# I. INTRODUCCIÓN

# §1 Historia constitucional romana e historia del derecho romano

No debe confundirse la historia de Roma con la historia de su derecho, aunque existan algunos paralelismos entre ellas: el momento de mayor poder de Roma coincide con el del esplendor del derecho romano y, también a la inversa, el declive del imperio se corresponde en el tiempo con la decadencia jurídica del mundo romano. Sin embargo, las fases y circunstancias de ambas historias son diferentes:

- A. ETAPAS DE LA HISTORIA DE ROMA. La historia de Roma puede ser contemplada desde su evolución política, distinguiendo cuatro períodos: monarquía, república, principado y dominado:
- 1. Monarquía (753 al 510 a.C.). Se caracteriza por la concentración de poder en la persona del rey¹ (*rex*). Ya en esta época existe un consejo de ancianos o senado (*senatus*) para asesorar al rey, inicialmente constituido por cien ciudadanos llamados padres (*patres*) y, por esta razón, sus descendientes son denominados 'patricios'² frente al resto de la población 'plebeya'. También constan unas asambleas populares o comicios reunidos bien por curias (*comitia curiata*)³ bien por centurias (*comitia centuriata*)⁴ con una rudimentaria actividad legislativa. Según la tradición, se suceden siete reyes desde Rómulo⁵, fundador de la ciudad, hasta la abolición de la monarquía⁶ durante el reinado de Tarquinio el Soberbio, depuesto en el año 510 a.C. por su despotismo⁵.
- 2. República (510 al 27 a.C.). Tras la expulsión de los reyes, los romanos se constituyen en una república (*res publica*) cuya estructura está ideada para evitar el regreso de la autocracia y el monopolio del poder por una sola persona<sup>8</sup>. Por eso las magistraturas romanas son ejercidas simultáneamente por dos ciudadanos<sup>9</sup>, cada uno con derecho de veto

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Pomp.D.1,2,2,14

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Liv.1,36 *i.f.* 

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Liv.1,49-59

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Liv. 1,8

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Pomp.D.1,2,2,2

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Liv.2,2

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cic.*Rep.* 2,25

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Pomp.D.1,2,2,3

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Liv.1,60

(intercessio) sobre la actuación del otro<sup>1</sup>, y solo duran un año<sup>2</sup> sin posibilidad de reelección hasta transcurridos al menos dos años desde el cese anterior. según dispone la lex Villia annalis (180 a.C.)<sup>3</sup>. Las magistraturas son gratuitas y la corrupción es castigada con severidad como crimen de concusión (*crimen repetundarum*)<sup>4</sup>. El poder de la república lo ejercen esas magistraturas, las mayores – cónsules, pretores y dictadores – en forma de 'imperio' (imperium) o poder máximo, y el resto en forma de potestad (potestas). Sus funciones cambian en las distintas épocas, pero, con carácter general, pueden mencionarse las siguientes: a) los cónsules (consules)<sup>5</sup>, en quienes reside el derecho máximo de la república<sup>6</sup>; b) los pretores<sup>7</sup> son titulares de la jurisdicción y los encargados de administrar el derecho: el pretor urbano (praetor urbanus) en los procedimientos judiciales entre ciudadanos<sup>8</sup> y el pretor peregrino (praetor peregrinus) cuando al menos una de las partes del litigio es extranjero<sup>9</sup>; c) los cuestores (quaestores)<sup>10</sup>, la más antigua de las magistraturas<sup>11</sup>, se encargan de las finanzas públicas<sup>12</sup> v de juzgar algunos crímenes graves (quaestores parricidii)<sup>13</sup>; y d) los ediles, magistratura de origen plebeyo<sup>14</sup>, con funciones de policía urbana y algunos de sus edictos tienen mucha relevancia práctica como los dictados por los ediles curules (aediles curules)<sup>15</sup> encargados de los mercados y de las compraventas 16.

Además de estas magistraturas, propias de la carrera política (*cursus honorum*) de los ciudadanos, existen otras como: a) el tribuno de la plebe <sup>17</sup> comisionado para la defensa de la clase plebeya y dotado de inviolabilidad y derecho de veto sobre las decisiones de otros magistrados; b) el censor <sup>18</sup>, nombrado entre quienes habían sido cónsules, encargado de confeccionar el censo de ciudadanos según su patrimonio, nombrar y tachar a los senadores (*senatus lectio*), y vigilar el cumplimiento de las buenas costumbres; o c) el dictador <sup>19</sup>, magistratura extraordinaria, no dual, nombrada por el senado para resolver situaciones excepcionales y cuyas decisiones son inapelables: solo puede recaer en quienes fueran o hubieran sido cónsules y se ejerce por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales concentra todo el poder de la república.

<sup>16</sup> Ulp.D.21.1.1pr.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Liv.2,56 <sup>2</sup> Cic.phil.5,17 <sup>3</sup> Liv.40,44

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Marci.D.48,11,1pr. <sup>5</sup> D.1.10

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Pomp.D.1,2,2,16 <sup>7</sup> D.1,14

<sup>8</sup> Pomp.D.1,2,2,27

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Pomp.D.1,2,2,28 <sup>10</sup> D.1,13

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Ulp.D.1,13,1pr.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Pomp.D.1,2,2,22 <sup>13</sup> Pomp.D.1,2,2,23 <sup>14</sup> Pomp.D.1,2,2,21

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Pomp.D.1,2,2,20 <sup>18</sup> Pomp.D.1,2,2,17 <sup>19</sup> Pomp.D.1,2,2,18

<sup>15</sup> D.21,1

Se mantienen durante la república dos instituciones procedentes de la época monárquica, aunque con una configuración diferente: a) el senado, ahora formado por antiguos magistrados mayores, seleccionados por los censores desde el plebiscito Oviniano (lex Ovinia de senatus lectione hacia el 339-312 a.C.) v cuyas decisiones sobre asuntos relevantes se expresan mediante senadoconsultos (senatusconsulta)<sup>2</sup>; y b) las asambleas populares de los ciudadanos o comicios (comitia), con varias modalidades dependiendo de su función, según se trate de aceptar o rechazar bien las leyes presentadas por los magistrados o bien las propuestas de nombramiento de magistrados: los comicios por centurias (comitia centuriata) votan la elección de los magistrados mayores y los comicios por tribus (comitia tributa) el de los magistrados menores. Los tribunos de la plebe son elegidos por los concilios plebeyos (concilia plebis). Justo al final de la república, según se va concediendo la ciudadanía romana a los habitantes de la península itálica y a los de algunas provincias, resulta inviable la reunión de tan ingente cantidad de ciudadanos y los comicios dejan de reunirse, asumiendo de hecho algunas de sus funciones el senado a partir del principado<sup>3</sup>. La república está en crisis.

