

JAVIER PARICIO

**LA FORMACIÓN DEL  
DERECHO PRIVADO ROMANO**

Segunda edición

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

# ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
ABREVIATURAS ESPECIALES.....	13
NOTA PRELIMINAR.....	15

## Primera parte

### **EL DERECHO PRIVADO: DE LOS ORÍGENES A LA CAÍDA DE LA REPÚBLICA**

1. PRESENTACIÓN.....	19
2. EL JURISTA ROMANO EN SU TIEMPO Y SU INFLUJO POSTERIOR.....	20
3. LOS ORÍGENES. LA COSTUMBRE. EL REY Y EL COLEGIO DE PONTÍFICES.....	27
4. EL DERECHO SE PUBLICA: LA LEY DE LAS XII TABLAS.....	31
5. EL DERECHO PRIVADO Y LAS LEYES PÚBLICAS.....	37
6. APPIO CLAUDIO «EL CIEGO» Y LA PUBLICACIÓN DE LOS FORMULARIOS PROCESALES Y NEGOCIALES.....	41

	Págs.
7. TIBERIO CORUNCANIO Y LOS COMIENZOS DE LA SECULARIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. JURISTAS SACERDOTES Y JURISTAS LAICOS: UNA PROFESIÓN ARISTOCRÁTICA.....	45
8. FUNCIONES Y TAREAS DE LOS JURISTAS. LA MEMORIA.....	47
9.1. EL PRETOR Y EL EDICTO. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.....	51
9.2. EL PROBLEMA DEL PRETOR PEREGRINO.....	54
9.3. DERECHO CIVIL Y DERECHO DE GENTES. DE LA <i>FIDES</i> A LA <i>BONA FIDES</i> . EL DERECHO DEL COMERCIO.....	57
10. LAS <i>ARTES</i> GRIEGAS PENETRAN EN ROMA Y EN SU ÁMBITO JURÍDICO.....	64
11. QUINTO MUCIO ESCÉVOLA Y LA TRADICIÓN CIVILÍSTICA.....	67
12. LA MODERNIDAD. SERVIO SULPICIO RUFO Y SU ESCUELA: LA TÉCNICA DEL <i>RESPONSUM</i> .....	72
13. EL PROYECTO DE CÉSAR DE CODIFICAR EL DERECHO. FILIPOS: CAÍDA DE LA REPÚBLICA.	80
14. EL «TESTAMENTO» DE THEODOR MOMMSEN...	85

## Segunda parte

### EL DERECHO PRIVADO EN EL PRINCIPADO

15. LA HISTORIA ABRE PÁGINA NUEVA: EL PRINCIPADO.....	91
16. LA LEGISLACIÓN PRIVATÍSTICA EN EL PRINCIPADO.....	94
17. EL EDICTO PRETORIO Y LA DESAPARICIÓN DE INNOVACIONES SUSTANCIALES POR VÍA EDICTAL EN EL PRINCIPADO TEMPRANO.....	99

	<u>Págs.</u>
18. EL EMPERADOR COMO JUEZ SUPREMO Y LAS NUEVAS <i>COGNITIONES EXTRA ORDINEM</i> .....	102
19. LABEÓN: LA CIENCIA JURÍDICA ROMANA ALCANZA SU CIMA.....	104
20.1. EL EMPERADOR Y LAS OPINIONES JURISPRUDENCIALES.....	114
20.2. LAS ESCUELAS DE JURISTAS DEL PRINCIPADO.....	124
21. EL <i>IUS CIVILE</i> DE SABINO, DE CASIO, DE JAVOLENO Y DE POMPONIO .....	130
22. LA PLENITUD DE LA CLASICIDAD: CELSO Y JULIANO.....	137
23. EL PROBLEMA DE LA LLAMADA «CODIFICACIÓN» DEL EDICTO Y ESTRUCTURA DEL TEXTO EDICTAL.....	147
24. EL MODELO DE LOS MODELOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: LAS <i>INSTITUTIONES</i> DE GAYO. ....	155
25. LOS RESCRIPTOS IMPERIALES Y LAS RESPUESTAS JURISPRUDENCIALES.....	160
26. PAPINIANO: EL JURISTA DESDE EL PODER Y EL JURISTA COMO MITO.....	164
27. « <i>CIVES ROMANI SUMUS</i> ». EXTENSIÓN DE LA CIUDADANÍA A TODOS LOS HABITANTES LIBRES DEL IMPERIO .....	171
28. EL FINAL DE LA JURISPRUDENCIA CREADORA.....	175
29. EPÍLOGO.....	187
ÍNDICE DE MATERIAS .....	189
ÍNDICE DE FUENTES .....	201

