

## SOBRE LOS LÍMITES DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL DE LOS MAGISTRADOS ROMANOS<sup>1</sup>

José María Coma Fort

El presente trabajo versa sobre los diferentes remedios jurídicos creados en la etapa final de la República romana para controlar los abusos de poder de los magistrados con potestad jurisdiccional. La eficacia de estas normas actualmente es muy discutida porque su campo de aplicación depende la actividad cognoscitiva del sujeto que tiene que decidir con mayor o menor discrecionalidad según las circunstancias del caso. Nos movemos por tanto en un terreno donde resulta difícil establecer unos criterios concretos de aplicación que legitimen una decisión determinada y donde se crea el caldo de cultivo propicio para la comisión de todo tipo de abusos e injusticias. No obstante, las soluciones que se dieron en Roma podrían servir hoy en día como reflexión para la adopción de medidas que sirvieran de control y sanción de determinadas actuaciones y decisiones de jueces y magistrados.

Uno de los remedios ideados para limitar y controlar los abusos de los magistrados jurisdiccionales fue el edicto *quod quisque iuris* (también llamado “de retorsión”); disposición que tuvo como finalidad reprimir una actuación determinada: “*statuere novum ius*”. El hecho de decretar eficazmente un *novum ius* por parte del magistrado jurisdiccional se castigaba con la aplicación de ese mismo *ius novum* contra las dos partes beneficiadas por esa actuación: por un lado, el propio magistrado responsable de haber decretado ese derecho vería cómo, siendo él parte en un juicio posterior en el que concurriesen hechos semejantes, quedaría neutralizada su pretensión al solicitar el adversario (u otro cualquiera) la aplicación en su contra del *ius novum* que había decretado injustamente tiempo atrás. Por otro lado, el particular beneficiado con ese *ius novum* se vería sujeto al mismo, pero esta vez en su contra, si en una controversia similar a la que había dado lugar la concesión de ese decreto injusto, su adversario (o cualquier otro) solicitaba su aplicación. En suma, una retorsión de ese derecho injusto con-

---

1 Presento en estas páginas el trabajo inalterado que bajo este mismo título aparece en el *Libro-homenaje a Antonio Hernández Gil I*, pp. 689 ss. (Madrid, 2001). El motivo de su nueva publicación obedece a razones de índole práctica ya que el autor no tuvo ocasión de corregir las pruebas de imprenta del artículo entregado para su publicación en Octubre de 1999. Las numerosas erratas con las que salió a la luz aquella versión [fundamentalmente en los textos en griego (se cumple una vez más el famoso “*graecum est, legi non potest*”) y en alemán] han hecho imprescindible una segunda publicación del mismo trabajo. Al publicarlo en una sede no romanística, remito al lector no especialista al tratado de M. KASER, *Das römische Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, (München, 1971) pp. xix ss., para la consulta de las abreviaturas de revistas y enciclopedias. Este artículo fue realizado en buena parte en las Universidades de Padua y Tübingen; quiero expresar mi agradecimiento a los profesores Alberto Burdese y Wolfgang Ernst por sus observaciones.

2 Vid. B. CARPZOV, *Iurisprudentia forensis romano-saxonica*, (Lipsiae, 1663) p. 1266.

tra su creador y su beneficiario, en donde se deja entrever el carácter taliónico<sup>3</sup> que perdura en algunas instituciones jurídicas romanas de la época clásica.

El otro de los remedios introducidos para limitar la discrecionalidad pretoria fue la *lex Cornelia de iurisdictione*, aprobada con la finalidad de que los pretores no se apartaran de los principios jurídicos prometidos en su programa edictal. De ella trataremos en primer lugar, por ser ligeramente anterior en el tiempo.

## LA LEX CORNELIA DE IURISDICTIONE

El origen de este tipo de medidas tendentes a restringir el poder de los magistrados con potestad jurisdiccional se remonta a la situación que vivió Roma durante el último siglo de la República. Hasta ese momento, el poder discrecional de los magistrados jurisdiccionales había quedado controlado en el ámbito político (sin necesidad de una vinculación jurídica) por el principio de la *fides*<sup>4</sup>, riguroso principio moral que ligaba a los magistrados al contenido de sus Edictos. Esa discrecionalidad de que gozaba la *iurisdictio* de los magistrados servía como instrumento de garantía de la *aequitas* frente a las estrictas y abstractas normas del *ius civile*. Garantía que además se veía reforzada con la intervención de la jurisprudencia como órgano asesor de magistrados y jueces, que actuaba de este modo como factor racional de interposición contra el riesgo de utilización del derecho al servicio del poder<sup>5</sup>. Si el magistrado con poder jurisdiccional se alejaba de las prescripciones de su Edicto, entraba en funcionamiento el mecanismo de la *intercessio*, por la que el magistrado dotado de una *par maiorve potestas* (incluido el tribuno) podía paralizar esa actuación incorrecta.

Sin embargo, la situación cambió durante el periodo de convulsiones que sacudió a Roma en la última etapa de la República y, sobre todo, después de la dictadura de Sila. La discrecionalidad de los magistrados con *iurisdictio* dejó de emplearse en beneficio de la *aequitas* y de los miembros de la *libera res publica*, y se convirtió en instrumento al servicio de los intereses de unos pocos, favorecida además por desarrollarse en un terreno en el que prevalecía la incertidumbre del derecho. Por otra parte, el arma de la *intercessio* se veía limitada por la propia discrecionalidad del magistrado proponente y por las circunstancias del momento. Sólo tenía cabida en casos graves, de gran trascendencia para la opinión pública, como ocurrió en el caso conocido de Verres<sup>6</sup>. Durante su pretura urbana, en el 74 a.C., cometió todo tipo de abusos de poder y esto obligó a su colega Lucio Pisón, a interponer el veto en numerosas ocasiones en las que Verres había actuado arbitrariamente contra su propio Edicto. Como se desprende del discurso de Cicerón, no existía todavía una forma de vincular legalmente a los magistrados jurisdiccionales a sus Edictos.

---

3 Contra este carácter taliónico, E. GENZMER, *Talio im klassischen und nachklassischen Recht? Erwägungen über Ursprung und Grundgedanken des Edikts "Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur"*, en *ZSS* 62 (1942) pp. 122 ss.

4 *Vid.* por todos F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, (München-Leipzig, 1934) pp. 155 s; =*Principios del Derecho romano* (tr. esp. de M. Abellán Velasco; Madrid, 1990) p. 249; y por último F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, en *SDHI* 62 (1996, *vere* 1997) p. 31. [=en *L' "officium" del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, (Torino, 1997) p. 91]. Se separa de la *communis opinio* sin fundamento A. TORRENT, *La "ordinatio edicti" en la política jurídica de Adriano*, en *AHDE* 53 (1983) pp. 18 s. [= *BIDR* 25-26 (1984) pp. 38 s.], quien considera que antes de la *lex Cornelia* el vínculo del pretor con su Edicto no habría sido solamente político.

5 *Vid.* A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura europea*, (Granada, 1998) p. 33 [=en *SDHI* 61 (1995) p. 668].

6 *Vid.* *Cicero in Ver.* 2.I.40-51. Creo que el testimonio es perfectamente válido, a pesar de la visión subjetiva que pueda dar Cicerón en este discurso.

Esta precisa tutela jurídica de la que hablamos llegó para el caso concreto de los pretores en el año 67 a.C., mediante la aprobación de un plebiscito (la *lex Cornelia de iurisdictione*<sup>7</sup>), propuesto por el tribuno Publio Cornelio<sup>8</sup> con el objetivo de vincular a los pretores en el ejercicio de su actividad jurisdiccional a los edictos publicados al comienzo de su magistratura. Sin embargo, esta ley debió de caer en desuso muy pronto, pues en la práctica no parece que influyera en la amplia esfera de discrecionalidad de que gozaban los pretores<sup>9</sup>. Basta pensar en la denegación de cualquier remedio jurídico contenido en el Edicto (sobre todo en una *denegatio actionis*), o en un *decretum* que concediese un remedio no previsto, para restar eficacia al plebiscito<sup>10</sup>. El texto de esta ley no se ha conservado, pero podemos reconstruir de manera aproximada su contenido sobre la base de dos testimonios que lo refieren.

El primero de los testimonios procede del comentario de Asconio Pediano<sup>11</sup> a la desaparecida *oratio* de Cicerón *Pro Cornelio de maiestate*. En el texto, el escoliador dice que el tribuno C. Cornelio propuso una ley (concretamente un plebiscito), que tuvo por

7 Utilizo la terminología comúnmente adoptada por la doctrina. Vid. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*. (Milano, 1912; reimpr. 1990) p. 371. Sobre las distintas posibles denominaciones (*lex Cornelia de edictis*; *lex Cornelia de edictis praetorum*), vid. GALLO, Un nuovo approccio cit. p. 16 nt. 38. [= L' "officium" del pretore cit. p. 72 nt. 38].

8 Vid. A.M. GIOMARO, Per lo studio della "lex Cornelia de edictis" del 67 a.C.: la personalità del tribuno proponente, Gaio Publio Cornelio, en *Studi Urbinati* 43 (1974-75) pp. 269 ss.

9 La devaluación de la *lex Cornelia* se explica con diversas hipótesis: abrogación, desuso de los magistrados, carácter de *lex imperfecta*. Coinciden en esta falta de eficacia: P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*<sup>2</sup>, (Leipzig, 1912) p. 34 nt. 7 [en contra, G. PUGLIESE, "Actio" e diritto subiettivo, (Milano, 1939) p. 134 nt. 3]; B. BIONDI, Diritto e processo nella legislazione giustiniana (1931), en *Scritti giuridici II* (Milano, 1965) p. 534 nt. 2; GIOMARO, Per lo studio della "lex Cornelia de edictis"... cit., pp. 324 s.; G. MANCUSO, "Praetoris edicta". Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività editale del pretore in età repubblicana, en *AUPA* 37 (1983) pp. 397 ss.; ID., "Decretum praetoris", en *SDHI* 63 (1997 vere 1998) pp. 388 s.; M. TALAMANCA, L'origine del processo formulare, en *Lineamenti di storia di diritto romano*<sup>2</sup>, (Milano, 1989) p. 146; ID., *Istituzioni di diritto romano*, (Milano, 1990) p. 303; G. PROVERA, rec. Pinna Parpaglia, Per una interpretazione della "lex Cornelia de edictis praetorum" del 67 a.C., en *SDHI* 54 (1988) p. 454; R. MARTINI, "Causae cognitio" pretoria e "lex Cornelia de iurisdictione", en "Praesidia libertatis". *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma Repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 7-10 giugno 1992*, (Napoli, 1994) p. 240; N. PALAZZOLO, Intervento, en "Praesidia libertatis"... cit., p. 253. Reconocen cierta eficacia a la *lex Cornelia*: PUGLIESE, "Actio" e diritto subiettivo cit. p. 134; A. METRO, La "lex Cornelia de iurisdictione" alla luce di Dio Cass. 36.40.1-2, en *IURA* 20 (1969) p. 500 nt. 4: "il fatto che la *lex Cornelia* intese porre remedio ad una situazione contingente potrebbe essere sufficiente, a mio avviso, a spiegare (...) perché di tale legge (...), siano rimaste così poche tracce nelle fonti"; A. GUARINO, La formazione dell'Editto perpetuo, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II-13*, (Berlin-New York, 1980), pp. 71 nt. 37 [=en *Le ragioni del giurista*, (Napoli, 1983) p. 472 (473) nt. 37]; BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, (Napoli, 1984) p. 185 nt. 164; por último GALLO, Un nuovo approccio... cit., p. 24 (25) nt. 66 y p. 57 (=L' "officium" del pretore... cit., p. 82 (83) nt. 66 y pp. 123 s.). Una postura neutral en SCHULZ, *Prinzipien*... cit. p. 156, (tr. esp. cit. p. 250): "Eine *Lex Cornelia* vom Jahre 67 v. Chr. soll die rechtliche Bindung der Prätoeren an ihr Edikt ausgesprochen haben, in welchen Umfange freilich, ist uns nicht bekannt". En todo caso, la sanción, si la imponía, es desconocida; vid. F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I*, (München, 1988) p. 463 nt. 12.

