

RESEÑA ROMANÍSTICA

A. D'ORS, P. FUENTESECA y M. GARCIA-GARRIDO (Santiago)

I. LIBROS

Desde nuestra última reseña, en la que ya dimos noticia del vol. I del nuevo libro de M. KASER, *Das römische Privatrecht*, no han aparecido otras similares. Como reflejo de las labores preparatorias para el segundo volumen de aquella importante obra, el cual ha de referirse al derecho de la época post-clásica, han publicado M. KASER y F. SCHWARZ, *Die Interpretatio zu den Paulussentenzen* (Graz, 1956). Esta edición (con pocas notas críticas) resultaba muy necesaria, y he de decir que yo mismo había pensado realizarla, y desistí de ello al ver anunciada en *Gnomon* ésta de Kaser y su discípulo. Sin duda que influirá el hecho de tener a mano la Interpretatio de las PS. en una mayor atención a la misma parte de los romanistas.

Como nuevo manual, presenta especial interés la *Histoire des Institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du Moyen Age* (Paris, 1955), del malogrado R. MONIER, con la colaboración de G. CARDASCIA y J. IMBERT. Se trata de una nueva sistemática determinada por la reforma de estudios de derecho en Francia (ley de 29-XII-54), según la cual hay que exponer, aunque sea de una manera elemental, los derechos de la antigüedad en los dos primeros cursos, dejando unas pocas nociones de derecho patrimonial histórico para los cursos de derecho civil que se explican en el tercero y cuarto cursos. Así, los autores presentan una exposición sintética (p. 157-520) de derecho romano público y privado, con referencias a las circunstancias sociales y económicas, inserta entre una primera parte (p. 17-155) dedicada a los llamados derechos «cuneiformes», al egipcio, al hebraico y al griego, y otra tercera parte dedicada a las instituciones de los francos (p. 521-619), en la que se incluyen algunas nociones de derecho canónico (p. 523-545). Como queda dicho, de esta exposición se elimina lo referente al derecho patrimonial. Ignoro qué resultados formativos dará esta distribución, pero mi impresión de docente es que el derecho patrimonial romano debe explicarse cuanto antes, desde luego, antes de que el alumno «caiga» en el estudio de la ley positiva. Por lo demás, yo sigo dudando mucho del valor formativo del estudio de esos derechos orientales entre los que se quiere diluir el estudio romanístico. Diríase que

la idea defendida hace algunos años entre algunos autores alemanes ha venido a triunfar en los programas oficiales franceses. Naturalmente, de esto no tienen ninguna culpa los ilustres autores de esta obra, que supieron cumplir inteligentemente su cometido de hacer un libro de texto adaptado a las exigencias ministeriales.

Si no han aparecido otros manuales de importancia, no podemos menos de referirnos a algunas nuevas ediciones, así como la de las *Istituzioni di Diritto Romano*³ (Milán, 1956), de B. BIONDI, las lecciones de A. GUARINO [*L'ordinamento giuridico romano*² (Nápoles, 1956)], sobre conceptos fundamentales del derecho romano—algo similar a nuestras «memorias pedagógicas»—, la traducción (por F. PELSMAEKER) del *Compendio de Derecho Privado Romano* (Cádiz, 1956), del mismo A., y, sobre todo, la segunda edición, ya en un solo tomo, de la fundamental obra de R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri* (Varsovia, 1955). Igualmente debemos mencionar las utilísimas nuevas ediciones fototípicas de obras importantes, como la *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*², de ZACHARIAE VON LINGENTHAL (Aalen, 1955); el *Edictum Perpetuum*, de LENEL (Aalen, 1956); el *Römisches Strafrecht*, de MOMMSEN (Graz, 1955) o, en fin, el *Handlexikon*, de HEUMANN-SECKEL. Con estas nuevas ediciones se facilita muchísimo la formación de nuevas bibliotecas.

Aunque no propiamente manual, podemos referirnos aquí al libro del catedrático de Berlín U. VON LUEBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht* (Frankfort, 1955). Obra de empeño, como ya eran, en cierto modo, sus «Reflexionen» (citadas en nuestra anterior Reseña, página 942), que trata de profundizar en una visión armónica, aunque no intente ser completa ni sistemática, de la historia jurídico-política del pueblo romano. Preside la obra la idea mommseniana de la íntima conexión entre el derecho público y el privado, pero así como MommSEN parecía ver la realidad política con lentes de jurista, el A. de esta obra parece colocarse más bien en el punto de vista publicístico para ver la misma historia jurídica. En realidad, la parte principal de este libro (p. 31-468) equivale a una historia constitucional [es lástima que no se haya podido tener en cuenta la última literatura, ni siquiera «Arcana Imperii», de FRANCISCI, y que se reduzca en exceso la información a las obras alemanas]; luego siguen otros capítulos más breves sobre «Pueblo y Estado» (p. 469-477); la personalidad jurídica del Estado como «populus Romanus» [en verdad, sería mejor prescindir del término «estado» para toda época anterior al Estado moderno]; «Pueblo y Derecho» (p. 479-603) [sobre el genio jurídico del pueblo romano, originalidad de su derecho, ley y costumbre, pretor y jurisprudencia]; dominio público (p. 605-616); ius publicum e ius privatum (páginas 617-633) [con consideraciones sobre el supuesto carácter «individualista» del derecho romano]; las comunidades de Roma e Italia (páginas 635-648); finalmente, un último capítulo (p. 649-667) sobre la organización de las provincias y la concepción del Imperium Romanum.

A algunos puntos de esta obra nos referimos después, y en sede de «Varia Romana».

En concepto de «homenajes» debemos celebrar la publicación de los cuatro volúmenes de los *Studi de Francisci* (Milán, 1956); los *Studi Paoli* (Florencia, 1956); el tomo 48, I de la revista *Eos* (Bratislavia-Varsovia, 1956), que contiene el primer tomo de las *Symbolae Taubenschlag*, y el de la *Butterworths South African Law Review* (Durban, 1956) en memoria de H. F. Jolowicz.

De la edición de los *Basilicorum libri LX* (Groningen-Gravenhage) que dirige H. J. SCHELTEMA, han salido ya dos tomos de texto (I-VIII [1955] y IX-XVI [1956]) y otros dos de escolios (I-XI (1953) y XII-XIV [1954]). Sean cuales sean las posibles críticas al método, debemos reconocer el gran servicio que viene a hacer esta nueva edición de los Basílicos, que quedan ahora al alcance de cualquier biblioteca.

Dejando a un lado el tomo IV de los *Studia Gaiana*, con artículos de ARCHI, DAVID, LEVY, MARICHAL y NELSON dedicados al *Frag. Leidense* de las *Pauli Sententiae* (Leiden, 1956) y el libro de F. SERRAO, *Il Frammento Leidense di Paolo* (Milán, 1956), de los que se hablará aparte, pues ese fragmento (cfr. AHDE, 25, p. 831) constituye la última novedad en orden a las fuentes del derecho romano, vamos a referirnos aquí a algunos de los más importantes libros monográficos llegados a nuestras manos.

Hay que mencionar en lugar relevante el nuevo tomo (sin numeración correlativa) que E. F. BRUCK ha dedicado a los aspectos religiosos del derecho romano, al que ya dedicó otro [reseñado en «Iura», 6 (1955), 188-195], que contenía antiguos artículos publicados en diversas revistas (*Ueber römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte* [1954]). Este otro aparece con el título: *Kirchenväter und soziales Erbrecht. Wandlungen religiöser Ideen durch die Recht der östlichen und westlichen Welt* (Berlín-Gotinga-Heidelberg, 1956), y presenta estudios nuevos. El centro temático de este importante libro es el estudio de la «cuota del alma» y la «cuota de los pobres» en la doctrina de los Padres de la Iglesia y en el derecho occidental (visigótico e irlandés) y canónico. Llamo la atención de los historiadores del derecho español sobre el capítulo dedicado a la «quinta» visigótica y a su posible origen bizantino. El primer capítulo de esta obra se publicó simultáneamente en SZ, 1955, 191-210: *Kirchenväter und Seelteil*. Del mismo autor, todavía en relación con el tema de su anterior libro, se ha publicado [en RIDA., III, sér. 2 (1955), 159-166] la comunicación presentada a las «Journées» de Nancy sobre *Les facteurs moteurs de l'origine et du développement des fondations grecques et romaines*.

C. COSENTINI, *Miscellanea Romanistica* (Catania, 1956) reúne varios estudios sobre materias diversas: *Orientamenti della critica nello studio del Corpus Iuris* (p. 1-23) [prolusión académica]; *Di alcune precisazioni sul valore degli «scholia» ai Fragmenta Vaticana* (p. 25-78) [en polémica con De Dominicis, sostiene que tales escolios carecen de valor

para el estudio del derecho post-clásico: o se limitan a indicar el contenido o simplemente lo resumen; serían obra de un estudiante poseedor del ms. de los FV., en un momento posterior al 400, pero imprecisable: la inicial «b (con tilde)» valdría, no como nombre de autor de los escolios, sino como sigla de «bre(viter)» o «bre(viculum)»; *Sull'origine dell'estensione della «cautio Muciana» all'eredità* (p. 79-116) [la extensión se debería a un error de interpretación de los juristas occidentales de la primera época post-clásica]; *In tema di operis novi nuntiatio (Problemi di origine)* (p. 117-179) [la o. n. n. iuris nostri conservandi gratia habría sido introducida por el pretor, no por el derecho civil, en época republicana; la o. n. n. damni depellendi gratia y la o. n. n. iuris publici tuendi gratia serían de origen post-clásico: en polémica con Lombardi]; *Ancora sull'origine e l'efficacia delle forme civili di manumissione* (p. 181-220) [contra Danieli, el A. vuelve a defender su opinión de que todas las formas de manumisión habrían servido para conceder también la ciudadanía romana; la forma más reciente sería la «testamento»; en el mismo sentido, de considerar natural la adquisición de la ciudadanía por los libertos, pues la «libertas» no se concibe sin una «civitas», principio que no sería exclusivo del derecho romano: E. VOLTERRA, *Manumissione e cittadinanza*, en *Studi Paoli*, 695-716]; finalmente, *Acta Apost. 28, 12 e la discussa origine del Cristianesimo in Sicilia* (p. 221-265) [se confirma la tradición de una evangelización en Sicilia por los misioneros de San Pedro].

M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla «hereditatis petitio»* (Milán, 1956), toma posición sobre un tema que ha dado lugar recientemente a una literatura muy nutrida: Dénoyez (1953), Di Paola (1954), Kaser (1955) y Schwarz (1956), con las respectivas recensiones. El tema, por su actualidad, merece una consideración independiente.