## NOTA PRELIMINAR

En los primeros días del verano de 2020 recibí una llamada telefónica de Miguel Satrústegui Gil-Delgado, presidente de la Fundación Politeia, invitándome a impartir dos conferencias dentro del programa de debates históricos y culturales para el curso 2020-2021 organizado por dicha Fundación. La materia de las mismas venía indicada por los organizadores: la formación histórica del derecho privado romano, incluyendo referencias al *ius gentium* y a la globalización, al igual que también estaban previstas las fechas de las sesiones: el 26 de enero de 2021 la primera, y el 13 de abril la segunda. Dadas las circunstancias sanitarias tan especiales por las que estamos atravesando, el curso se planteaba como excepcional y con graves interrogantes sobre su desarrollo, aunque con la clara decisión de que las conferencias fuesen, como siempre habían sido, presenciales y que las obligadas restricciones del aforo en la sala serían compensadas a través del acceso *online*.

Las conferencias programadas se iban desarrollando según el plan previsto, hasta que una llamada de Miguel Satrústegui, apenas unos días antes de la primera conferencia que yo tenía encomendada, me comunicaba su desplazamiento obligado al 3 de marzo por razón de las restricciones sobrevenidas impuestas. La semana pasada me volvía a llamar informando de la suspensión definitiva del curso por no existir visos de mejoría próxima en la situación. En ese momento tenía ya redactados los textos de las

*Javier Paricio*

dos intervenciones, y sin perjuicio de su exposición en un ciclo próximo de la Fundación Politeia me autorizó a publicarlos.

Esa es la génesis del presente libro, que como tantos otros anteriores tiene por origen una invitación. También como en esas otras ocasiones precedentes, el texto lo entrego a imprenta para su publicación tal y como había sido pensado y escrito para la exposición oral, sin ninguna adecuación ulterior. Las notas al pie, numerosas pero que incluyen tan solo una bibliografía muy contenida, no son un añadido postizo, pues figuraban ya incorporadas al texto original. El ensayo, construido siempre con base en las fuentes, traté de articularlo en torno a unos cuantos aspectos, a mi entender centrales, sin perder de vista las interpretaciones modernas más sólidas e integrando resultados procedentes de un amplio número de estudios personales previos: esa experiencia marca también de manera evidente los contenidos.

Madrid, 24 de febrero de 2021

#### NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Agotada la primera edición, esta segunda presenta respecto a la precedente algunos mínimos retoques que en nada afectan al contenido sustancial. Las conferencias referidas en el texto precedente se desarrollaron en forma presencial los días 18 de enero y 5 de abril de 2022.

Madrid, mayo de 2022

Primera parte

EL DERECHO PRIVADO:  
DE LOS ORÍGENES A LA CAÍDA  
DE LA REPÚBLICA

## 1. PRESENTACIÓN

Antes de entrar en la materia que nos reúne en la tarde de hoy, resulta obligado agradecer al Patronato de la Fundación Politeia, y más en concreto a Miguel Satrústegui Gil-Delgado, su presidente, la invitación para intervenir en el ciclo programado para este curso 2020-2021: un curso al que las circunstancias externas concurrentes han dotado de un carácter tan especial como, esperemos, irrepetible.

Según el programa que ustedes conocen, el asunto que se me invitaba a tratar en estas dos sesiones versaba sobre cómo se formó el derecho privado romano, un derecho que constituye el centro del derecho de la Roma antigua y que es, en absoluto, una de las máximas creaciones colectivas del espíritu humano; esa creación, partiendo de un imprescindible sustrato precedente con el que no existe fractura histórica, es deudora sobre todo, aunque no solo, de un significativo número de juristas de élite a los que nosotros solemos englobar bajo el rótulo —ya algo desgastado por el uso— de «clásicos» y que desarrollaron su actividad desde los años finales del siglo II a. C. hasta mediados del siglo III d. C., o, dicho de otro modo, por concretarlo en los juristas que vienen a cumplir los papeles de apertura y de cierre, desde Quinto Mucio Escévola *pontifex* hasta Modestino. Debo advertir que comprimir una materia tan amplia y problemática como esa hasta el límite de tiempo marcado por los organizadores, no resulta sencillo, e impone dejar aparcados aspectos relevantes y mencionar otros en forma de mero apunte, para