10 Vid. TALAMANCA, L'origine del processo formulare cit., p. 146; ID., *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 303; BUTI, *Il "Praetor"*... cit., p. 185; PROVERA, rec., Pinna Parpaglia cit., p. 454. En contra, GALLO, Un nuovo approccio... cit., p. 24 nt. 66 (=L' "officium" del pretore... cit., p. 82 nt. 66): "L'esorbitanza di queste misure della funzione giurisdizionale è indubitabile secondo le nostre concezioni di stampo positivista. Essa non verrebbe però eliminata, anche neutralizzando il plebiscito Cornelio, nei confronti delle norme generali ed astratte (quelle poste dalle *leges* e dai *mores* e poi dalle fonti che tenevano il luogo della legge), delle quali è pacifica l'esistenza nel diritto romano. La verità è che occorre prendere atto che le concezioni, a cui si ispirava il sistema processuale *per formulas* nell'esperienza romana, erano diverse da quelle elaborate in argomento dai giustiniani e riprese dal positivismo giuridico".

11 La edición es la que aparece en C. BRUNS-O. GRADENWITZ, *Fontes iuris romani antiqui II*, (Tubingae, 1909) p. 69.

objeto que los pretores ejercitasen la jurisdicción según sus edictos perpetuos<sup>12</sup>; propuesta que fue aprobada a pesar del descontento de muchos, ya que los pretores acostumbraban a *dicere ius* de manera contradictoria según sus propias ambiciones políticas:

*In Cornelianam I: Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis tulit: ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent; quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie ius dicere assueverant, sustulit*

El segundo testimonio procede de Dión Casio<sup>13</sup>. El historiador también se refiere a la actuación de Cornelio. Hasta la intervención de este tribuno, los pretores publicaban los principios jurídicos según los cuales iban a ejercitar la *iurisdictio*. Al no publicarlos de una vez ni respetar su contenido, pues muchas veces lo transformaban para favorecer o perjudicar a los particulares, Cornelio propuso un plebiscito que exigía que los pretores publicasen ya al comienzo de su magistratura los principios jurídicos de sus edictos y que después no se apartaran de ellos bajo ningún concepto.

*Dio Cass. Historiae romanae* 36,40,1-2: § 1. Οἱ στρατηγοὶ πάντες τὰ δίκαια καθ' ἃ δικάσειν ἐμελλον, αὐτοὶ συγγράφοντες ἐξετίθησαν· οὐ γὰρ πάντα τὰ δικαιώματα τὰ περὶ τὰ συμβόλαια διετέτακτο. § 2. ἐπεὶ οὖν οὔτε ἐσάπαξ τοῦτ' ἐποίουν οὔτε τὰ γραφέντα ἐτήρουν, ἀλλὰ πολλὰκις αὐτὰ μετέγραφον καὶ συχνὰ ἐν τούτῳ πρὸς χάριν ἢ καὶ κατ' ἔχθραν τινῶν, ὥσπερ εἰκός, ἐγίγνετο, ἐσηγήσατο κατ' ἀρχάς τε εὐθὺς αὐτοὺς τὰ δίκαια οἷς χρήσονται προλέγειν, καὶ μηδὲν ἀπ' αὐτῶν παρατρέπειν.

Este segundo texto de Dión Casio ha sido valorado en su justa medida por Metro<sup>14</sup>, y ha desencadenado un vivo debate doctrinal sobre el contenido y eficacia del plebiscito de Cornelio. La dificultad de interpretar los textos viene motivada por la escasa información que nos suministran. Esta circunstancia ha planteado múltiples discrepancias en su interpretación y ha arrojado como resultado un conjunto de propuestas que se muestran tan variadas como divergentes entre sí<sup>15</sup>.

12 Sobre “*perpetuus*”, *uid.*: METRO, La “*lex Cornelia de iurisdictione*”... cit., pp. 514 ss.; GUARINO, La formazione dell’Editto perpetuo, cit., pp. 69 s. [=en *Le ragioni del giurista*, cit., p. 327 s.]; N. PALAZZOLO, La “*propositio in albo*” degli “*edicta perpetua*” e il “*plebiscitum Cornelium*” del 67 a.C., en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, V, (Napoli, 1984) pp. 2442 ss.; B. ALBANESE, Riflessioni sul “*ius honorarium*”: I. Sulla legge Cornelia del 67 a.C., en *Estudios Hernández-Tejero II* (Madrid, 1992 *vere* 1994) pp. 9 y 15.

13 La edición recogida en *Dio’s Roman History III*, versión de H. Baldwin Foster y trad. inglesa de Earnest Cary, (Suffolk, 1914).

14 METRO, La “*lex Cornelia de iurisdictione*”... cit., pp. 500 ss. El mismo autor señala que el texto ha sido infravalorado por la doctrina (*uid.* p. 503 nt. 16: “*come se quasi riaffiorasse inconsciamente l’antico graecum est, legi non potest*” y nt. 17). Un resumen doctrinal presenta P. PINNA PAPPAGLIA, *Per una interpretazione della “lex Cornelia de edictis praetorum” del 67 a.C.*, (Sassari, 1987) pp. 13 ss.

15 F. SERRAO, *La “iurisdictio” del pretore peregrino*, (Milano, 1954) p. 154, que se detiene en el texto de Dión Casio, lo interpreta entendiendo que la *lex Cornelia* prohibió a los pretores modificar lo que habían establecido en su Edicto, bien mediante *edicta repentina* bien mediante soluciones decretales: “Un pretore, volendo accogliere un istituto creato dal collega, ciò dovesse fare nell’emanare l’Editto al principio dell’anno, restandogli altrimenti preclusa la possibilità di applicarlo all’occasione”. En contra, METRO, La “*lex Cornelia de iurisdictione*” cit., pp. 517 ss.; GUARINO, La formazione dell’Editto perpetuo, cit., pp. 70 (71) nt. 36 [= en *Le ragioni del giurista*, cit., p. 471 (472) nt. 36]; BUTI, *Il “praetor”* cit., p. 183 (184) nt. 160. Sin embargo, ahora Serrao se separa de esta antigua interpretación y se adhiere a la propuesta por Metro (*uid. infra*), *uid.* F. SERRAO, Dalle XII Tavole all’Editto del pretore, en *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana. Atti del Convegno di Pavia. 26-25 aprile 1985* (Padova, 1987) p. 97 y nt. 57 [= en *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale. Forme giuridiche di un’economia-mondo*, (Pisa, s.a) p. 306 y nt. 57]. Se separa de la *communis opinio* PINNA PAPPAGLIA, *Per una interpretazione... cit., passim*. Según este autor, la *lex Cornelia* tendría un contenido completamente diverso al que se discute actualmente: los pretores habrían tenido que considerar en su edicto las medidas limitativas de los intereses en los préstamos de dinero ante las continuas inobservancias de las leyes sobre la usura. Es decir, la *lex Cornelia*

Comencemos, por tanto, con las observaciones señaladas por Metro. El texto del historiador Dión nos daría noticia de dos inconvenientes (expresados negativamente en las proposiciones introducidas por οὔτε...οὔτε...)<sup>16</sup> a los que la ley Cornelia pretendería poner remedio con dos soluciones diversas (expresado en las proposiciones ἐσηγήσατο κατ' ἀρχάς... y καὶ μηδέν...). Uno de los inconvenientes sería el no respetar los principios jurídicos que solían publicar, (οὔτε τὰ γραφέντα...), debido a la inexistencia de un vínculo jurídico que les compeliere a ello. El contenido del plebiscito habría obligado en esta disposición a los pretores a no apartarse en el futuro de los preceptos jurídicos publicados (καὶ μηδέν...). En esto, precisa Metro, coincidiría con lo recogido por el escoliador de Cicerón cuando nos dice “*ex edictis suis perpetuis ius dicerent*”. El segundo inconveniente, el no publicar los principios jurídicos de una vez, (οὔτε ἐσόπωξ...), habría hecho introducir otra disposición en la *lex Cornelia* que obligaría a los pretores a publicar esos principios al comienzo de su magistratura, sin posibilidad de integrarlos posteriormente (κατ' ἀρχάς...). El sentido de este texto sería, según Metro, el siguiente: “i pretori rendevano pubblici i principî di diritto che avrebbero seguito nell'esercizio della *iurisdictio*; poiché però essi non facevano ciò in una sola volta, una volta per tutte, C. Cornelio fece approvare una legge che impose loro di enunciare sin dall'inizio (ovviamente, della loro carica) i principî ai quali si sarebbero attenuti”<sup>17</sup>. A propósito de esta interpretación, Metro rechaza la posibilidad de que se pueda atribuir abstractamente a la *lex Cornelia* el valor de haber transformado por vez primera los *edicta* en *perpetua*, pues, en su opinión, existen razones suficientes en las fuentes para pensar que antes del 67 a.C. ya se daban edictos al comienzo del año de la pretura<sup>18</sup>. Por todo ello, Metro afirma que el plebiscito propuesto por Cornelio prohibiría al pretor introducir los llamados *edicta repentina* en materia jurisdiccional durante el año que permaneciera en su cargo.<sup>19</sup>

---

del 67 a.C. tendría por objeto regular los mutuos con interés (=συμβόλαια), y así por ejemplo, traduce el primer párrafo del texto de la siguiente manera [p. 19 (20) nt. 39]: “Tutti i pretori pubblicavano i diritti secondo i quali si accingevano ad amministrare la giustizia: di fatto tutti i mezzi giudiziari, *quelli* riguardanti i mutui ad interesse, non disponevano in ordine”. Esta hipótesis no ha tenido aceptación: *uid. PROVERA, rec. Pinna Parpaglia cit., pp. 454 ss.*; [respuesta a Provera de PINNA PARGAGLIA, Ancora sui mutui fenerati e sulla “lex Cornelia de iurisdictione”, en *SDHI* 56 (1990) pp. 288 ss.]; A. GUARINO, Tagliacarte, en *Labeo* 34 (1988) pp. 245 s.; *rec. de N. PALAZZOLO, en Labeo* 37 (1991) p. 242 ss.; ALBANESE, *Riflessioni sul “ius honorarium” cit., pp. 3 (4) nt. 8; MARTINI, “Causae cognitio” pretoria... cit., p. 236.*

16 METRO, La “lex Cornelia de iurisdictione” cit., p. 504; le sigue expresamente GALLO, Un nuovo approccio... cit., p. 22 nt. 60. (=L’“*officium*” del pretore... cit., p. 78 nt. 60).

17 METRO, La “lex Cornelia de iurisdictione” cit., p. 505.

18 METRO, La “lex Cornelia de iurisdictione” cit., pp. 506 s. Las fuentes referidas son de Cicerón: *In Verr.*, 2,1,40,104; 2,1,42,109; 2,1,46,119.

