpicio contemporáneo de Cicerón, y el de su discípulo Ofilio, amigo de Julio César. Cualquiera que fuera el mérito y utilidad de estas obras, no pueden considerarse mas que como trabajos particulares desprovistos de autoridad y de todo carácter oficial y obligatorio. Por otra parte despues de Ofilio el edicto recibió todavía adiciones y modificaciones importantes, de manera que una revision de su trabajo hecha bajo los ojos de la autoridad venia á ser cada dia mas urgente. Durante las guerras civiles fué imposible realizar este proyecto y quedó abandonado hasta que Salvio Juliano fué nombrado Pretor en tiempo del Emperador Adriano. Era él sin disputa el mas á propósito para hacer una nueva revision del edicto: era tenido por uno de los jurisconsultos mas hábiles de su tiempo, y esta cualidad estaba unida á la de ser Pretor, lo que le daba naturalmente mucha mayor libertad en la redaccion del edicto, pues como á tal tenia el derecho de reformar, añadir y separar todo aquello que le pareciera: el mismo Adriano, por último, le llamó para este trabajo, y bajo sus auspicios se publicó. Salvio Juliano conservó todas aquellas disposiciones de los edictos pretorios que todavía eran susceptibles de aplicacion en su época, dedicándose á darles mas concision y á eliminar todas aquellas que eran contradictorias: entresacó todos los principios que ya no estaban en uso, y á los que dejó subsistentes hizo las adiciones y modificaciones requeridas por las necesidades de su tiempo; y lo distribuyó todo por orden de materias. Es probable que las disposiciones del Pretor urbano fueran reunidas con las del edicto del Pretor de los extranjeros, aten-

diendo á que ambos se referian igualmente al derecho privado. El edicto de los Ediles; toda vez que correspondia á la parte de policia, no fué continuado en el trabajo de Salvio Juliano mas que bajo el nombre de apéndice. Adriano hizo confirmar esta obra; de la que en el dia solo quedan algunos fragmentos, por un senado-consulta (131 de J. C.), dándole el nombre de *Edictum perpetuum*. Desde esta época el Edicto, quedando estacionario, por lo que hace á la parte sustancial, vino á ser el objeto principal de la enseñanza del derecho: y digno era de este estudio, ya que las disposiciones pretorias, suavizando y generalizando el derecho romano, le dieron la flexibilidad y colorido de un derecho que tiene por base la equidad.

Hé dicho.

Madrid Diciembre 15 de 1860.

Antonio de Barnola Verdager.



diente a que antes se refieren, igualmente el trabajo de
 valor el efecto de los libros, todos los que corresponden a
 la parte de política, no se encuentran en el trabajo de Sal-
 vio Ferrer, más que bajo el nombre de "política". Además
 hizo constar que, entre los que en el año pasado
 algunas de ellas, por un error cometido el 11 de J. C.
 de los libros de la biblioteca de Ferrer, los que en
 en el Estado, quedando únicamente por lo que hace a la
 parte sustancial, tiene a ser el objeto principal de la obra.
 para el trabajo, y según era de este estudio, ya que las
 disposiciones legales, administrativas y comerciales de la
 parte comercial, se dirigen a la actividad y cultura de la
 parte que debe ser la política.

El libro
 Madrid, febrero de 1900.
 Instituto de Estudios Económicos



УВА. ВНС. ЛЕГ.06-1 н°0471

УВА. ВМС. ЛЕГ.06-1 n°0471

УДА. ВМС. ЛЕГ.06-1 n°0471

УВА. ВМС. ЛЕГ.06-1 н°0471