centrarse en lo principal, o, expresado acaso mejor, en lo que personalmente entiendo como principal; y se debe presentar además como verdad provisional y también relativa —como «relative Wahrheit» que diría Savigny—, que es a lo máximo a lo que en general los historiadores, y más aún los historiadores de la Antigüedad, podemos aspirar. Por otra parte, al ser el auditorio al que debo dirigirme muy heterogéneo y estar integrado en un porcentaje significativo por personas no vinculadas a la profesión jurídica, he tratado de componer, en la medida de lo posible, una exposición que pueda resultar accesible a cualquier persona culta y no solo a los especialistas en el derecho romano o en el ámbito jurídico en general, al igual que he procurado colocar cada aspecto tratado en su contexto histórico, porque casi nada y casi nadie resulta inteligible fuera de su propio contexto. Al prepararla, además de las fuentes, que deben constituir siempre la base primordial, he tenido en cuenta los resultados aceptados por la doctrina romanística europea moderna más sólida, al igual —y esto era inevitable— que he incorporado conclusiones e incluso, a veces, párrafos procedentes de estudios personales precedentes. Es más, en alguna medida esta exposición viene en cierto modo a compendiar muchos escritos míos anteriores.

Me disculparán, pues, que las intervenciones sean al menos en parte leídas, como suelo proceder en estos casos, de modo diferente a cuando me dirijo y hablo con mis alumnos universitarios, que nunca me han visto leer un papel en clase.

## 2. EL JURISTA ROMANO EN SU TIEMPO Y SU INFLUJO POSTERIOR

Más de una y más de dos veces, en ocasiones en cierto modo similares a esta, he comenzado la intervención<sup>1</sup> partiendo, como vuelvo a hacer ahora, de una conocida idea expresada por el re-

---

<sup>1</sup> *Vid.*, p. ej., J. PARICIO, *El legado jurídico de Roma*, 2.<sup>a</sup> ed. (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010), pp. 20 s.

cientemente fallecido George Steiner (1929-2020), que a su vez él tomaba de Alfred North Whitehead (1861-1947), y que puede sintetizarse del modo siguiente: toda la filosofía occidental no es más que una nota a pie de página al milagro de la filosofía griega<sup>2</sup>. Esa idea, solo a primera vista provocadora, podemos trasladarla nosotros al ámbito del derecho en el sentido de que toda la ciencia jurídica occidental no es más que una nota a pie de página al milagro de la jurisprudencia romana. Ese fenómeno resulta inexplicable sin la figura del *j u r i s t a*, un personaje de creación específicamente romana, socialmente reconocido para formular criterios con arreglo a los cuales debía conducirse el derecho y debían resolverse los conflictos de intereses entre particulares. Ello se produjo debido a la consideración del derecho privado como un orden esencialmente interindividual, que los órganos de potestad política se limitaban a tutelar, sobre todo a través de la garantía de la protección jurisdiccional<sup>3</sup>. Los juristas son, en efecto, «el corazón y el cerebro del derecho romano», en feliz y reiterada expresión de Mario Bretone, que quizá sea el máximo exponente vivo de lo que ha sido la gran romanística moderna europea, aunque desde hace años Bretone se encuentre imposibilitado para escribir. Y del mismo modo que, como señala Steiner, el ideal socrático del examen de la vida, de la búsqueda de certidumbres trascendentes, o las investigaciones aristotélicas de las problemáticas relaciones entre palabra y mundo, marcaron el camino que mucho tiempo después anduvieron Tomás de Aquino, Descartes, Kant o Heidegger, podemos decir que los juristas romanos, que fueron capaces de crear la ciencia del derecho y su método, marcaron la senda que luego transitarían los más grandes juristas occidentales.

En la primera mitad del siglo VI d. C., Justiniano, emperador (527-565) del Imperio romano de Oriente, compiló todo el de-

---

<sup>2</sup> Cfr. G. STEINER, *La idea de Europa*, trad. esp. de A. Tabuyo y A. López, con prólogo de M. Vargas-Llosa (Madrid, 2005), pp. 56 s.