A la serie de monografías sobre contratos consensuales, debida a Arangio-Ruiz, se une ahora la de Th. MAYER-MALLY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Wien-München, 1956), en que las distintas especies englobadas dentro del concepto unitario del «locare» aparecen estudiadas con buen sentido histórico.

De E. LEVI, *Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht* (Weimar, 1956), obra de especial importancia, proyecto dar amplia reseña en el próximo volumen del Anuario.

II. BIBLIOGRAFÍAS

Las revistas *Iura* y *Labeo* continúan suministrando una información bibliográfica inigualable. F. SERRAO, en *Studi Romani* de 1954 y 1955 publicó sendas reseñas sobre la bibliografía relativa, respectivamente, a *I iudicia repetundarum* y a *La storia della costituzione romana*. Sobre este último tema son de gran utilidad e interés las crónicas de W. KUNKEL en SZ., 72, 288 y 73, 307 [una tercera se anuncia para el 74].

G. I. LUZZATTO ha empezado a publicar su riquísima reseña de Epigrafía Jurídica Griega y Romana (IV) en *Iura* 7 (1956). Recomendable es también la *Chronique de Droit Romain*, de nuestro querido colega J. IMBERT en *Rev. de Droit Canonique* 7 (1957) 86-96 (que continuará).

III. LOS EFECTOS DE LA «CONSTITUTIO ANTONINIANA»

Vid., en la Reseña Romanística anterior, las obras citadas de LUZZATTO (p. 957), OLIVER (p. 958) y WEISS (p. 958). R. TAUBENSCHLAG, *The Law*² cit., se ocupa, naturalmente, de la CA., manteniendo su punto de vista de que no supone, para Egipto, una fecha que separe dos períodos históricos; bibliografía en p. 40, n. 140.

El tema sigue siendo siempre actual, y quizá porque resulta difícil alcanzar una evidencia indiscutible; pero se trata de una cuestión central para la historia del derecho romano, y de ahí que no se pueda dejar a un lado, como ocurre con otros temas, en espera de que nuevos datos puedan dar mejor luz; más o menos, todos los romanistas nos vemos obligados a tomar posición. Por mi parte, ya lo hice hace casi tres lustros, en una serie de *Estudios sobre la constitutio Antoniniana* (empezados a publicar en 1943), de los que el V acaba de aparecer en *Emerita*, 24 (1956), 1-26: *Caracala y la unificación del Imperio*. En este artículo he tratado de poner en relación una serie de fenómenos de unificación jurídica, administrativa y política, de nivelación social y económica, que se pueden observar en el siglo III d. C., y que, en mi opinión, son consecuencias, algunos de ellos no inmediatas, pues la causalidad histórica no opera nunca con tanto rigor, de la concesión a todos los súbditos libres del Imperio (nunca he creído en la supuesta exclusión de los dediticios) de la civitas romana. Contra lo que muchos autores (Sherwin-White, Taubenschlag, Schönbauer, De Visscher) vienen sosteniendo, el Edicto del 212 fué, en mi opinión, un acontecimiento de excepcional importancia para la nueva configuración del Imperio Romano y de su derecho, inspirado por una concepción teológica de sincretismo y monoteísmo solar, de origen sirio, que dominaba la mente de Caracala y de su familia. Sin embargo, no toco en ese estudio la cuestión tan debatida sobre el conflicto «Volksrecht»-«Reichsrecht», que viene preocupando a todos.

Especial interés tiene para este problema la posición tomada por H. J. WOLFF en su comunicación al VIII Congreso Internacional de Papirología, celebrado en Viena en agosto de 1955, y publicada en *SZ.*, 73 (1956), 1-28, bajo el título: *Zur Romanisierung des Vertragsrechts der Papyri*. Sin entrar en las observaciones de detalle, podemos decir que Wolff se muestra partidario de la tesis de la extensión, en principio, del derecho romano a los nuevos ciudadanos del año 212 (así, pues, con Arangio-Ruiz), aunque reconoce (con Taubenschlag, etc.) la supervivencia del derecho local después de esa fecha. En la chora se

habría dado este fenómeno como tolerancia; en las ciudades, por el contrario, el derecho que ya tenían antes de la CA. se habría mantenido, contra el principio de la personalidad, en virtud de una disposición expresa de la autoridad romana. Sería el mismo Caracala quien lo habría dispuesto así, declarando en su Edicto que respetaba el derecho, no el estatuto mismo, como habría dicho Schönbauer, de las ciudades. A esta hipótesis dedicó el A. una nota publicada en las *Symbolae Taubenschlag*, I (Eos, 48, 1), p. 370 s. (bajo el título *Zwei Miscellen*), donde presenta una nueva conjetura para la laguna crucial de PGiss. 40, I, concebida así: μένοντος [χωρίου παντός νόμου ταγμα]άτων χωρ[ι]κῶν [δεδ]εικτιῶν, que correspondería a un original latino que rezaría así: *manente valida omni lege civitatum praeter dediticiorum*. Es decir, el mismo Caracala habría declarado vigente [χώριος] el derecho [νόμος- de las ciudades [ταγματα]. Debo confesar que esta nueva conjetura no ha podido vencer todavía mi arraigado escepticismo acerca de las posibilidades del famoso papiro y su supuesta alusión a los dediticios. Una reducción de esos *dediticii* a los de la ley Elia Sencia, como ahora defiende H. W. BENARIO, en *TAPhA*. 1954, 188, me sigue pareciendo inverosímil. Observo, antes de nada, que, si mis ojos no me engañan, hay que leer [μ]ένοντος y [δεδ]εικτιῶν, en el mejor de los casos. Pero una primera dificultad está en la traducción *civitas* -τάγμα. Francamente, lo que ha hecho que el A. rehuya otra traducción más obvia (como, por ejemplo, πολιτεῖα, ya que πολίς queda excluido por el resto -ατων) es la cabida limitada de esa laguna, ya superada en una letra por la conjetura ταγμα]άτων. En segundo lugar, no sé si χώριος (ni *valida*) pasa bien para designar una vigencia legal respetada. Por último, el mismo A. repara en el inconveniente de presuponer que podía haber un νόμος τῶν δεδεικτιῶν y que estos mismos constituyeran una *civitas* (!). Se trataría, según el A., de una despreocupada «atracción». La debilidad de esta conjetura, que el mismo A., con su conocida probidad científica, admite, no sería demasiado trascendental, si no fuera porque una tal declaración de Caracala parece resultar necesaria en la teoría de Wolff, a fin de explicar la conservación de los distintos politikoi nómoi después del 212; «nur eine positivrechtliche Bestimmung diese Wirkung hervorbringen konnte» (Eos, 48, 370). Es decir, de no admitirse la conjetura de Wolff para la laguna principal del PGiss. 40, I, habría que suponer que la disposición imperial que positivamente declaró vigente ese derecho local debería haber sido dada en otro momento, con lo cual la tesis general parece perder apoyos. Esto hace que quede siempre cierta duda sobre este mantenimiento oficial del derecho de las ciudades, a diferencia de lo que habría ocurrido en la *chora*.

La tesis de Wolff aparece combatida por E. SCHOENBAUER en la primera de sus *Untersuchungen über die Rechtsentwicklung in der Kaiserzeit*, publicadas en el *Journal of Juristic Papyrology* 9-10 (1956) 15-38. El A. subraya que la romanización de Egipto había empezado ya desde

el primer momento de la incorporación, en tiempos de Augusto, pero que la concesión de ciudadanía en el 212—determinada por el afán de complacer a la masa de soldados no-romanos—no pudo implicar, ni siquiera en el plano teórico, una supeditación de los mismos al *ius civile Romanorum*. Tanto antes como después del año 212 Egipto habría vivido un derecho provincial, integrado por tradicionales normas helenístico-indígenas y todas las disposiciones dadas por la autoridad romana para aquella provincia. [El mismo WOLFF, por lo demás, reconoce la complejidad de este derecho romano y local antes de la CA.: *Zum Recht der römischen Bürger Aegyptens*, en *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 1955, 27-35.] La doble ciudadanía, con la posibilidad de elegir entre el ordenamiento propio y el derecho romano, sólo sería concebible en el caso de nuevos ciudadanos que ya pertenecían a alguna ciudad, no a los de la *chora*. Sobre el carácter autonómico de los municipios en relación con la ley municipal de Lauriacum, dada después del 212, ha insistido el A. en *Neue Rechtsquellen zum Constitutio Antoniniana Problem*, en *Symbolae Taubenschlag*, I. p. 480 ss.

En la segunda de esas mismas *Untersuchungen* (págs. 39-53) Schönbauer toma posición frente a U. v. Lübtow en el libro citado cuando éste habla de una nivelación operada por la CA., a consecuencia de la cual todos los nuevos ciudadanos habrían quedado como *subiecti*, haciendo ver aquél que el estatuto de ciudadano no era tan uniforme y que las antiguas diferencias podían seguir casi inalteradas después del Edicto del 212: por otro lado, cuando v. Lübtow considera que el derecho local (*Volksrecht*) pudo subsistir bajo el imperio de un derecho oficial generalizado el 212, gracias a la teoría jurisprudencial del valor de la *consuetudo*. Con razón advierte Schönbauer que no todo derecho particular que pudo sobrevivir aparece como Derecho consuetudinario. Llama la atención, de todos modos, que tanto v. Lübtow (p. 520, n. 288) como Schönbauer (p. 52) hagan hincapié para afirmar el nuevo concepto del *ius civile* como derecho propio de cualquier ciudad, en Dig. 1,1,11: *...quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile*. Este frag., de no ser espurio (Albertario), procede del *ad Sabinum* de Paulo, una obra que fué escrita mucho antes del 212 (cfr. KRÜGER, *Quellen*, página 231). En realidad, la frase *in quaque civitate* no refleja una «nueva» concepción, sino la misma que ya aparece en Gayo I, 1. *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis*. La manera de expresar el frag. Dosithe 1,2 (que citan ambos autores al mismo fin): *sed quidem hoc (ius civile) esse praedicant quod omnibus civibus peculiariter aut maiori parti expedit*, es tan sólo un eco del *omnibus aut pluribus... utile est* de Paulo, visto ahora desde el ángulo visual del nuevo criterio de distinción entre *ius publicum-ius privatum*, es decir, en atención a la *utilitas publica-utilitas singulorum*.

