

CAMINOS ROMANOS

Viae Romanae

ESTUDIOS EN HOMENAJE A
FRANCISCO SAMPER POLO

JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
EDITOR

© 2006 por Juan David Terrazas

ISBN: 956-8357-07-6

Inscripción N° 159.502
Departamento de Derechos Intelectuales de Chile

A&V Comunicaciones
www.avcomunicaciones.cl
(09) 9218 99 68

Edición: Juan David Terrazas
Fotografía: Carolina Pinto
Diseño de Edición: Lisetta Ugarte Cavalletti

Impreso en Chile - *Printed in Chile*

Noviembre 2006

Derechos Reservados



9 789568 357078



FRANCISCO SAMPER POLO



separarlo de este último, como si fuese una figura esencialmente distinta; o, por mejor decir, permiten que los juristas no piensen en el mutuo, ni lo mencionen, cuando tratan del *dare ob rem*, como si no lo fuera. Por lo demás, debe reconocerse que, atendidas esas mismas peculiaridades, en realidad pierde importancia que el mutuo pertenezca a aquella figura.

XIII. En cualquier caso es claro que, introducido el mutuo en la categoría del *dare ob rem*¹³⁸, y descartadas las figuras de unas "*dationes ob causam*" y "*ex eventu*", la dicotomía absoluta que encontramos en D. 12, 5, 1 pr.-2 (PAUL, 10 Sab.): "*Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam*", y D. 12, 6, 52 (POMP., 27 Q. Muc.): "*Damus aut ob causam aut ob rem*", cobra todo su sentido y resulta indesmentida. Esto implica sostener que cuando se dice que el *dare* es causa (*petendi*) de la *condictio* (junto a la *stipulatio* y la *expensilatio*)¹³⁹, con *dare*, en realidad, se alude al *dare ob rem*, como categoría única, frente al *dare ob causam*, que nunca funda la *condictio*.

(138) En la discusión de las "*dationes ob causam*" orsianas, dejamos pendientes a una de ellas: y ahora ligado es el momento de decir nuestra conclusión a su propósito. Se trata de D. 41, 1, 36 (IUL., 13 dig.): si se ha dado una cantidad a título de donación, y se la ha recibido a título de mutuo, JULIANO piensa que hay mutuo [véase más arriba, el párrafo VIII, f)]. Ahora bien, puesto que se trata de un mutuo, estamos ante un *dare ob rem*, de acuerdo con lo dicho precedentemente, y no ante una "*datio ob causam*".

(139) CICERO, *pro Roscio com.* 4, 13.

A PROPÓSITO DE LA EXPANSIÓN ESPACIAL DEL DERECHO ROMANO: LOS LLAMADOS DERECHOS PROVINCIALES

Alejandro Valiño

Universitat de València

Instituto Valenciano de Estudios Clásicos y Orientales

(www.fiveco.org)

1. Dificultades para el conocimiento del derecho originario de las provincias incorporadas al Imperio

Contemplar el devenir histórico del Derecho Romano desde los albores de su existencia, supone percibir cuán tempranamente, ligado a la particular inquietud expansionista territorial de sus próceres, este incomparable legado para la historia jurídica universal supo proyectarse muy pronto más allá de la antigua Roma, difundiéndose, en mayor o menor medida a resultas del momento histórico que deseemos considerar, en otros territorios en los que adquirirá su particular carta de naturaleza. En estrecha conexión con las necesidades de un siempre creciente tráfico jurídico con el elemento extranjero, tan presente en la Roma republicana, puede mencionarse en primer término, como producto eminentemente jurisprudencial, el *ius gentium*¹, que es, sin duda, un subproducto del *ius civile* más fácilmente asimilable por quienes no eran ciudadanos por la liberación de las formalidades propias de los negocios obligatorios típicamente civiles más antiguos², lo que facilita naturalmente su acceso y práctica por quienes no participan en el terreno jurídico de la misma

(1) WIEACKER, Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts, en Sein und Werden im Recht. Festgabe für von Lübtow, Berlin 1970, 187 ss.; ID., Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur, I, München 1988, 236; y VACCA, La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, Torino 1989, 13 ss.

(2) Gai. 3.93 diferencia dentro de las obligaciones que se contraen *verbis* entre la *sponsio*, sujeta a la rígida estructura *spondes?—spondeo*, exclusiva de los *cives Romani*, y la *stipulatio*, presidida por el binomio constituido por otros verbos (*promittis?—promitto* o *dabis?—dabo*), extensible también a los peregrinos en cuanto encuadrada dentro del *ius gentium*. Se trata, por consiguiente, de un distinto régimen jurídico que discurre dentro del derecho civil y que puede también trasladarse al ámbito del *ius honorarium*, puesto que bajo esta denominación de conjunto se comprenden las prescripciones que

cultura³. Otro hito asociado a la expansión territorial propia del Imperio supuso la concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio en el 212 d.C. (*Constitutio Antoniniana*), lo que se tradujo en la atribución del mismo derecho ciudadano a todos los confines de la organización imperial, con las connaturales dificultades de convivencia con la idiosincrasia jurídica propia de las comunidades indígenas sometidas, concretadas en el fenómeno de la *consuetudo contra legem*. Esta extensión de la ciudadanía es la palpable última consecuencia de un proceso presente durante la época del Principado tendente a minimizar la ingerencia de los representantes políticos de Roma en la vida jurídica que se practicaba en provincias, constatándose así un cierto relajamiento frente al rigor anterior en orden a la extensión del Derecho ciudadano⁴.

De este modo, la expansión territorial de la antigua Roma se ve acompañada de una compleja organización administrativa de la que Roma se sirve para concretar su hegemonía sobre los pueblos conquistados, repercutiendo así en todo los aspectos que interesan a la organización social de las comunidades sometidas y sin perjuicio de que ella misma se haya visto salpicada por las concepciones extrañas allí imperantes. Esto no es más que el resultado de una pragmática interacción cultural, por lo demás inevitable, con los elementos autóctonos con los cuales entra en contacto y a través de la cual la fuerza arrolladora de la romanización se enriquece de la diversidad cultural con la que va topándose en su paulatino proceso de imposición. La simbiosis que se llega a producir es, en ocasiones, de tal intensidad que no siempre resulta sencillo reconocer y aislar los elementos puramente romanos de aquellos otros que son propios del territorio con el que el sistema jurídico romano entra

derivan tanto del edicto del pretor urbano, que interesan sólo a los ciudadanos, como las que emanan del edicto del pretor peregrino, que afectan a los extranjeros, por lo que en la práctica las relaciones jurídicas que inciden sobre los peregrinos tienen este doble origen típicamente romano, civil y pretorio. Vid. diversamente a propósito de la cuestión TALAMANCA e.a., *Lineamenti di storia del diritto romano* 2, Milano 1989, 511.