3. Principado (27 a.C. al 284 d.C.). La intensa crisis de la república se resuelve de forma súbita cuando Augusto – el primer emperador – en el año 27 a.C., instaura un nuevo régimen con el propósito de restablecer los valores republicanos, reforzar el poder del senado y convertirse en el protector de la república, dando lugar a una fase constitucional denominada 'principado', donde Augusto es el príncipe, es decir, el 'primer' ciudadano de la república<sup>4</sup>. La característica principal del nuevo sistema político consiste en hacer compatibles dos circunstancias hasta entonces antagónicas: por un lado, el mantenimiento de las instituciones y magistraturas republicanas, aunque sea con funciones atenuadas, y, por otro, la centralización del poder en la persona del príncipe. La política de Augusto se consolida favorecida por los éxitos militares y económicos y por la enorme expansión territorial de Roma. El esplendor imperial se refleja también en la buena evolución de las artes y de las ciencias, en especial la jurisprudencia, protagonista en ese momento de la construcción del mejor derecho clásico. Sin embargo, con el tiempo, conforme crece el poder y la autoridad del emperador, disminuye el de las antiguas instituciones republicanas como los comicios - dejan de

<sup>1</sup> Fest.F.246 <sup>2</sup> G.1,4

<sup>3</sup> Ulp.D.1,3,9

<sup>4</sup> Pomp.D.1,2,2,11

reunirse por las razones ya expuestas – o el senado, convertido en un mero colaborador legislativo del príncipe.

Como era de esperar, el poder acumulado por la cancillería del príncipe (consilium principis) da lugar al nacimiento paulatino de una burocracia imperial con nuevos funcionarios en convivencia con las antiguas magistraturas republicanas. Entre aquellos se encuentran varios cargos con funciones judiciales ocasionalmente ejercidos por jurisconsultos de la última etapa clásica: a) Prefecto del pretorio (praefectus praetorio)<sup>1</sup>, con un cometido inicial militar<sup>2</sup> y asistido de caballeros<sup>3</sup>, evoluciona hacia el ámbito iurisdiccional resolviendo inapelablemente<sup>4</sup> los recursos contra sentencias dictadas en cualquier parte del imperio; es desempeñado, entre otros, por el iurista Papiniano<sup>5</sup>. b) Prefecto de la ciudad (*praefectus urbi*)<sup>6</sup> encargado de la policía y con jurisdicción sobre los crímenes cometidos en Roma y en el resto de la península Itálica<sup>7</sup>; es desempeñado por el jurista Pegaso en tiempos del emperador Vespasiano<sup>8</sup>. c) Prefecto de los vigilantes (praefectus vigilum)9, aunque no es propiamente un magistrado como los dos anteriores<sup>10</sup>, está encargado de reprimir algunos delitos menores cometidos durante la noche<sup>11</sup> así como la vigilancia en materia de incendios<sup>12</sup> y la persecución de esclavos fugitivos 13; es desempeñado por varios juristas como Cervidio Escévola<sup>14</sup> o Herennio Modestino<sup>15</sup>. d) Prefecto del aprovisionamiento de cereales (praefectus annonae), con competencia en materia de abastos y mercados, y jurisdicción sobre las causas de desórdenes en la ciudad; es desempeñado por el jurista Volusio Maciano 16.

4. Dominado o imperio absoluto (284 al 565 d.C.). Como consecuencia de una progresiva centralización y burocratización del poder imperial, tras la dinastía de los emperadores Severos y durante el siglo III, el principado entra en una crisis terminal precedida de varios episodios de anarquía militar (235 d.C.). La situación finaliza con un cambio extremo de régimen político protagonizado por Diocleciano (284 d.C.), un soldado de origen humilde proclamado emperador por el ejército. El nuevo sistema constitucional se conoce con el nombre de 'dominado' (de *dominus*: señor o dueño) por atribuir al emperador todo el poder mientras los ciudadanos se convierten en súbditos de una monarquía absoluta. Con el cambio desaparecen por completo los residuos de la constitución republicana y el

<sup>1</sup> D.1,11 <sup>2</sup> Arc.D.1,11,1pr. <sup>3</sup> Pomp.D.1,2,2,19 <sup>5</sup> Omnem 4 *i.f.*<sup>6</sup> D.1,12
<sup>7</sup> Ulp.D.1,12,1pr.

<sup>9</sup> D.1,15 <sup>10</sup> Pomp.D.1,2,2,33 <sup>11</sup> Paul.D.1,15,3,2 <sup>13</sup> Ulp.D.1,15,4 <sup>14</sup> CIL.14,4502

<sup>4</sup> Arc.D.1,11,1,1

8 Pomp.D.1,2,2,53

<sup>12</sup> Ulp.D.1,15,3

<sup>15</sup> CIL.6,266 <sup>16</sup> CIL.14,5347

imperio es repartido a conveniencia de los emperadores en varias ocasiones hasta su división definitiva por Teodosio I (395 d.C.) entre sus hijos Honorio, a quien asigna la parte occidental con capital en Roma, y Arcadio, nuevo emperador de la parte oriental con capital en Constantinopla. La caída de Roma se produce en el año 476 d.C. cuando Odoacro depone a Rómulo Augusto, último emperador de occidente. Sin embargo, el impero romano oriental o bizantino durará mil años más, hasta la pérdida de Constantinopla frente a los otomanos en 1453 d.C. Mucho antes de este suceso, el emperador bizantino Justiniano organiza en el siglo VI la mayor compilación jurídica del derecho clásico jamás conocida, denominada luego *Corpus luris Civilis*.

B. ETAPAS HISTÓRICAS DEL DERECHO ROMANO. El derecho romano nace con la fundación de la ciudad de Roma en el 753 a.C. y su fundador, Rómulo, el primero de los siete reyes, según la tradición dicta ya algunas leyes¹. Sin embargo, el inicio del derecho romano, propiamente dicho, se suele situar en los primeros años de la república, en el siglo V a.C., con la promulgación de la ley de las XII Tablas (449 a.C.) y su vida se prolonga once siglos más, hasta el fallecimiento del emperador Justiniano en el siglo VI d.C.

En todo este tiempo se distinguen cuatro etapas, pero de ellas solo nos interesa ahora la correspondiente al derecho clásico por la excelencia alcanzada. No obstante, conviene conocer una época previa, de derecho arcaico en cuanto muchas de sus instituciones se mantienen en el período clásico, y también la evolución posterior en el derecho posclásico y justinianeo pues, gracias a sus fuentes, conocemos hoy gran parte del derecho clásico. Las cuatro etapas son:

- 1. Derecho arcaico. Esta fase abarca un largo periodo de la historia de Roma, desde su fundación en el 753 a.C. con el inicio de la monarquía hasta el último cuarto de la república en el 130 a.C. En esta etapa se sientan las bases de un derecho privado primitivo, pero con una originalidad tan creciente como para progresar después hacia los modelos del derecho clásico. Su fuente jurídica más importante es la ley de las XII Tablas.
- 2. Derecho clásico. Es la época de mayor esplendor del derecho romano (*ius*). Comprende tres siglos y medio, desde el año 130 a.C. al 230 d.C., correspondiéndose con el último siglo de la república y con gran parte del principado. Se caracteriza por su régimen modélico de creación del derecho por los juristas. Se subdivide en tres etapas internas cuyas fechas

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Pomp.D.1,2,2,2

aproximadas – para facilitar la memorización – son: a) etapa clásica republicana del 130 al 30 a.C. de fundación del derecho civil (*ius civile*); b) etapa clásica central del 30 a.C. al 130 d.C. de apogeo y tecnificación de la jurisprudencia; y c) etapa clásica tardía del 130 al 230 d.C. de juristas enciclopédicos, pero con una fuerza creadora limitada y vinculada a la cancillería del príncipe (*consilium principis*).