19 METRO, La “lex Cornelia de iurisdictione” cit., pp. 511 ss., esp. pp. 511, 513, 515, 517. La conclusión en p. 517: “la *lex Cornelia* del 67 a.C. merita di essere ricordata non solo per la sua disposizione più nota, cioè per l'introduzione di un vero e proprio obbligo per i pretori di attenersi alle proprie promesse editali, ma anche (e direi anzi in primo luogo) per l'imposizione ad essi rivolta di emanare il programma de *iurisdictione* in sola volta, all'inizio dell'anno di carica, cioè nella veste di *edictum perpetuum*, vale a dire per l'esclusione della materia giurisdizionale dall'ambito del possibile contenuto dei c.d. *edicta repentina*, i quali, per altro, continuarono evidentemente a sussistere in relazione a tutte le altre funzioni magistratuali, quali rapidi mezzi di comunicazione fra il magistrato ed il popolo.”; ID., Intervento, en “*Praesidia libertatis*”, cit. p. 250. Le siguen PINA PARGAGLIA, *Per una interpretazione...* cit. p.43; SERRAO, Dalle XII Tavole all'Editto del pretore cit. p. 97 [= *Impresa e responsabilità...* cit. p. 306]; V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, (Napoli, 1993) p. 278. En contra GUARINO, La formazione dell'Editto perpetuo, cit., pp. 70 (71) nt. 36 [= *Le ragioni del giurista*, cit., p. 471 (472) nt. 36]; G. PURPURA, “Katholikon Diatagma”. (Sulla denominazione dell'editto provinciale egizio), en *Studi in onore di A. Biscardi II*, (Milano, 1982) p. 516 nt. 29; MANCUSO, “Praetoris edicta”... cit., pp. 398 ss; ID., “Decretum praetoris” cit., p. 388; PALAZZOLO, La “propositio in albo”... cit., pp. 2437 ss.; ALBANESE, *Riflessioni sul “ius honorarium”... cit., pp. 7 ss.*; MARTINI, “Causae cognitio” pretoria e “lex Cornelia de iurisdictione”, cit., p. 238.

Frente a la propuesta de Metro, Palazzolo<sup>20</sup> no está de acuerdo con que el texto de Dión recoja dos inconvenientes distintos, sino que simplemente el historiador aludiría a una situación de incertidumbre del derecho “che si manifestava nel mancato rispetto del testo edittale da parte degli stessi pretori che l’avevano emanato”<sup>21</sup>. Tampoco recogería el plebiscito de Cornelio –según Palazzolo–, dos disposiciones normativas distintas que solucionarían esas dificultades, como podría desprenderse de las dos proposiciones que presenta el texto de Dión. La primera de estas proposiciones (κατ’ ἀρχάς τε εὐθὺς αὐτοῦς τὰ δίκαια οἷς χρήσονται προλέγειν) no significaría que los pretores compusieran su edicto al comienzo de su cargo, prohibiendo de esta manera que pudieran integrarlo sucesivamente, sino que querría decir que los pretores anunciaban anticipadamente al comienzo de la magistratura “le norme che avrebbero usato”<sup>22</sup>. La segunda (καὶ μηδὲν ἄπ’ αὐτῶν παρατρέπειν), en clara consonancia con la anterior, prohibiría dictar normas que “modifichino, mutino il testo edittale che ufficialmente era posto a conoscenza dei cittadini”<sup>23</sup>. Por último, Palazzolo muestra también su desacuerdo con el hecho de que la *lex Cornelia* prohibiese los llamados *edicta repentina*, y esto no sólo porque el texto de Dión no suponía que todas las normas jurisdiccionales fueran establecidas al comienzo del año sino solamente que fueran publicadas antes de su aplicación, sino sobre todo porque la “contrapposizione stessa fra editti emanati all’inizio dell’anno ed editti emanati in corso d’anno non trova alcuna giustificazione concettuale né alcun riscontro testuale”<sup>24</sup>.

20 PALAZZOLO, La “propositio in albo”... cit. pp. 2427 ss.

21 PALAZZOLO, La “propositio in albo” cit., p. 2431. En contra, siguiendo la línea de Metro, GALLO, Un nuovo approccio... cit., p. 22 nt. 60 (= *L’“officium” del pretore...* cit., pp. 78-79 nt. 60).

22 PALAZZOLO, La “propositio in albo” cit., p. 2433; en p. 2436 nt. 35: “in definitiva mi sembra che anche l’espressione κατ’ ἀρχάς, su cui tanto ha insistido Metro (...), non significhi che l’attività edicente dei pretori dovesse esplicarsi una sola volta all’inizio della carica ma che i pretori, sin dall’inizio, si uniformassero della prassi di προλέγειν”.

23 PALAZZOLO, La “propositio in albo” cit., p. 2434; en pp. 2443 s., especifica que las normas prohibidas formarían parte tanto de la actividad decretal como de la edictal: “è chiaro infatti che, se la legge vietava di modificare l’editto mediante un altro editto, a maggior ragione vietava di andar contro il proprio *edictum* mediante un *decretum*”; (Cfr. sobre esto último MARTINI, “Causae cognitio” pretoria... cit., pp. 237 ss.); ID., L’“Edictum de albo corrupto” e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postadrianea, en *Studi in onore di C. Sanfilippo VII* (Milano, 1987), p. 601; muy cercana a la interpretación de Palazzolo está la de BUTI, *Il “praetor”* cit., p. 184: “Doveva (la *lex Cornelia*) dunque prescrivere che questi magistrati nella loro attività giurisdizionale non si discostassero dall’editto immotivatamente e, soprattutto, in modo mutevole (*varie*), senza perciò vietare anche che essi provvedessero ad intervenire durante l’anno di carica per far fronte a situazioni nuove o per correggere previsioni edittali rivelatesi errate o inopportune. Quanto poi allo strumento utilizzabile dal pretore a tal fine (...) poteva essere tanto l’editto c.d. «repentino», quanto se non di più (...) il *decretum*, dato che tale indeguatezza si rivela ovviamente in situazioni concrete, da risolversi in via diretta”. En contra de Palazzolo expresamente, GALLO, Un nuovo approccio... cit., pp. 21 s. (= *L’“officium” del pretore...* cit., pp. 77 s.). Según Gallo, Palazzolo intentaría salvar el *ius edicendi* del pretor al considerar que el plebiscito de Cornelio prohibiría los edictos modificativos pero no los integradores del edicto general inicial. Pero esta distinción sutil y que implica una conservación limitada del *ius edicendi*, “appare priva de riscontro nelle fonti, e specificamente nel contenuto del plebiscito quale riferito da Dione Cassio”. En la nt. 58 Gallo razona que “Il solo divieto di editti modificativi non era sufficiente: esso, comunque inteso, non impediva che un pretore, per giovare illecitamente a un privato (un potente, un amico), che intendeva instaurare una lite, introducesse, con un editto integrativo, una nuova clausola a lui favorevole”.

24 PALAZZOLO, La “propositio in albo” cit., p. 2437. El autor insiste (pp. 2434 ss.) en que no existía para los romanos una distinción conceptual entre *edicta perpetua* y *edicta repentina*. La única distinción que aparece en las fuentes, es aquella que los divide en *edicta de iurisdictione* y demás edictos. Los primeros serían aquellos “destinados ad essere utilizzati nel corso dell’anno di carica tutte le volte che se ne presenti l’occasione, durano cioè fino all’uscita di carica del magistrato, sono *perpetua*”. Los segundos “si esauriscono col raggiungimento del fine per cui sono stati emanati”, (en p. 2435 nt. 33, señala que de este segundo tipo son los edictos concernientes a la actividad política de los magistrados, como por ej. el edicto para convocar comicios).

Una postura ecléctica es la que sostiene Albanese<sup>25</sup>. El punto fundamental del fragmento de Dión, según este autor, se encuentra en el inconveniente que se imputa a los pretores de no respetar los principios jurídicos escritos en sus edictos (οὔτε τὰ γραφέντα...). Este problema se habría de entender, según Albanese, no en el sentido de aisladas innovaciones jurisdiccionales en un proceso, ni tampoco en el de una nueva redacción completa del edicto del magistrado que modificase maliciosamente uno u otro punto, sino “come consistente nella emanazione, in corso d’anno, di specifici *edicta* contrastanti rispetto a ciò che era stato contenuto nell’editto generale iniziale”<sup>26</sup>. Si este es el sentido del inconveniente comportamiento de los pretores que presenta el texto, la prescripción de la *lex Cornelia* no consistiría en una prohibición general de los llamados *edicta repentina*, sino tan sólo prohibiría los *edicta* particulares derogatorios o modificativos de disposiciones edictales, pero no los *edicta* que integrasen o completasen el edicto inicial. En este aspecto Albanese coincidiría con Palazzolo y discreparía de la opinión de Metro. Sin embargo, no cree que la *lex Cornelia* no ordenase la publicación al comienzo del año del cargo un edicto general (Palazzolo), sino que compartiría con Metro la consideración de que “la legge Cornelia volle imporre, anzitutto, che i pretori emanassero un editto complessivo a inizio d’anno e subito dopo l’assunzione della carica”<sup>27</sup>.

Por último, una solución distinta es la que propone Gallo<sup>28</sup>, para quien el Edicto del pretor habría adquirido la fuerza vinculante del plebiscito de Cornelio, que prescribió su publicación y aplicación. En consecuencia “le clausole inserite e tramandate negli editti da parte dei pretori, diventarono norme generali ed astratte e che, grazie all’elaborazione giurisprudenziale da essa esaminata, venne ben presto superato anche il limite dell’annualità”<sup>29</sup>.

A la vista de estas interpretaciones, podría concluirse que la *lex Cornelia* obligó a los pretores a publicar al comienzo de su magistratura un Edicto que recogiese todos los principios jurídicos que pudiera aplicar, sin darles la facultad de integrar o completar el texto edictal mediante los llamados *edicta repentina*, a pesar de que lo exigieran las nuevas circunstancias que pudieran surgir.

## LA PRETENDIDA RELACIÓN ENTRE LA *LEX CORNELIA* Y EL EDICTO *QVOD QVISQVE IVRIS*

De los dos tipos de intervenciones que estamos analizando, -la *lex Cornelia* y el edicto *quod quisque iuris*-, en las que se percibe la necesidad de limitar con garantías concretas el abuso de los pretores, surge el interrogante de determinar la relación precisa que pudieron tener ambas intervenciones. La cuestión no presenta una solución fácil, ya que el contenido del plebiscito de Cornelio y del edicto de retorsión<sup>30</sup> es poco claro a la luz de las fuentes conservadas.

25 ALBANESE, Riflessioni sul “ius honorarium” cit. pp. 1ss.

26 ALBANESE, Riflessioni sul “ius honorarium” cit., p. 7.

27 ALBANESE, Riflessioni sul “ius honorarium” cit., p. 8.

28 GALLO, Un nuovo approccio... cit., pp. 1, 21 ss. y 56 s., (= *L’“officium” del pretore...* cit., pp. 4, 76 ss. y 123 s.).

29 GALLO, Un nuovo approccio... cit., p. 23. (= *L’“officium” del pretore...* cit., p. 80).

30 PALAZZOLO, L’“Edictum de albo corrupto”... cit., p. 601: “...disposizione la cui logica in gran parte ancora ci sfugge”; ID., Intervento, en *Praesidia libertatis* cit., p. 253: “...cosa assolutamente oscura, di cui si ignora il vero contenuto”.

Para intentar resolver este problema, debemos delimitar con exactitud los dos tipos de actuaciones concretas en los que se materializaban los *tria verba legitima*: la decretal y la edictal. Los *decreta*<sup>31</sup> eran los instrumentos de que disponía el magistrado para adoptar aquellas resoluciones jurisdiccionales necesarias para la buena marcha del litigio. Pero no sólo esto, sino que además de este carácter puramente instrumental cumplían una verdadera labor creadora, al ser utilizados para tutelar situaciones concretas que no estaban previstas en el Edicto. Esta solución inspirada en el criterio de la *aequitas* para el caso concreto, se concebiría como el paso previo para su aceptación como norma general en una cláusula edictal, es decir, constituiría el germen de una nueva disciplina general recogida ahora en forma de promesa edictal<sup>32</sup>. De este modo, el *edictum* se diferenciaría del *decretum* “porque no estaba dirigido a las partes en una causa, sino al público, y establecía con ocasión de un caso concreto, un principio de carácter general”<sup>33</sup>. Además, una última función del sistema decretal que debemos tener en cuenta, ha sido recientemente propuesta por Mancuso<sup>34</sup>. Este autor sostiene que a través de los *decreta* el pretor llegó a ejercitar una verdadera función “judicante” sustituyendo, en algunos casos, al *iudex* o al *arbitrator*. El *decretum* se convertiría en determinadas circunstancias en una *sententia* por la que se resolvería una controversia, al menos, en algunas situaciones y en orden a algunas materias dentro del ámbito de su *cognitio*.