En la tercera y última de esas mismas *Untersuchungen* (p. 53-95) hace

Schönbauer un amplio estudio del *edictum de pretiis* de Diocleciano, y apunta algunas hipótesis acerca de la política monetaria de aquel emperador. La tasa diocleciana se presenta como de precios máximos, y no es, de ningún modo, una medida de ambición unificadora, que habría fracasado por las resistencias locales, sino una prudente medida monetaria que consiguió los fines inmediatos que perseguía en orden a la revalorización del curso legal. De igual modo, sería erróneo representarse a Diocleciano como un campeón del derecho clásico romano en lucha contra los derechos locales; influido él mismo por la cultura y las formas de administración del mundo oriental; se habría limitado a imponer en todo el imperio aquel derecho romano que podríamos llamar de «orden público», pero dejando siempre un amplio margen para la aplicación de los derechos locales y provinciales.

Todavía, a propósito del testamento *per aes et libran* del 224 d. c. que tenemos en POxy. XXII 2348 (=Amelotti, *SDHI.* 1949, 34), cree SCHOENBAUER, en *Symb. Taubenschlag*, I, p. 474 ss., que no se puede ver ahí un testamento romano de un nuevo ciudadano, pues falta la oralidad, sino una forma de derecho provincial. Esto quizá sea poco convincente.

También F. DE VISSCHER ha vuelto a tratar del tema de la CA. Aparte de su nueva aportación a la teoría de *La dualité des droits et la mutatio civitatis*, en *Studi De Francisci*, I, p. 39-62 (donde insiste sobre sus conocidos puntos de vista y adelanta algo de lo que expresamos a continuación), ha dedicado otro estudio a *La constitution Antonine et la persistence des droits locaux*, en *Cahiers d'Histoire Mondiale* 2 (1955) 788-811 [una primera redacción, menos acabada, en el *Bulletin de la Classe des Lettres*, etc. de la *Académie Royale de Belgique* 41 (1955) 29-46, bajo el título *L'Expansion de la Cité Romaine et la Difussion du Droit Romain*]. Mostrando el carácter relativo de la *civitas romana*, extraña totalmente al concepto moderno de «nacionalidad» como «pertenencia al Estado» [sobre este punto de vid. el artículo del mismo A. en *Studi Paoli* 239-251: «*Ius Quiritium*», «*civitas romana*» et *nationalité moderne*], De Visscher presenta una interpretación personal del dicho ciceroniano (*pro Balbo* 12,29): *nos non possumus et huius esse civitatis et cuiusvis praeterea*; la exclusividad se refería tan sólo al ya *civis Romanus*, cuya incorporación a otra ciudad sería vista con recelo, pero no al que recibía la ciudadanía, que no quedaría obligado a romper con las cargas que le imponía su antigua ciudad de origen: se trataría así de una desigualdad motivada por conveniencias de orden político y diplomático. Por otro lado, el A. advierte que la concesión de la *civitas*, y también la del 212, sería, no una causa de romanización, sino más bien el premio a una romanización anterior. La historia de formación de los municipios, con su progresiva incorporación a la ciudadanía romana, demostraría esta relación y la compatibilidad con un respeto de principio por la autonomía local. La CA. no sería más que un caso agigantado de esa política de incorporación municipal con respeto por las par-

particularidades locales compatibles con las normas fundamentales del derecho romano oficial. A ese respecto aludiría la oscura cláusula μένοντος... de P. Giss. 40 I, que De Visscher (p. 803, n. 45) se inclina a completar como hacía Wilhelm μ. [οὐδένης ἐκτός τῶν πολιτευμάτων χωρίς τῶν [δεδ]ετικίων; reconstrucción ésta que tiene, ante todo, el grave inconveniente de exceder demasiado (23 letras) la cabida de la laguna (20 letras). Por lo demás, lleva a considerar excluidos de la ciudadanía a los que no pertenecían a ningún *politeuma*, a los misteriosos «dediticios», exclusiva que, francamente, me parece hoy bastante superada por la doctrina. Todavía: la interpretación del pasaje del *pro Balbo* parece más aguda que convincente. ¿En qué clase quedarían los hijos de nuevos ciudadanos, nacidos ya como tales? ¿Se mantendría para ellos el mismo principio que para sus padres, o aún más alejados progenitores, en el momento en que aquéllos habían dejado de ser *peregrini*? Esto parece un poco forzado, pero, si lo es, tenemos que abandonar esa explicación como argumento a favor de la tesis de una situación estable de doble ciudadanía. Por lo demás, el A. parece derivar ese principio de una política favorable a la extensión de la ciudadanía, lo que no resulta de los datos que tenemos para interpretar el pensamiento de Cicerón.

El *Estudio V* sobre la unificación del Imperio Romano a que aludí más arriba no debería ser propiamente el último, ya que se puede echar de menos otro—que efectivamente era el sexto y último—sobre esta debatida cuestión del «Reichsrecht» «Volksrecht». Como digo en una nota inicial de aquel artículo, renuncio, al menos de momento, a publicar ese último capítulo de mis *Estudios*, y ello por la razón de que no me encuentro en condiciones de aportar una mayor claridad en una cuestión en la que se publica quizá en exceso. Me parece que la preponderancia del «hecho egipcio» impide quizá una visión clara del problema, ya que Egipto, como es sabido, fué un caso especial dentro de la organización provincial romana. Que los nuevos ciudadanos debían seguir el derecho romano, por el principio de la personalidad, me parece probable para todo el Imperio. Las leyes municipales de España, por ejemplo, nos atestiguan una tal aplicación de derecho romano. Que la administración romana daba normas especiales, aunque de contenido romano, para las localidades incorporadas, es evidente. Los *cives de Urso*, por ejemplo, se regían, no por el *ius civile* de los Escévolas, sino por la *lex coloniae Genetivae Iuliae*. Que en tales leyes, fundamentalmente romanas, se podían introducir normas especiales de la localidad en contradicción con el derecho romano común, eso también me parece indiscutible. Que tales normas locales podían valer como costumbres locales, también. Que, ya desde antiguo, todos cuantos intervenían en la vida jurídica, y especialmente los jueces, principalmente el mismo gobernador de la provincia (con su *consilium* de ciudadanos romanos), tendían a aplicar el derecho romano, no hay que dudarlo. Los *Apokrimata* de Septimio Severo en Alejandría [sobre ellos trataré en *Emerita* 25 y en *Symbolae Taubenschlag* III] muestran la despreocupación por el posible derecho local que tenía la cancillería del empe-

rador. [Un mayor escrúpulo presupone H. KUPISZEWSKI, *Bedingte Urteile in den griechischen Papyri*, en *Jour. Jur. Papir.* 1955-6, p. 329-338. al observar que la institución no-romana de una sentencia condicionada a una ulterior prueba de hecho o juramento no es practicada antes de la CA. más que en casos de aplicación de normas provinciales.] En fin, que el proceso de romanización del derecho de los *peregrini* había empezado ya mucho antes del 212, también en eso creo que estamos ahora todos de acuerdo. En donde puede haber discrepancia es en el alcance concreto de la CA. Y en este punto creo que están tan lejos de lo cierto los que hablan de una lucha relajada por una cierta tolerancia de hecho como cuantos tienden a anular el alcance del Edicto, considerando que aquella *civitas* no pasó de ser un vano título de honor que no alteró para nada la situación jurídica del Imperio. A mi modo ver, aunque en cada provincia y en cada localidad se puedan observar efectos de distinta intensidad, la concesión del 212 tuvo una decisiva influencia en el proceso de unificación y de nivelación, como explico en el mencionado *Estudio V*, sólo que en la mente de Caracala no podemos suponer un ideal de romanización a ultranza, él que era casi diríamos un «anti-romano», ni, por tanto, la voluntad de extender el derecho romano clásico a los nuevos *cives*, sino el afán de lograr una unidad «desromanizadora» por vía de sincretismo. Del mismo modo que Caracala propagó a la vez cultos romanos y cultos peregrinos, fundidos en un superador sincretismo monoteístico, así también su ciudadanía universal debía propender a integrar todos los particularismos jurídicos, sin destruirlos, en una superior unidad. En otras palabras: aquello que hasta entonces venía siendo derecho peregrino, se hizo, como los *peregrini* mismos, derecho romano; pero, naturalmente, derecho romano vulgar, no clásico. Esto hizo posible la magna continuidad del derecho romano en el proceso de particularismo que había de configurar la Edad Media.

A. O.

IV. NUEVAS FUENTES. EL FRAGMENTO LEIDENSE DE LAS SENTENCIAS DE PAULO

Desde hace algunos años el acervo de las fuentes jurídicas romanas se ha visto engrosado por novedades, algunas de las cuales constituyen una valiosísima aportación. En 1947 el mundo romanístico tuvo noticia solemne, mediante la comunicación del profesor Coli al Congreso de Derecho romano de Verona, de la denominada *Tabula Hebana*, sobre cuya interpretación se ha producido ya una abundante literatura que puede verse recogida por Tibiletti (*Principe e magistrati repubblicani* [Roma, 1953], 283, ss.). En 1952 fueron publicadas en París las *Tablettes Albertini*, formularios de la práctica jurídica de fines del siglo v, de uso en la provincia de Africa, bajo la denominación vándala, para la documentación de compraventas, que parecen reflejar una tradición relati-

vamente pura. También recientemente (en *La parola del passato*, 1954, fascículo 34, 54-74) apareció la edición y comentario de la cuarta serie de las *Tabulae Herculanaenses* por obra de Pugliese Carratelli y Arangio Ruiz. Estos documentos proceden de archivos privados de personalidades de Herculano y contienen, sobre todo, *mancipationes emptiois causa* de esclavos. Interesantes consideraciones en materia contractual pueden obtenerse de estos documentos. Pero hay dos nuevas fuentes cuya importancia debe ser resaltada: el nuevo fragmento de las *Pauli Sententiae* y los *apokrimata* de Septimio Severo contenidos en el papiro Columbia 123. A estas dos novedades, en especial a la primera, dedicaremos la atención que merecen. A continuación mencionaremos todavía una nueva tablilla procedente de Inglaterra.

Una nutrida literatura se ha formado ya en torno al fragmento leidense, a la que nos remitimos en todo lo que se refiere a descubrimiento, identificación y edición de los mismos. Cfr. DAVID y NELSON, *Das neue leidener Paulus-Fragment*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 23 (1955), 75 ss.; CASAVOLA, *Labeo* 1 (1955), 212 ss.; D'ORS, en *Estudios clásicos*, 3 (1955-56), 121 [AHDE., 25 (1955), 831-835]; SERRAO, en *Studi Romani*, 4 (1956), 201 ss.; *Il fragmento leidense di Paolo* (Milán, Giuffré, 1956); *Studia Gaiana*, vol. IV (*Pauli Sententiarum fragmentum Leidense*), contribuciones de ARCHI, DAVID y NELSON [transcripción y comentario filológico], LEVY, MARICHAL, NELSON [comentario paleográfico], (Leiden, Brill, 1956).