<sup>3</sup> Cfr. J. PARICIO y A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del derecho romano y su recepción europea*, 11.<sup>a</sup> ed. (Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017), p. 20.

recho vigente en su época, tanto público como privado, presentando el conjunto como una ordenación autoritaria del poder político: ese es el *Corpus iuris civilis*, cuya parte principal y mayor la constituyen los Digestos —aunque solamos designarla en singular, *Digesto*— o Pandectas (año 533), que integra una antología, de enormes dimensiones, de la literatura jurídica elaborada por los antiguos juristas romanos del último siglo antes de Cristo y de los tres primeros de nuestra era. Además del Digesto, la compilación de Justiniano constaba de un *Código* de leyes (pero no de las leyes republicanas que veremos en la exposición de hoy, sino de las constituciones vigentes emanadas por los emperadores y por el propio Justiniano en sus primeros años de gobierno), que tuvo una primera edición del año 529 y otra del 534, y de unas *Instituciones* introductorias al estudio del derecho, publicadas en 533 a la par que el Digesto y que los alumnos debían estudiar en el primer curso de la carrera jurídica. A esas tres partes se agregarían luego las nuevas leyes de Justiniano (*Novellae*: «*N o v e l a s*») promulgadas después de la segunda edición del Código, que el emperador también tenía intención de haber codificado, pero se trató de un proyecto que nunca llevó a término: serían objeto de colecciones particulares y aparecen agregadas como última parte del *Corpus Iuris Civilis*, terminología completa esta que aparece por vez primera en la edición del humanista francés Dionisio Godofredo publicada en 1583 y que tendría múltiples ediciones posteriores.

Cuando Justiniano accedió al poder en 527 el Imperio romano de Occidente hacía décadas que había caído, pero a la par que el emperador ejecutaba su gran compilación jurídica ordenaba la recuperación de buena parte de los territorios del antiguo Imperio occidental (singularmente, aunque no solo, la península itálica y Roma)<sup>4</sup>, para lo cual contó con grandes

---

<sup>4</sup> *Vid.* una apretada y correcta síntesis en J. M. COMA FORT, «Justiniano», en R. Domingo (ed.), *Juristas universales*, I (Madrid-Barcelona, 2004), pp. 227 s. La conquista alcanzó también a parte de la costa mediterránea española.

generales como Belisario y Narsés, que comandaron sus ejércitos. Ello coincidió parcialmente en el tiempo con una larga pandemia que asoló Constantinopla y al mundo mediterráneo, que está considerada como la más letal padecida por la Antigüedad y que llegaría a afectar al mismo emperador<sup>5</sup>. En el año 554, una vez completada la reconquista de Italia, Justiniano introdujo —según él decía a petición del papa Vigilio (*pragmatica sanctio pro petitione Vigilii*)<sup>6</sup>, pero este no era sino un títere suyo— la vigencia de su compilación jurídica y de las constituciones posteriores al Código en toda Italia, lo que implicó que copias de las mismas fueran llevadas desde Constantinopla hasta Italia<sup>7</sup>. Ello iba a constituir una gran fortuna histórica —aunque en un sentido que Justiniano no podía en aquel momento ni imaginar—, pues sin ese traslado la suerte de la cultura jurídica occidental hubiera sido otra muy distinta. La invasión de los lombardos (568), muy poco posterior a la muerte de Justiniano (565), puso fin a gran parte del dominio bizantino en Italia e imposibilitó entonces un renacer en ese ámbito territorial de la ciencia jurídica. En los siglos posteriores se tienen noticias en Italia del Código y de las Instituciones de Justiniano, pero ninguna del Digesto<sup>8</sup>. El redescubrimiento del Digesto a finales del siglo XI y su estudio, que está vinculado en origen a la figura de Irnerio y a su escuela boloñesa de los glosadores, marca para Occidente el inicio de la recuperación de la jurisprudencia romana, que estará en la base de la tradición jurídica europea posterior y del derecho privado de gran parte de las principales naciones modernas: querámoslo o

---

<sup>5</sup> Con los datos de que se dispone, su mortalidad fue mayor que la de la peste Antonina del siglo II, que según parece fue causante de la muerte del coemperador Lucio Vero.

<sup>6</sup> Núm. 7 de la edición del *Appendix constitutionum dispersarum* de la edición de las Novelas de Schoel y Kroll (pp. 799 ss.).

<sup>7</sup> *Vid.* *Appendix constitutionum dispersarum*, *op. cit.* en nota anterior, 7.11. Según se desprende del texto, parte del envío a Italia había sido anterior: *quas iam... in Italiam dudum misimus*.

<sup>8</sup> *Vid.* M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, 5.<sup>a</sup> ed. (Roma-Bari, 1995), p. 390.

no eso ha sido así, con independencia de los tantos hilos rotos por la modernidad y la posmodernidad.