- 3. Derecho posclásico. Abarca desde el año 230 al 527 d.C. correspondiéndose con el dominado. Las leyes imperiales son la principal fuente del derecho. Caracteriza este periodo el gradual deterioro y burocratización del derecho con descomposición de conceptos jurídicos seculares. La división del imperio (395 d.C.) y posterior caída de Roma (472 d.C.) provoca la práctica desaparición del derecho romano en la parte occidental y su sustitución por el denominado 'derecho vulgar'.
- 4. Derecho justinianeo. En esta época (del 527 al 565 d.C.) Justiniano, emperador de oriente, realiza una monumental compilación del derecho anterior, conocida más tarde con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, consiguiendo recuperar una parte muy importante del derecho clásico y, sobre todo, de las decisiones e interpretaciones de la jurisprudencia clásica tardía.

# §2 Fuentes del derecho romano arcaico

A. LEGES REGIAE Y MORES MAIROUM. Aunque la promulgación en el siglo V a.C. de la ley de las XII Tablas marca propiamente el inicio de esta etapa del derecho arcaico, para comprender su génesis deben incluirse en ella los tres siglos previos, correspondientes a la monarquía. Nuestro conocimiento de esta época anterior es deficiente, pero hay constancia de algunas rudimentarias leyes reales (leges regiae) dictadas a propuesta de los reyes y aprobadas por unas asambleas populares denominadas comicios curiados (comitia curiata). Esas 'leyes curiadas'<sup>1</sup>, según la tradición<sup>2</sup>, son presuntamente reunidas en la época del último rey, Tarquinio el Soberbio, por el pontífice Sexto Papirio<sup>3</sup> y llamadas por eso 'derecho Papiriano' (ius Papirianum)<sup>4</sup>. Aunque al llegar la república las leyes reales son derogadas por una ley tribunicia<sup>5</sup> – o una ley centuriada propuesta por un tribuno de los

<sup>2</sup> Pomp.D.1,2,2,36 <sup>4</sup> Liv.1,32,2

8

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Pomp.D.1,2,2,2 <sup>3</sup> Dion.3,36,4 <sup>5</sup> Pomp.D.1,2,2,3

céleres (tribunus celerum)<sup>1</sup> -, Cicerón menciona algunas leyes del segundo de los reyes romanos, Numa Pompilio, vigentes todavía en el siglo I a.C.<sup>2</sup> En cualquier caso, el valor jurídico de esas leves reales es limitado y contienen principalmente cánones de derecho sagrado (fas). Por ello, comportamiento de los ciudadanos (quirites) en aquellos tiempos remotos es reglado sobre todo por las costumbres, la tradición y los usos ancestrales  $(mores\ maiorum)^3$ .

B. LEY DE LAS XII TABLAS. Solo sesenta años después de la desaparición de la monarquía, los vacíos de poder y las circunstancias sociales y políticas de Roma, en especial por la tensión existente entre las clases patricia y plebeya, determinan el propósito de crear una ley para regular y dotar de certidumbre jurídica las relaciones de derecho privado entre los ciudadanos. Con esa finalidad de codificar el derecho quiritario (quiritario de *quiris*, ciudadano), se suspenden las magistraturas<sup>4</sup> durante el año 451 a.C. y se entrega el poder a una comisión formada por diez ciudadanos<sup>5</sup> (decemviri legibus scribundis) con el encargo de gobernar la ciudad y, al mismo tiempo, redactar una ley sin privilegios (privilegia ne inroganto)<sup>6</sup>. Al final de ese año 451, esos decenviros presentan el resultado del trabajo legislativo contenido en diez tablas<sup>7</sup>, cuya aprobación por los comicios centuriados, según la tradición, se produce de inmediato<sup>8</sup>. Con objeto de completarlo, se nombra un segundo comité decenviral por un año más, dando lugar a la redacción de dos tablas adicionales, quedando así conformada definitivamente la llamada, por esta razón, ley de las XII Tablas (lex duodecim tabularum del 449 a.C.) o código decenviral.

Tito Livio califica la ley de las XII Tablas como "fuente de todo el derecho público y privado" (fons omnis publici privatique iuris) 10 y Cicerón dice "el solo libro de las XII Tablas excede a las bibliotecas de todos los filósofos, tanto por su autoridad como por la utilidad para conocer las fuentes y capítulos de nuestras leyes" 11 y Pomponio añade: "de esta ley comenzó a fluir el derecho civil" (fluere coepit ius civile) 12. Tienen razón estos autores porque, aunque la ley contiene un derecho aún embrionario y primitivo, la calidad es extraordinaria para su época. La ley comienza con el acierto de legalizar separadamente, por un lado, en las tres primeras tablas, el derecho

<sup>3</sup> EU.1.4

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Pomp.D.1,2,2,15

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Pomp.D.1,2,2,24 <sup>2</sup> Cic.*Rep.* 5.2.3 <sup>5</sup> Liv.3.32.6

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Cic.leg.3,4,11

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Cic. Rep. 2, 36, 61 <sup>8</sup> Liv.3.34

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Liv.3,34,6 <sup>11</sup> Cic.de or.1.195

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Pomp.D.1,2,2,4

procesal y, por otro, en las tablas restantes, el derecho sustantivo, distribuyendo las materias de este último en el siguiente orden:

- 1. En las tablas IV y V regula los derechos de familia, tutela y sucesiones, distinguiendo ya la sucesión abintestato de la sucesión testamentaria, imponiéndole restricciones a esta y contemplando una acción (actio familiae erciscundae) para la división de la herencia entre los herederos.
- 2. Luego se refiere a los diversos modos de celebrar algunos negocios o actos de trascendencia jurídica en la tabla VI, a través de una promesa verbal (*sponsio*)<sup>6</sup>, o de un sometimiento personal (*nexum*)<sup>7</sup> o del rito solemne de la mancipación (*mancipatio*)<sup>8</sup>, entre otros.
- 3. La tabla VII legaliza relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles, no solo el derecho de propiedad o modos de adquirirlo, como la usucapión<sup>9</sup>, sino también servidumbres prediales rústicas<sup>10</sup> y relaciones de vecindad, concediendo algunas acciones como la del deslinde de fincas (*actio de finium regundorum*)<sup>11</sup> y estableciendo las distancias mínimas entre las construcciones y plantaciones existentes en los fundos<sup>12</sup>.
- 4. Los delitos son tratados en las tablas VIII y IX, distinguiendo ya los delitos privados, perseguibles solo a instancia del ciudadano perjudicado, de los delitos públicos o crímenes (*crimina*). Entre los primeros están las lesiones a las personas<sup>13</sup>, los daño a las cosas<sup>14</sup> y el hurto (*furtum*)<sup>15</sup> y otros delitos asimilados a este como la usura<sup>16</sup>. Entre los crímenes se castiga con la pena capital el homicidio<sup>17</sup>, el cohecho judicial<sup>18</sup> o la traición<sup>19</sup>. En esta regulación penal perviven aún reminiscencias tanto de la ley del talión como del sistema de 'composiciones', es decir, indemnizaciones compensatorias.
- 5. Las tres últimas tablas X, XI y XII contienen preceptos sobre materias diversas y entre ellas destacan las acciones noxales por la responsabilidad contraída por los hijos de familia y los esclavos, permitiendo al padre o dueño, respectivamente, optar entre asumir la indemnización del daño o entregar el sometido al perjudicado por su actuación<sup>20</sup>.