El interés heurístico de nuestro fragmento puede concretarse bajo tres aspectos: a) significa una notable aportación al conocimiento del Derecho penal romano: a los *crimina repetundarum* y *maiestatis*; b) arroja nueva luz sobre el problema, siempre de actualidad en los últimos años, de la transmisión y reelaboración de las Sentencias de Paulo; c) señala, asimismo, una posibilidad fecunda para el estudio del proceso romano. Esta última posibilidad no ha sido advertida por la literatura citada en toda la dimensión que puede atribuírsele; por ello dedicaremos en la presente reseña una atención especial a este punto de vista.

Sobre el *crimen repetundarum* se nos presenta una interesante regulación:

A) Se prohíbe el decretar honores a gobernadores y a su séquito, *ex lege repetundarum*. Se hace responder a quien en la asamblea provincial haya hecho propuesta de honores, al que los haya realizado o simplemente colaborado a la realización. Ello significa una visión nueva del *crimen repetundarum* tanto desde el punto de vista de los sujetos del delito como respecto al contenido material del mismo. Delincuente no era solamente el magistrado o (desde la *lex Julia* del 59 a. C.) el titular de un cargo público, como la doctrina tradicional admitía, sino también el provincial que, en mayor o menor medida, hubiese colaborado al otorgamiento de honores a un gobernador. El elemento material del

delito se nos aparece también bajo nueva perspectiva. No consistía exclusivamente en ilícitos provechos patrimoniales (*pecunia capta*), como se pensó tradicionalmente, sino simplemente en el otorgamiento al gobernador o a uno de sus *comites* de un honor en sentido genérico, puesto que nada se especifica. SERRAO (*Il frammento leidense di Paolo*, cit., páginas 9-10) pone de relieve el paralelismo entre esta prohibición y la que figura en la *Lex Ursonensis* (cap. 130), según la cual ningún miembro del orden senatorial podía ser nombrado patrono de la ciudad. Naturalmente, la sanción prevista en nuestro estatuto municipal era una multa y no la responsabilidad *ex lege repetundarum*.

B) Asimismo se prohíbe a los senadores el asumir empresas públicas y ejercer el comercio marítimo. En vez de la prohibición de comercio marítimo con naves de tonelaje superior a cierta medida—300 ánforas—, según norma vigente en cierto momento, aquí parece recaer la prohibición en la misma función económico-comercial. No se les permite *navem in quaestum habere*. Respecto a la prohibición de empresas de carácter público a los senadores, Mommsen había tenido ya la intuición de que se habría hallado incluida en la *lex Julia de repetundis*. Una extraña medida es la prohibición, contenida junto a la que acabamos de mencionar, de los contratos de provisión de caballos de carrera, referida igualmente a los senadores. Sobre este punto, cfr. SERRAO: *Il frammento leidense*, cit., ps. 22-23.

C) El senador que utilice como propio un esclavo ajeno o un hombre libre responde, no solamente *ex lege Fabia* (responsabilidad ya conocida), sino que también *repetundarum tenetur*. Esta responsabilidad concurrente, bajo dos aspectos, plantea un problema de fondo sobre el que volveremos más adelante.

D) Los magistrados que regresaban de sus provincias no podían asumir cargos *eo [an]no quo Roma redier(int)*. No se halla muy clara esta prohibición: ¿En el año en curso o desde su regreso a Roma? Por otra parte, la enumeración de magistrados no aparece suficientemente clara: *P(rae)sides pr(ovi)nciarum legati q(uae)stores prov(inciae)*... Kunkel ha sugerido a Levy la lectura: *q(ua)stores proveq[ua]e[sto]res*. Cfr. LEVY, *Zur quellengeschichtlichen Bedeutung*, cit. p. 69.

E) De especial interés es la norma: *Repetundar(um) c(on)victus eam pec(uniam) q(uam) damnatus est, solvere intra diem XXX conpellitur*.

Esta norma está en la línea de ideas del proceso privado y no parece, a primera vista, explicable en relación con la *quaestio repetundarum* según la concepción tradicional de ésta. SERRAO (*Il frammento leidense*, cit., 37 ss.) observa, acertadamente, el carácter extraño de esta disposición en el procedimiento de las *quaestiones*. Serrao piensa (loc. cit.) que aquí se alude a una *condemnatio*, determinada pecuniariamente, realizada por el tribunal o *quaestio*, y ello—observa dicho autor, pág. 39—parece contradecir la idea de que dichos tribunales decidían simplemente la absolución o condena del acusado, mientras en una

segunda fase se determinaba el alcance de la condena, pronunciada ésta.

Esta interpretación choca con múltiples problemas relativos al proceso criminal que Serrao trata de aclarar encuadrando en el ambiente del siglo III los principios contenidos en las líneas que comentamos. Según este autor, habría que contar con una distinción entre una pena extraordinaria establecida *pro modo delicti* y una condena pecuniaria que tendría el papel de resarcimiento. Para esta interpretación serviría de base D. 48, 11, 7, 3: *Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius...* De un lado, en la *cognitio extra ordinem* se daba una penalidad y, de otro, se daría, simultáneamente, un resarcimiento pecuniario mediante una *litis aestimatio*. Este orden de ideas es el pensamiento fundamental de Serrao en todo el estudio del *crimen repetundarum* en los fragmentos que nos ocupan, como más adelante pondremos nuevamente de manifiesto. Serrao parte del prejuicio de atribuir al siglo III el contenido jurídico íntegro de nuestros fragmentos y trata de aclararlos en el ambiente de ideas de dicha época. No deja de sorprenderle el matiz privatístico de las líneas que comentamos, pero cree hallar el secreto de esta singularidad en la aludida distinción entre una responsabilidad delictual *sensu stricto* y un resarcimiento pecuniario, idea que respondería al ambiente del siglo III.

En nuestra modesta opinión, las líneas que comentamos no tienen nada que ver con la sentencia de la *quaestio repetundarum*. Se trata del *repetundarum convictus*, que se ha confesado reo, y, por tanto, ocupa el lugar del *condemnatus*. Realizada una confesión de cantidad malversada, debe pagar dentro de los treinta días. No parece viable la idea de una ejecución de sentencia como Serrao pretende. Podía pensarse también en una *litis aestimatio* a la que el *convictus* se haya avenido. En todo caso, el término *damnatus* hace pensar, más bien, en la *damnatio* misma que la sanción de la correspondiente *lex de repetundis* implicaba y no en una *condemnatio* en el proceso contra el reo.

Ahora bien, ¿a qué *lex de repetundis* se deben éstas y las anteriores normas? Esta es una cuestión fundamental que hemos soslayado hasta este momento.

Nuestro fragmento no nos habla hasta este punto más que de una responsabilidad *ex lege repetundarum* sin aclararnos a cuál entre las sucesivas *leges* relativas a esta materia (cfr. F. PONTENAY DE FONTETTE, *Leges Repetundarum*, París, 1954) se refiere su contenido. Más adelante (línea 20) aparece aludida la *lex Julia repetundarum*; de ahí el problema de determinar si las normas hasta aquí comentadas han de atribuirse a la misma *lex Julia* o no. Con ello se aborda también el problema cronológico de modo indirecto.

Frente al prejuicio antes citado de Serrao, de pensar en un contenido total del siglo III, aparece la certera visión de Levy señalando en la misma terminología de nuestros fragmentos matices republicanos, y, por

tanto, su probable referencia a la *Lex Julia*. Según LEVY (*Zur quellengeschichtliche Bedeutung* cit., p. 66 ss.), presentan los fragmentos huellas del estilo legal típico de la República. La designación de la asunción de una magistratura con la expresión *capere* se halla en la línea de estilo de la más antigua legislación republicana, aparte de otras pruebas. Hay que pensar, pues, en la atribución de cuanto nuestros fragmentos nos dicen sobre el *crimen repetundarum* a la *lex Julia de repetundis*.

Con ello podemos afrontar el análisis del fragmento más interesante entre todos los que—incluidos los referentes al *crimen maiestatis*—forman parte del nuevo descubrimiento.

F) *Leg(e) Jul(ia) repetundar(um) nemo in p[ublico iud(icio) accusatur, sed id q(uod) dat(um) e(st) repeti p(otest)*.

Aquí la procedencia de la *lex Julia* aparece fuera de duda; el contenido y la interpretación que, a primera vista, suscitan estas líneas, resulta sorprendente. De ahí que Archi haya considerado fundamental y previa la aclaración de estas líneas antes de opinar sobre el *crimen repetundarum* en nuestros fragmentos y, optando por una actitud de prudente reserva, el brillante romanista italiano se ha detenido en cierto modo ante la dificultad. (Cfr. ARCHI, *I nuovi frammenti*, cit., p. 94 ss.) Tampoco Levy emite una opinión propia ni se detiene debidamente en este punto. Únicamente Serrao intenta encuadrar en el pensamiento del siglo III la idea de estas líneas.

A nuestro juicio, en estas breves líneas se contiene la mayor aportación de estos nuevos fragmentos. Nuevas ideas para el desenvolvimiento del proceso romano surgen con toda claridad de este punto.

La lectura de los editores *nemo in publico iudicio accusatur* ha sido discutida, pero no modificada decididamente. Por nuestra parte, hemos pensado, desde el primer momento, que dicha lectura era insostenible principalmente por razones sustanciales. La contraposición que la segunda parte (*sed id quod datum est repeti potest*) permite suponer es, a nuestro juicio, otra; se trata de contraponer la simple repetición de lo malversado frente a la posibilidad de acción penal—al *duplum*, p. ej.—, que hubiera sido explicable dado el carácter delictivo de los hechos. La lectura correcta quizá sea:

Leg(e) Iul(ia) repetundar(um) nemo in p[oenali iud(icio) accusatur, sed id q(uod) dat(um) e(st) repeti p(otest).

