

Los derechos provinciales romanos y el problema del derecho foral español ⁽¹⁾

URSICINO ALVAREZ SUAREZ

Catedrático y Abogado del I. C. de Madrid

SUMARIO: I. *Los derechos provinciales romanos y el derecho de la metrópoli*: A) *La expansión de la ciuitas. El imperio universal*; B) *Los problemas políticos y jurídicos planteados por la expansión*: 1. *Los cambios de la organización estatal*; 2. *El ius Quiritium. El ius Gentium*; 3. *Las provincias y los derechos provinciales*: a) *El Principado. Sustantividad e incommunicabilidad de los derechos provinciales y el Derecho de la metrópoli*; b) *El Imperio y la Constitución de Caracala del 212; Consecuencias teóricas y consecuencias reales de esta Constitución*: 1) *La hostilidad de la metrópoli hacia los derechos provinciales. Ejemplos*; 2) *La resistencia de los derechos provinciales frente al Derecho romano, y pervivencia de aquéllos. Ejemplos*; 3) *La interpenetración entre ambas esferas de derecho; influjos de los derechos provinciales en el Derecho romano; influjos del Derecho romano en los derechos provinciales. Oriente y Occidente*; C) *Conclusiones.*— II. *El problema del Derecho foral español.*

En el presente trabajo me propongo tratar de los Derechos provinciales romanos relacionando el problema histórico que su estudio presenta, con el tema del Derecho foral español.

Más, ante todo, es preciso formular nitidamente una previa y fundamental advertencia. No deja de ser verdad la frase, convertida en tópico, de que "la Historia es maestra de la vida"; pero resulta peligroso llevar esta frase hecha a sus últimas consecuencias; la Historia es un fluir de realidades vivas, con formas siempre distintas, y con sub-tancias siempre diversas; nada en la vida se repite con identidad; el hombre mismo se renueva y cambia íntegramente en cada instante: como cambia y se renueva el medio ambiente en el que vive. Conocido es el dicho del oscuro y solitario Heráclito: "No nos bañamos dos veces en una misma corriente; creemos que el agua que nos

(1) Conferencia pronunciada en los "Cursos universitarios de verano" organizados en Vigo por la Universidad de Santiago, año 1948.

recibe es aquella de la otra vez; pero el agua aquélla ya está lejos, tal vez perdida en el indiscernible mar. Creemos que el cuerpo sumergido es el que otro día se bañó; cada una de sus partículas, no obstante, ha sido substituída por otra..." "Ser y no ser, es la misma cosa, es, simplemente, devenir..."

Cada día, pues, cada momento, tiene su afán específico y propio. producto y cau.a a la vez, de la realidad en que vive.

No creáis, por tanto, que, en mi cualidad de humilde romanista, voy a presentar ante vosotros un tema de Derecho romano, defendiendo la necesidad de que las soluciones que para él encontraron los romanos hace dieciséis siglos, las apliquemos nosotros ahora a un problema semejante. No; mi propósito se reduce simplemente a recordar que Roma hubo de enfrentarse con una cuestión muy parecida a la que hoy preocupa a los juristas españoles en relación con las diversidades de derechos locales; que procuró resolver este problema con medios diversos; y que, por fin, la fuerza imperiosa de la realidad produjo unas resultantes que pueden ser aleccionadoras para los momentos presentes.

Quede pues, bien claro, que yo no pretendo proponer soluciones para el problema de nuestro Derecho foral; sólo quiero avivar los recuerdos y advertir los espíritus; y sin con ello puedo lograr una más serena reflexión en los doctos, que permita centrar el problema en sus términos precisos, me sentiré sobradamente satisfecho.