<sup>11</sup> XII T.7.2 <sup>1</sup> XII T.5.1-2 <sup>6</sup> XII T.6.2 <sup>16</sup> XII T.8.18 <sup>2</sup> XII T.5,3-5 <sup>7</sup> XII T.6,1 <sup>12</sup> Gay.D.10,1,13 <sup>17</sup> XII T.9.4 <sup>3</sup> XII T.5,6 <sup>8</sup> XII T.6,5B <sup>13</sup> XII T.8,2-4 <sup>18</sup> XII T.9,3 <sup>9</sup> XII T.7,4 <sup>14</sup> XII T.8.5-11 <sup>19</sup> XII T.9.5 <sup>4</sup> XII T.5.1-2 <sup>20</sup> XII T.12.2B <sup>10</sup> XII T.7.6 <sup>15</sup> XII T.8.12-17 <sup>5</sup> XII T.5,10

No conocemos a ciencia cierta si los decenviros autores de la ley pudieron haberse informado en los derechos municipales griegos del sur de Italia, o en las leyes de Solón¹ o si se basaron en un derecho consuetudinario previo. Las Tablas originales se expusieron públicamente y desaparecieron muy pronto, con probabilidad en el incendio de los galos del año 390 a.C.², pero siglos después seguían siendo todavía memorizadas por los niños en las escuelas como recitación indispensable (*carmen necessarium*)³. Aunque nunca son derogadas formalmente, se complementan y superan por el derecho posterior.

C. DERECHO CIVIL. A partir del año 450 a.C. coinciden en el tiempo tres circunstancias determinantes de la evolución del derecho posterior: 1. la aprobación de la ley de las XII Tablas, dotando al derecho de una certidumbre y rigor técnico notables para la época; 2. la creación del 'derecho civil' (ius civile), entendido inicialmente como la interpretación de los preceptos de las XII Tablas, realizada por los jurisprudentes<sup>4</sup>; 3. el establecimiento de un procedimiento judicial legítimo, denominado 'acciones de la ley' (*legis actiones*)<sup>5</sup> mediante el cual los ciudadanos podían demandar y ser demandados. Las fórmulas procesales de esas acciones son secretas, salvo para los pontífices, hasta su publicación por Cneo Flavio hacia el 300 a.C., dando lugar al denominado 'derecho civil Flaviano' (ius civile Flavianum)<sup>6</sup>, actualizado a principios del siglo II a.C. con nuevas acciones por el 'derecho Eliano' (ius Aelianum) publicado por Sexto Elio Peto<sup>7</sup>, autor también del libro titulado *Tripertita*<sup>8</sup> por estar dividido en tres partes: las XII Tablas, su interpretación y las acciones. Estos acontecimientos facilitaron la secularización de la jurisprudencia (iuris prudentia), hasta entonces ejercida por los pontífices; el primer jurista en practicar públicamente la profesión es con probabilidad Tiberio Coruncanio9 a principios del siglo III a.C. El propio concepto de ius civile se amplía 10 desde la jurisprudencia – entendida como interpretaciones, opiniones y respuestas de los juristas – para abarcar también a las leyes y plebiscitos establecidos por las asambleas populares o comicios, así como a las decisiones del senado (senatusconsulta)<sup>11</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Liv.3,31,7 <sup>2</sup> Liv.6,1.2

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Pomp.D.1,2,2,5 <sup>5</sup> Pomp.D.1,2,2,6

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Pomp.D.1,2,2,7 *i.f.* 

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Pap.D.1,1,7pr.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cic.leg.2,59,5

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Pomp.D.1,2,2,7

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Pomp.D.1,2,2,38 <sup>9</sup> Pomp.D.1,2,2,35

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> G.1,4 *i.f.* 

## §3 Fuentes del derecho romano clásico

La etapa del derecho clásico (130 a.C. al 230 d.C.) se inicia en el último cuarto de la república y se prolonga durante el principado. Es la época de la suprema jurisprudencia y del mayor esplendor del derecho romano. Las fuentes del derecho clásico son las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los príncipes, los edictos de los magistrados y las respuestas de los juristas<sup>1</sup>. La costumbre y los usos (*mores*) son fuente secundaria del derecho, aplicable solo cuando no haya una ley para resolver el caso<sup>2</sup> o cuando esta sea ambigua<sup>3</sup>, y no puede invocarse contra la ley<sup>4</sup>. Todas ellas son fuentes del *ius civile*<sup>5</sup> a excepción de los edictos de los magistrados, fuente del derecho pretorio, también llamado *ius honorarium*<sup>6</sup>. Por tanto, el derecho es o civil o pretorio.

A. LEYES Y PLEBISCITOS. En época republicana<sup>7</sup>, la ley  $(lex)^8$  es la disposición general9 de un magistrado superior, con facultad para convocar a las asambleas populares (ius agendi cum populo)<sup>10</sup>, aprobada con ese carácter por los comicios. En consecuencia, es dictada por un magistrado<sup>11</sup> y autorizada por el pueblo (iussum populi)<sup>12</sup>. Este puede aceptar o rechazar el texto (rogatio)<sup>13</sup> propuesto por el magistrado, pero no modificarlo. Si se autoriza, se le añade al principio una introducción (praescriptio) con los detalles identificativos de la ley – nombre del magistrado, fecha y los datos comiciales de la votación – y al final la sanción legal (sanctio legis). Dependiendo de la clase de sanción prevista para el acto prohibido por la ley, las leyes se clasifican en perfectas, menos perfectas e imperfectas: las primeras (leges perfectae) castigan el acto contraventor con la nulidad; las segundas (leges minus quam perfectae) con una sanción distinta de la nulidad como, por ejemplo, la lex Furia testamentaria 14 cuando prohíbe los legados superiores a mil ases v establece una pena del cuádruplo 15 a quien los acepte por encima de ese límite; y las terceras (leges imperfectae) no contenían ninguna disposición al respecto. En época imperial, los comicios dejan de reunirse y es el príncipe quien remite la ley al senado para su aprobación 16.

Los plebiscitos son resoluciones adoptadas por la plebe en sus asambleas populares (*concilia plebis*). Inicialmente solo afectaban a los ciudadanos de

. .

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cal.D.1,3,38 <sup>4</sup> Ulp.D.1,3,33(itp)

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Pap.D.1,3,1 <sup>8</sup> D.1,3

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Ulp.D.1,3,8 <sup>10</sup> Gel.13,16,2-3.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Gel.10,20,2 <sup>12</sup> G.1,3

<sup>13</sup> Fest.s.v.rogatio

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> G.2,225 <sup>15</sup> EU.1,2 <sup>16</sup> Ulp.D.1,3,9

la clase plebeya, pero la *lex Hortensia* (286 a.C.)<sup>1</sup> los equipara con las leves<sup>2</sup> y pasan a ser obligatorios para todo el pueblo, incluidos los patricios. A partir de la *lex Hortensia*, el plebiscito y la ley solo se diferencian en la forma<sup>3</sup>.