Los editores pensaron en esta posibilidad. También Archi, al criticar, con acierto, la expresión: *in publico iudicio*. Levy hace consideraciones respecto a la sugerencia de Kunkel: *nemo in p[rovincia accusatur*. Para Levy la expresión *in poenali iudicio* no es enteramente aceptable en cuanto no sería compatible con *accusare*. Sin embargo, este inconveniente no nos parece insoslayable y no vemos otra posible lectura, si nos atenemos a razones de fondo. Es más: dicha lectura se nos aparece como la apertura de un horizonte nuevo que confirma una intuición que desde hace tiempo perseguimos: la de que la distinción entre *iudicia publica* y *iudicia privata* es probablemente posterior a las *leges Iu-*

liae iudiciorum y no originaria. Concretamente, no creemos admisible que los procesos tramitados mediante *quaestiones*—sobre todo la originaria *quaestio repetundarum*—fuesen algo sustancialmente diverso respecto a los *iudicia privata*. En principio (y con ello resumimos una tesis cuyo desarrollo exigiría un amplio análisis que ahora no podemos realizar), el *iudicium publicum* que fué la *quaestio repetundarum* tuvo la misma naturaleza del *iudicium privatum*. Se desarrollaba ante el *praetor peregrinus* y, en vez del *iudex unus*, actuaba un tribunal de *recuperatores*, tribunal colegiado que, por otra parte, no fué caso infrecuente *ab antiquo* en Roma. Por lo demás, todo hace pensar que la estructura de la *actio privata* constituía la esencia procesal del *iudicium de repetundis*. La naturaleza de proceso privatístico que esta *quaestio* llevaba en sí se habría ido perdiendo con el transcurso del tiempo para las sucesivas *quaestiones*. Desde este punto de vista, el proceso *de repetundis* ofrece un profundo interés para el estudio del procedimiento romano, ahora acrecentado, precisamente, por los nuevos fragmentos que comentamos.

La *lex Acilia repetundarum* hizo surgir la hipótesis de que la *legis actio sacramento in personam* había hallado aplicación en la *quaestio repetundarum*. La idea, basada en la expresión *sacramentò actum* que figura en la *lex Acilia* (lín 23) se admitió sin crítica profunda. Ehrhardt (SZ., 55 [1935], 74 ss.) negó radicalmente la admisibilidad de dicha idea. Por nuestra parte, hemos meditado con toda atención este punto, en relación con un reciente estudio nuestro (*¿Existió la denominada legis actio sacramenti in personam?*, en AHDE., 25 [1955], 543-66), y hemos llegado a la convicción de que ni la tesis tradicional—que considera aplicable la *l. a. sacramento in personam*—ni la negativa de Ehrhardt son admisibles. Probablemente tuvo lugar un *agere sacramento* ante la *quaestio de repetundis*, pero éste no fué *sacramento in personam*, por la sencilla razón de que no hubo originariamente una distinción *sacramenta in rem-in personam*. Es preciso toda una revisión del *agere sacramento* y un gran apoyo para una nueva visión nos viene dado con esta preciosísima mención del *sacramentum* en la *lex Acilia*. Esta revisión debe ser parte de todo un nuevo enfoque del procedimiento en la época de las *legis actiones*, del *ex lege agere*. Fundamental fué la distinción, históricamente sucesiva, entre un *agere ex lege* y un *agere per formulas*, pero no la distinción entre *iudicium publicum* y *privatum*. Cabe admitir que la *quaestio de repetundis*, desde el punto de vista procesal, fué un *agere ex lege*, ni público ni privado en sentido estricto, aunque sin duda excepcional, porque se ventilaba ante el *praetor peregrinus*, acaso con *patroni* ciudadanos como representantes de los provinciales. (vid SERRAO, *Appunti sui «patroni» e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi «repetundarum»*, en *Studi de Francisci*, II, 473-511). Por ello no puede descartarse la posibilidad de aplicación de la *condictio* ante dicha *quaestio*, máxime si se piensa en la *lex Calpurnia*, de que Gayo (4, 19) nos habla, en relación con una *lex Calpurnia de repetundis*.

Estas consideraciones son producto de intuiciones anteriores, que ahora la aparición de estos fragmentos confirman insospechadamente. La *quaestio de repetundis* no fué en su esencia procesal algo sustancialmente distinto del proceso privado. Cómo operó ahí el *sacramentum* y la medida en que dicha *quaestio* fué un *lege agere* es tema para ulteriores estudios. Ahora deseamos únicamente contribuir un poco a la aclaración de unas líneas de los nuevos fragmentos que consideramos de gran importancia.

Según la *lex Julia repetundarum*, *nemo in poenali iudicio accusatur*, sino que, simplemente, se reclamaba *in simplum* la cantidad malversada: *sed id quod datum est repeti potest*. La *lex Julia* no estableció, pues, responsabilidad penal. Ciertamente, caben diversas interpretaciones derivadas de esta contraposición fundamental, pero su esencia parece explicarse así del modo más convincente. En el fondo, parece aludirse a una contraposición entre la *condictio* y una *actio poenalis*; incluso podría sospecharse, como hipótesis de trabajo, que la *lex Julia* aplicó por primera vez la *condictio*—prescindiendo de la posible identificación de la *lex Calpurnia* de Gayo con la *de repetundis*—en la *quaestio repetundarum*, mientras anteriormente ésta consistía en una *legis actio sacramento*, por tanto, *cum poena*. El *agere sacramento* era general en el ámbito del *lege agere*; repetimos que ello no significa que fuese preciso pensar en un *sacramento in personam*.

El inconveniente que ve Levy en coordinar la expresión *iudicium poenale*, que aparece únicamente en el ámbito del proceso privado (así, D. 2, 4, 11; 50, 17, 108) con el verbo *accusare* no nos parece, como decíamos más arriba, un obstáculo insuperable. En el fondo hay una petición de principio al suponer que hay expresiones que corresponden a *iudicia privata* y otras a *iudicia publica* por el hecho de no hallar en las fuentes los términos *in poenali iudicio accusatur*. El carácter penal o no depende de la *poena* y no de la ilicitud del hecho en sí.

Las conclusiones de Serrao, al suponer reflejado en la líneas que nos ocupan el pensamiento jurídico del siglo III, resultan inaceptables. La interpretación que acabamos de hacer se encuadra perfectamente en la *lex Julia repetundarum*. La probabilidad de esta interpretación viene corroborada por la autorizada opinión de Levy, que ve en estos fragmentos (como también D'ORS, 1. cit.) el más antiguo estrato de las Sentencias de Paulo, en el que se reflejan normas republicanas más o menos perdurantes en el Principado. El autor utilizó obras de juristas clásicos como base, condensando su contenido, pero sin modificar su sustancia. (Cfr. LEVY, *Zur quellengeschichtlichen Bedeutung*, cit., p. 71.)

Respecto al *crimen maiestatis*, nuestros fragmentos ofrecen, asimismo, notable interés; aunque de menos novedad que cuanto acabamos de ver en materia de *crimen repetundarum*.

Aquí la alusión a la *lex Julia maiestatis* encabeza la exposición y pone fuera de duda la paternidad de los fragmentos: *Lege Julia maiestatis tenetur is...*

ARCHI ha estudiado, de modo especial bajo este aspecto, el contenido de los fragmentos (vid *I nuovi frammenti*, cit., 85 ss.). Se trata de un conjunto de supuestos tomados aisladamente entre los diversos contemplados por la *lex Iulia* según se desprende de la comparación que hace Archi con pasajes del Digesto. Una estrecha relación se pone de manifiesto entre los párrafos de nuestros fragmentos y otros de Modestino, Marciano y Papiniano conservados en el Digesto. Ello hace suponer a Archi que hay una cierta uniformidad de criterios entre las obras de estos juristas clásicos y los fragmentos. Estos podrían, según Archi (op. cit., 94) colocarse en la misma línea de la literatura clásica tardía en su intento de elaborar la materia criminal desde el punto de vista sustancial. El carácter sucinto de la formulación de supuestos en los fragmentos es notorio. A veces, sin embargo, parecen extenderse en criterios inspirados en la *humanitas* que reflejarían, según Archi (op. cit., 103), el espíritu de la cancillería imperial. En cierta medida parecen reflejar innovaciones del crimen *maiestatis* en el Principado. Para Archi (op. cit., 106) la exposición de conjunto en esta materia podría fecharse hacia el año 300 d. C. En este caso, la exposición del crimen *maiestatis* contendría menos elementos antiguos que la referente al crimen *repetundarum*.

V. LOS APOKRIMATA DE P. COL. 123

En 1954 salió a luz una edición de rescriptos de Septimio Severo correspondiente a su estancia en Alejandría entre noviembre del 199 y la primavera del 200. Esto *apokrimata* se hallaban contenidos en el papiro 123 de la Universidad de Columbia. La edición lleva por título *Apokrimata (Decisions of Septimius Severus on legal Matters)*. Text, translation, and historical analysis by Villiam Linn WESTERMANN; legal commentary by A. Arthur SCHILLER (New York, Columbia University Press, 1954). De nuevo uno de los editores ha vuelto sobre el tema: H. C. YOUTIE y A. A. SCHILLER, *Second Thoughts on the Columbia Apokrimata* [P. Col. 123] (Bruxelles, 1955, separata de *Chronique d'Egypte*, XXX [núm. 60], julio de 1955). Cfr. recensiones: GAUDEMET, en *Revue Historique*, 1955, 475 ss.; DE FRANCISCI, en *Iura*, 6, 1955, 184 ss.; A. RUIZ, *Gnomon*, 28 (1956), 136-92; A. D'ORS, en *Emerita*, XXIV, 2.

Vid también F. CASAVOLA, *Diritto dialogato in P. Col. 123*, en *Labeo*, 1 (1955), 90-7; J. C. VAN OVEN, *Le senatus-consulte Velléin et le P. Col. 123*, en *Labeo*, 2 (1956), 1-5; M. DAVID, *Ein Beitrag zu P. Col. 123*, 13-7, en *Symbolae Taubenschlag* [Eos, 48, 1], 191-95; F. PRINGSHEIM, *Some suggestions on P. Col. 123 (Apokrimata)*, en *Symbolae Taubenschlag* [Eos, 48, 1], 237-49; N. LEWIS, *Ἡ πρότυπὸ τῶν οἰκίων πραγμάτων*, en *Symbolae Taubenschlag* [Eos, 48, 1], 217-9; A. D'ORS, *Nótulas sobre los apokrimata de P. Col. 123*, en *Symbolae Taubenschlag*, III (en prensa).

Contenido de esta nueva fuente son los *responsa* dictados por Septimio Severo, asistido de sus funcionarios, entre los cuales se halla C. Ful-

vio Plauciano, prefecto del Pretorio. Es interesante hacer notar que las decisiones aparecen publicadas en la Stoa del Gimnasio de Alejandría durante tres días consecutivos del año 200. Gran parte de las decisiones tienen carácter general, pero ello no es suficiente para considerarlas como edictos generales.