I. Los Derechos provinciales romanos y el Derecho de la metrópoli

A) *La expansión de la ciuitas. El Imperio universal.*

Todos los que me escuchan saben muy bien que Roma fué, en sus principios, una pequeña ciudad fortificada, rodeada de unos veinte cantones latinos que poseían también sus propias ciudades: Alba-Longa, Preneste, Tusculum, Tibur, etc. Desde el siglo VIII a. C. en que la *ciuitas* de Roma nace a la vida, esta pequeña ciudad de las siete colinas va extendiendo poco a poco sus límites y desarrollando una maravillosa política de expansión, sujeta a su dominio, por medios diversos (conquista, anexión, tratados de amistad, etc.), primero Italia entera, y, por último, todo el orbe entonces conocido. En el siglo V a. C., Roma posee solamente unos 500.000 habitantes; en siglo III (274 a. C.) la Península Itálica formaba una confederación dirigida por Roma, que comprendía unos 700.000 hombres, de los cuales, 270.000 eran ciudadanos romanos, 80.000 latinos y los restantes pertenecían a pueblos diversos.

A partir del siglo III a. C. comienza la expansión de Roma fuera de Italia y el nacimiento de las primeras provincias; la primera guerra púnica pone en sus manos Sicilia y, poco después, Córcega y Cerdeña (264-241). Luchas posteriores determinan que hacia el 146

antes de Jesucristo todo el Mediterráneo, desde Portugal hasta Grecia inclusive, se halle bajo la dominación romana. Además de las Galias, van entrando en esta zona dominada, Asia menor, Africa del Norte y Egipto, incorporado en el año 30 a. C. En este tiempo, Roma cuenta con un territorio sometido de tres millones de kilómetros cuadrados (1.900.000 en Europa; 600.000 en Asia y 440.000 en Africa); más de un millón de estos territorios correspondientes a pueblos que habían experimentado directamente la influencia de Grecia o que habían combinado la cultura helénica con la oriental de Asia menor.

Todavía después de Augusto se aumenta y consolida este Imperio universal con el dominio de la parte central de Europa, Bretaña, Arabia, Armenia, Mesopotamia y Asiria.

He aquí el ejemplo único que Roma ofrece a la Historia; de la pequeña *ciuitas* con una población exigua, que en el siglo V a. C. tan sólo posee unos 50.000 habitantes, al dominio y control de todo el mundo entoces conocido; de la ciudad-Estado al Imperio universal.

B) *Los problemas políticos y jurídicos planteados por la expansión.*

Se comprende bien que, lo mismo que sucedería en un organismo humano, tal extraordinario crecimiento de la *res-publica* romana había de traer consigo hondas complicaciones en el normal desarrollo de su vida pública, de sus estratos sociales, de su economía y de su derecho.

1) En cuanto a la organización de los poderes públicos, es decir, a lo que llamaríamos Derecho político u organización estatal, la Historia de Roma es la Historia de una evolución en la que se pretendió, no siempre con éxito, ir conservando y acomodando la añeja estructura del Estado-ciudad a las nuevas exigencias de un territorio cada vez más extenso; de las insuperables dificultades con que tropezó este propósito, quedan huellas en el paulativo tránsito de la Monarquía primitiva a la República consular, y en la todavía más lenta transformación de la República en Imperio, a través de la maravillosa y genial figura de Augusto, que supo enmascarar con vestes republicanas la inevitable solución del Imperio absoluto. Paralelamente, y salvando el anacronismo que ello puede suponer, sería lícito decir que, con la unificación de Italia se llegó a crear la idea de una *nación* romana; y con la totalidad de las conquistas, se sustituyó esta idea por la de Imperio romano.

Las luchas entre el patriciado y la plebe son otro espejo, más turbio y complicado, de las repercusiones que la extensión de la *ciuitas* produjo en los estratos sociales y en la vida económica y jurídica de la primitiva ciudad.