B. SENADOCONSULTOS. Son decisiones del senado. Durante la república, los senadoconsultos habían servido para prestar la autoridad del senado (auctoritas patrum) a las leves comiciales, bien tras ser aprobadas o bien antes, como sucede a partir de la Lex Publilia Philonis de patrum auctoritate (339 a.C.)<sup>4</sup>. Pero al final de la república, en época del primer derecho clásico, como consecuencia de la 'Guerra Social' (91-88 a.C.), la Lex Plautia Papiria de Civitate (89 a.C.) concede la ciudadanía romana a todos los habitantes de la península itálica<sup>5</sup> y el gran número de nuevos ciudadanos hace inviables las reuniones comiciales y conciliares en Roma, ocupando el senado su lugar<sup>6</sup> mediante los senadoconsultos, definidos por Gayo como "lo que el senado autoriza y establece y tiene fuerza de ley".

C. CONSTITUCIONES IMPERIALES. Son pronunciamientos del príncipe<sup>8</sup>. Aunque el príncipe carece formalmente de funciones legislativas, en la práctica, sus decisiones tienen una relevancia similar a la de las fuentes del derecho<sup>9</sup>, terminando por incorporarse a ellas<sup>10</sup> como parte del derecho civil<sup>11</sup> y adquiriendo fuerza de ley. Así resulta de la definición clásica: "constitución del príncipe es lo que el emperador establece por decreto, por edicto o por epístola. Jamás se ha dudado de que tenga fuerza de ley, ya que el mismo emperador recibe el poder en virtud de una ley"12. El propio edicto del pretor menciona las constituciones junto a las demás fuentes del derecho<sup>13</sup>.

Las constituciones más corrientes adoptan la forma de edictos, decretos o mandatos: las primeras (edicta) son disposiciones edictales, las segundas (decreta) son sentencias en procesos juzgados por el príncipe y las terceras (mandata) son órdenes dirigidas a los funcionarios del imperio 14. El príncipe también da respuestas a consultas jurídicas concretas mediante rescriptos (rescripta), cuyo valor no se circunscribe solo al caso planteado porque constituyen precedentes para casos futuros similares. Los rescriptos, a diferencia de las sentencias judiciales, no estaban necesariamente sometidos al derecho y podían fundarse en razones de justicia y equidad<sup>15</sup>. Los juristas de la cancillería imperial son quienes redactan los rescriptos.

<sup>5</sup> Cic.*Ar*.3

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Gel.15,27,4

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> G.1,3

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Pomp.D.1.2.2.8 <sup>4</sup> Liv.8.12.15

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Pomp.D.1,2,2,9  $^{7}$  G.1,4 8 D.1.4

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Ulp.D.3,1,1,8

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Pomp.D.1,2,2,11

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Pap.D.1.1.7pr.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Ulp.D.4,6,1,1 *i.f.* <sup>14</sup> Ulp.D.1,4,1,1 <sup>15</sup> Ulp.D.2.14.52.3

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> G.1,5

D. EDICTOS. Tienen derecho a dar edictos (*ius edicendi*) los magistrados romanos, como, por ejemplo, los edictos publicados en Roma por los pretores¹ urbano y peregrino, cuya jurisdicción pertenece en las provincias a los gobernadores². También son importantes en la vida cotidiana los edictos de algunas magistraturas inferiores, como los de los ediles curules (*aediles curules*)³ encargados de los mercados y de las transacciones comerciales de todo tipo de bienes⁴.

El edicto fundamental para el derecho privado es el del pretor urbano (edictum perpetuum). Lo publica al inicio de su mandato con las acciones procesales que podrán ser ejercitadas por los particulares durante ese año. Si en ese tiempo conviniese incorporar alguna acción adicional no recogida en el edicto anual, la añade mediante un edicto complementario (edictum repentinum). El edicto se confecciona sobre la base del edicto previo (edictum traslaticium) pero, como los pretores no siempre tienen conocimientos jurídicos, elaboran su propio edicto con el asesoramiento de los juristas más destacados<sup>5</sup>, intentando mejorar los edictos de los magistrados anteriores, añadiendo nuevas acciones o eliminando las innecesarias. Así se genera un proceso flexible de renovación constante del derecho muy ajustado a las necesidades reales y prácticas, causando un progreso jurídico sin precedentes. El desarrollo más acusado se produce desde finales de la república hasta aproximadamente el año 130 d.C., cuando el emperador Adriano encarga al jurista Salvio Juliano la redacción de un edicto permanente en sustitución de los edictos anuales de los pretores<sup>6</sup>. La codificación del edicto, denominado 'edicto perpetuo'<sup>7</sup>, vigente desde aquel momento, impide la continuidad de aquel fenómeno creador del derecho, asociado a la influencia de los juristas sobre los pretores y a la intervención en sus edictos.

El derecho surgido de los edictos se denomina 'derecho pretorio' o también 'derecho honorario' en honor de la magistratura del pretor de carácter gratuito o Este derecho se introduce por razón de utilidad pública para ayudar o suplir o corregir el derecho civil o dando protección a situaciones no contempladas por el *ius civile* o evitando los excesos derivados de la aplicación estricta de este, pero no lo deroga, solo lo complementa. El derecho pretorio es, en esencia, un 'derecho de acciones', las contenidas en los edictos. Son acciones conformadas o adaptadas a unas categorías

\_

<sup>1</sup> D.1,14

<sup>4</sup> Ulp.D.21,1,1pr.

<sup>7</sup> Herm.D.1,5,2

<sup>10</sup> Pap.D.1,1,7,1

<sup>2</sup> G.1,6 <sup>3</sup> D.21,1 <sup>5</sup> Cic.off.3,80 <sup>6</sup> Tanta 18 <sup>8</sup> Pomp.D.1,2,2,12 <sup>9</sup> Pomp.D.1,2,2,10

genuinas de la jurisdicción del pretor: acciones por el hecho, acciones ficticias, acciones útiles y acciones adyecticias.

- E. RESPUESTAS DE LOS JURISTAS. Las respuestas, comentarios e interpretaciones del derecho realizadas por los jurisconsultos o jurisprudentes se denomina jurisprudencia, primera fuente del derecho civil. La jurisprudencia clásica puede ser dividida en tres periodos:
- 1. Jurisprudencia clásica republicana (130 al 30 a.C.). En el momento de transición del derecho arcaico al clásico se refunda el *ius civile*<sup>1</sup> por tres grandes jurisconsultos, Publio Mucio Escévola<sup>2</sup>, Marco Junio Bruto<sup>3</sup> y Manio Manilio<sup>4</sup>, estableciendo las bases del ejercicio de la jurisprudencia posterior. Los dos primeros proceden de la antigua nobleza senatorial y los tres ocupan las más altas magistraturas, como sus discípulos Publio Rutilio Rufo<sup>5</sup> o Lucio Craso<sup>6</sup>, el más elocuente de los jurisconsultos según Cicerón<sup>7</sup>. Al final de esta fase destacan dos juristas excepcionales, Quinto Mucio Escévola, autor de numerosas reglas jurídicas<sup>8</sup> y a quien se atribuye la ordenación de todo el derecho<sup>9</sup>, y Servio Sulpicio Rufo<sup>10</sup>: pasa de la abogacía<sup>11</sup> a la jurisprudencia<sup>12</sup> y es maestro de jurisconsultos tan importantes como Alfeno Varo o Aulo Ofilio<sup>13</sup>. Las disputas jurisprudenciales entre Quinto Mucio y Servio Sulpicio dan lugar a dos corrientes doctrinales influenciadas, respectivamente, por las filosofías estoica y peripatética.
- 2. Jurisprudencia clásica central (30 a.C. al 130 d.C.). Aquellas dos tendencias doctrinales desembocan, en la época del principado, en dos escuelas de juristas denominadas 'sabiniana' por Sabino, o también 'casiana' por su discípulo<sup>14</sup> Casio, fundador de la escuela<sup>15</sup>, ambos seguidores de Quinto Mucio Escévola y 'proculeyana', por Próculo, inclinado hacia las opiniones de Servio Sulpicio Rufo<sup>16</sup>. El debate científico entre los jurisconsultos de ambas escuelas eleva la jurisprudencia al mayor nivel de esplendor del derecho romano. Los propios príncipes, a partir del emperador Tiberio<sup>17</sup>, quieren compartir el prestigio de algunos juristas a quienes dotan con el 'derecho a responder con la autoridad del príncipe' (*ius respondendi ex auctoritate principis*)<sup>18</sup>. Esta circunstancia vincula a los