Varias decisiones tienen carácter administrativo. Una se refiere al campo penal, y en ella se resuelve que uno de los funcionarios acusados, Comón, sea juzgado por el prefecto del Pretorio, Fulvio Plauciano, aunque quizá no sentenciado por éste. El segundo acusado, Apión, publicano, viene encomendado al juicio, y quizá sentencia, del *Praefectus Aegypti*. Hay, además, decisiones interesantes para el derecho privado que aquí no podemos analizar detenidamente. Por ejemplo, el rescripto IV, en que el recurrente pretende rescindir una compra de propiedades hipotecadas. Sobre él se han aventurado muchas hipótesis, pero el supuesto de hecho es difícil de identificar. Interesante, asimismo, por los problemas que sugiere, es el rescripto V. Se declara que a la mujer no se le prohíbe prestar dinero ni pagar deudas de otro. La duda se explica debido al SC. Veleiano, cuya interpretación extensiva había preocupado ya en Roma. Lo que resulta nuevo es que el SC. se aplicase a mujeres no romanas; en este caso era quizá una hebrea. Schiller supone que, debido a la parificación de mujer y varón en el derecho local, el emperador haya querido hacer destacar que ni siquiera en el Derecho romano, más exigente, aquellos actos serían prohibidos.

Prescindiendo del contenido, desde el punto de vista de la estructura formal de estos rescriptos, ha realizado D'Ors (cfr. *Nótulas*, cit., *Symbolae Taubenschlag*, III) unas observaciones que juzgamos de relevante interés. Observa con agudeza que lo que parece interesar al redactor de estos *rescripta* no es la transcripción auténtica de los mismos, sino la relación de los publicados en cada uno de los tres días sucesivos en que fueron dictados, porque la fecha figura al principio. Por otra parte, el contenido sintético de los *rescriptos* hace pensar que se trata de documentos con carácter de registro de publicación en que no se contiene el texto íntegro, sino únicamente unos sumarios suficientes para su identificación. Lo que ha llegado a nuestro conocimiento sería quizá una copia para información de funcionarios locales o incluso privadamente tomadas para uso de un abogado del *liber libellorum propositorum*; en dicha copia se habrá insertado el nombre y título imperial que faltaba en el registro que sirvió de modelo.

En relación con esta hipótesis, hallaría una aclaración la abreviación de constituciones que tantas veces se ha observado. Podía pensarse —observa D'Ors— que los compiladores habrían utilizado, en muchos casos, no los archivos internos de la cancillería imperial, sino los más accesibles registros de rescriptos publicados. En este sentido es sintomático que los códigos conserven constituciones a partir de Adriano, época en que, precisamente, comenzó la práctica de la *propositio* de rescriptos y del *liber libellorum propositorum*.

Como se ve, tanto desde el punto de vista de su contenido como de su estructura formal, estos rescriptos de Septimio Severo constituyen una fuente de gran interés.

VI. TABLILLA DE SOMERSET

E. G. TURNER nos informa, en *The Journal of Roman Studies* 46 (1956) 115-8, del hallazgo, en una villa romana inglesa, de la tablilla que nos ocupa. Pertenece al mismo tipo de las ya mencionadas *Tablillas Albertini*, pero puede datarse, según TURNER, cit. p. 116, hacia la primera mitad, o más tarde, del siglo III d. C. Desde el punto de vista paleográfico y diplomático tiene semejanzas con documentos papirológicos de dicha época, sobre todo con los fragmentos de Gayo del Papiro Oxirrinco.

El contenido jurídico se refiere a la evicción en la compraventa y repite la expresión, conocida por los trípticos de Transilvania y por nuestra *Fórmula Baética: ut optimus maximusque esset*. Turner piensa en una venta realizada mediante *mancipatio*, acogiendo con ello la idea de Arangio Ruiz, expuesta respecto al tríptico de Transilvania (vid. *Negotia*, p. 289), según la cual el suelo provincial podría ser considerado como *res Mancipi* únicamente si se hallaba situado en el territorio de una ciudad que disfrutaba del *ius Italicum*. Debido a la fidelidad de las formalidades al *ius civile*, Turner piensa que ello se debe a los efectos de la *Constitutio Antoniniana*. Queda pendiente el problema de determinar, en relación con el *ius Italicum*, a qué colonia romana puede atribuirse.

P. F.

VII. LA CONCEPCION CLASICA DEL MATRIMONIO

Este tema sigue siendo una cuestión actual y discutida dentro de la romanística. Como es sabido, la doctrina moderna sobre el matrimonio en derecho romano clásico se inicia con un célebre trabajo de Manenti sobre las condiciones que sostenía, contra la tesis del matrimonio-contrato, que el matrimonio romano era una relación de hecho entre hombre y mujer, constituida en virtud de un acuerdo de voluntad que no era inicial ni instantáneo, sino continuado y duradero. Sobre esta base, Scialoja y Bonfante definieron el matrimonio clásico como la convivencia del hombre y de la mujer con la intención de vivir en unión permanente, destacando sus dos elementos constitutivos: objetivo y material, la convivencia, y subjetivo y espiritual, el *consensus* o *affectio*, y Albertario destacó el parangón entre matrimonio y posesión, ambas situaciones de hecho productoras de efectos jurídicos. Esta es la doctrina que durante años ha venido dominando, con la distinción de estos dos elementos, que se entendían en los diferentes sentidos deducidos de los textos: en el elemento subjetivo o intencional se comprendía el

consensus, el *animus*, la *voluntas*, la *affectio maritalis*, el *velle*, mientras en el objetivo o material, con distinto alcance y significación, la *coniunctio*, la *individuae vitae consuetudo*, la convivencia, y, sobre todo, teniendo en cuenta las concepciones sociales de los juristas, el *honor matrimonii*.

Interrumpen esta doctrina, considerada tradicional, las aportaciones de Volterra y Orestano. VOLTERRA ha dedicado una serie de importantes trabajos a esclarecer la concepción clásica del matrimonio, que debe distinguirse de la *conventio in manum* (vid. en este mismo ANUARIO, «Varia Rom.»), y la capacidad matrimonial. Para este autor (*La concepción du mariage d'après les juristes romains* [Padova, 1940]; *La conception du mariage à Rome*, en RIDA., 1955, 365 y ss.), en derecho clásico el matrimonio estaría fundado sobre la *mutua voluntas* de los cónyuges que había de ser constante, bastando a crearlo la existencia de este elemento, que podía ser manifestado en cualquier modo; en derecho postclásico, la situación cambia completamente y el consentimiento debía ser sólo el inicial. Destaca, por tanto, el *consensus* como elemento primordial en todas las etapas, afirmando que la convivencia, en la que generalmente se hacía consistir el *honor*, no era necesaria para el inicio y la continuación del matrimonio, y que el llamado elemento objetivo no es más que el hecho por el que se manifiesta el consentimiento.

ORESTANO (*La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano* [Milano, 1951]; publicado también en BIDR., 1940-41-52) considera el matrimonio como una relación jurídica y el *consensus* como su único elemento constitutivo, tanto en derecho clásico como en derecho postclásico y justiniano, sosteniendo que para que el *consensus* fuese jurídicamente apreciable debía exteriorizarse en el *honor matrimonii*. Combate Orestano la doctrina tradicional, excluyendo a la convivencia como elemento constitutivo del matrimonio y afirmando que nunca puede identificarse con el *honor*; critica especialmente la conocida teoría de Levy sobre la necesidad de la *deductio in domum* para el inicio del matrimonio, combatiendo, como hace también Volterra, la comparación entre matrimonio y posesión. Tratando de la presunción de matrimonio (*Sul matrimonio presunto in diritto romano*, en «Atti Verona», III, 1951, 49 y ss.), Orestano aduce un texto atribuido a Modestino (D. 23.2.24), considerado unánimemente alterado por los compiladores, como la confirmación de la naturaleza exclusivamente consensual del matrimonio, ya que le parece evidente que si una determinada forma hubiese sido necesaria *ad substantiam* para la creación de una relación matrimonial válida legalmente, como se establece ya en derecho postclásico y justiniano, no habría lugar a una presunción de matrimonio como la efectuada por Modestino. La tesis de Orestano, que fué bien acogida (vid. reseñas de KASER, en SDHI., 1952; GAUDEMET, en IVRA, 1953; AMELOTTI, en «Studi Senesi», 1952), ha contribuido notablemente a destacar la interpretación espiritualista y social del matrimonio de los juristas clásicos y a reivindicar el principio

consensus facit nuptias, considerado durante mucho tiempo por la doctrina como obra de los compiladores bizantinos. A este respecto no ha tenido una acogida que se pueda decir favorable la tesis de RASI (*Consensus facit nuptias* [Milano, 1946]) sobre la concepción del matrimonio clásico como un negocio jurídico, que nacería de una *stipulatio*, en el que el *consensus* requerido sería sólo el inicial; sin embargo, su posición ha tenido el indudable mérito de suscitar nuevas aportaciones y estudios sobre el consentimiento requerido para el matrimonio, especialmente sobre el consentimiento del *filius familias* (vid. SOLAZZI, *Per il matrimonio del filius familias*, en AG. 85 [1948], 3 ss.; VOLTERRA *Quelques observations sur le mariage des filii familias*, en RIDA 1 [1948], 213 ss.).

La tesis de Volterra y Orestano sobre el consentimiento como único elemento constitutivo en el matrimonio clásico, aunque ha sido aceptada por algunos autores, sobre todo por Gaudemet y LAURIA (*Matrimonio-dote in diritto romano* [Napoli, 1952]), no ha tenido, sin embargo, una aceptación general, ya que la mayoría de los romanistas han continuado ocupándose de los dos elementos, espiritual y material, en la concepción jurisprudencial del matrimonio, que consideran con distinto alcance y sentido. Así mientras SCHULZ (*Classical Roman Law* [Oxford, 1951], 103 ss.) habla de concepción «humanística» de los clásicos sobre el matrimonio, mantenida por Justiniano, BIONDI (*Istituzioni*³, 1956, 558 ss.) sostiene una concepción realista, considerando el matrimonio clásico como un *status* o situación jurídica permanente que resulta de la convivencia de marido y mujer. Muy acertada nos parece la opinión de ARANGIO RUIZ (*Istituzioni*¹², 1954, 436 ss.), que sostiene que el matrimonio ha de seguir concibiéndose como una relación jurídica continuada basada en dos elementos: uno de hecho y externo, convivencia entre marido y mujer, y otro moral e interno, *affectio maritalis*, que es el que prevalece, afirmando que si el elemento material se reduce en la práctica a un contenido de donde resulte la *affectio maritalis*, y en consideración a ello los juristas repiten sabiamente *consensus facit nuptias*, no se debe olvidar que para constituir el matrimonio es necesario un hecho que inicie visiblemente la vida conyugal, mientras que con el simple acuerdo, en el sentido de querer ser marido y mujer, no se contraen nupcias. Para MONIER (MONIER-CARDASCIA-IMBERT, *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du moyen âge* [París, 1956], 474), el matrimonio es esencialmente una situación de hecho fundada sobre la vida común y la voluntad de los esposos reconocida por el derecho; la formación del matrimonio, antes del Bajo Imperio, exigía el establecimiento de un domicilio común que era el domicilio del marido. La importancia de los usos sociales en la concepción y régimen del matrimonio ha sido puesta de relieve por HELLEBRAND (*Ein Beitrag zur Problematik—matrimonium und mos—* en SZ, 70 (1953), 247 ss.). Otros autores siguen considerando la convivencia o elemento objetivo en el matrimonio clásico o califican al matrimonio como una situación de hecho (IGLESIAS, *Instituciones*², II, 213 ss.; VOCI, *Istituzioni*⁴, 463; SANFILIPPO, *Istituzioni*³,

129; LA PIRA, *Istituzioni*, a cura di Beretta, 62). KASER, *Das röm. Privatrecht*, I, 266 ss., siguiendo una línea intermedia, considera el matrimonio como en «*ein tatsächliches Verhältnis mit rechtlichen Rückwirkungen, dass sich in mancher Hinsicht mit der possessio als «verwirklichter Sachherrschaft» vergleichen lässt*».