2) Pero de todas estas repercusiones, nos interesa ahora fundamentalmente el estudio de la que al Derecho se refiere. La primitiva *ciuitas* había ido formando un conjunto de normas jurídicas de origen predominantemente consuetudinario y aptas para gobernar las sencillas

relaciones de una ciudad de campesinos, con una economía agraria y elemental, en la que el comercio desempeñaba un modestísimo papel. Este derecho primitivo, solcmne y rígido, revestido de formalismos y ritos de los que no era posible prescindir, es el llamado Derecho quiritarío, *ius Quiritium*. Y posee una característica especialísima: no puede ser aplicado más que a ciudadanos romanos. El romano era orgulloso de su Derecho, lo consideraba un privilegio, y mostraba resistencia invencible a que fuera aplicado a quien no gozara de ciudadanía. Es característica la frase que más adelante ha de decir Cicerón: "podrás conocer hasta qué punto sobrepasó la sabiduría de nuestros mayores a la de los demás pueblos, si comparas nuestras leyes con las de Licurgo, Dracon y Solon. Pues es increíble cuan desordenado y casi ridículo es cualquier *ius civile* excepto el nuestro" (*de Orat.* I, 44, 197). Este carácter excluyente del Derecho de Roma, no constituyó ninguna dificultad mientras la *ciuitas* se mantuvo en sus exiguos límites: tanto más cuanto que tal exclusivismo resultaba paliado en la práctica por tratados de amistad con ciudades vecinas, en los que reciprocamente se concedía a sus habitantes la facultad de concertar entre sí actos de compra y venta (*emendi uendendique iuricem ius*); de este modo, los extranjeros (*peregrini*) eran admitidos a participar en un campo bien restringido—el de la transmisión solemne de propiedad (*mancipatio*)—en alguna institución jurídica romana. Pero aún con esto, las relaciones jurídicas de los romanos con los extranjeros distaban mucho de haber logrado una solución satisfactoria; porque, de igual manera que el Derecho romano sustantivo era sólo aplicable, en principio, a los ciudadanos romanos, el derecho procesal de la Roma primitiva, plasmado en el sistema de las acciones de ley (*legis actiones*), no era accesible tampoco a los extranjeros. Fué preciso, para resolver las controversias entre peregrinos y ciudadanos romanos, establecer un colegio especial de árbitros, los *recuperatores*, encargados de "restituir a cada uno lo suyo"; este Tribunal juzgador estaba integrado por tres o cinco miembros, elegidos (uno o dos de ellos) por cada una de las ciudades a que los litigantes pertenecían y presididos por un árbitro superior, perteneciente, por lo común, a una ciudad neutral.

Se comprende sin esfuerzo que tal modo de ordenar las relaciones comerciales con extranjeros sólo pudo mantenerse mientras éstas se encerraron dentro de modestos límites. Pero a partir del siglo III antes de Jesucristo, la expansión cobrada por Roma, intensificó de tal manera el tráfico mercantil que hubo necesidad de dotarle de los adecuados instrumentos jurídicos para atender a las nuevas necesidades. Estos instrumentos jurídicos fueron:

a) La creación de una nueva magistratura, instaurada en el 242 a. C., la del pretor peregrino, encargado especialmente de dirimir las controversias jurídicas entre extranjeros y ciudadanos romanos.

b) La formación de un nuevo sistema de Derecho, aplicable a los negocios jurídicos entre ciudadanos y extranjeros, que e deno-

minó derecho de gentes (*ius gentium*) en oposición al derecho peculiar y exclusivo de los ciudadanos romanos, derecho civil propiamente dicho (*ius civile*). No se crea, sin embargo, que este Derecho de gentes fué un sistema creado por Roma de modo imperativo y a virtud de disposiciones estatales; por el contrario, el Derecho de gentes se fué formando espontáneamente de los usos del tráfico comercial; y los negocios jurídicos que lo integran, ofrecen todas las notas de sencillez y simplicidad características del tráfico mercantil; así, por ejemplo, la compraventa consensual, seguida de la entrega de la cosa (*traditio*), que se utiliza en lugar de la *mancipatio* romana. Justamente estas características de las instituciones del Derecho de gentes determinaron que aún cuando nacidas para regular las relaciones jurídicas entre ciudadanos y extranjeros, de cuyas controversias conocía tan sólo el pretor peregrino, fueran pronto utilizadas por los ciudadanos romanos entre sí, aceptándolas como válidas el pretor urbano, que dirimía las controversias jurídicas suscitadas entre ciudadanos romanos.