- (3) Así resulta de la noción de *ius gentium* que nos ofrece Gai. 1. 1 como *quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur*.
- (4) Esta despreocupación por la realidad provincial es característica a la actividad de la jurisprudencia hasta el fin de la dinastía severiana, en cuanto principalmente ocupados los juristas en cuestiones relacionadas con la realidad itálica y romana, con las contadas excepciones de CALISTRATO y TRIFONINO. Este planteamiento ya se encuentra en KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952. Vid. también a propósito LUZZATTO, *Sul regime del suolo nelle province romane. Spunti critici e problematica*, en *Atti del Convegno Internazionale sul tema 'I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo'* (Roma, 26-28 ottobre 1971), Roma 1974, 11.

en contacto. Es más, como MITTEIS ha puesto en evidencia, el mayor peso del Derecho Romano, si consideramos estrictamente y en rigor la buena técnica jurídica que resulta de una producción científica de las soluciones jurídicas que acceden a la práctica cotidiana, y, sobre todo, el dogma, transpuesto por los juristas, de la unidad jurídica que acompaña a la orientación absolutista de la monarquía a partir del Dominado de DIOCLECIANO, terminó por cegar las expectativas de natural evolución del Derecho autóctono engendrado en las provincias del Imperio en aras de la prevalencia suprema de un Derecho Romano. Este se revela así como un producto estandarizado impuesto desde el poder político, pero que con el tiempo se mostrará capaz de germinar y enraizarse en las más dispares comunidades por la mera fuerza de su esplendor y ejemplaridad. La consecuencia de esa extraordinaria versatilidad del Derecho Romano para la adaptación y convivencia con otros usos y concepciones culturales, sumado al hecho de que resultado de esa interacción es la actuación de su predominio, es que sean ciertamente limitadas las peculiaridades que nos son conocidas a propósito de los sistemas jurídicos de aquellos pueblos que fueron incorporados al imperio romano. Puesto que las fuentes de conocimiento que habrían podido proporcionarnos información primaria sobre semejantes aspectos del Derecho indígena, cedieron y terminaron por perderse ante el empuje y la imposición en el terreno práctico de las muchas colecciones a través de las que, especialmente durante el período postclásico, se difundió ampliamente el Derecho Romano⁵. Con lo que resta al investigador la siempre ardua y dificultosa tarea de aislar, en el estudio de aquellas instituciones jurídicas que constituyan el objeto de su interés, los elementos típicamente romanos de aquellos que únicamente pueden llegar a ser estimados como tales por la fuerza aglutinadora de la conmixtión. Y ciertamente la labor se ve dificultada por la complejidad del sustrato sociopolítico que se percibe en provincias por razón de la condición de privilegio de la ciudadanía romana, lo que determina que, en línea de principio, la aplicación del *ius civile* y del *ius gentium* dependa más de la consideración de las personas que del ámbito territorial en el que se suscita la cuestión de su aplicabilidad. Sólo las particularidades del derecho indígena se ligan al territorio, de modo que son también

- (5) MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den hellenisierten östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches*, Leipzig 1891, 1 ss.

destinatarios de tales instituciones los ciudadanos romanos que sean residentes en la provincia de que se trate⁶.

Aunque las observaciones de MITTEIS se revelaban como ciertamente desalentadoras en orden a la individualización de influencias jurídicas distintas de las romanas en las provincias que integraron el Imperio, sin embargo, de gran entidad han sido las aportaciones proporcionadas por una ciencia accesoria, pero extraordinariamente útil para el conocimiento de las disciplinas históricas como es la papirología, que encuentra su oasis más fructífero en la provincia oriental de Egipto, de la que proceden incontables testimonios de esta índole, erigiéndose de este modo en un material decisivo que el investigador en estas lides no puede pasar por alto. Ello no obstante, este ingente material sirve simplemente para apuntarnos la existencia en las provincias orientales romanizadas de una realidad jurídica anterior propia y diferenciada de la que proviene e impone Roma, que, por su extraordinaria fuerza expansiva, termina por convertirse en un Derecho Romano sencillamente adaptado a la idiosincrasia y peculiaridades del lugar en el que es aplicado, frente a un Derecho Romano más puro y ligado a la tradición estrictamente romana de los antiguos, como es el que resulta de la actividad jurisprudencial acometida en la misma *Urbs*. En definitiva, el derecho que se desarrolla en provincias constituye un Derecho Romano que convive con las particularidades propias del territorio sobre el que se asienta, del mismo modo en que, en otro orden de cosas, la propia lengua latina se va vulgarizando al entrar en contacto con las que practicaban los indígenas⁷.

En el marco del respeto a las concepciones propias de los territorios sometidos puede reconocerse la subsistencia de sus propios ordenamientos jurídicos, que supusieron en gran medida la conservación de instituciones autóctonas en materia jurídica, circunstancia que se vio favorecida por el hecho de que en las etapas más tempranas de la expansión imperial, la

(6) Puede mencionarse, a título meramente ejemplificativo, la práctica en el Egipto romano de dar publicidad a toda transmisión inmobiliaria con valor constitutivo, que también recaía sobre aquellos que tuvieran la condición de ciudadanos romanos. Vid. más sobre esta especialidad provincial GALLO, s.v. «Publicità» (diritto romano), en NNDI 37 (1988) 966 ss. y CASINOS MORA, Una auténtica institución de publicidad inmobiliaria en el Egipto romano bajoimperial: las bibliothéke tôn enktéseon, en Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al Profesor Celestino Cano Tello, Valencia 2002, 89 ss.

(7) WIEACKER, Nochmals über Vulgarismus, en Studi Betti, 4, Milano 1962, 509 ss.; LAURIA, Ius. Visione romane e moderne, Napoli 1967, 209; y AMARELLI, Vetustas-innovatio. Una antitesi apparente nella legislazione di Costantino, Napoli 1978, 6 ss.

extensión de la ciudadanía y, con ella, la difusión del Derecho Romano urbano, se llevó a cabo con notable moderación por la consideración de una y otro como un privilegio, cuyo otorgamiento no convenía extender en exceso. La principal preocupación romana en los comienzos de la expansión habría sido el mantenimiento del orden y, fundamentalmente, la imposición de tributos⁸, articulándose con los territorios sometidos acuerdos o convenios de distinta índole, que importarían, en consecuencia, una diferente posición jurídica de sus habitantes frente a Roma y el Derecho Romano, siempre sujeta a revisión según sea el grado de observancia de la *fides*⁹. Como regla general, el Derecho Romano que se practicaba en la *Urbs* en estrechísima relación con la actividad interpretativa de corte creador desempeñada por una jurisprudencia aristocrática, que, como es sabido, se centraba principalmente en aspectos iusprivatistas, no pudiera ser aplicado a la mayoría de los pueblos sometidos que integraban el Imperio, lo que trajo como consecuencia la constatación en provincias de la existencia, junto al Derecho Romano de los *cives Romani* que allí habitaban, de un Derecho siempre más tosco, conformado por instituciones jurídicas técnicamente más rudimentarias y, especialmente en la parte oriental del Imperio, pasadas en gran medida por el tamiz del influjo helenístico que, por lo que se refiere a los pequeños conflictos de naturaleza patrimonial que interesaban a los particulares, conformaría en el campo jurídico la tradición e idiosincrasia propia de cada uno de los pueblos sometidos.

Tal estado de cosas determinaba que Roma tuviera que tolerar en sus distintas provincias concepciones extrañas en el terreno jurídico, pero que, por lo limitado del ámbito de aplicación del Derecho Romano urbano a los provinciales que no habían accedido a la ciudadanía, constituían el núcleo principal de la reglamentación de la que se valían los sometidos para entablar relaciones jurídicas entre sí, si bien los conflictos que de las mismas pudieran resultar eran ventilados por los magistrados provinciales con cierta dependencia y vinculación a un edicto provincial, que representaba el programa de su actuación magistradual en el terreno jurisdiccional. La amalgama de tales particularidades propias de los extranjeros sometidos al Imperio de Roma con la función de ordenación de los litigios en aquellos territorios condujo, por consiguiente, a que

(8) BRAUND, The Growth of the Roman Empire (241BC-AD193), en The Administration of the Roman Empire, Exeter 1988, 1 y 8 ss.

(9) REYNOLDS, Cities, en The Administration of the Roman Empire cit. 17.

aquellas instituciones extrañas fueron incluso tomadas en consideración por los propios magistrados provinciales romanos en el ejercicio de su función jurisdiccional bien distante de la metrópoli, dando así cobertura en su particular versión provincial del edicto, además de al grueso de disposiciones que constituían el Derecho de Roma, a otras tantas, unas constitutivas de la tradición jurídica de cada provincia, otras que reflejarían la potestad de desarrollo reglamentario que habría correspondido a los *municipia* (no a las *coloniae*) en ciertas materias relacionadas con su autonomía administrativa¹⁰. Así puede observarse, por ejemplo, en el régimen jurídico relativo a las transmisiones inmobiliarias, pues en provincias son extrañas las solemnidades características del derecho arcaico para la enajenación de los bienes raíces, de modo que, salvo especiales concesiones a determinados pueblos y territorios arbitradas a través del *ius Italicum*¹¹, el suelo provincial no podía ser objeto de *dominium ex iure Quiritium*¹² ni la tenencia de semejantes bienes podía verse protegida por acciones civiles, sino probablemente a través de ciertos remedios canalizables a través de la *cognitio extra ordinem* augustea. También, el otorgamiento del *ius Italicum* suponía también disposiciones especiales en materia política y, sobre todo, tributaria en cuanto importaba un privilegio constitutivo de auténtica inmunidad fiscal para ciertas comunidades extra-italicas sobre la base de una sólida y estrecha relación de fidelidad o alianza con la metrópoli.