A la vista de lo anterior, parece claro que el ámbito de aplicación exclusiva del edicto *quod quisque iuris* es el de la función decretal<sup>35</sup>. Ahora bien, ¿cómo se puede compaginar esto con el nebuloso contenido de la *lex Cornelia*? El plebiscito había prohibido a los pretores alejarse de las prescripciones de su edicto y, sobre todo, ejercer su *iurisdictio* de manera contradictoria (*varie ius dicere*). Dejando ahora a un lado si realmente prohibió los llamados *edicta repentina* o sólo los edictos que modificasen o alterasen el contenido del programa edictal, es evidente que el régimen del plebiscito también afectó a la actividad decretal.<sup>36</sup>

Entre los pocos autores que han puesto de relieve este problema, Metro<sup>37</sup> ofrece una solución hábil e ingeniosa. Su planteamiento parte de un cuadro esquemático de los particulares *decreta* de los magistrados, dentro del que se encontrarían los *decreta*

31 Sigo el orden de ideas que propone MANCUSO, “*Decretum praetoris*” cit., pp. 343 y 395 ss.

32 Vid. METRO, La “*lex Cornelia de iurisdictione*” cit., p. 518 nt. 82.

33 GUARINO, La formazione dell’Editto perpetuo cit., p. 69 nt. 32; (= *Le ragioni del giurista*, cit. p. 470 nt. 32).

34 MANCUSO, “*Decretum praetoris*” cit., *passim* esp. pp. 396 ss.

35 H. LÉVY-BRUHL, Une application originale du talion en matière de procédure civile: l’édit: “*Quod quisque iuris...*”, en *Mélanges de Droit romain dédiés a Georges Cornil II*, (Paris, 1926) pp. 135 y 138; GENZMER, Talion im klassischen...cit., pp. 135 y 138; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano II. Il processo formulare I*, (Milano, 1963) pp. 177 ss; METRO, La “*lex Cornelia de iurisdictione*” cit., pp. 522 ss.; R. DOMINGO, Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio III. Palingenesia y reconstrucción, en *Cuadernos Compostelanos de Derecho romano*, (Santiago de Compostela, 1995) p. 76, guiado por su hipótesis de que el edicto de retorsión constituía “un límite de la actividad jurisdiccional de los magistrados municipales” (*uid. infra*), entiende que este edicto “limitaba los abusos del magistrado municipal en su función decretal”. En contra MANCUSO, “*Praetoris edicta*” cit., p. 400 nt. 57, que entiende que “*statuere*” se refiere, además de a los *decreta*, a los *edicta*; ID., Studi sul “*decretum*” nell’esperienza giuridica romana, en *AUPA* 40 (1988) pp. 120 ss.; ID., “*Decretum praetoris*” cit., p. 349 nt. 26; PALAZZOLO, L’“*edictum de albo corrupto*”... cit., p. 601 nt. 29 está de acuerdo en que el edicto de retorsión se refiere a la actividad decretal, pero no descarta que también viniese penada una “ingiustificata modifica delle disposizioni edituali in corso d’anno”. Por lo demás, no hay que olvidar que la terminología de las fuentes ayuda a sostener que el edicto *quod quisque iuris* se refiere a la función decretal (*uid. textos completos infra*), así Ulpiano D.2,2,1,1: *...adversus eum decerneretur*; Ulpiano D.2,2,1,2: *...nec effectum decretum habuit*; Cicerón *ad Quintum fr.* 1,1,7,21: *qui in magistratus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum*.

36 En contra MANCUSO, “*Decretum praetoris*” cit. p. 388, quien piensa que el plebiscito sólo haría referencia a la actividad edictal.

37 METRO, La “*lex Cornelia de iurisdictione*”... cit., pp. 523 s.



*secundum edictum, contra edictum y praeter edictum*. Antes de la aprobación del plebiscito de Cornelio, el edicto *quod quisque iuris* (de fecha, por tanto, anterior)<sup>38</sup> abarcaría los *decreta contra y praeter edictum*. Después de su aprobación, se eliminaría de su competencia la categoría de los *decreta contra edictum* y quedarían tan sólo los *decreta praeter edictum*, que permitirían a los pretores tener en cuenta situaciones no previstas en el Edicto. A este tipo de actuaciones se referiría exclusivamente el edicto *quod quisque iuris* después del plebiscito de Cornelio.

Sin embargo, la solución que más me persuade para explicar esta pretendida relación entre las normas de una y otra medida es precisamente la de negar la existencia de esa relación<sup>39</sup>. El ámbito de aplicación del edicto *quod quisque iuris* y el de la *lex Cornelia* sería distinto. Dentro de la actividad decretal, el edicto de retorsión aludiría a aquel tipo de resoluciones que tiene que tomar un magistrado para el buen funcionamiento del litigio, es decir, a las de carácter puramente procesal, como sería por ejemplo, conceder una acción, una excepción, nombrar un juez, imponer un término o un plazo... y dentro de estas actuaciones denegar una acción o una excepción<sup>40</sup>. La *lex Cornelia* no abarcaría este ámbito, sino que estaría en conexión con la función creadora que puede atribuirse a un *decretum* como primer paso para la creación de una norma edictal de carácter general, sería por tanto, una forma de limitar una actuación innovadora. Los planos de intervención del edicto *quod quisque iuris* y de la *lex Cornelia* serían, pues, distintos: el primero, en un nivel más técnico, con relación a una posible actuación injusta dentro del marco procesal; el segundo, en un nivel político, con relación a una posible actuación injusta que alterase o cambiase el programa edictal prometido<sup>41</sup>.

## EL EDICTO *QVOD QVISQVE IVRIS*: ENSAYOS DE RECONSTRUCCIÓN DEL TEXTO EDICTAL.

Hasta la reconstrucción propuesta por Lenel, la mayoría de las composiciones del Edicto tuvieron en común la circunstancia de reconocer como literales las palabras conservadas en el Digesto<sup>42</sup>.

38 Vid. *infra* sobre el problema de la datación.

39 Esta es la solución que propone ALBANESE, *Premesse allo studio del Diritto privato romano*, (Palermo, 1978) p. 165 (166) nt. 222: "Non v'è rapporto tra la legge Cornelia e la disposizione editale riferita in D.2,2,1,1"; ID., *Riflessioni sul "ius honorarium"*..., cit. p. 12 nt. 46: "...non può (el edicto *quod quisque*) riferirsi ad attività editali: nel testo dell'editto riferito in D.2,2,1 la statuizione di *aliquid novi* era connessa ad una richiesta in concreta sede processuale (*si quis...aliquid novi iuris optinuerit*; cfr. D.2,2,3 pr-3 [ove Ulpiano parla ripetutamente di *impetrare e postulare*]). E' forza, quindi limitare la previsione editale alle decisioni processuali del magistrato (...). Se in esso non vi era riferimento a *nova edicta*, l'editto *quod quisque iuris* non ha rapporto, per quel che ci risulta, con la *lex Cornelia* del 67 a.C.". En contra, PALAZZOLO, L'"edictum de albo corrupto"... cit., p. 601 nt. 29.

40 Estos son los ejemplos que nos proporciona el Digesto: *uid. infra* Ulpiano D.2,2,3,3; *h.t.*3,5.

41 Al margen, LÉVY-BRUHL, *Une application originale...* cit., p. 71, piensa en este edicto como una de las posibles sanciones de la *Lex Cornelia*: "On soutiendrait plus justement qu'il est une des sanctions possibles du principe que cette loi rappelle".

42 D. GODOFREDO, *Corpus iuris civilis*, (Francoforti ad Moenum, 1663) p. 38; A. FABER, *Rationalia in Pandectas*, (Lugduni Batavorum, 1604) p. 83; G. NOODT, *Operum omnium tomus II. Continens commentarium digestorum sive pandectarum*, (Coloniae Agrippinae, 1732) p. 41; J. WESTENBERG, *Principia iuris secundum ordinem Digestorum seu Pandectarum (in usum auditorum vulgata) tomus I*, (Vindobonae, 1763) pp. 120 ss.; J.G. HEINECIO, *Opuscula postuma. Historia edictorum edictique perpetui, ipsiusque edicti perpetui, ordini et integritati suae restituti, partes II. Vita Ludovici Germanici Imp. Aliaque continentur*, (Genevae, 1748) pp. 331 s.; C.F. HOMMELIUS, *Palingenesia librorum iuris veterum sive Pandectarum III*, (Lipsiae, 1768) p. 43; R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano I, versione italiana* (Prato, 1833), p. 127; F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten I.3*, (Erlangen, 1806) p. 308 nt. 43= *Commentario alle Pandette II* [tr. italiana de G. De Marinis, con notas de C. Ferrini, y F. Serafini,

El primero que se apartó del tenor de los comentarios de Gayo y Ulpiano fue G. Ranchinus<sup>43</sup>, quien propuso la siguiente reconstrucción:

“Quod iuris in aliquem statuerit is, qui iurisdictioni praeest, quodque novi iuris quis ab eo obtinuerit, eodem iure utatur quandoque adversario postulante: praeterquam si quis eorum contra eum fecerit qui ipse eorum quid fecisset”

Lenel, en su todavía hoy insuperada reconstrucción del Edicto perpetuo<sup>44</sup>, ofrecía una hipótesis que se alejaba del contenido literal del comentario de Ulpiano. Su justificación estaría, según este autor, en que D.2,2,1,1 tan sólo reproduciría en parte el texto edictal porque faltarían las típicas palabras con las que Ulpiano repetidamente comenzaba las citas literales del edicto: “*praetor ait*”<sup>45</sup>. Tampoco ayudaría a su literalidad el hecho de que se utilizasen para la misma secuencia (“*quandoque adversario postulante*”) dos proposiciones distintas para referirse a los supuestos del edicto: “*eodem iure uti debet*” en el primero y “*eodem iure decernetur*” en el segundo. Por lo tanto, el texto del edicto podría haber quedado del siguiente modo:

---

(Milano, 1895) p. 229 nt. 43]; K.W. DE WEYHE, *Libri tres edicti sive libri de origine fatisque jurisprudentiae romanae praesertim edictorum praetoris ac de forma edicti perpetui*, (Cellis Luneburgicis, 1821) pp. 155 s.; T. MOMMSEN, *Digesta ed. maior I*, (Berolini, 1867), sin embargo, en la edición de 1922, revisada por P. Krüger, ya no aparecen esas palabras como edictales; J. VAN REENEN, *Fragmenta edicti perpetui*, en *Fontes tres iuris civilis romani antiqui*, (Amstelodani, 1840) p. 49; A. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, (Lipsiae, 1869) p. 32. De entre las ligeras discrepancias que se plantean entre quienes consideran que Ulpiano cita literalmente este edicto, hay que destacar la controversia que existe con relación a la frase “*scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset valere patiatur*” que culmina el fragmento 1 (*uid.* ya sobre este problema NOODT, *Operum omnium II* cit. p. 41). No la consideran edictal: Noodt, Heinicio, Glück, De Weyhe y Van Reenen. A favor de su literalidad: D. Godofredo, Faber, Pothier, Hommelius y Rudorff. Este último fundamenta dicha consideración en la semejanza que presentan estas palabras con las que se justifica el senadoconsulto Macedoniano en Ulpiano D.14,6,1,pr. En contra del razonamiento de Rudorff, O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, (Leipzig, 1927) p. 58: “die Sprechweise ist eine ganz andere und viel weitschweifigere als die des Edikts”. En la misma línea de Lenel, FERRINI y SERAFINI, en la traducción italiana *Commentario alle Pandette II* de Glück cit., p. 227 (228) nt.a; y DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 82.