G. LONGO (*Il requisito della convivenza nella nozione romana del matrimonio*, en *Ann. Univ. Macerata*, 1955) considera también el matrimonio como una relación de hecho y, contra la tesis de Orestano, sostiene que la presunción de matrimonio que éste atribuye a Modestino (*Presunzione di matrimonio*, en *Studi in onore di Ugo E. Paoli* [Firenze, 1956], 485 ss.) debe considerarse obra de los compiladores, que cambiaron el sentido del texto de Modestino, que determinaría en qué condiciones y casos y respecto a cuáles mujeres se podía admitir que la unión fuera interpretada (no presunta) como matrimonio, ya que, considerando genuino el texto, se llegaría al resultado inadmisibles de reputar, frente al ordenamiento positivo y a las tendencias sociales de los romanos, que se consideró matrimonio toda convivencia, incluso con mujeres de rango, de vida y de costumbres opuestas a la dignidad del matrimonio.

De otra parte, a la exclusión de la convivencia (elemento objetivo) se oponen explícitos testimonios textuales, de donde resulta que el matrimonio fué considerado por los juristas como una situación de hecho. Así, en el caso del matrimonio del ausente, se consideró necesaria la *deductio* de la mujer al domicilio del marido (*deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*, Pomponio, D 23.3.5), no pudiendo realizarse el matrimonio en ausencia de la mujer. También en el supuesto de que la *minor annis XII* fuese conducida a la casa del varón con fines matrimoniales, los jurisconsultos consideran esta circunstancia de habitar en el mismo domicilio, junto con el cumplimiento de la edad núbil, para decidir sobre la existencia del matrimonio (GARCÍA GARRIDO, *Minor annis XII nupta*, en *Labeo*, 1957). La misma consideración del matrimonio como situación de hecho se deduce de que el vínculo matrimonial no se reintegra *iure postliminii* (ARIAS BONET, *La no reintegración «iure postliminii» del matrimonio*, en este ANUARIO, 1955, 567 ss.). La concepción jurisprudencial sobre el inicio del matrimonio es particularmente evidente en un texto de Ulpiano (D.35.1.15), referente a un supuesto de legado condicional, en el que el jurista afirma que el matrimonio se considera realizado desde el momento en que la mujer ha sido conducida a la casa del marido, prescindiendo del hecho de su consumación. Por todo ello, creemos que la jurisprudencia tiene en cuenta el elemento de hecho matrimonial, sobre todo a través de las concepciones del *domicilium matrimonii* y del *honor matrimonii*, en las que los jurisconsultos se sirven de valoraciones sociales, pudiendo decirse que no queriendo penetrar en las interioridades de la *domus* y de la familia, el jurista romano se conforma con los signos exteriores de donde pueda deducirse la unión conyugal. En este problema de los elementos constitutivos del matrimonio clásico nos parece, en definitiva, que puede pen-

sarse más en una diversa posición terminológica que en una discrepancia de fondo, ya que consentimiento y convivencia son dos aspectos de una misma situación; si no puede dudarse, en efecto, que la convivencia y el *honor matrimonii* son la exteriorización del *consensus*, no puede negarse que el consentimiento se dirige precisamente a la iniciación y continuación de la convivencia. Si el *consensus*, o la *affectio*, se considera predominante o decisivo para la existencia o continuación del matrimonio en determinados supuestos, en los que eventualmente no se efectúa la convivencia, ello no puede llevarnos a la exclusión de la convivencia que, generalmente, viene considerada junto a la *affectio*. También en la posesión, situación de hecho por excelencia, basta en determinados y excepcionales casos con la sola existencia del *animus*, exteriorizado en cualquier hecho (vid., por ejemplo Próculo, D.41.1.55 y Gayo, D.41.1.5.1).

A la investigación de otros importantes aspectos del matrimonio y de su régimen jurídico han contribuido otras importantes aportaciones de la reciente romanística. El tema del *conubium* ha sido particularmente estudiado (VOLTERRA, *Sulla condizione dei figli dei peregrini cui veniva concessa la cittadinanza romana*, *Studi in onore Cicu*, II [Milano, 1951], 663 ss.; DE VISSCHER, *Conubium et civitas*, en RIDA, 1952, 401 ss.; AMAURY DE LA CHEVALERIE, *Observations sur la nature du conubium et la situation juridique des Campaniens avant et après les guerres d'Annibal*, en RIDA, 1954, 271 ss.) y VOLTERRA, sobre todo, ha puesto de manifiesto la concepción clásica del *conubium* (*La nozione giuridica del conubium*, en *Studi Albertario*, II, 374 ss.) como una condición o requisito positivo de la capacidad para contraer matrimonio, que no tiene ningún paralelo con los impedimentos del matrimonio actual y cuyos efectos eran el atribuir al hijo que nacía de matrimonio de personas con *conubium* el *status libertatis* y el *status civitatis* del padre, y si éste era ciudadano romano, también el someter al hijo a su patria potestad. El principio de que los hijos nacidos de unión no legítima siguen la condición de la madre es acogido como general, sea por los juristas clásicos como por los postclásicos, y VOLTERRA (*Sulla*, D.1.5.24, en *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, *Eos* 48 (1956), 541 ss.) sostiene que la excepción introducida por Ulpiano (D.1.5.24) con referencia a una *lex specialis*, no es una interpolación, como se ha venido considerando, sino que probablemente con ese término Ulpiano ha querido referirse a disposiciones particulares del Senado, de los emperadores o de los magistrados romanos, que derogasen el principio general en varios casos, especialmente tratándose de uniones entre personas pertenecientes a diversas ciudades o a diversos municipios.

Del matrimonio de menores en Roma y de la edad requerida para contraer matrimonio, con respecto a la mujer, se ha ocupado DUNN (Le mariage des filles impuberes dans la Rome antique, en RIDA, 1955, 263 ss.); Sur le mariage romain. Autocritique et mise au point, en RIDA, 1956, 227 ss.), cuya tesis ha suscitado las observaciones de RENACH (*Puberté feminine et mariage* en RH. 1956), y, desde el punto de vista

de la consideración jurisprudencial de la *minor nupta*, también las nuestras en el artículo antes citado.

GAUDEMET ha dedicado interesantes y completos estudios al matrimonio, destacando la indudable originalidad del matrimonio romano en su carácter de sociedad permanente y en su establecimiento por el mutuo consentimiento de los cónyuges (*Originalité et destin du mariage romain*, en *L'Europa e il diritto romano* [Studi in mem. Koschaker], II, 511 ss.). Para este autor, más que el matrimonio, es el *iustum matrimonium* lo que atrae la atención de los juristas (*Iustum matrimonium*, en *Mélanges De Visscher I* [RIDA, 1949], 309 ss.), que se preocupan más de los obstáculos que se oponen a la realización de un matrimonio legítimo que del análisis de sus elementos positivos, análisis no realizado por la Jurisprudencia. Los jurisconsultos consideran el matrimonio como un hecho social, al que agregan algunas exigencias suplementarias, y una estructura jurídica determinante de condiciones y efectos de derecho se superpone así a la situación de hecho. Gaudemet estudia por ello los requisitos del matrimonio en los distintos períodos, ocupándose especialmente de la legislación matrimonial de Augusto, de gran importancia en la evolución del instituto. Tratando de una decisión del Papa Calixto sobre el matrimonio (*La decisión de Calixte en matière de mariage*, en *Studi in on. Ugo E. Paoli*, 333 ss.), Gaudemet ha puesto de relieve cómo fué admitida por la Iglesia primitiva la posibilidad de uniones que, no reuniendo los requisitos exigidos por el derecho romano al tratarse de matrimonios entre personas de condición o clase social diferente, respondiesen a las exigencias esenciales de la moral evangélica en cuanto a la fidelidad conyugal, la permanencia del vínculo y la educación de los hijos.

Concluyendo, podemos afirmar que para la Jurisprudencia clásica el matrimonio es una comunidad de vida entre marido y mujer, entendida socialmente, a la que atribuye determinados efectos jurídicos si los contrayentes tenían la debida capacidad (*conubium*) y reúnen determinados requisitos que califican el *iustum matrimonium*. Los clásicos atribuyen determinados efectos al matrimonio en relación con la filiación y también respecto a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, que determinan muchas de sus decisiones sobre el inicio y continuación del matrimonio (vid. nuestro estudio sobre los bienes de la mujer casada, de próxima aparición en los *Cuadernos del Instituto Jurídico Español en Roma*). La definición del matrimonio de Modestino (D.23.2.1.), que pese a los ataques y críticas de que ha sido objeto, creemos es de indudable procedencia clásica, nos muestra cómo el matrimonio tenía para los jurisconsultos romanos un fundamento profundamente humano y social.