2. Peculiaridades de Hispania, provincia romana

Durante los cuatro primeros siglos de la dominación romana, los derechos autóctonos de la población indígena son reconocidos y gozan,

(10) TALAMANCA e.a., Lineamenti di storia del diritto romano cit. 514.

(11) Sobre su alcance y significado vid. SAVIGNY, Ueber das «*ius Italicum*», en ZGR 5 (1823-1825) 242 ss.; HEISTERBERGK, Name und Begriff des «*ius Italicum*», Tübingen 1885, 1 ss.; PREMERSTEIN, s.v. *ius Italicum*, en PWRE X.1 (1917); LUZZATTO, Appunti sul «*ius Italicum*», en RIDA 5 (1950) 79 ss.; ID. s.v. *ius Italicum*, en NNDI IX (1963); TRIANTAPHYLLOPOULOS, *ius Italicum* personnel Inschr. Didyma 331, en IVRA 14 (1963) 109 ss.; GONZÁLEZ ROMÁN, *ius Italicum e Immunitas* en las colonias romanas de Hispania, en Roma y las provincias, Madrid 1994, 131 ss.; SAQUETE, Privilegio y sociedad en Emérita Augusta: la cuestión del *ius Italicum* y la *immunitas*, en Sociedad y Cultura en Lusitania romana: IV Mesa Internacional, Coord. J.G. Gorges y T. Nogales Basarrate, Mérida 2000, 397 ss.; y SEGUI-SÁNCHEZ, La romanización en tierras valencianas. Una historia documental, Valencia 2005, 24.

(12) Ello es consecuencia de la exclusión de los negocios solemnes tanto para su transmisión como para la constitución de otros derechos limitativos del dominio, tal como resulta de *Gai.* 2.21; 2.27; y 2.31.

en sus respectivos ámbitos territoriales de aplicación, de plena eficacia y validez, si bien los romanos concedieron a los pueblos romanizados un distinto grado tanto de autonomía como de contacto con su derecho, según mostraran mayor o menor adhesión al régimen político y al propósito colonizador de Roma¹³. Por lo que no puede descartarse que, si bien los *municipes*, habitantes de los territorios anexionados en el proceso de expansión territorial de la República, en su concepción originaria habrían tenido la condición de *cives sine suffragio*, fueran no obstante diversos los estatutos atribuidos a tales *municipia*. En este sentido, GARCÍA GALLO, en relación con la situación de Hispania, ha significado cómo dos siglos después de la romanización, esto es, en tiempos de OCTAVIO AUGUSTO, tres cuartas partes de las ciudades andaluzas seguían viviendo totalmente conforme a su derecho indígena, mientras que de la cuarta parte restante sólo la mitad de ellas aplicaban en ciertos casos el Derecho Romano. En el resto de Hispania, todavía la vigencia de las concepciones indígenas en materia jurídica es mayor en cuanto se extiende a cuatro quintas partes de las ciudades, entre las cuales unas pocas pueden distinguirse como *foederatae*, esto es, vinculadas o aliadas de Roma por tratados (*foedera*), conservando al propio tiempo su independencia, mientras que las más quedaron sometidas unilateralmente a Roma mediante una *lex* en calidad de *municipia*, lo que no fue obstáculo para que conservasen una notable autonomía en el orden administrativo y religioso, y, en cierta medida, la vigencia de su propio Derecho, que no podía ser modificado por Roma¹⁴. Por el contrario, las que fueron militarmente subyugadas, aunque mantuvieron también sus peculiaridades en el ámbito jurídico, podían ver libremente modificado su Derecho por la intervención de los magistrados romanos¹⁵.

En definitiva, la casuística que se nos presenta en las comunidades extraitálicas en orden a las características de sus propios estatutos jurídicos es bien diversa y ciertamente cambiante, lo que responde deliberadamente

(13) Del *ius commercium*, el *conubium* con los romanos, el *ius migrandi* y un limitado *ius suffragii* gozaron los miembros de la antigua liga latina (*socii Latini nominis*) y desde el siglo IV a.C. puede constatar su progresiva, aunque siempre moderadamente paulatina extensión en el ámbito territorial de la península itálica a través de la fundación de *coloniae Latinorum* o *coloniae civium Romanorum*. Cfr. TALAMANCA e.a., Lineamenti di storia del diritto romano cit. 240 ss.

(14) Entre las materias que más frecuentemente seguían ligadas a las tradiciones locales y los magistrados indígenas pueden significarse las operaciones de elaboración del censo, la jurisdicción criminal (a salvo el recurso a la *provocatio ad populum*).

(15) GARCÍA GALLO, Historia del Derecho español, I, Madrid 1943, 142 s.

a la estrategia expansiva de Roma sin sujeción a un único modelo de implantación. Más bien, la situación de los territorios y comunidades objeto del proceso de romanización puede reconocerse como variopinta y percibirse como distinto el grado de influjo que alcanzó el Derecho Romano en su proceso de extensión en cada uno de los territorios considerados. Así, en algunas comunidades el respeto a las concepciones locales fue pleno, por lo que conservaron su propio ordenamiento jurídico, su organización político-administrativa y la naturaleza de las instituciones jurídicas de derecho privado, pudiendo distinguir en su relación con Roma aquellas que con ella habían suscrito un tratado del que dimanaban ciertas cargas tributarias o de socorro militar (*civitates foederatae*) de aquellas sobre las que no pesaba gravamen de esta naturaleza (*civitates sine foedere immunes ac liberae*) más que en casos de extrema necesidad sobre la base de una recíproca *fides* semejante a la que presidía la relación entre patronos y libertos. En cambio, en Hispania abundan ciudades que, gozando de una relativa autonomía administrativa y jurisdiccional, quedan, sin embargo, sujetas al pago de tributo (*vectigal certum, quod stipendarum dicitur*)¹⁶, que las convierte en *municipia stipendiariae*. Eso sí, cualquiera que sea el estatuto conferido a una comunidad, resulta evidente su carácter libremente revocable en cuanto graciosa concesión siempre supeditada al superior valor de la *lex provinciae*, que determinaba el marco de actuación magistradual en el territorio sometido y en el que se enclavaban las *civitates liberae* y *foederatae*. De nuevo, nos topamos como fundamento de esta recíproca relación que a Roma proporciona fundamentalmente apoyo en el terreno militar, la idea de la *fides* como la firmeza del que es más fuerte y que, en este orden de cosas, trae como consecuencia la provisionalidad en la subsistencia de las particularidades de las comunidades indígenas.

Ya durante el Principado, en tiempos de VESPASIANO, cuando el privilegio del *ius Latii* se extendió a toda la península (*universae Hispaniae*)¹⁷ probablemente en el 73-74 d.C.¹⁸, uniformándose de manera inmediata el

(16) Cic., Verr. 2.3.12.

(17) Plin. Hist. Nat. 3.30. Cfr. STEINWENTER, s.v. «*Ius Latii*», en PWRE X.1 (1917) 1269.