43 G. RANCHINUS, *Edictum perpetuum a Salvio Iuliano jurisconsulto compositum ad ordinem digesterum restitutum*, (Parisiis, 1597) pp. 3-4, [=De origine et progressu iuris civilis romani, cum notis Arnoldi Vinni et variorum, (Lugduni Batavorum 1672), pp. 309 s.]. Más asequible en *Digestorum seu Pandectarum. Ad Pandectas florentinas fideliter expressi cum notis Dionysii Gothofredi*, (Lipsiae, 1720) p. 59;]. Por su parte, la de L. JOUSSERANDOT, *L'Édit Perpétuel. Restitué et commenté I*, (Paris, 1883) p. 20, que sigue de cerca a la de Ranchinus, quedó rápidamente eclipsada por la publicación contemporánea de la primera edición del Edicto perpetuo de Lenel, y su propuesta, ignorada por el romanista alemán en las ediciones posteriores de este trabajo, ha quedado prácticamente en el olvido:

“Quod iuris in aliquem statuerit is qui iurisdictioni praeest, quodque novi iuris quis ab eo obtinuerit, ut is eodem iure utatur, quandoque adversario postulante; praeterquam si quis eorum contra eum fecerit qui ipse eorum quid fecisset”.

44 *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, (Leipzig, 1883) pp. 47 s.= *Essai de reconstitution de L'Édit perpétuel I*, pp. 65 s. (tr. francesa de F. Peltierl sobre un texto revisado por el autor; Paris, 1901). En la segunda edición de esta obra (Leipzig, 1907) p. 59 nt. 1, Lenel introduce un cambio al aceptar el planteamiento propuesto por Alibrandi en relación a este edicto. Recojo aquí, por su importancia, la propuesta de I. ALIBRANDI en *Opere giuridiche e storiche I*, (Roma, 1896) p. 42: “Le magistrature civiche delle città minori italiane eran quelle le cui attribuzioni formavan materia di questo primo titolo dell'editto. Or bene, tutte le volte che queste sono nominate ne' monumenti, si trova costantemente questa formola o altra simile: *Quicumque in municipiis coloniis praefecturis foris conciliabulis civium Romanorum duumviri quatorviri, aliove quo nomine magistratum potestatemque habebunt*. Quella da noi citata si vede adoperata nell'editto, benché contratta ce la dessero gli ordinatori delle pandette nella L. I. D. *Quod quisque iuris in alterum statuerit 2,2*”. Por último, Lenel, en su definitiva tercera edición de 1927, p. 59 nt. 1., volvió de nuevo a su anterior posición, rechazando la postura de Alibrandi.

45 LENEL, *Edictum perpetuum* cit., p. 59: “Es fehlen die typischen Worte *praetor ait*, mit denen Ulpian alle seine Ediktzitate einführt”.

“Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit sive quis apud eum qui magistratum potestatemve habebit, aliquid novi iuris optinuerit, quandoque postea adversario eius postulante ipsum eodem iure uti oportebit, praeterquam si quis eorum *quid* contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset”

Como vemos, la propuesta de Lenel no presenta dos cláusulas distintas como podría desprenderse del comentario de Ulpiano, sino una sola. Esta solución ha sido aceptada por la mayor parte de los estudiosos del edicto<sup>46</sup>, pero con la siguiente salvedad: no haber introducido “*quod statuerit qui iurisdictioni praeest*” de D.2,2,1,2, que va precedido de la palabras “*haec autem verba*”<sup>47</sup>. Según todos los indicios, estas palabras estarían tomadas directamente del edicto, pero Lenel rechaza esta posibilidad porque el tiempo del verbo está en presente y no podría encontrarse conjugado de esta manera en el edicto (“es müßte praerit heißen”<sup>48</sup>).

Por último, una nueva propuesta de reconstrucción ha sido formulada recientemente por Domingo<sup>49</sup>. Este autor ha planteado que el edicto *quod quisque iuris* podría concebirse en un primer momento como una limitación que introduciría el pretor para controlar la actividad jurisdiccional de los magistrados municipales y evitar sus abusos jurisdiccionales<sup>50</sup>. La municipalidad de este edicto vendría corroborada por la utilización de las palabras “*qui iurisdictioni praeest*”, expresión “típicamente municipal<sup>51</sup>”, hipótesis que, por lo demás, justificaría su colocación en esta parte del Edicto. Según este planteamiento, la reconstrucción que propone el autor sería del siguiente tenor:

“Quod novi iuris statuerit qui iurisdictioni praeest, quandoque postea adversario postulante adversus *ipsum vel eum* qui aliquid novi iuris optinuerit eodem iure decerneretur. Praeterquam si quis eorum quid contra eum fecerit qui ipse eorum quid fecisset”

46 Otras discrepancias son las siguientes: FERRINI y SERAFINI, en las notas a la traducción italiana del *Commetario alle Pandette II* de Glück cit., p. 227 (228) nt.a se inclinan a pensar en un edicto con dos cláusulas diferentes; GENZMER, Talion... cit., pp. 134 y 135 duda de que el edicto sólo contuviese la expresión “*qui magistratum potestatemve habebit*” con el verbo *habere* en futuro, pues ello implicaría que la eficacia de la retorsión estaría condicionada a que se produjese durante el mismo año en que el magistrado ocupaba su cargo, cuando lo normal es que la retorsión se produzca en un plazo posterior al desempeño de la magistratura. Por ello propone el siguiente texto: “*Qui magistratum (potestatemve?) habuerit habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit sive quis apud eum qui magistratum (potestatemve?) habuerit habebit, aliquid novi iuris, etc.*”. Le sigue O. BEHRENDTS, Der assessor zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft, en ZSS 86 (1969) p. 202 nt. 48. No lo acepta DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 74, que piensa que “la utilización del futuro, sin embargo, también puede deberse, más que a la literalidad, a que se trataba de una expresión jurídica así acuñada”.

47 KRÜGER *Digesta* cit.; DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 73, con los siguientes razonamientos: “a) En ocasiones, cita Ulpiano textos edictales alterando los tiempos verbales; b) para designar a los magistrados municipales eran frecuentes en el Edicto las siglas I.D.P.E., donde la E podía referirse tanto a ERIT como a EST; c) en la línea 35 del capítulo 25 de la *lex Irnitana*, se utiliza también el presente *praesunt* y no el futuro; d)...tanto Mommsen como Krüger consideran también edictal toda la secuencia *quod statuerit qui iurisdictioni praeest*”; J. PARICIO, *rec. Domingo*, Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio II y III, en *Seminarios Complutenses de Derecho romano, Suplemento 1994-95*, p. 73.

48 LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit. p 59 nt. 2; ID., *Palingenesia iuris civilis II*, (Leipzig, 1889) col. 428 n°218.

49 DOMINGO, *Estudios III* cit., pp. 83 y 122.

50 En contra PARICIO, *rec. Domingo*, Estudios..., cit. p. 73. Parece admitirlo A. D’ORS, *rec. Domingo*, Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio III, en *IURA* 45 (1994; *vere* 1997) p. 148. En mi opinión no hay que descartar esta posibilidad, pues un edicto tan singular tiene su sentido en lugares donde es fácil conocer la arbitrariedad de un determinado comportamiento. Se controlaría así desde Roma el amplio margen de discrecionalidad de los magistrados locales, evitando de esta manera los abusos en el ejercicio de la jurisdicción municipal y posteriormente podría haberse trasladado este edicto a Roma por razones de “estética”.

51 DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 72.

## LA FECHA DE CREACIÓN DEL EDICTO *QVOD QVISQVE IVRIS*

El único dato de que disponemos para fijar la fecha de la creación del edicto *quod quisque iuris* aparece recogido en un fragmento de una carta de Cicerón *ad Quintum fratrem*, donde se indica que un tal *Octavius*, siendo pretor, supo combinar en su actuación la benignidad y paciencia para escuchar las argumentaciones de las partes, con la severidad y dureza. Fruto de su *severitas*, este pretor forzó a restituir a los *Sullani homines* todo aquello que se habían apropiado por medio de la violencia y el terror, y sometió a los magistrados que habían actuado injustamente a las mismas reglas que ellos habían impuesto:

*Cicero ad Q. fr. 1,1,7,21*<sup>52</sup>: *Adiungenda etiam est facilitas in audiendo, lenitas in decernendo, in satisfaciendo ac disputando diligentia. His rebus nuper Octavius iucundissimus fuit, apud quem primus lictor quievit, tacuit accensus, quotiens quisque voluit dixit et quam voluit diu; quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur; nisi haec lenitas illam severitatem tueretur. Cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant reddere; qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum. Haec illius severitas acerba videretur, nisi multis condimentis humanitatis mitigaretur.*

El segundo ejemplo que Cicerón enseña a su hermano Quinto (*qui in magistratibus...parendum*) como muestra de la *severitas* de Octavius se refiere a la primera parte del edicto de retorsión. Ahora bien, ¿quién era realmente este pretor?

La posición más firme en la doctrina mantiene que este pretor Octavio sería *C. Octavius*<sup>53</sup>, el padre de Augusto y pretor en el año 61 a.C.<sup>54</sup>. Él sería el creador del edicto de retorsión. Sin embargo, otra opinión considera, con argumentos sólidos pero quizá no del todo convincentes, que dicho magistrado sería *Cn. Octavius*<sup>55</sup>, pretor en el 79 a.C. y creador de la llamada por Cicerón fórmula Octaviana<sup>56</sup>.

52 Edición contenida en *Scriptorum classicorum Bibliotheca Oxoniensis. M. Tulli Ciceronis III*, a cargo de W.S. Watt (Oxonii, 1958) p. 28.

53 F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, en *ZSS 43* (1922) pp. 217 ss., piensa que a favor de *C. Octavio* está el hecho de que Cicerón utilizase el adverbio *nuper* en el sentido de "neulich". Por tanto, Cicerón no habría podido referirse a sucesos acaecidos hacía veinte años en una carta fechada en el 60 ó 59 a.C.; contra M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel Diritto romano*, (Padova, 1969) p. 144 (145) nt. 175, que demuestra que el adverbio *nuper* también es utilizado para indicar la idea de "parecchio tempo fa, una volta, ecc"; F. MÜNZER, s.v. "*C. Octavius*", en *PWRE 17* (Stuttgart, 1937) col. 1806 (1807) n° 15; GENZMER, *Talion im klassischen... cit.*, p. 136, cree que *C. Octavius* sería el autor del edicto de retorsión, pues de haber existido ya, no podría considerarse tan duro y severo que un pretor aplicase un precepto del Edicto: "Aber warum erschien es als so bemerkenswerte Strenge, ja beinahe als Härte, daß ein Prätor auf Antrag eine Bestimmung des prätorischen Edikts anwandte, wie es seine Amtspflicht war? Ich sehe nur die Erklärung, daß *Octavius* der Schöpfer des Edikts *Quod quisque* war. Dann hatte er allerdings etwas Außergewöhnliches getan, dann konnte seine *severitas* auffallen."; T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic II (99 B.C.-31B.C.)*, (New York, 1952) p. 179; PUGLIESE, *Il processo II-I cit.*, p. 177; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*, (München, 1996) p. 237 nt. 40; M. KASER, "Ius honorarium" und "Ius civile", en *ZSS 100* (1984) p. 66 nt. 307; O. BEHREND'S, *Der assessor... cit.*, p. 202 nt. 47; PALAZZOLO, *L' "edictum de albo corrupto" ... cit.*, p. 601 nt. 28; ID., *Praesidia libertatis... cit.*, p. 253; PARICIO, *rec. Domingo, Estudios cit.*, p. 72.