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Pomp.D.1.2.2.39

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cic.*de or*.1,48,212

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cic.*Brut*.130

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Cic.parad.6,50

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Pomp.D.1,2,2,40

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Cic.Brut.98

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Pomp.D.1,2,2,40 <sup>8</sup> Esc.D.50,17,73

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Pomp.D.1,2,2,41

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Cic.phil.9,15-17

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Cic.*Brut*.151

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Pomp.D.1,2,2,43 <sup>13</sup> Pomp.D.1,2,2,44

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Paul.D.4,8,19,2 <sup>15</sup> Plin.*Epist.*7,24,8

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Pomp.D.1,2,2,52

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Pomp.D.1,2,2,50 <sup>18</sup> Pomp.D.1,2,2,49

jueces y en sus sentencias deben seguir la opinión del jurista con ese *ius respondendi* salvo cuando dos con ese derecho disienten, entonces, solo en ese caso, el juez puede optar por aplicar cualquiera de ambos criterios¹. Pertenecen a la escuela sabiniana, además de Sabino a quien se concede el *ius respondendi*², Casio, Capitón, Javoleno o Juliano, compilador del edicto perpetuo; y a la proculeyana: el gran Labeón, los Celso, Neracio, los Nerva, Pegaso o Próculo³.

3. Jurisprudencia clásica tardía (130 al 230 d.C.). Hacia el año 130 d.C. el emperador Adriano estabiliza el edicto perpetuo al asignarle un contenido permanente redactado por el jurista Salvio Juliano<sup>4</sup>. En consecuencia, los juristas dejan de colaborar con los pretores en la elaboración anual del edicto, desapareciendo así la más importante de las formas de influencia jurisprudencial en el progreso del derecho. La supresión de este fructífero modo de creación del derecho, unido a un mayor protagonismo jurídico del príncipe<sup>5</sup>, en cuya cancillería (*consilium principis*) se integran los mejores juristas para asesorarlo y redactar los rescriptos, configuran una nueva jurisprudencia de carácter enciclopédico, menos creadora pero más analítica tanto del edicto como de las obras de sus predecesores.

Esta jurisprudencia sistematiza el derecho, todavía con un alto nivel técnico y científico, reuniendo y elevando el saber jurídico. Su mayor exponente es el gran jurista Papiniano<sup>6</sup> –alabado hasta por Justiniano<sup>7</sup>– y sus discípulos Paulo y Ulpiano, llamados "corifeos de la jurisprudencia"<sup>8</sup>, miembros los tres de la cancillería imperial. Aunque desconocido en Roma, también sobresale por su trascendencia posterior Gayo, autor, entre otras muchas obras, de un libro docente de Instituciones (*Institutiones*) de gran influencia tanto en la época posclásica como en la justinianea; es el único libro de la etapa del derecho clásico conservado prácticamente completo en la actualidad y sin interpolaciones.

# §4 Fuentes del derecho romano posclásico

A. VULGARISMO. A finales del siglo III d.C. se produce un inevitable agotamiento de la actividad jurisprudencial causada por la progresiva y

<sup>1</sup> G.1.7

<sup>3</sup> Pomp.D.1,2,2,53

,,,

<sup>5</sup> Jul.D.1,3,11

<sup>7</sup> C.6,42,30

<sup>2</sup> Pomp.D.1.2.2.50

<sup>4</sup> Tanta 18

<sup>6</sup> Esp.*Car*.8,2

<sup>8</sup> Mod.D.27.1.13.2

creciente importancia de las leves imperiales, hasta el punto de convertirse estas, finalmente, en las únicas fuentes del derecho. Se abre así un periodo decadencia jurídica, denominado 'vulgarismo', cuyas características principales son: 1. el empobrecimiento y burocratización del derecho, 2. la influencia de los derechos provinciales y 3. la descomposición de las categorías conceptuales de las instituciones jurídicas. La certidumbre del derecho desaparece casi por completo y proliferan las falsificaciones de textos jurídicos, alegados maliciosamente en los juicios<sup>1</sup>, a pesar de la severidad de los castigos previstos para sus autores<sup>2</sup>. Se hace necesario mandar, por un lado (321 d.C.), la destrucción de algunas obras muy difundidas pero consideradas falsas<sup>3</sup>, como las 'Notas a Papiniano' de Paulo, Ulpiano y Marciano, y, por otro (372 d.C.), la restauración de libros legales custodiados en las bibliotecas oficiales, muchos de ellos inutilizables debido a su mal estado<sup>4</sup>. Por eso, los abogados deben presentar en el juicio los ejemplares físicos de las leyes invocadas (recitatio legis) para ser cotejados y comprobada su autenticidad con otras copias (collatio codicum). Abogados y jueces pretenden remediar estas deficiencias elaborando resúmenes elementales de obras y disposiciones clásicas, a fin de hacerlas comprensibles, distinguiendo, por un lado, las colecciones de opiniones jurisprudenciales, denominadas *iura* y, por otro, las colecciones del resto del derecho, en especial constituciones y rescriptos imperiales, llamadas leges.

B. IURA. La situación descrita facilita la difusión de colecciones privadas, las más de las veces vulgarizando sistematizaciones de la última jurisprudencia clásica y atribuyéndoles su autoría a juristas conocidos para dotarlas de alguna autoridad como, por ejemplo, Paulo famoso por su sabiduría<sup>5</sup>. Estas colecciones, aunque inicialmente carecen de valor legal, terminan dominando la praxis diaria. Entre ellas destacan unas sentencias atribuidas precisamente a Paulo (Pauli Sententiae) cuya utilización judicial es permitida por el emperador Constantino<sup>6</sup>; un epítome atribuido a Ulpiano (Tituli ex corpore Ulpiani); o unos fragmentos llamados después Fragmenta Vaticana, con un contenido mixto de iura y leges pues, a los textos atribuidos a Papiniano, Paulo y Ulpiano, añade algunos rescritos imperiales de Diocleciano y leyes de Constantino.