(18) A propósito de la datación propuesta, vid. MCELDERRY, Vespasian's reconstruction of Spain, en JRS 8 (1918) 76; AL FÖLDY, Fasti Hispanienses. Wiesbaden 1969, 19; GALSTERER, Untersuchungen zum römischen Städtewesen auf der Iberischen Halbinseln, Berlin 1971, 37; WIEGELS, Das Datum der Verleihung des *Ius Latii* an die Hispanier: zur Personal und Municipalpolitik in den ersten Regierungsjahren Vespasians, en Hermes 106 (1978) 196 ss.; BASCAL-ESPINOSA, La ciudad hispano-romana. Privilegio y poder. Logroño 1989, 87

tratamiento jurídico de las comunidades peregrinas en torno al modelo municipal y al marco que suponía la *lex Flavia municipalis* (de la cual la copia más completa es la conocida como *lex Irnitana*)¹⁹, el Derecho indígena, que seguramente servía también para regular las relaciones patrimoniales de los provinciales, posiblemente perdió influjo incluso por lo que a las materias de derecho privado se refiere, como en todo lo concerniente a la propiedad, contratos o sucesión testamentaria²⁰. Y, con posterioridad, como consecuencia de la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio por obra de la *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C., el Derecho indígena va a quedar totalmente derogado, en cuanto que a todos los territorios es aplicado de modo uniforme, sin consideración a sus propias peculiaridades, el Derecho Romano. Sólo la reacción popular en el período postclásico en aquellas provincias más alejadas de la *Urbs*, a través de la modalidad de la costumbre contra la *lex generalis* (*consuetudo contra legem*), permitirá todavía cierta esfera de aplicación a lo que constituyen las particularidades autóctonas en el terreno jurídico de los pueblos sometidos en cuanto que, por lo distante de su mentalidad, no llegaron a calar ciertas instituciones estrictamente romanas. Y precisamente a esta dimensión práctica de la aplicación del Derecho se refiere también GARCÍA GALLO, puesto que el Derecho Romano adolecía de una cierta complicación no fácilmente superable por quienes estaban acostumbrados a la sencillez y simplicidad de las instituciones de su derecho propio. Por ello, desde el momento en que la cultura romana va perdiendo gran parte de su impulso expansivo desde el siglo IV, puede reconocerse también un fenómeno de revitalización o

s. n. 61; MANGAS, Leyes coloniales y municipales de la Hispania romana, Madrid 2001, 15; y SEGUÍ-SÁNCHEZ, La romanización en tierras valencianas cit. 26.

(19) A. d'ORS, La nueva copia irnitana de la *Lex Flavia municipalis*, en AHDE 53 (1983) 5 ss.; ID., Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal, en SDHI 49 (1983) 18 ss.; ID., La ley Flavia municipal (Texto y comentario), Roma 1986, 15; y ID. (junto a X. d'ORS), *Lex Irnitana* (Texto bilingüe), Santiago de Compostela 1988, 1 ss. También sobre la reconstrucción y contenido de esta ley marco, sin ánimo exhaustivo dada la ingente cantidad de aportaciones que el descubrimiento de la copia de Irni ha motivado, vid. GIMÉNEZ CANDELA, La *lex Irnitana*: une nouvelle loi municipale de la Bétique, en RIDA 30 (1983) 125 ss.; J. GONZÁLEZ, The *lex Irnitana*: a new copy of the Flavian municipal law, en JRS 76 (1986) 147 ss.; ID., El *Ius Latii* y la *lex Irnitana*, en Athenaeum 65 (1987) 317 ss.; GALSTERER, *Municipium Flavium Irnitanum*: a latin town in Spain, en JRS 78 (1988) 78 ss.; SIMSHÄUSER, La juridiction municipale à la lumière de la *lex Irnitana*, en RHD 67 (1989) 619 ss.; y LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*. Municipalità e *Ius Romanorum*. Napoli 1993.

(20) Vid. Cap. 84 *lex Irnitana*, edición d'ORS cit. 66 ss.

resurgimiento de la idiosincrasia indígena en el campo jurídico, que se concreta asimismo en el renacimiento de las ideas y formas elementales de los sistemas jurídicos propios de los distintos pueblos que conformaban el Imperio²¹.

En todo caso, parece ser la de Hispania una situación que es igualmente predicable de otras provincias sometidas al poder de Roma, con lo que el rigor de las concepciones propias del Derecho Romano en contraste con el contenido de los derechos autóctonos, no supuso necesariamente su desaparición práctica. Como señala ARANGIO-RUIZ, si bien se introdujeron ciertos criterios típicamente romanos que fácilmente podían establecerse en provincias carentes de tal tradición, como el principio tradicional romano según el cual se niega a los hijos de familia la facultad de poseer bienes propios o la concepción romana de la familia agnaticia, dependiente del vínculo de *patria potestas*, otros son difícilmente extrapolables por el íntimo ligamen que tienen con la misma ciudad de Roma, tales como la figura del *libripens* y demás particularidades propias del acto mancipatorio²² o como la preeminencia de la forma escrita en la exteriorización de la voluntad generadora de obligaciones, frente al predominio de la forma oral, ciertamente con valor constitutivo, en los actos de obligación propios del período clásico romano²³.

3. La reacción en provincias frente al derecho impuesto desde Roma

Ya nos hemos referido tan sólo sea someramente al fenómeno de la costumbre contra ley como expresión de la conciencia popular que no acepta el dictado cuasidivino que emana de la potestad imperial con quiebra de aquellas tradiciones que en el campo jurídico vienen caracterizando la conciencia colectiva (el considerado, en sentido romántico, 'VOLKSGEIST'²⁴) de los pueblos sometidos al poder imperial. Y es constatable cómo un siglo después de la *Constitutio Antoniniana* y su consecuencia de extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio se producen fuertes contrastes entre el Derecho que

(21) GARCÍA GALLO, Historia del Derecho español cit. 143.

(22) *Gai.* 2.65: ... *nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

(23) ARANGIO-RUIZ, Storia del diritto romano⁷, reimp. Napoli 1980, 408.

(24) LATORRE, Una introducción al derecho, Barcelona 1968, 70.

viene de Roma y que trata de imponerse, y el propio de los pueblos que son incorporados al régimen imperial. Esta contraposición, tolerada desde un plano estrictamente formal, se hizo patente en el rechazo que Roma dispensaba a ciertas prácticas autóctonas del Derecho provincial en cuanto suponían una quiebra de la esencia misma que conformaba el tronco del Derecho Romano y su admisión resultaba incompatible con la regulación que los romanos proponían de la materia en cuestión. Así puede constatarse en el tratamiento de ciertas instituciones como, a modo de ejemplo, podría pensarse a propósito de las costumbres orientales que facultaban a la mujer para adoptar o la arraigada tendencia en estos lares hacia la poligamia. Pero, ello no obstante, puede evidenciarse cierta tolerancia en lo que se refiere al funcionamiento y devenir de otras instituciones conforme a sus connaturales presupuestos indígenas cuando estos no suponían una radical oposición a los principios básicos del Derecho Romano. En este orden de cosas, puede señalarse en provincias, por lo que respecta a los modos de adquirir la propiedad, la presencia de formas espiritualizadas de entrega, como la *traditio per chartam*, frente a la concepción romana de la *traditio* como traspaso efectivo o puesta a disposición de la cosa a favor del accipiente, que evidenciaba la materialidad más o menos simbolizada del acto mismo del apoderamiento que hacía adquirir el dominio; o, igualmente, cómo en provincias se supera rápidamente el principio de la incapacidad patrimonial de los hijos de familia, haciendo posible que estos puedan ser titulares de un patrimonio autónomo, concepción que en Roma se abrió paso sólo tímidamente a raíz del *ius singulare* en orden a los actos de gestión y administración que suponía el tratamiento jurídico atribuido al peculio castrense²⁵. E iguales consideraciones pueden extraerse asimismo de algunos de los principios que rigen el sistema de la sucesión hereditaria en Roma, que impedía que el causante pudiera disponer sólo parcialmente

(25) Siguiendo a E. VALIÑO, Consideraciones en torno a las «*actiones adiecticiae qualitatis*» en el Derecho Romano clásico, en *Temis* 22 (1967) 94 "la fecha del reconocimiento creemos que puede fijarse hacia mediados del siglo I a.C. (en época de Julio César), en un momento en que ya tenía vigencia la práctica de atribuir a los hijos milites esta especie de patrimonio separado, aunque sólo con Augusto se admitió la capacidad de testar sobre tal peculio". Vid. también ID., La capacidad de las personas «*in potestate*» en Derecho Romano, en *RDM* ot 57-58 (1967) 109 ss. y 161 s.; ID., Las «*actiones adiecticiae qualitatis*» y sus relaciones básicas en Derecho Romano, en *AHDE* 37 (1968) 349; y PERIÑÁN, La desaparición del régimen noxal para los hijos de familia, en *Le monde antique et les droits de l'homme. Actes de la 50ème Session de la SHDA, Bruxelles 1998*, 52 ss.