54 MÜNZER, s.v. "*C. Octavius*" cit., col. 1806 n° 15. BROUGHTON, *The Magistrates... cit.*, p. 179.

55 En el *Código Mediceus* se lee *Cn. Octavius*. Vid L.A. CONSTANS, *Ciceron. Correspondance I*, (Paris, 1950) p. 208 nt. 21. Sin embargo, SCHULZ, *Die Lehre... cit.*, p. 217, piensa que el *Codex Mediceus* contiene una errata.

A favor de *Cn. Octavius* están: METRO, *La "lex Cornelia de iurisdictione" ... cit.*, p. 520; BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel Diritto romano cit.*, pp. 143 ss.; GIOMARO, *La "lex Cornelia" cit.*, p. 292 (293) nt. 22; ALBANESE, *Premesse allo studio... cit.*, p. 165 (166) nt. 222; ID. *Riflessioni sul "Ius honorarium" cit.*, p. 11 nt. 44; DOMINGO, *Estudios III cit.*, pp. 68 y 69 con un resumen de los puntos que sostienen esta postura: "a) Es más lógico pensar que las medidas contra los *homines Sullani* las tomara un pretor del 79 a.C. (...) que un pretor del 61 a.C. b) La importancia del *código Mediceus*.

Resolver el problema de la datación de este edicto resulta, como acabamos de ver, poco menos que imposible, y este problema incide directamente sobre la concepción del edicto *quod quisque iuris* y su relación con la *lex Cornelia de iurisdictione*. Si fijamos la fecha del edicto antes de la entrada en vigor del plebiscito corneliano, es decir, en el año 79 a.C., este edicto habría sido un precedente de la limitación de la función jurisdiccional de los magistrados. Si se toma la fecha del 61 a.C., posterior al plebiscito, se concebiría el edicto de retorsión como una concreción de la *lex Cornelia de iurisdictione*. Es decir, el problema insalvable de la datación se agrava de este modo al relacionarlo con el plebiscito de Cornelio, de fecha por lo menos segura según las fuentes. Sin embargo, no deja de causar perplejidad que podamos en este caso ajustar tan milimétricamente unos datos que por lo general no suelen ser tan precisos y exactos en las fuentes que nos los suministran. No quiero decir que dude aquí de la veracidad de esos datos, mas sí quiero traer a la memoria en este punto los problemas que todos conocemos acerca de la tradición manuscrita de las obras antiguas y de la inexactitud del calendario republicano en ese momento histórico<sup>57</sup>. El discutir con esta seguridad sobre si el edicto de retorsión es doce años más antiguo que la *lex Cornelia* o sólo seis más moderno, con las únicas referencias en las fuentes de la intervención de un pretor llamado *Octavius* y de una frase atribuida a Asconio Pediano en una obra en la que comenta algunos discursos de Cicerón, corroborada años después por Dión Casio, resulta desconcertante. Es evidente que el edicto de retorsión sería de finales de la República, y no sólo porque el testimonio de Cicerón en la carta a su hermano Quinto sea irrefutable en este sentido<sup>58</sup>, sino porque encaja perfectamente en las circunstancias socio-políticas de la descomposición de la República, y más aún en el periodo posterior a Sila. A partir de esto, ya no se puede decir más con un mínimo de garantías. No obstante, esta infructuosa discusión resulta ya innecesaria si se parte de la base, a mi juicio preferible, de negar esa forzada relación entre el edicto *quod quisque iuris* y el plebiscito de Cornelio.

## COMENTARIO DEL EDICTO.

El edicto, como ya indiqué más arriba, reprimía la concesión de un *ius novum* por parte del magistrado, y prevenía dos situaciones: que un magistrado jurisdiccional decre-

---

c) Que Cicerón, (...) era amigo de *Cn. Octavius* lo que explica que todavía recordase su pretura veinte años después. d) Que existe cierta relación entre el edicto sobre el *metus* y el de retorsión, ya que ambos reprimen conductas abusivas"; CERAMI, La crisi della «libera res publica», en *Poder político y derecho en la Roma clásica*, (Madrid, 1996) p. 21. Mas si fuera de ese momento, resulta extraño que Cicerón no haga alusión a ello en las *Verrinas*.

Al margen de todos, LÉVY-BRUHL, *Une application originale...* cit., p. 78 remonta el origen del edicto *quod quisque iuris* a una época bastante anterior: "la règle qu'il prescrit était déjà en vigueur à l'époque des *Actions de la Loi*".

56 Que *Cn. Octavio* sea el autor de la fórmula octaviana no está claro, ya que también pudo ser *L. Octavio*, pretor en el 78 a.C. (BROUGHTON, *The Magistrates...* cit., p. 86). Vid. por todos C. VENTURINI, "Metus", en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener (Dir. J. Paricio)*, (Madrid, 1994) pp. 925 ss.

57 No hay que olvidar en este punto que César cambió el calendario vigente por uno solar en el 45 a.C., y que necesitó intercalar noventa días durante el 46 a.C. para poner "en orden" el desfase que tenía respecto a las estaciones. Vid. Suetonio, *de vita caesarum. Caes.* 40.

58 No falta incluso quien duda de que el texto se refiera al edicto de retorsión. Así J.A. BACHIUS, *Historia iurisprudentiae romanae*, (Lipsiae, 1775) p. 210 nt. r: "...sed ipsum illud, quod tamquam aliquid singulare et institutum laudat Cicero, docere debuisset viros eruditos, non fuisse id caput omnibus Edictis commune, ac fere tralaticium: deinde etiam id pertinuit tantum ad causam singularem, nempe ad Sullanorum hominum iniuriosa et iniqua decreta. Itaque ergo quidem Edicto Hadriani perpetuo attribuerim".

tase una disposición injusta<sup>59</sup> en contra de una de las partes en un litigio, y que un particular hubiese obtenido esa misma disposición en su beneficio.

Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,1,1: *Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem iure uti debet. Si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi iuris optinuerit, quandoque postea adversario eius postulante eodem iure adversus eum decernetur.*

La concesión del *ius novum* implicaba el riesgo para el magistrado concedente de que se le aplicase ese mismo derecho en su contra posteriormente. Esta sanción del edicto *quod quisque iuris* operaría como límite a la discrecionalidad de la *iurisdictio* ejercitada por el magistrado. De esta manera, debía ponderar las circunstancias del caso concreto y meditar bien el tipo de medida que iba a decretar, puesto que de no ser así, si realizaba una actuación desproporcionadamente injusta, él mismo sería perjudicado por la medida que decretó. Esta limitación funcionaba de la misma manera frente al particular que se beneficiaba de la actuación inicua: debía meditar las consecuencias del derecho solicitado, ya que en caso de que le fuera concedido, si era manifiestamente injusto, estaría expuesto al riesgo de verse sometido al mismo *ius*, pero ahora obtenido en su perjuicio.

Por otra parte, la circunstancia de que se introdujera esta cláusula edictal en el Edicto del pretor no deja de ser llamativa, pues el mismo pretor autolimitó su jurisdicción (aunque no sólo él, sino que se aplicaba también a otros magistrados), al quedar estabilizada en el *album*<sup>60</sup>. Esta reflexión, sorprendente en un primer momento, deja de serlo si tenemos en cuenta la realidad política en la que se gestó la idea de impedir la parcialidad de los magistrados con potestad jurisdiccional. Un hecho así tiene su origen en casos determinados pero de gran peso por su trascendencia para la opinión pública. El clima de inestabilidad de finales de la República alimentó los abusos, favoritismos y discriminaciones, y debieron de darse alguno o algunos casos de dimensiones desproporcionadas que vendrían a significar el detonante que forzaría al pretor a introducir esta cláusula en su Edicto.

Ulpiano consideró que se trataba de un edicto de gran justicia (*summa aequitas*) pues nadie puede rechazar que se le aplique un derecho que aplicó o hizo que se le aplicara<sup>61</sup>. Al final del fragmento insiste en esta justificación e ironiza<sup>62</sup>, ya que se ha de admitir que se aplique a una persona lo mismo que creyó justo que se aplicara a otra:

---

59 “*Novum*” tiene aquí un valor peyorativo de iniquidad, de injusticia, y prueba de ello es que Ulpiano utiliza indistintamente los términos *ius novum* e *iniquum ius* (D.2,2,1,1 y D.2,2,3,pr.). Vid. ya NOODT, *Operum omnium* cit., p. 41 y R. FORNERIUS, *rerum quotidianarum* lib. III, en *Thesaurus iuris romani* II, (Basileae, 1744) caput xxiv col. 219. Sobre el sentido de la expresión “*ius novum*” en general, *uid.* por todos A. D’ORS, s.v. «Derecho romano» en *Nueva Enciclopedia Jurídica* I (separata), (Barcelona, 1949) p. 7.

60 Para DOMINGO, *Estudios III* cit., pp. 72 s., esto se explica si tenemos en cuenta que el edicto de retorsión estuvo destinado principalmente a los magistrados municipales. El pretor habría limitado de este modo la actividad jurisdiccional de los magistrados municipales y no la suya propia.

61 Ulpiano estaría así influenciado por la máxima *Quod tibi fieri non vis, alteri non feceris* que tanto gustó a Alejandro Severo (*Scriptores Historiae Augustae, Alexander Severus* 51,8). La formulación de este principio aparece ya en Tobías 4,15 y en Séneca, *Epistolae Morales* 94,43. Todo esto concuerda con la versión positiva de esta máxima que aparece en los Evangelios, Mateo 7,12: *omnia ergo, quaecumque vultis, ut faciant vobis homines, ita et vos facite eis; haec est enim lex ete Prophetarum*. También en Lucas 6,31: *et prout vultis, ut faciant vobis homines, facite illis similiter*. Lo que lleva a GENZMER, *Talion im klassischen...* cit., p. 132 a preguntarse, con reservas: “Christliche Einflüsse auf Ulpian?”. Para todo esto *uid.* ya CARPZOV, *Iurisprudentia...* cit., p. 1266; J.O.WESTENBERG, *Principia iuris secundum ordinem Digestorum seu Pandectarum* I, (Vindobonae, 1763) p. 121; J. SALA, *Digestum romano hispanum*<sup>2</sup> I, (Madrid, 1824) p. 23; GENZMER, *Talion im klassischen...* cit., pp. 125 s. y 132; R. KNÜTEL, “*Ius commune*” und römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union, en *Juristische Schulung* 36 (1996) p. 775 nt. 99 =Diritto romano e “*ius commune*” davanti a Corti dell’Unione Europea, en *Nozione, formazione e interpretazione del*

Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,1,pr-1: *Hoc edictum summam habet aequitatem, et sine cuiusquam indignatione iusta: quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit? (...) scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur*<sup>63</sup>.