C. LEGES. Los esfuerzos por sustituir los extractos privados por compendios oficiales prosperaron más en el ámbito de la recopilación de leyes. Con el tiempo se consiguieron algunos resultados notables en la reunión de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> C.9,22,3,[4] <sup>2</sup> Mod.D.48,10,33

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> CTh.1,4,1 <sup>4</sup> CTh.14,9,2

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> C.5,4,6 <sup>6</sup> CTh.1,4,2

rescriptos imperiales y también de constituciones, cuyos exponentes más significativos son: 1. Código Gregoriano (*codex Gregorianus*) con rescriptos desde Adriano a Diocleciano; 2. Código Hermogeniano (*codex Hermogenianus*) con rescriptos de Diocleciano; 3. ley de citas, con varias reformas, permitiendo citar en juicio las opiniones de Papiniano – cuyo criterio se considera de mayor calidad en caso de empate –, Ulpiano, Paulo, Gayo y Modestino, y luego también a los juristas citados por ellos¹; y 4. el más importante de todos, el Código Teodosiano (*codex Theodosianus*) del 438-439 d.C., publicado por Teodosio II y Valentiniano III, para las partes oriental y occidental del imperio respectivamente, con constituciones a partir de Constantino.

# §5 La compilación de Justiniano

A. ANTECEDENTES. El punto de inflexión de ese rumbo de decadencia jurídica lo constituye la regeneración de las escuelas de derecho en la parte oriental del Imperio. Sobresalen las escuelas de Alejandría, Constantinopla y, sobre todo, la facultad de derecho de Berito donde no se había dejado de cultivar el estudio de la jurisprudencia clásica, pues en esta colonia se aplica el derecho romano por concesión del derecho itálico (*ius latii*) desde tiempos anteriores a Gayo² y a Ulpiano³. A finales del siglo V surgen en ella profesores cuyos nombres propios han pasado a la posteridad, como Patricio, Cirilo, Eudoxio o Leoncio, estos dos últimos abuelo y padre, respectivamente, del compilador Anatolio⁴. En esta época se reconstruyen allí escritos originales de Paulo y de Ulpiano, hecho expresivo del buen nivel alcanzado. Esta tenue recuperación jurídica termina por florecer con el emperador Justiniano, dentro del segundo cuarto del siglo VI.

B. La compilación. El nuevo rumbo del estudio y desarrollo del derecho en Oriente permite a Justiniano, con la ayuda del cuestor imperial (*quaestor sacri palatii*) Triboniano, acometer con éxito, por fin, una gran e histórica recopilación del derecho anterior, rescatándolo así para la posteridad. Gran parte del conocimiento actual sobre el derecho romano se debe a esta antología justinianea. Las obras integrantes de esa magna compilación, más tarde denominada *Corpus Iuris Civilis* y realizada desde el año 528 al 534 d.C., son, por orden cronológico, el Código, las Instituciones y el Digesto de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> CTh.1.4.3

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Gay.D.50,15,7

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Ulp.D.50,15,1,1

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Tanta 9

Justiniano, y, tiempo después, se añaden las Novelas con las nuevas leyes posteriores.

C. CÓDIGO. El Código de Justiniano (codex Iustiniani) es publicado por primera vez en el año 529 d.C., mediante la constitución de confirmación (constitutio Summa)<sup>1</sup>, y reformado y vuelto a publicar en el año 534 d.C. mediante la constitutio Cordi, dando lugar al texto definitivo llamado codex repetitae praelectionis<sup>2</sup>. Contiene rescriptos y constituciones desde Adriano y leyes selectas desde Constantino, valiéndose tanto del Código Teodosiano como de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano. En la versión del año 534 d.C. se añade, entre otras materias, un grupo de constituciones del propio Justiniano, dadas entre esas dos ediciones, resolviendo dudas doctrinales surgidas durante la elaboración del Digesto y conocidas con el nombre de Quinquaginta decisiones<sup>3</sup>. Esta obra puede ser citada con su inicial 'C.' o 'CJ.' o 'CI.'. Contiene 12 libros, divididos en títulos, estos en leyes y estas ocasionalmente en parágrafos. Así, por ejemplo, para citar el último texto del Código se escribe: C. 12,63,2,6 = libro 12, título 63, ley 2 y parágrafo 6.

D. INSTITUCIONES. Las Instituciones de Justiniano (*institutiones Iustiniani*) es una obra didáctica<sup>4</sup> dirigida a los alumnos del primer curso de las Facultades de Derecho<sup>5</sup> de Berito y Constantinopla, inspirada en la obra homónima del jurista Gayo<sup>6</sup>, transcrita literalmente en ocasiones y, como ella, dividida en cuatro libros donde se exponen los conceptos elementales sobre Personas, Cosas y Acciones. Son aprobadas por la *constitutio Imperatoriam* del año 533 d.C. Esta obra puede ser citada con su inicial 'I.', 'IJ.' o 'II.'. Contiene 4 libros, divididos en títulos y estos en parágrafos. Así, por ejemplo, para citar su último texto se escribe: I. 4,18,12 = libro 4, título 18, parágrafo12.

E. DIGESTO. El Digesto de Justiniano (*Digesta* o *Pandecta*) es la aportación más significativa de la compilación justinianea y, también, el monumento jurídico más trascendental de la historia cultural de occidente. Está formado por cincuenta libros, ordenados por materias, con extractos de opiniones de juristas de época clásica. Consta de 9.142 fragmentos, cada uno de ellos encabezado por una inscripción indicando el nombre del jurista y el título de la obra originaria de donde procede el fragmento en cuestión. Por ejemplo, si una inscripción fuera "Quinto Mucio Escévola, libro único de las Definiciones" entonces, el fragmento correspondiente a esa inscripción procede de una obra llamada 'Definiciones' escrita seis siglos antes por un

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Summa pr.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cordi 1

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Omnem 1-2

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> O.Muc.D.41.1.64

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cordi 3

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Deo auctore 11

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Imperatoriam 6

jurisconsulto de época republicana llamado Quinto Mucio Escévola. De esta forma se puede conocer la opinión de un jurista clásico concreto sobre una materia específica si ha sido recogida en la compilación. El Digesto se cita con la inicial 'D.'. Sus 50 libros están divididos en títulos, estos en fragmentos y, algunos de ellos, en parágrafos, salvo los libros 30 al 32 carentes de títulos. Por ejemplo, para citar su último texto se escribe: D. 50,17, 211 = libro, 50, título 17, fragmento 211; este texto – procedente del libro sesenta y nueve de los comentarios al edicto del jurista Paulo – no tiene parágrafos, pero, siguiendo con el ejemplo, este otro sí: D. 50,16,220,3 y procede del libro segundo de las cuestiones del jurista Calístrato.

- 1. Concepción del Digesto: Justiniano, mediante la constitutio Deo auctore, faculta al cuestor imperial Triboniano para nombrar una comisión 2 encargada de recopilar las decisiones más convenientes de la jurisprudencia clásica<sup>3</sup> y establece ya las directrices generales de la obra: a) debe dividirse en cincuenta libros y estos en títulos, siguiendo el orden del Código y del edicto perpetuo<sup>4</sup>; b) concede a la futura comisión unos márgenes de discrecionalidad amplios, dejando a su criterio la elección de las doctrinas jurisprudenciales, sin exigirles secundar la opinión de la mayoría de los autores clásicos<sup>5</sup>; c) rehabilita las notas de Paulo, Ulpiano y Marciano a Papiniano, proscritas hasta ese momento<sup>6</sup>; d) exhorta a completar y perfeccionar lo anticuado, superfluo o prolijo<sup>7</sup>; e) encomienda evitar las antinomias<sup>8</sup> y la repetición de los pronunciamientos ya contenidos en el Código<sup>9</sup>, así como todo lo caído en desuso<sup>10</sup>; f) indica el título de la compilación: Digesto<sup>11</sup> o Pandectas cuya explicación se ofrece en la constitutio Tanta<sup>12</sup> y en su equivalente griego la constitutio Dedoken<sup>13</sup>; y g) finalmente prohíbe la utilización de siglas, abreviaturas y signos por si pudieran inducir a confusión<sup>14</sup>. En suma, se autoriza a Triboniano para corregir los textos clásicos, adaptándolos al derecho del siglo VI, mediante unas alteraciones denominadas 'interpolaciones'.
- 2. Confirmación del Digesto: aunque estaba previsto un plazo de diez años para la elaboración del Digesto queda terminado sólo en tres. Se publica y aprueba en el año 533 d.C. mediante la constitutio Tanta, con un plazo de entrada en vigor (vacatio legis) de catorce días 15. De forma simultánea, la constitutio Omnem<sup>16</sup> establece un nuevo plan de estudios para las facultades