(26) *Gai.* 6 ad ed. prov. D. 50.16.24 y lul. 6 dig. D. 50.17.62.

de su patrimonio²⁶ o pudiera combinar distintas modalidades de delación (*nemo pro parte testatus pro parte testatus decedere potest*)²⁷ o que el testamento no contuviera en época clásica la solemne e indispensable mención de la institución de heredero²⁸, mientras que todo este rigor no se halla en cambio presente en provincias, siendo válido un testamento de tal naturaleza, aunque sea como codicilo complementario de una delación *ab intestato* de la herencia del finado²⁹. En este orden de cosas, como ya hemos anticipado, no puede desconocerse la extendida aplicación en las provincias orientales del imperio de la forma escrita en orden a la génesis de obligaciones entre particulares, mientras que el más riguroso derecho civil recurría a la *sponsio*³⁰ como modo formal más frecuente de constituir entre dos ciudadanos romanos un vínculo obligatorio abstracto, fundado en una pregunta y respuesta congruente³¹, susceptible de contener originariamente las más diversas causas³². Incluso, con relación a este doble marco de aplicación del Derecho Romano, el propio de la ciudad de Roma y el que tenía lugar en provincias, desprovisto por así decirlo de muchos de los elementos que le conferían aquel vetusto rigor formalista, cobraba importancia la exigencia de mención de la cláusula estipulatoria para su eficacia. Como resulta presente en documentos greco-egipcios de tiempos posteriores a CARACALLA, acreditándose de este modo en

- (27) Cfr. Pomp. 3 ad Sab. D. 50.17.7, posibilidad sólo admisible para los soldados: *miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus. Ulp. 5 ad Sab. D. 29.1.6.*
- (28) De este modo, la heredis institutio era en época de GAYO *caput et fundamentum totius testamenti* (Gai. 2.229 y I. 2.20.34). Cfr. también Gai. 2.103, donde sintéticamente se explica la evolución que experimentó el testamento libral y el rol más o menos constitutivo y simbólico que en él se atribuyó al familiae emptor.
- (29) La exigencia obligatoria de los codicilos como disposición complementaria sea de la sucesión testada que de la intestada se introdujo por vía jurisprudencial con el comienzo del Principado, cfr. I. 2.25 pr. Podemos poner de relieve cómo SCHÖNBAUER, Reichsrecht gegen Volksrecht? Studien über die Bedeutung der «Constitutio Antoniniana» für die römische Rechtsentwicklung en ZSS 51 (1931) 277 ss. se opone a la doctrina expuesta de MITTEIS y ARANGIO-RUIZ, quien en su obra Storia del diritto romano cit. 411 n. le replica al ilustre estudioso austriaco, señalando que, salvo un breve período en el que efectivamente el Derecho Romano no fue aplicado por los provinciales, desde ALEJANDRO SEVERO se observa documentalmente de modo general cómo se intenta adecuar las intenciones de las partes a las normas legales romanas y, ello no obstante, la aplicación del derecho imperial se ve falseada casi siempre, haciendo pasar bajo la nueva bandera la antigua mercancía. Señala finalmente ARANGIO-RUIZ que es completamente arbitraria la consideración de que sea obra primigenia de DIOCLECIANO la pretensión de imponer el Derecho Romano del Principado en las provincias.
- (30) Gai. 3.92 y 93.
- (31) Ulp. 48 ad Sab. D. 45.1.1.6 y Pomp. 26 ad Sab. D. 45.1.5.1.
- (32) Piénsese la reconducción de obligaciones surgidas de diferentes causas entre dos particulares a una sola obligación estipulatoria, que determinaba la novación de las precedentes: la llamada *stipulatio Aquiliana*, cfr. Ulp. 46 ad Sab. D. 2.15.4.

palabras ÁLVAREZ SUÁREZ el “esfuerzo de los provinciales para acomodar su propio Derecho al Derecho Romano”³³, contemplando así siquiera sea estéticamente lo que otrora, en el Derecho que se practicaba en la *Urbs*, tuvo la consideración de requisito indispensable para su validez.

4. Significado del Derecho Romano en provincias y su aproximación al fenómeno de la vulgarización del Derecho

Tras lo referido anteriormente, si se planteara cuál es el procedimiento que determina o condiciona el nacimiento del Derecho vulgar o provincial, nos topáramos con las consideraciones ya expuestas por BRUNNER, para quien el Derecho Romano vulgar se opone al Derecho de producción culta y, por consiguiente, desprende un cierto aire de popularidad ligado a la espontaneidad en la repetición de usos³⁴, que favorece su definición como aquel sistema jurídico que resulta de la aplicación e implantación del Derecho Romano clásico en las provincias, incapaz de acometer una precisa interpretación de las instituciones que lo conforman o sencillamente deseoso de adaptarlo a la consecución de necesidades propias diferenciadas. De esta manera, por su alejamiento del método científico en su gestación asociado a la ausencia de juristas desligados del poder político y desprovistos del influjo y condicionamientos propios de la Cancillería imperial, BRUNNER llega a identificar el Derecho Romano vulgar y el Derecho Romano que rigió en provincias³⁵, constatándose de este modo un cierto fenómeno de involución que bien puede reconducirse al sentido de la expresión ‘vulgarismo jurídico’³⁶, bajo la cual nos encontramos con

- (33) ÁLVAREZ SUÁREZ, Los derechos provinciales romanos y el problema del derecho foral español, en AHDE 18 (1948) 1337.
- (34) Vid. en este sentido TAUBENSCHLAG, Le droit dans les Constitutions prédioclétiennes, en Mélanges Cornil, 2, Paris 1926, 497 ss.; ID., Geschichte der Rezeption des römischen Privatrecht in Aegypten, en Studi Bonfante, 1, Milano 1930; DE FRANCISCI, L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano, en AG (1925) 157 ss.; LEVY, Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts, en ZSS 49 (1929) 230 ss.; y ID., Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechts, en Atti Roma, 2, Pavia 1934, 27 ss.
- (35) Cfr. BRUNNER, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, 1, Berlin 1880, 113 y 119.
- (36) Preocupación singular sobre la cuestión, como resulta de gran parte de su producción, ha mostrado LEVY, Westen und Osten in der nachklassischer Entwicklung cit. 230 ss.; ID., Zum Wesen des weströmischen Vulgarrecht cit. 27 ss.; ID., Reflections on the first “Reception” of Roman law in germanic states, en American History Review 48 (1942) 20 ss.; ID., Vulgarization of Roman law in the early Middle Ages as illustrated by successive versions of Pauli Sententiae, en Medievalia et Humanistica 1 (1943) 14 ss.; ID., West Roman vulgar law. The law of property, Philadelphia 1951; ID., Weströmisches

que el estudio del Derecho se trivializa y simplifica, y en su formulación adquiere primacía el manejo de los argumentos que se aducirán en juicio frente al razonamiento lógico-deductivo que permitía a partir de sencillos casos prácticos crear reglas de aplicación general³⁷. El mismo fenómeno de simplificación de las sutiles distinciones propuestas por los clásicos conducen al abandono de las obras elaboradas por estos y al manejo de versiones epitomadas de las mismas en la parte occidental del imperio, actuándose confusiones impensables para los clásicos como, a modo de ejemplo, la confusión entre la causa y el modo en orden a la transmisión del dominio.