## 1º Supuesto.

El primer supuesto que contempla el edicto de retorsión es el del magistrado jurisdiccional que ha decretado un *ius novum*. Se exige que dicho comportamiento sea efectivo, es decir, que el *ius novum* sea *res perfecta et consummata iniuria, non coepta*, porque la mera tentativa no tiene sanción<sup>64</sup>. Además, si el decreto es vetado por su colega o es nulo porque el magistrado no tiene *iurisdictio* sobre los afectados, el edicto *quod quisque iuris* no tiene cabida al no tener efecto la injusticia pretendida:

Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,1,2: *Haec autem verba: quod statuerit qui iurisdictioni praeest cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si, cum vellet statuere, prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum. Nam statuit verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam, non coeptam. et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia, cessare edictum putamus: quid enim effuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum?*<sup>65</sup>

En relación a este texto, “*nec est ulla sententia*” podría considerarse que son palabras interpoladas<sup>66</sup>, pues quien *dixerit ius* no puede dictar una sentencia en el ámbito del procedimiento formulario. Sin embargo, el fragmento es de Ulpiano y bien podría haber sido escrito de este modo por el jurista pensando ya en la *cognitio extra ordinem*. En cualquier caso, el texto puede salvarse también si tenemos en cuenta la tesis recientemente lanzada por Mancuso<sup>67</sup>, quien considera que el pretor llegó a tener una verda-

---

*diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo III*, (Napoli, 1997) p. 549 nt. 100; ID., Roms Recht, en *Das Mittelmeer- die Wiege der Europäischen Kultur* (dir. K. Rosen), (Bonn, 1998) p. 132; R. BACKHAUS, Literatur, en ZSS 117 (2000) p. 703.

62 De manera semejante GENZMER, Talion im klassischen... cit., p. 138: “In dieser «Retorsion» steckt neben dem Vorbeugungszweck etwas von einer elegant-boshaften Ironie”.

63 En cuanto a D.2,2,1,pr., G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I*, (Tübingen, 1910) p. 47 ve interpolada la secuencia “*et sine...dici effecit?*”. En contra, F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel Diritto romano*, (Padova, 1937) p. 151 nt. 3: “non è improbabile che esso rispecchi la sostanza del pensiero di Ulpiano”. Siguen a este último GENZMER, Talion im klassischen... cit., p. 132; DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 70 nt. 241.

64 LÉVY-BRUHL, Une application... cit., p. 78 ve un indicio de gran antigüedad en el origen de este edicto al exigirse su realización efectiva, dejando impune la simple tentativa. Este carácter objetivo es más propio de “*législations archaïques*”.

65 Este texto se coloca junto con Ulpiano 3 *ad edictum* D.48,19,18: *cogitationis poenam nemo patitur*. Vid. J. CUIACIO, *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem III*, (Prato, 1860) col. 80; HEINECIO, *Opuscula postuma* cit., p. 331; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis II* (Lepizig, 1889) n. 218 col. 428; ID., *Textkritische Miscellen*, en ZSS 39 (1918) p. 123; H.P. GLÖCKNER, “*Cogitationis poenam nemo patitur*” (D.48,19,18). *Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, (Frankfurt am Main, 1989) p. 2 nt. 3; DOMINGO, *Estudios III*, cit., pp. 78 y 112.

66 Así B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, en *Studi in onore di Bonfante nel XL anno d'insegnamento IV*, (Milano, 1930) p. 72, considera interpolado “*et ideo...habuerit effectum*”, y aduce como explicación que “*sententia* qui si suppone emanata da colui che *dixerit ius*, non può appartenere al sistema formulare”. Le siguen con el mismo razonamiento GENZMER, Talion im... cit., p. 140, pero sostiene como interpolado ya desde “*nam statuit...*”, porque (p. 139) “Ulpian konnte nicht in einem Atem eine Wortauslegung von *statuerit* ablehnen und vornehmen”; y DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 77 nt. 278, quien considera sin embargo que sólo estaría interpolado “*nec est ulla sententia*”.

67 Vid. *supra*.

dera función juzgadora. Por lo demás, el final del fragmento, la pregunta retórica *quid enim offuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum?*, suscita todo tipo de interpretaciones en cuanto a su autoría, sin que se pueda afirmar con seguridad que se trate de una interpolación<sup>68</sup>.

Por lo demás, el edicto reprimía solamente el dolo, de manera que si el magistrado decretaba un *ius novum* por imprudencia de su *adessor*, no le afectaba a él sino a su asesor<sup>69</sup>:

Paulo 3 *ad edictum* D.2,2,2: *Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adessori.*

Esta limitación de la responsabilidad al dolo del magistrado pone de manifiesto la exigencia de la ponderación y prudencia que debe presidir toda actividad decretal que se aparte del derecho vigente, y muestra también el riesgo que implica el *statuere novum ius*, pues lleva a sufrir personalmente las consecuencias de la propia actuación. Por otro lado, Paulo resalta con su interpretación el importante papel que jugaba el equipo de asesores jurídicos que rodean a un magistrado jurisdiccional, persona generalmente con escasos conocimientos jurídicos, al hacer responsable por culpa al mismo asesor cuando por su *imprudencia* pudiera solicitarse la aplicación de este edicto<sup>70</sup>. No obstante, el magistrado podía quedar liberado de una retorsión de los efectos de su decreto si conseguía demostrar la impericia de sus *adessores* siempre y cuando hubiese actuado correctamente, ya que si actuó con conocimiento de que el derecho era *novum*, es decir, dolosamente<sup>71</sup>, *ipse eodem iure utatur*. Con referencia a esta responsabilidad, Domingo interpreta que la palabra “*dolo*” debe tomarse aquí en un sentido amplio. Así se entendería “que Paulo no exonerase de responsabilidad por dolo al magistrado que hubiera dictado decreto injusto por imprudencia de los asesores, pues la imprudencia de éstos no es incompatible con la actuación dolosa de aquél. El hecho de que la sanción fuese trans-

---

68 A favor de esta interpolación: BESELER, *Beiträge...* cit., p. 47; O. LENEL, *Textkritische Miscellen...* cit., p. 123, ve superfluas esta pregunta y la secuencia anterior “*nec effectum decretum habuit*”. Según Lenel, “Conatus kommt in den Digesten nur an diesem einen Orte vor” y quizá la pregunta “ist an die Stelle des ursprünglich hierher gehörigen Satzes «cogitationis poenam nemo patitur» getreten, der nach D.48,19,18 versetzt ist”; BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza...* cit., p. 72; F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna* (1921), en *Gesammelte Abhandlungen* I, (Heidelberg, 1961) p. 398 nt. 47; GENZMER, *Talion im...* cit., p. 140, aunque “vielleicht auch hier nachklassisches Schulenmaterial benutzt haben”; DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 77 nt. 278.

69 *Vid.* G. IMPALOMENI, *s.v.* “adessores”, en *NNDD* (1957) p. 305 y BEHRENDTS, *Der assessor...* cit., pp. 201 s. En p. 203 este último razona el fundamento de la responsabilidad del asesor de la siguiente manera: “Rechtsgrund der Haftung des Assessors war im übrigen nicht eine Analogie der Rechtsretorsion gegen den Magistrat -dazu waren die Unterschiede zwischen Magistrat und Assessor zu groß-, sondern eher der Rechtsgedanke der zweiten Ediktionsbestimmung, welche der beschwerten Seite die Rechtsretorsion gegen ihren Gegner eröffnete, der mit seiner *postulatio* singuläres Recht erwirkt hatte, und die damit die Verantwortlichkeit auch des nicht magistratischen Rechtsurhebers anerkannte”. DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 71 nt. 246 se muestra contrario a que el edicto de retorsión mencionara originariamente a los asesores, pues los magistrados municipales no los tenían.

70 FABER, *Rationalia in Pandectas* cit., p. 84, tacha “*sed ipsi adessori*” del texto, argumentando “quod neque verba edicti alium coercent, quam qui ius iniquum vel statuit, vel impetravit: quorum neutrum de adessore dici potest”. En contra, D. HERALDUS, *de rerum iudicatarum auctoritate* I, caput viii col. 1121, en *Thesaurus iuris romani II* cit., y A. SCHULTING, *Notae ad Digesta seu Pandectas. Edidit atque animadversiones suas adiecit Nicolaus Smalldenburg I*, (Lugduni Batavorum, 1804) p. 257.

71 BEHRENDTS, *Der assessor...* cit., p. 202 nt. 50: “*Dolus* bezeichnet hier, wo es sich nicht um ein Delikt handelt, nur die Kenntnis, da das gesetzte Recht neu ist, und verlangt keine Schädigungsabsicht. Das fordert der Sinn des Edikts und ist mit dem Gebrauch des Terminus *dolus* vereinbar”. Niega este carácter penal también GENZMER, *Talion im...* cit., pp. 137 ss.; M.KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, en *Mélanges Meylan I*, (Lausanne, 1963) p. 180 nt. 44.



misible a los herederos y de que el dolo requiera la presencia de un juez que lo dictamine inducen a pensar que, en este edicto, la responsabilidad que se exigía era objetiva<sup>72</sup>.

En último lugar, se planteó el caso en el que un magistrado *filius familias* hubiese incurrido en el edicto *quod quisque iuris*. Frente a la pregunta formulada sobre si este edicto afectaba al *paterfamilias* del magistrado *in potestate* en las acciones ejercitadas *ex persona filii*, Ulpiano resolvió en sentido negativo, basándose en el principio de que un *filiusfamilias* no podía empeorar la condición jurídica de su *pater*<sup>73</sup>.

## 2º Supuesto.

La segunda situación prevista en el edicto *quod quisque iuris* es la aplicación del *ius novum* al particular que se haya beneficiado anteriormente de él, pero ahora en su propio perjuicio<sup>74</sup>. Este particular debía haber solicitado en su *postulatio* la concesión de un *ius novum*, y el magistrado a su vez tenía que haber decretado ese mismo *ius novum* en su favor, porque si se le concedió *ipso non postulante*, no se aplicaba la retorsión. Sin embargo, si una vez solicitado y obtenido, no había usado efectivamente ese derecho, ello no le eximía de la aplicación del edicto *quod quisque iuris*.

### La excepción.

Para estos dos supuestos el edicto recogía una excepción a la regla de la retorsión, que actuaba cuando la persona que solicitaba la aplicación del edicto *quod quisque iuris* hubiera sido beneficiada injustamente en un momento anterior por otro *ius novum*. Cuando se dieran estas circunstancias se compensaban las actuaciones y no tenía cabida el edicto, evitándose así una cadena de retorsiones<sup>75</sup>.

72 DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 81. En contra PARICIO, *rec.* Domingo Estudios II y III cit., p. 73 s.

73 Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,3,4: *Si filius meus in magistratu in hoc edictum incidit, an in his actionibus, quas ex persona eius intendo, hoc edicto locus sit? et non puto, ne mea condicio deterior fiat.*

74 Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,3,pr.: *Si quis iniquum ius adversus aliquem impetravit, eo iure utatur ita demum, si per postulationem eius hoc venerit: ceterum si ipso non postulante, non coercetur. Sed si impetravit, sive usus est iure aliquo, sive impetravit ut uteretur, licet usus non sit, hoc edicto puniatur.* En la segunda frase NOODT, *Operum omnium* II cit., p. 42 prefiere *iure iniquo* por *iure aliquo*: “sic lege, iniquo, quamquam ubique est aliquo”.