VIII. LA «HEREDITATIS PETITIO»

A esclarecer importantes aspectos en la configuración histórica y dogmática de la *h. p.* han contribuido una serie de recientes trabajos, cuyos autores se han fijado especialmente en el discutido tema de la legitimación pasiva al ejercicio de aquella acción hereditaria. A los conocidos estudios de Lenel, Carcaterra y G. Longo han seguido, en los últimos cuatro años, las aportaciones de DENOYEZ, *Le défendeur a la pétition d'hérédité privée en droit romain* (París, 1953) [rec. de KRELLER, en SZ, 71 (1954), 439 ss.; DI PAOLA, en IVRA, 5 (1954), 384 ss.; FUENTESECA, en AHDE, 1954, 719 ss. y SCHWARZ, en *Tijdschrift v. Rechtsgeschiedenis* 24 (1956) 328 ss.]; *La possessio pro herede aut pro possessore dans l'interdit quorum bonorum*, en *Studi in on. Arangio Ruiz*, II, 287 ss.; BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milano, 1954), 381 ss.; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milano, 1954) [rec. de MARRONE, en IVRA, 6 (1955), 317 ss. y SCHWARZ, en *Tijdschrift cit.*, 343 ss.]; KASER, *Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio*, en SZ, 72 (1955), 90 y ss.; *Das röm. Privatrecht*, I, 611 ss.; TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (Milano, 1956); G. LONGO, *Sulla legittimazione passiva nella hereditatis petitio*, en *Labeo*, 2 (1956), 378 ss. y SCHWARZ, *Studien zur hereditatis petitio*, en *Tijdschrift cit.* 279 ss.

Respecto a la naturaleza de la *h. p.*, BIONDI defiende la opinión dominante sobre la naturaleza real de esta acción y su inclusión entre las *actiones in rem*, en Derecho clásico, basándose en que la antigua *legis actio sacramento in rem* se aplicaba en las *controversiae de hereditate*, y también en el tribunal de los centunviro, según el testimonio de Gayo, se aplicaron las acciones reales; carácter real de la acción que no viene atenuado por el hecho de que en el juicio se discutan *praestationes*, que hicieron que Justiniano incluyese esta acción entre las *actiones mixtae*. DENOYEZ sostiene, en cambio, la antigua tesis pandectística de que la *h. p.* es aquella acción con la que se persigue el reconocimiento del título de heredero. Contra esta tesis DI PAOLA afirma que, para poder resolver el problema de la *h. p.*, es necesario situarlo fuera de la rígida distinción entre *a. in rem* y *a. in personam*, que, si originariamente comprendía todas las acciones, no puede considerarse exhaustiva a medida que se avanza en el tiempo y la *hereditas* se clasifica entre las *res incorporales*; si la estructura de la acción y la terminología no sufre mutación alguna, no sucede lo mismo con el concepto de herencia, y, por ende, con el objeto de la acción misma y con el derecho por ella tutelado, que sufre una profunda evolución, configurándose como entidad autónoma y dando lugar a un fenómeno de inmovilidad formal que puede inducir a engaño. KASER sostiene que los clásicos, que siempre operan sobre fenómenos concretos, han concebido la distinción de acciones reales y personales no de una manera tan rígida que no permitiese algunas especialidades en las concretas acciones, y, por ello, incluían la *h. p.* entre las *a. in rem*. SCHWARZ afirma que la *h. p.* fué, a pesar de

todas las particularidades, una *a. in rem*, destacando que también el *ius successionis* es un derecho de señorío como el *ius dominii*. El hecho, destacado por BIONDI y decisivamente probado por TALAMANCA, de que el deudor hereditario no esté legitimado pasivamente en cuanto tal a la *h. p.*, sino sólo en cuanto promueva *controversia de hereditate*, atribuyéndose el carácter de heredero, parece decisivo para pronunciarse por el carácter real de la acción hereditaria.

En cuanto a la legitimación pasiva al ejercicio de la *h. p.*, los autores han formulado las más diversas y dispares hipótesis para explicarla, siendo laudable el intento realizado recientemente por TALAMANCA para superarlas y llegar a una solución aceptable en esta difícil y espinosa cuestión. En el procedimiento de las *legis actiones*, la doctrina es unánime en reconocer que estaba legitimado pasivamente sólo el *possessor pro herede*, dándose esta calificación al que pretendía la *hereditas* mediante la *contravindicatio*. Las dudas y las controversias surgen en torno a la legitimación pasiva en el procedimiento formulario y también respecto a las innovaciones introducidas en época postclásica y justiniana. Centrando los clásicos el problema de la legitimación pasiva a la *h. p.*, con referencia a la *possessio rei*, en la distinción *possessor pro herede* y *possessor pro possessore*, los autores discuten sobre si el criterio seguido en esta distinción es de derecho substancial o es de derecho procesal, así como si es necesario distinguir entre los diversos institutos donde se aplica (*h. p.*, *usucapio pro herede*, *interd. quorum bonorum*), o si puede considerarse, por el contrario, como una categoría única aplicable a todos los institutos, teniendo en cuenta los cambios y variaciones operados en la evolución histórica. De otra parte, se presenta el problema de la legitimación pasiva del *debitor hereditarius* y, en relación con él, la cuestión de la *possessio iuris*, que se ha venido considerando de procedencia postclásica.

DENOYEZ y BIONDI, sosteniendo una diferente configuración de la distinción *p. pro herede* y *p. pro possessore* en la *usucapio pro herede* y en la *h. p.*, afirman, basándose en GAYO (4.144), que los clásicos aplicaron, en cuanto a la acción hereditaria, un criterio de derecho substancial consistente en la buena o mala fe del demandado. Para DENOYEZ esta distinción surgió en el campo del interdicto *quorum bonorum* y se extendió a la *h. p.* en época tardía, quizá en tiempo de Papiniano y ciertamente después del SC Juvenciano, ya que con anterioridad los legitimados pasivamente al ejercicio de la acción se distinguían en *possessores hereditatis nomine* y *possessores hereditario nomine*, según que poseyesen toda la herencia, o una cuota de ella, o solamente determinadas cosas hereditarias. Esta diferenciación, sin embargo, como destaca TALAMANCA, no está lo suficientemente probada.

DI PAOLA, al seguir el criterio procesal, sostiene que en derecho clásico una misma persona podía asumir la posición de *p. pro herede* o de *p. pro possessore* en cuanto el calificarse de uno u otro modo dependía de la propia afirmación del demandado, efectuada antes de la *litis con-*

testatio, pero sólo el *p. pro herede* estaría legitimado pasivamente al ejercicio de la acción hereditaria, basándose en que si el deudor hereditario debe sostener su cualidad de heredero para estar legitimado pasivamente a la *h. p.*, lo mismo debe decirse para el *possessor*.

KASER, partiendo de su tesis sobre la *oblatio litis*—según la cual los proculeyanos habían admitido la condena del *liti se offerens* sobre la base de la *a. in rem* y ésta fué la doctrina seguida por los últimos jurisconsultos clásicos—, considera que mientras los proculeyanos siguieron el criterio procesal, bastándoles la simple afirmación del demandado de poseer *pro herede* para considerarlo legitimado a la acción, los sabinianos, en cambio, adoptaron el criterio seguido por GAYO con respecto al *interd. quorum bonorum* sobre la buena o mala fe del demandado, y sólo la jurisprudencia clásica tardía extendió la legitimación pasiva al *p. pro possessore*, calificándolo con el criterio procesal.

TALAMANCA, realizando un detenido examen y crítica de todas estas doctrinas, llega a la conclusión de que la aplicación de un criterio substancial y positivo, consistente en el modo con que fué iniciada la posesión de las cosas hereditarias, se deduce claramente del contraste entre los dos textos gayanos, referentes a la *usucapio* (2.52) y al *interd. quorum bonorum* (4.144), y afirma que la distinción *p. pro herede*-*p. pro possessore* debe considerarse como una categoría única aplicable tanto a la *usucapio pro herede* como a la *h. p.* En época anterior a GAYO, la *possessio pro herede*, en el campo de la *a.* hereditaria, comprendía al *usucapiens pro herede* de mala fe y la *possessio pro possessore* solamente al que poseía sin título. Esta distinción, surgida como criterio de determinación para la legitimación pasiva en la *h. p.*, fué después transferida al *interd. quorum bonorum*, que se modeló, en éste como en otros aspectos, sobre la configuración de la acción hereditaria civil, ya que es indudable que la calificación de la *possessio*, legitimante a la acción, es posterior a la introducción de la *h. p.* en el sistema procesal romano. El nuevo criterio adoptado por GAYO (4.144) debe ser atribuido a un cambio de la estructura de la *possessio pro herede* que se produce en el campo de la *usucapio* y de la *causa possessionis* después del SC Juvenciano. De otra parte, TALAMANCA afirma que el *debitor hereditarius* estaría legitimado pasivamente sólo en cuanto promoviese *controversia de hereditate*, proclamándose heredero. En la época postclásica avviene, para este autor, la separación entre el modo de determinar la calificación del proceso en el campo de la *h. p.* y en el de la posesión y la usucapión; fuera de la *h. p.*, *p. pro herede* era para los bizantinos el poseedor de buena fe, mientras *p. pro possessore* era el *praedo*, o poseedor de mala fe y sin título. Justiniano sigue en sus Instituciones el criterio substancial que se había venido formando sucesivamente al SC de Adriano; pero la Paráfrasis de Teófilo, que refleja el estado real del Derecho justiniano, presenta una situación diferente: la *causa possessionis* se determina según las afirmaciones del demandado mismo, que con su posición procesal provoca una *controversia de hereditate*, sea positiva, afirmándose

heredero (*p. pro herede*), sea negativa, negando la cualidad de heredero al actor y no alegando título alguno de su posesión (*p. pro possessore*). Los postclásicos crean el concepto de *possessio iuris* en el campo de la legitimación pasiva, ya que, no considerando el *controversiam movere* como presupuesto de la legitimación, estiman que el deudor hereditario posee también algo, un *ius*, o sea, la propia deuda en relación con el heredero.

Para SCHWARZ, que sigue en lo esencial la tesis de Kaser, combatiendo las conclusiones de Di Paola, en el fondo, el poseedor está legitimado pasivamente sólo si ha llegado a poseer «algo» de la herencia. De la determinación en forma concreta de este «algo» se ocuparon, sobre todo, los juristas clásicos.

G. LONGO, prometiendo efectuar una revisión meditada y completa de todo el instituto, destaca cómo en Derecho clásico la legitimación pasiva está fundada sobre la posesión de las cosas hereditarias y sostiene que no debe aceptarse, por ello, el criterio procesal de la *interrogatio in iure* del demandado, insistiendo en que el *debitor hereditarius* es incluido por los compiladores en la categoría de los *possessores iuris* y la legitimación pasiva es determinada sobre la base de la *possessio iuris*, reputando insostenible la defensa de DENOYEZ de los textos que a ella se refiere y que, por haber utilizado una exégesis demasiado cauta, no ha sido decisivamente combatida por TALAMANCA. De otra parte, LONGO reafirma su opinión acerca de la procedencia compilatoria de las hipótesis de ejercicio en vía útil de la acción hereditaria.

M. G. G.