Frente a la concepción expuesta, MITTEIS identifica el Derecho Romano vulgar con las reminiscencias de los derechos autóctonos antes de verse envueltos bajo la influencia del Derecho de Roma³⁸. Evidencia el estudioso alemán cómo, en modo alguno mantienen ambos sistemas, el indígena y el romano, toda su pureza, sino que de su cohabitación en el mismo territorio resulta en todo caso una amalgama de elementos que sobre todo sirven para desnaturalizar al que asume una posición preeminente. Es por ello por lo que, en el viaje de su expansión espacial, se hacen patentes sobre el Derecho Romano de la *Urbs* influencias de todo orden, muy especialmente las que provienen de la cultura helenística, notablemente extendida en lo que fueron las provincias orientales del Imperio, a la que debe sumarse el nada desdeñable influjo con el que contribuyen culturas como la habida en Siria y en Egipto, de gran lustre y antigüedad, pero también se evidencia la conservación más o menos atenuada de un sistema jurídico propio sobre el que incide todo este panorama multicultural. En todo caso, puede significarse cómo el mayor peso cultural de las provincias orientales determinó que al encuentro de la expansión imparable del Derecho Romano opusieran al mismo tiempo una notable resistencia, que se tradujo incluso en la formulación de unos criterios jurídicos propios, que provenían antes de las corrientes

Vulgarrecht. Das Obligationsrecht, Weimar 1956; ID., recensión a la obra de GAUDEMET, La formation du droit seculier et du droit de l'Eglise aux IV et V siècles, en ZSS 75 (1958) 451 ss.; ID., Westöstliches Vulgarrecht und Justinian, en Zss 76 (1959) 1 ss.; ID., Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht, en BDR 62 (1959) 1 ss.; y ID., Öströmisches Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches, en ZSS 77 (1960) 1 ss.

(37) De ahí que no sea un fenómeno exclusivo del mundo romano, sino que de esta patología no han quedado libres otros momentos de la historia del derecho europeo. Vid. en particular las referencias al Derecho navarro en A. d'ORS, Volgarismo giuridico odierno, en *Bulletino informativo dell'Istituto giuridico spagnolo in Roma* 53-54 (1966) 5 ss. y ID., Volgarismo jurídico hoy, en *Estudios Ursicino Alvarez*, Madrid 1978, 27 ss.

(38) MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* cit. 3 ss.

filosóficas de su tiempo que de auténticas escuelas de jurisprudencia. Por ello, vuelve a reiterar MITTEIS que es en estas provincias orientales donde se puede observar en mayor medida la subsistencia de un derecho propio, integrado por las particularidades propias más ancestrales, anteriores obviamente al potente influjo del derecho de Roma y, precisamente, lo arraigado de su implantación en estos territorios que se incorporan al Imperio romano determina una intensa influencia sobre el mismo, hasta el punto de diluir muchos de los aspectos con los que vienen conformadas muchas de sus instituciones, lo que estimula en mayor medida, si cabe, la necesidad de proceder a un estudio particularizado de estas realidades jurídicas prerromanas.

En toda esta problemática en torno a la coexistencia entre derechos autóctonos y Derecho Romano puede destacarse en particular la posición de BESTA, para quien el Derecho popular no es más que el estadio final superador de una fuerte contraposición entre el peso de la tradición conservadora, que propugnaba la vigencia exclusiva del antiguo derecho desprovisto de toda influencia externa, y el empuje del Derecho Romano, que, como consecuencia de su expansión militar, pretende sobreponerse sobre cualquier otra forma de manifestación jurídica que pueda encontrar a su paso. Se presenta, por consiguiente, el Derecho provincial como una síntesis conciliadora entre la concepción más pura de ambos sistemas jurídicos, que ceden así mutuamente la radicalidad de sus concepciones internas para formar un producto de relieve jurídico diferenciado de la fuente de la que proceden³⁹. Por último, en esta exposición de posiciones que pretende reflejar con precisión cuáles fueron los límites conceptuales por los que discurría el Derecho provincial, no puede desconocerse la influencia que ejerció en su formación la doctrina cristiana, puesto que es también consustancial a él la atenuación del formalismo exacerbado que caracterizaba al primitivo Derecho Romano a través de un creciente proceso de humanización de muchas de sus instituciones al servicio de las nuevas y más preteritorias necesidades⁴⁰.

(39) BESTA, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova 1926, 32 ss.

(40) Sin ánimo exhaustivo, sobre el influjo del cristianismo en el Derecho Romano, vid. entre otros BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, en *Mélanges Girard* 1, París 1912, 67 ss. y ID., *La codificazione giustiniana e il Cristianesimo*, en *Atti Roma* 2, Pavia 1935, 123 ss.; RICCIBONO, *L'influence du Christianisme dans la codification de Justinien*, en *Rivista di Scienza "Scientia"* 5 (1909) 1 ss.; ID., *L'influsso del Cristianesimo sul diritto romano*, en *Atti Roma* 2, Pavia 1935, 59 ss.; ID., *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, en *BDR* 46 (1939) 1 ss.; y ID., *La voluntas*

El resultado último que se nos presenta es, sin perjuicio de consideraciones técnicas, un Derecho vivido, de aplicación constante sea en forma de costumbre que en la práctica, con la consecuencia última de ser su funcionamiento todo un éxito frente a la lejanía de un Derecho Romano puro de difícil implantación en el ambiente cultural que se vive en provincias y que desconoce por principio las tradiciones locales. Sin embargo, el triunfo del Derecho Romano vulgar en el período imperial no se debe sólo al factor negativo del distanciamiento cultural entre la Roma clásica y la ausencia de juristas, de peritos en cuestiones jurisprudenciales en las provincias, sino que se ve favorecido por la descentralizada organización administrativa, que fomenta un resurgir de la vida rural y restablecimiento e imposición paulatina de las tradiciones indígenas, todo ello en el marco de una auténtica crisis política para la conservación de la unidad del imperio⁴¹. Por ello, frente a visiones irracionales que pretenden desechar el estudio de todo el Derecho Romano que no es clásico, el Derecho Romano de este período se presenta como un exponente de la estrecha relación entre el valor y perfección técnica del genio jurídico romano propio del período clásico y la circunstancia fáctica encarnada en la necesaria adaptación al substrato para el cual se quiere su aplicación, siempre, por consiguiente, en contacto con las necesidades imperantes en todo tiempo y lugar, lo que se justifica por la diversidad de los pueblos que fueron incorporados al Imperio romano y que constituyeron expresión de su inmensa expansión y pervivencia.

5. Factores para la evolución del Derecho Romano en el período postclásico

En cuanto estrechamente ligado a la historia constitucional de Roma, ciertamente cambiante desde su fundación hasta el final del período justiniano, el Derecho Romano ha experimentado una profunda evolución

come fattore precipuo dello svolgimento del diritto romano, en *Revista Classica* 13-15 (1941-1943) 7 ss.; SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, traducción italiana, Firenze 1968, 531 ss.; MAVER-MALY, *Rechtswissenschaft* 5, München-Wien 1991, 93 ss.; MICHEL, *L'influence du christianisme sur le droit romain*, en *Synthèses romaines. Langue latine-Droit romain- Institutions comparées. études publiées en hommage au Professeur J.H. Michel*, Bruxelles 1998, 335 ss.; y GARCÍA SÁNCHEZ, *Algunas consideraciones sobre el influjo del cristianismo en el derecho romano*, en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho romano (los derechos reales)*, Madrid 2001, 21 ss.