75 Gayo 1 *ad edictum provinciale*: *Illud eleganter praetor excipit: praeterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset: et recte, ne scilicet vel magistratus, dum studet hoc edictum, defendere, vel litigator, dum vult beneficio huius edicti uti, ipse in poenam ipsius edicti committat.*

La comprensión del texto recogido por Gayo no es fácil. Lenel señala que es absolutamente necesario intercalar un “quid” para entender su sentido. LENEL, *op. cit.* p. 58 nt. 6: “Die Einschubung dieses Wortes ist unvermeidlich”. Así el texto de la excepción quedaría de esta forma: “praeterquam si quis eorum quid contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset”, y es evidente que esto ayuda a su comprensión tal y como él reconstruye el texto edictal. Le sigue DOMINGO, *Estudios III* cit., pp. 70 nt. 244, 83 y 122. Cfr. FERRINI y SERAFINI, en la traducción italiana *Commentario alle Pandette* de Glück cit., p. 227 (228) nt. a. Sin embargo, el verdadero problema se encuentra en la expresión “eorum quid”. Resulta inexplicable que el edicto recogiera dos veces la misma palabra en genitivo (“eorum”) para referirse a cosas distintas: la primera refiriéndose a los dos posibles sujetos activos de la retorsión (magistrado jurisdiccional y beneficiado), y la segunda refiriéndose a “statuere novum ius” y a “optinere novum ius”. Quizá no sea necesario acudir al “quid” que propone Lenel, y atribuir sin más su dificultad a un problema de transmisión textual, en donde “eorum quid” ocupa el lugar de un más comprensible “horum quid”. En todo caso, este problema desborda la finalidad de este trabajo. En opinión de GENZMER, *Talion im... cit.*, p. 134, la excepción no figuraría originariamente en el edicto, su *ratio* parecería más bien la reacción a alguna interpretación rebuscada fruto de un supuesto práctico que llevaría a introducirla posteriormente en el Edicto.: “Auch die Zugehörigkeit des Schlusses praeterquam-fecisset zum Urtext des Edikts mag zweifelhaft sein: seine ratio (vgl. D.2,2,4) wirkt wie eine Reaktion auf eine etwas fernliegende Spitzfindigkeit, so daß man vermuten möchte, diese Ausnahme habe sich erst anläßlich eines praktischen Falles später als zweckmäßig erwiesen”.

### Comentario.

Por lo demás, la sanción de este edicto tenía carácter “popular”<sup>76</sup> ya que su aplicación podía ser solicitada no sólo por el perjudicado con el *ius novum*, sino que cualquiera podía pedirla.<sup>77</sup> El fundamento de este edicto, es decir, el castigo al magistrado que decretó una medida injusta o a la persona que solicitó *optinere novum ius*, se veía plenamente realizado con la posibilidad de que cualquier particular pudiese pedir la retorsión de sus efectos. Además, Juliano pensaba que se incurría en el edicto no sólo con las acciones que se tuvieran en el momento de caer en el mismo, sino que su sanción se extendía a todas las que posteriormente se hubiesen adquirido, lo que refuerza la finalidad ya señalada: castigar la concesión o petición de un derecho injusto. El mismo Juliano estimó como natural, no obstante, el fundamento (*causa*) de la obligación contraída entre el adversario y el que decretó o pidió el *ius novum*, de tal forma que si esa obligación había sido satisfecha y no se había solicitado la retorsión, el adversario no podía reclamar lo pagado con la *condictio indebiti*<sup>78</sup>. Estamos, por tanto, ante una extensión del ámbito de aplicación de la *naturalis obligatio* a un caso que no se refiere a deudas contraídas por personas carentes de capacidad, y que sobre la base del pensamiento de Juliano, impide el funcionamiento del edicto *quod quisque iuris*.

Finalmente, el carácter penal de la sanción prevista en el edicto de retorsión, como podría pensarse en un principio por las palabras conservadas en las fuentes (*puniri, poena*), hay que entenderlo en sentido genérico y funcional y no propiamente en un sentido técnico, tal y como se deduce de la falta de responsabilidad penal del *paterfamilias* y de la transmisibilidad del remedio al heredero del que decretó u obtuvo el *ius novum*.

### Personas a las que se extendía este edicto.

El edicto *quod quisque iuris* podía extenderse a las siguientes personas:

A) Tutor, curadores de locos y menores, y *procurator in rem suam*. Pomponio, según dice Ulpiano, pensaba que no se aplicaba este edicto al *procurator*, siempre que hubiese habido mandato expreso o ratificación en la petición del *ius novum*:

Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,3,1: *Si procurator meus postulavit, quaeritur, quis eodem iure utatur: et putat Pomponius me solum, utique si hoc ei specialiter mandavi vel ratum habui. Si tamen tutor vel curator furiosi postulerit vel adulescentis, ipse hoc edicto coercentur. Item adversus procuratorem id observandum est, si in rem suam fuerit datus.*

Con relación al *procurator*, la extensión del edicto a su persona debió de ser controvertido. Los giros empleados en el texto “*quaeritur*”, “*putat*”, ponen de manifiesto la existencia de diferencias de opinión y la aceptación de la solución de Pomponio (que no se aplicase al *procurator* en el caso de un mandato o de una gestión de negocios ajenos ratificada) implica el considerarla como la opinión predominante. Con ello, los compiladores pudieron haber suprimido otras posibles soluciones y tomaron como preferente la opinión que Ulpiano recogía en el texto original.

---

76 Vid. por todos LÉVY-BRUHL, *Une application...* cit., p. 77.

77 Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,3,2: *Haec poena adversus omnem statuitur, qui in edictum incidit, non solum eo postulante qui ab eo laesus est, sed omni, qui quandoque experitur.*

78 Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,3,6-7: *Illud quoque non sine ratione scribit non solum in his actionibus patrum poenam edicti, quas tunc habuit cum incideret in edictum, verum si quae postea ei adquirentur. Ex hac causa solum repeti non posse Iulianus putat: superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem.*

Vid. ejemplo en POTHIER, *Le Pandette...* cit., p. 129 nt. 1. Cfr. A. BURDESE, *La «naturalis obligatio» nella più recete dottrina*, en *Miscellanea romanistica* (Madrid, 1994) p. 203.

B) Fiador, aunque en este caso hay que distinguir tres supuestos: primero, cuando el deudor principal obtuvo un *ius novum* (=“que ningún deudor tuviera excepción contra él”) no podía oponerse excepción frente a su fiador. Segundo, a su vez el fiador no podía usar dicha excepción (*ius novum*) frente al acreedor, aunque esto le pudiera perjudicar por ser insolvente el deudor. Tercero, si era el fiador quien incurría únicamente en el edicto obteniendo ese mismo *ius novum* en propio interés, lógicamente esto no perjudicaba al deudor principal, quien podía oponer la excepción (*ius novum*) en caso de ser demandado y liberarse de la *actio mandati contraria* de su fiador por efecto de este edicto; a no ser que ya hubiese pagado, en cuyo caso no cabía la *condictio indebiti* por permanecer la causa natural de la obligación<sup>79</sup>:

Ulpiano 3 *ad edictum* D.2,2,3,3: *Si is pro quo spondisti impetraverit, ne aliquis debitor ipsius adversus eum exceptione utatur, deinde tu in negotio, in quo spondisti, velis exceptione uti: nec te nec ipsum oportet hoc impetrare, etsi interdum patiaris iniuriam, si solvendo debitor non sit. Sed si tu incidisti in edictum, reus quidem utetur exceptione, tu non utaris: nec poena tua ad reum promittendi pertinebit: et ideo mandati actionem non habebis.*

C) Herederos del que incurrió en el edicto: en último lugar, se preguntaba si la sanción se dirigía también contra los herederos del que causó la injusticia o por el contrario era pasivamente intransmisible. Juliano entendió que fuese transmisible a los herederos:

Ulpiano *ad edictum* D.2,2,3,5: *Quod autem ait praetor, ut is eodem iure utatur, an etiam ad heredem haec poena transmittatur? et scribit Iulianus non solum ipsi denegari actionem, sed etiam heredi eius.*

El texto, en el estado que se conserva, permite deducir la existencia de una controversia jurisprudencial en torno a la transmisibilidad de la sanción del edicto a los herederos del que incurrió en el mismo. Los justinianos siguieron con Ulpiano a Juliano y es posible que omitieran la opinión u opiniones contrarias de otros juristas que recogía el mismo Ulpiano. Con esta supresión de las disputas jurídicas, Justiniano pretendía dar unidad al ordenamiento jurídico y evitar los problemas de inseguridad e incerteza derivados de un elevado número de controversias. De ahí que los compiladores tomaran una posición en este caso, como en muchos otros, eligiendo la solución predominante. Por lo demás, lo que ya resulta imposible saber es si esa posición de Juliano supuso una innovación frente a interpretaciones de otros juristas anteriores, o se trataba ya de una opinión común. En todo caso, es la que prevaleció, o hicieron los compiladores que prevaleciese.

## LA PERSPECTIVA JUSTINIANEA.

La conservación de estos fragmentos en el Digesto ha hecho que podamos conocer aproximadamente cómo funcionaba un edicto tan singular en la época para la que fue creado. Sin embargo, el hecho mismo de su conservación en una obra (el Digesto) tan lejana del marco temporal de su creación, plantea una serie de cuestiones de difícil solución, y entre ellas, como más importante, la siguiente: ¿tiene aplicación práctica este edicto en la época de Justiniano?, y si es así ¿cómo se materializa?

---

<sup>79</sup> Vid. ejemplos en POTHIER, *Le Pandette.* cit., p. 130 nts. 2 y 3; DOMINGO, *Estudios III* cit., p. 79 nt. 285.

No pretendo abordar aquí el problema de la posición de Justiniano frente a los clásicos ni menos aún el de los caracteres de su obra legislativa, sino tan sólo hacer una serie de reflexiones desde la perspectiva de los justinianeos<sup>80</sup>. A este respecto, poco importa entonces que los textos del Digesto estuviesen manipulados o no, pues lo interesante es aquello que dicen esos fragmentos en su estado actual.

Ante todo, cabe la posibilidad de negar la aplicación práctica del contenido de este edicto para la época de Justiniano. Los compiladores, en tal caso, habrían mantenido, a pesar de la fuerza legal de los textos del Digesto, los fragmentos referentes al edicto *quod quisque iuris* por puro tradicionalismo. Sería una manifestación del clasismo extremo de los bizantinos, que mantendrían determinadas normas a pesar de su inaplicabilidad práctica.

Por otra parte, es posible reconocer la vigencia del edicto en tiempos de Justiniano, solución que me parece preferible, pues de otro modo no se alcanzaría a entender la utilidad de estos textos en el Digesto, y preguntarse qué función cumpliría el contenido de este edicto para Justiniano. El funcionamiento presentaría un cambio radical frente al mecanismo que tendría el edicto en la época para la que se creó. Las profundas transformaciones del ordenamiento jurídico operadas en un espacio de casi seiscientos años afectaron como es evidente al procedimiento. En la *cognitio extra ordinem* ya no se daba la bipartición procesal, sino que intervenía un único magistrado-juez que cumplía una función pública. ¿Acaso el nuevo destinatario de la sanción de este edicto, al margen del particular beneficiado, era este magistrado-juez? Todo indica desde esta perspectiva que así sería. El juego de la retorsión del *ius novum*, ya complicado de por sí, se volvería más oscuro en el entramado de la organización político-administrativa que se había impuesto en la parte oriental del Imperio. Dentro del inextricable bosque de normas que presenta esta administración de justicia jerarquizada, tendrían cabida los efectos del edicto<sup>81</sup>. Sin embargo, la finalidad de este edicto seguiría siendo la misma: impedir la parcialidad en el ámbito de la jurisdicción.

---

80 Sigo el orden de ideas que sobre esto mismo presenta para los magistrados municipales F.J. ANDRÉS SANTOS, La jurisdicción de los magistrados municipales en el Digesto de Justiniano, en *Hispania antiqua* 24 (2000) en prensa. Un adelanto en la comunicación presentada en el 52 Congreso de la SIHDA celebrado en Madrid en 1998.

81 Vid. ya GENZMER, Talion im... cit., pp. 141 s. A estos efectos resultan significativas las disposiciones contenidas en Nov. 24 (a.535); Nov. 25 (a.535); Nov. 26 (a.535); Nov. 27 (a.535); Nov. 28 (a.535); Nov. 29 (a.535); Nov. 30 (a. 536). También resultan interesantes Bas. 7,3,23-26 y los textos que ahí se relacionan. Vid. U. ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, (Milano, 1965) pp. 238 ss.