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Deo auctore Subscr.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Deo auctore 6

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Tanta 9 <sup>6</sup> Deo auctore 6 <sup>3</sup> Deo auctore 2

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Deo auctore 5

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Deo auctore 7 <sup>8</sup> Deo auctore 8

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Deo auctore 9 <sup>10</sup> Deo auctore 10 <sup>11</sup> Deo auctore 12

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Tanta 1 i.f.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Dedoken 1 <sup>14</sup> Deo auctore 13

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Tanta 23 <sup>16</sup> Omnem 1-8

de derecho, incluyendo el Digesto en él. La obra contiene interpolaciones y acomoda algunos textos a las concepciones de esa época. No nos ha llegado información del método seguido por los compiladores para confeccionar el Digesto ni tampoco conocemos el material utilizado, aunque, según Justiniano, se leyeron dos mil libros<sup>1</sup>.

F. NOVELAS. Con posterioridad a la compilación se reúnen 168 nuevas leyes en una cuarta obra titulada Novelas (*Novellae leges*). La mayoría de estas leyes habían sido dictadas por el propio Justiniano y el resto por sus sucesores Justino II y Tiberio II. Originalmente escritas en griego y divididas algunas en capítulos, cuya cita se identifica con la inicial 'N.' o 'NJ.' o 'Nov.'. Por ejemplo, Nov. 168 indica la última Novela.

# §6 Derecho común europeo

A. BOLONIA. Tras el fallecimiento de Justiniano, el Digesto sigue vigente en la parte oriental del imperio y luego a través de su versión griega, denominada Basílicos (Basilica). Sin embargo, en la parte occidental la situación es distinta porque, desde la caída de Roma en el siglo V, el derecho romano deja de aplicarse salvo en zonas puntuales, como el sur de Francia y en algunos lugares de la península italiana, donde siguen utilizándose algunos restos de la compilación justinianea, en especial las Instituciones, los primeros nueve libros del Código y una colección latina de las Novelas denominada Epitome Iuliani. Pero el Digesto desaparece hasta el siglo XI, cuando es descubierto fragmentariamente en Bolonia: primero un manuscrito con los primeros veinticuatro libros (Digestum vetus), después otro con los últimos once libros (Digestum novum) y finalmente la parte intermedia con los libros restantes (Infortiatum). Un importantísimo manuscrito con un Digesto prácticamente completo de época justinianea, procedente probablemente de Amalfi, es llevado en el siglo XII a Pisa y por eso se llama Littera Pisana, hasta su traslado a Florencia en el siglo XV, pasando a denominarse desde entonces Littera Florentina o simplemente Florentina.

B. GLOSADORES. A partir del siglo XI, con Irnerio, y hasta el siglo XIII, con Accursio, cinco generaciones de glosadores de la universidad de Bolonia diseccionan los textos justinianeos, anotándolos y explicándolos a sus

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Tanta 1

alumnos. De las enseñanzas se benefician miles de estudiosos llegados de toda Europa pues, sólo en el año 1200, había más de mil juristas estudiando en Bolonia. Cuando estos regresan a sus respectivos países con copias del Digesto (*vulgata*) provocan una difusión masiva del derecho romanocanónico (*utrumque ius*), considerado la verdadera base del derecho común en Europa. Los denominados *ultramontani* son glosadores procedentes de Bolonia fundadores de nuevas escuelas en otras ciudades de Europa con los mismos métodos de docencia bononienses, algunas tan importantes como las de Orleans, Aviñón, Montpellier o Toulouse en Francia, Valladolid o Salamanca en España, Lovaina en Bélgica, Utrecht en Holanda, e incluso en Inglaterra de la mano de Vacarius, primer glosador en instalar escuelas de derecho romano en Oxford y en Canterbury. A finales del siglo XIII el derecho romano se estudia en gran parte de Europa.

C. Posglosadores. A la recuperación del derecho romano se suman eficazmente otras cinco generaciones de posglosadores o comentaristas entre los siglos XIII al XV, como Bártolo de Saxoferrato. El derecho romano es estudiado e investigado por su autoridad en la construcción del derecho común de los europeos. Aunque es un derecho culto, con un sistema complejo de cita de fuentes, se difunde como *ius commune* bajo el lema del *mos italicus* o *bartolismo*. En estos momentos la recepción absoluta es ya una realidad y las vulgatas glosadas del Digesto son oficializadas por algunos países como Alemania, donde la glosa ordinaria del Digesto se convierte en derecho vigente en 1495 por mandato del emperador Maximiliano.

D. HUMANISTAS. Una vez creado y divulgado el *ius commune romanorum* se inicia la fase de desarrollo durante los siglos XVI al XVIII, favorecida por el humanismo jurídico cuyo exponente español es el romanista Antonio Agustín. El *mos gallicus* francés, con figuras tan destacadas como Alciato o Cuyacio, busca un mejor conocimiento del derecho romano mediante la investigación histórica y filológica. Con la llegada de la imprenta, se realizan las primeras ediciones del Digesto facilitando el conocimiento del derecho romano y situándolo entre las bazas de consolidación definitiva del *ius commune* en Europa, donde surgen otras corrientes para su estudio como la *iurisprudentia elegans* holandesa, la 'segunda escolástica española' o el 'racionalismo cartesiano de la ilustración'.

E. PANDECTISTAS. Una fase nueva del *ius commune* europeo se produce en el siglo XIX, especialmente en Alemania, denominada 'Derecho de Pandectas' (*usus modernus pandectarum*). Consiste en adaptar el texto del derecho romano justinianeo a la práctica forense diaria. El derecho de pandectas

romano se mantiene vigente en Alemania hasta la entrada en vigor del código civil alemán (BGB) en el año 1900.

F. CODIFICACIÓN. Los siglos XIX y XX marcan el declive del *ius commune* y se inicia su sustitución por los códigos nacionales de los distintos estados europeos. Sin embargo, este declive no pasa de ser una mera apariencia pues los códigos son producto de la *iuris scientia* y hasta los más originales conservan un porcentaje muy alto de derecho romano. Con sus valiosas diferencias, comparten una sabiduría romanística común y distinguen la propiedad de la posesión, los derechos reales de los personales, las obligaciones contractuales de las extracontractuales, al heredero del legatario, etc. Hasta el 'common law' se vale de conceptos y figuras del derecho romano porque originariamente estaba fundado en él antes de pasar a convertirse en un derecho de corte consuetudinario.