(41) GARCÍA GALLO, *Historia del Derecho español* cit. 147.

en el devenir de las instituciones que lo conforman y, considerando estos cambios, resulta posible a los romanistas establecer, no sin cierta controversia, distintas etapas dentro de aquél. Es por ello que conviene indicar, siquiera sea someramente, cuáles son los factores concretos que fundamentan un cambio dentro del Derecho Romano, individualizando cuáles son los acontecimientos, sean políticos o sociales, sobre los que descansa con mayor o menor precisión la del señalamiento de un período como distinto del que le precede o del que le sigue. Es evidente que las transformaciones en el Derecho Romano de un período a otro descansan en la natural evolución que experimentan las fuentes para su producción, por lo que es en el ámbito interno de su producción, sin necesidad de tener que recurrir exclusivamente a otras consideraciones, donde podemos encontrar explicación para una periodificación que, pasada por el tamiz del estudio de los modernos, tiene siempre algo de dogmática. Y ciertamente la distinción entre lo que se ha convenido en llamar Derecho Romano clásico en cuanto producto paradigmático y ejemplar, y el derecho postclásico descansa en gran medida en los avatares experimentados por la jurisprudencia y por el edicto del pretor, de modo que tanto el ejercicio libre y honorable del oficio de jurista como la mutación constante del edicto pretorio, siendo vía de ensayo de nuevos criterios de justicia anteriormente desconocidos, todo ello característico del derecho clásico, va a dar paso en el derecho postclásico a una actividad jurisprudencial ligada al poder oficial, que ya no tiene ni puede tener ese talante que favorece siempre el genio creador. Junto a ella se halla un edicto pretorio ya codificado en tiempos de ADRIANO de la mano del jurista SALVIO JULIANO, cuyo orden de materias, devenido paradigmático para la sistemática que preside las obras jurídicas posteriores, es una mera referencia informadora en cuanto proporciona criterios de justicia para la resolución de conflictos, pero ya no es más la fuente del progreso jurídico, el cauce a través del cual se ensayan nuevos criterios que aplicar para solucionar conflictos interpersonales.

Éste sería así un modo de distinguir períodos dentro de la Historia del Derecho Romano sobre la base de argumentos exclusivamente jurídicos, contemplando por consiguiente únicamente los cambios más relevantes en materia jurídica, que sin duda responden a las nuevas concepciones que los juristas, protagonistas de su génesis, reconocen en el seno de la sociedad de su tiempo. En esta visión realista del Derecho Romano, los cambios se perciben de manera inmediata desde la óptica del proceso,

de modo que bien se puede hacer coincidir los tres grandes períodos del Derecho Romano (etapa arcaica, clásica y postclásica) con los distintos mecanismos de canalización del proceso privado vigentes en cada uno de ellos⁴², en la medida en que sintéticamente correspondería al período arcaico el procedimiento de las *legis actiones*, al Derecho clásico el procedimiento formulario y al Derecho postclásico el ya generalizado sistema de la cognición oficial, nacido como *extra ordinem* con el advenimiento del Principado como forma política. Otros autores, en cambio, parecen sujetar estas transformaciones del Derecho más ligadas a acontecimientos de orden político⁴³, mientras que otros parecen contraponer en dos períodos el formalismo o la flexibilidad en la concepción concreta de las instituciones del Derecho Romano, distinguiendo así un período más lejano, el Derecho de Roma desde su fundación hasta el siglo I a.C., en el cual rigió el Derecho de los antiguos ciudadanos romanos, el de los *quirites*, y que presenta el carácter de su tosquedad, rigurosidad y formalismo extremo, conforme a las condiciones primitivas de la comunidad romana; y otro más próximo, desde el último siglo de la República hasta JUSTINIANO, en el que se presenta como un elemento constante la formación de un nuevo derecho en el que va a tener un papel decisivo la equidad, fomentando en todo momento la libertad de formas, tolerante frente a las variantes territoriales con las que interactúa el derecho en provincias y con pretensiones de erigirse en un derecho de corte universal⁴⁴. Ello

(42) Así, A. d'ORS, Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano, SALAMANCA 1943, 57 distinguiría un primer período hasta el año 367 a.C., caracterizado por "los ritos secretos conservados por los pontífices", un período subsiguiente tramitado ya públicamente ante el Pretor surgido de las Leyes Licinias-Sextas, que desde la Ley Ebuca conduciría ya el proceso a través de fórmulas escritas, mientras que "con la crisis del siglo III, el procedimiento de la cognición oficial se hace general en todo el Imperio", para culminar con un procedimiento por libelo en tiempos de Justiniano.

(43) Así VON MAVR, *Römische Rechtsgeschichte*, 1. traducción española, Barcelona 1926, 17 ss. habla de un Derecho nacional que subsistiría hasta la instauración de la pretura, un derecho honorario y de gentes hasta tiempos de Adriano, donde la ordenación de una notable administración burocratizada permite hablar de un derecho imperial en coexistencia con los derechos provinciales y un incremento de la orientalización del Derecho Romano puede reconocerse desde Diocleciano hasta Justiniano. Otras clasificaciones son las ofrecidas por BIONDI, *Istituzioni di diritto romano* 4, Milano 1965, 5 s., que por lo que se refiere a las primeras etapas distingue la del derecho quiritarario hasta las XII Tablas y la del derecho republicano desde entonces hasta el final de esta forma política, mientras que para PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 2, 1, Roma 1928, 38 y LONGO-SCHERILLO, *Storia del diritto romano. Costituzione e fonti del diritto*, 2 cabría distinguir dos momentos: un primero, esencialmente romano hasta el 250 d.C. y otro presidido por la fuerte influencia del mundo helenístico desde entonces.

(44) Así, RICCOBONO, Puntis di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di L. Mitteis "Storia del diritto antico e studio del diritto romano", en *Annali Palermo* 12 (1929) 500 ss.

no implica, sin embargo, desconocer ciertos cambios trascendentales en orden a las formas de producción del Derecho, de modo que hasta el siglo III d.C. nos encontramos en un primer plano con la jurisprudencia más ilustrada y original, la cual fue paulatinamente agotando su virtualidad creadora hasta casi desaparecer desde tiempos de CONSTANTINO. Mientras, la labor revolucionaria del pretor desde su Edicto quedó truncada desde el momento en el que se acometió su codificación para convertirlo en un libro cerrado, sencillamente como un exponente de cómo se habían ensayado en períodos precedentes los criterios de justicia que proponía una jurisprudencia siempre cercana a la realidad cotidiana. Por todo ello, desde el siglo IV puede reconocerse un Derecho simplificado, reducido a la práctica de los tribunales y ordenado a la fusión de todas las reglamentaciones del derecho clásico en un nuevo orden jurídico impuesto por la potestad imperial, que introduce, en consecuencia, el cultivo de nuevos géneros literarios más cercanos a esa nueva concepción de la enseñanza y aplicación forense del Derecho. Como señala RICCOBONO, toda esta incuestionable evolución del Derecho Romano no obedece a la intervención legislativa, sino que opera mecánicamente, fruto de la fuerza que es capaz de desplegar por sí mismo el Derecho para generar transformaciones.