Toda esa historia posterior al derecho romano histórico —a la que solemos conocer como tradición romanística occidental— debe quedar al margen de esta exposición, como también tiene que quedarlo un hallazgo capital —al que no fue ajeno en ninguna de sus fases Savigny (1779-1861), por muchos considerado como el mayor jurista moderno—, pero al que no se suele otorgar hoy la relevancia que realmente tuvo, e incluso, a veces, se ha tratado increíblemente de minusvalorar. Ahora me limitaré solo a recordarlo, lo que parece necesario porque sin su existencia la perspectiva de cualquier exposición sobre la materia que vamos a tratar en estas conferencias hubiera sido necesariamente distinta. Hace ahora justo dos siglos, en 1820, se publicó a cargo de Göschen la primera edición de las *institutiones* de Gayo, que habían sido descubiertas cuatro años antes por Niebuhr —el más importante historiador alemán del momento— en un palimpsesto de la Biblioteca Capitulare de Verona durante una escala que hizo (por cierto, nada casual) en esa ciudad en el curso de su famoso viaje de Berlín a Roma para incorporarse como embajador prusiano ante la Santa Sede<sup>9</sup>. Esa obra, con total probabilidad procedente de las enseñanzas de Gayo a sus alumnos en el año 161 d. C.<sup>10</sup>, y que es la única de la jurisprudencia romana que nos ha llegado casi íntegra sin pasar por el tamiz de los compiladores justinianeos,

---

<sup>9</sup> Sobre esa y otras cuestiones conexas pueden verse J. M. COMA FORT, *Índice comentado de las colecciones de fuentes del «Corpus iuris civilis». «Ius civile antejustinianeum»* (Cizur Menor, 2008), pp. 245 ss.; M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il 'Glücksstern' di Niebuhr* (Torino, 2012); F. BRIGUGLIO, *La prima trascrizione delle Istituzioni di Gaio* (Bologna, 2013).

<sup>10</sup> Esa datación puede considerarse como segura, pues mientras en el libro primero y buena parte del segundo Antonino Pío es mencionado como vivo (*imperator Antoninus*): 1.53, 1.74, 1.102, 2.120, 2.126, 2.151<sup>a</sup>, al final del segundo es mencionado ya como fallecido (*divus Pius Antoninus*): 2.195. Antonino Pío falleció en Lorium, pequeña localidad próxima a Roma en la que poseía una residencia donde pasaba largas temporadas, el 7 de marzo del año 161.

iba a iluminar, directa e indirectamente, nuestro conocimiento del derecho privado romano histórico de una manera fascinante, y de modo muy especial los procedimientos civiles antiguo y clásico, que no resultaban ya ni siquiera reconocibles a través de la Compilación de Justiniano. Sin ese descubrimiento no resulta explicable la romanística moderna, desarrollada, casi podríamos decir que con efecto retardado a partir del mismo, desde las décadas finales del siglo XIX y que tiene a Theodor Mommsen y a Otto Lenel como máximas figuras «fundacionales»<sup>11</sup>. Ese conocimiento y esa luz que proporcionaban las *institutiones* de Gayo no los tuvieron ni los glosadores, ni los comentaristas, ni los humanistas, ni los iusnaturalistas, ni los racionalistas, ni los juristas franceses que elaboraron las codificaciones napoleónicas (por encima de todas el *Code civil* de 1804), que servirían luego de modelo a la mayor parte de las codificaciones modernas en otras naciones.

Dicho esto, nos adentramos ya en cómo se formó paulatinamente el derecho privado romano: una reconstrucción que debe partir en la medida de lo posible de las fuentes conservadas y de su interpretación, y solo en su ausencia debe completarse con hipótesis, que resultan tanto más necesarias conforme más nos retrotraemos en el tiempo. Para esa reconstrucción resulta necesario tener al menos presente, a modo de trasfondo, la única historia del derecho de Roma escrita por un jurista romano que haya llegado parcialmente hasta nosotros; la escribió Sexto P o m p o n i o<sup>12</sup>, un jurista cuya vida transcurrió en el siglo II d. C. durante la época dorada de los emperadores Antoninos, que no debió desempeñar cargos públicos de relieve, y que en el ocaso de su vida, cuando contaba ya setenta y ocho años de edad, reconocía —en una manifestación que hasta ahora había

---

<sup>11</sup> Sobre el origen de la romanística moderna, puede verse J. PARICIO, «1820: un año clave para los estudios romanísticos modernos», en *IP*, 4.2 (2019), pp. 21 ss.

<sup>12</sup> *Vid.* O. LENEL, *Paling.* II, cols. 44-51 (Pomponio, *l. s. enchir.*, D. 1.2.2.pr - 53).