Como oposición a la tesis de RICCOBONO, puede significarse la de ALBERTARIO, quien rechazó de plano que las transformaciones jurídicas que se dieron en el período postclásico pudiesen haberse producido mecánicamente y que hubieran respondido a un propósito de simplificación o reduccionismo fomentado por los juristas bizantinos en relación al derecho del período clásico⁴⁵. ALBERTARIO más bien atribuye relieve decisivo a una serie de acontecimientos que ya hemos considerado anteriormente, tales como el cristianismo, los esenciales cambios políticos operados en el período postclásico, dando lugar a un régimen esencialmente burocrático y absolutista o la revitalización que adquieren en este período los derechos provinciales en el seno de la propia estructura romana. Marco éste en el que va a desarrollar su actividad una jurisprudencia distinta de la del período clásico, con un sentido empírico evidente y una fuerte preparación doctrinal como admiradores que son de la obra de los jurisconsultos que les precedieron en la antigua Roma y cuya actividad se concreta en la

(45) ALBERTARIO, La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico, en *Studi di diritto romano*, 5, Storia-Metodologia-Esgesi, Milano 1937, 94 ss.

asunción de funciones docentes y de divulgación del conocimiento del derecho. El propio ALBERTARIO no olvida tampoco el papel decisivo que asumen en el período postclásico la legislación imperial, que se opone a las antiguas fuentes de producción del derecho características de la época arcaica y clásica, que coexiste asimismo con la práctica jurídica encarnada por el *usus iudiciorum* y la *longa consuetudo* a través de los cuales el Derecho Romano se impregna en la parte oriental del Imperio de particularidades propias del mundo griego⁴⁶. Dentro de su oposición a RICCOBONO rechaza ALBERTARIO que sean propiamente clásicas la referencia a la *aequitas*, la contemplación del *animus* y la consideración contrapuesta del valor del *animus* frente a aquello que figura *scriptum*⁴⁷. Compartiendo críticas contra el pensamiento de RICCOBONO, según el cual lo que aparece como novedad en la codificación justiniana lo es exclusivamente en cuanto a la forma, puesto que la sustancia provendría ya de tiempos clásicos, podemos destacar al romanista francés COLLINET, que estableció con precisión cuál fue la labor y el papel desempeñado por las escuelas orientales en lo que a la transformación del Derecho se refiere. Aunque con posterioridad nos ocuparemos de sus principales líneas argumentales en orden a aducir las pruebas que acreditan el decisivo influjo de las escuelas orientales, puede anticiparse cómo el derecho postclásico no es la natural transformación mecánica de la evolución en sí misma del derecho del período precedente, sino que se articulan desde el siglo III d.C. una serie de cambios de muy diversa naturaleza que condicionan el reconocimiento de una transformación sustancial⁴⁸.

6. Nuestra posición

A nadie puede escapar que el problema planteado por todos estos estudiosos es extraordinariamente complejo y ciertamente difícil resulta reconocer tangiblemente móviles que justifiquen las transformaciones que sólo desde una lejana perspectiva pueden contemplarse. Lo que se pretende es averiguar cuáles son los principios que determinan la evolución del Derecho Romano y de precisar su naturaleza, y un planteamiento de

(46) ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, Milano 1935, 86 ss.

(47) ALBERTARIO, *La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico* cit. 94 ss.

(48) COLLINET, *Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinian*, en *Mélanges Huvelin*, Paris 1912, 84 ss.

tal carácter no puede ser contemplado de un modo unívoco sin riesgo de incurrir en graves errores de contemplación de la realidad histórica. Nos parece esencialmente meritoria la aportación de RICCOBONO, que evita la ruptura radical entre los períodos, explicando las transformaciones como lentas, pausadas, paulatinas, como si de un personaje que viviera a caballo de una y otra época se tratara⁴⁹. Contempla básicamente los factores internos que motivaron la transformación de las fuentes principales del derecho, como son la jurisprudencia, inicialmente libre, posteriormente burocratizada; y el edicto pretorio, constantemente renovador del derecho en época republicana para codificarse en tiempos de Adriano en un sistema procesal oficialista que no requería ya de aquella tipicidad de las acciones. Pero también es obvio que tales transformaciones netamente jurídicas no surgen automáticamente, por sí mismas, sino porque se da el ambiente sociopolítico que las favorece, que las exige, que, en definitiva, las demanda y estos factores externos, siguiendo la exposición de ALBERTARIO, deben ser igualmente tenidos en cuenta para ofrecer un cuadro aproximativo del cúmulo de circunstancias que motivaron que hoy día podamos contemplar como contrapuestos derecho clásico y derecho postclásico. No hay razón, por tanto, para acoger una posición y rechazar la otra, sino que se impone el acoger ambas, el integrarlas en sus postulados esenciales para ofrecer un cuadro más perfecto de la evolución que experimentan las distintas fuentes de producción del derecho. Es por ello, que siguiendo a Grosso, el fenómeno histórico es extraordinariamente complejo⁵⁰ como para desechar alguno de los factores que hemos puesto de relieve, adoptando así erróneamente una postura inflexible que nos ofrecería sencillamente una contemplación parcial del problema de la evolución histórica del Derecho Romano⁵¹. Por todo ello, entendemos que el espíritu del Derecho JUSTINIANO es distinto del que regía en el período clásico, no sólo en la forma, sino en la sustancia. Que las nuevas concepciones JUSTINIANEAS, ordenadas al primado de

(49) RICCOBONO, *Fatti e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, en *Mélanges Cornil*, Paris 1926, 265. También se muestra partidario del maestro siciliano CHIAZZESE, *Nuovi orientamenti nella storia del diritto romano*, en *AG* 103 (1930) 87 ss. y 165 ss.

(50) Grosso, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino 1966, 23.

(51) En este sentido, debe rechazarse la tesis de ARNO, quien explica la evolución desde la óptica de la existencia de dos corrientes jurisprudenciales únicas y al propio tiempo contrapuestas, distinguiendo consecuentemente entre momentos históricos sin engarce alguno entre los mismos. Vid. las críticas en Grosso, *Premesse generali* cit. 24 n. 1 y BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano 1933, 66 ss.

una equidad cristiana que sí tiene como antecedente la que practicaba el pretor en su edicto, suponen, en palabras de Grosso, un tránsito a un ambiente y a una mentalidad bien diversas de las originarias⁵², lo que confiere al Derecho Romano un significado polivalente, a resultas de la época histórica que pretendamos contemplar, pero en todo caso útil como acredita la larga permanencia con la que se ha cultivado su estudio y aplicación.

(52) GROSSO, Premesse generali cit. 26.

LAS FICCIONES LEGALES Y ALGUNAS FIGURAS AFINES

Agustín Luna Serrano

Universidad Ramón Llull (Barcelona)

1. Analogía y ficción legal

En cuanto que su virtualidad operativa se desenvuelve con frecuencia a través de un procedimiento equiparatorio, la ficción legal suele ponerse en relación con la analogía y, en ocasiones, una y otra han llegado no sólo a ser superpuestas sino también a confundirse. Ello no puede extrañar, si se tiene en cuenta que las estructuras internas de analogía y ficción son cercanas entre sí y tampoco si se presta atención en que, en uno y otro caso, se trata habitualmente de señalar similitudes entre dos supuestos que consienten una extensión de la norma o la reconducción aparente, gracias al procedimiento de forzada equiparación en que la ficción consiste, de una situación nueva a una solución dogmática vieja.¹

Ocurre, sin embargo, que, en el caso de la analogía, puede afirmarse que las similitudes entre los supuestos contemplados preexisten en la realidad ontológica o sustancial, por lo que, una vez detectada la *eadem qualitas* subyacente, la extensión normativa procede con normalidad y se da lugar, en el plano de la realización del derecho, a una *identitas rationis* de tratamiento disciplinar². En el caso de la ficción, en cambio, como falta

(1) Según se pone de relieve en el texto, tanto la categoría de la analogía como la figura de la ficción son modalidades del reconocimiento de similitudes para inducir, en definitiva, una extensión normativa: véase, a éste propósito, aunque en relación a las ficciones en Derecho Romano, THOMAS, "Fictio legis". L'empire de la fiction romain et ses limites médiévales, en Droits, 21, pág.27

Ya sostenía, en efecto, FISCHER, Fiktionem und Bilder in der Rechtswissenschaft, en Archive für die civilistische Praxis, CXVII (1919), págs. 143 a 192, que ficción significa básicamente equiparación.

En cualquier caso, la afirmación de que, tanto en la analogía como en la ficción, la solución a que se propende en ambos supuestos viene a situarse en un contexto antiguo ha devenido habitual entre los juristas que tratan de la ficción, sea para juzgarla positivamente, en el sentido de servir a la coherencia del sistema, como negativamente, en el sentido de suponer un elemento retardatario de su evolución.

(2) La explicación acogida en el texto, en cuanto referida expresamente a la analogía y no