Y llegamos así a la primera observación de interés: Roma, al enfrentarse con el problema de la vigencia de otros derechos extraños al suyo propio, en aquellas relaciones jurídicas entabladas entre ciudadanos y extranjeros, no intentó imponer a las partes coactivamente el Derecho romano, sino que aplicó a tales relaciones un sistema de Derecho especial, el *ius gentium*, nacido de los usos del tráfico, y dotado de tales caracteres de sencillez y comodidad que acabó siendo admitido por el propio Derecho romano y aplicado a las relaciones jurídicas de los ciudadanos romanos entre sí. De este modo, aquel primitivo *ius civile romanorum*, aquél *ius Quiritium* primitivo, ensanchó su marco, y encerró dentro de sí el Derecho de gentes recibido. Continuó, pues, quedando a salvo el principio de que el Derecho romano, sólo era aplicable a los ciudadanos romanos; con un dato de decisivo interés, a saber: el de que en el año 90 a. C. una *lex Julia* concedió la ciudadanía a los latinos, y en el 89, como episodio de la guerra social, le fué asimismo concedida a todos los habitantes de Italia. Desapareció, pues, así, el inconveniente para que el Derecho romano fuera utilizado en las relaciones jurídicas entre habitantes de distintas ciudades de la Península, ya que todos ellos eran ahora ciudadanos romanos. Y quedaban, por tanto, en vigencia dos sistemas jurídicos:

El derecho civil romano (con el derecho de gentes recibido), aplicable a todos los ciudadanos que integraban la Península Itálica, y

El derecho de gentes, aplicable a las relaciones jurídicas entre ciudadanos y extranjeros.

3) Pero la creciente expansión del poder romano, planteó nuevos problemas de orden jurídico. Las ciudades y reinos conquistados fueron integrados en la organización política de Roma con arreglo a soluciones muy diferentes.

a) Durante todo el *Principado* constituyó la regla general el respeto a sus instituciones jurídicas propias; es decir, todos estos

territorios continuaron rigiéndose por su propio Derecho; lo cual no excluye, ciertamente, que, en ocasiones, los habitantes de las provincias imitaran el Derecho romano que aplicaban los ciudadanos romanos residentes en ellas; ni tampoco el que, esto: mismos romanos, se sometieran con frecuencia al Derecho provincial, especialmente en cuanto a las relaciones contractuales se refiere. No obstante ello, puede afirmarse que durante esta época se mantuvieron inmunes tanto el Derecho romano de la metrópoli como los diversos Derechos provinciales.

b) La situación, sin embargo, se plantea en términos muy diversos después de la *Constitución de Antonino Caracala* del año 212. Resulta muy difícil puntualizar el contenido exacto de esta Constitución así como la trascendencia que tuvo en la vida jurídica del Imperio romano. Las escasas fuentes de que disponemos respecto de ella, se acrecentaron en el año 1908 con el Papiro Gissen 40; pero las lagunas que ofrecen han sido un semillero de teorías y opiniones, bien estudiadas por nuestro *Alvaro d'Ors*, y que apenas permiten llegar a una conclusión definitiva. De todos modos, parece poder asegurarse que la Constitución de Caracala extendió la ciudadanía romana a la mayor parte de los súbditos del Imperio. Desde este momento, pues, y al menos teóricamente, el Derecho romano de la metrópoli debió aplicarse a todos los provinciales y en todas las provincias del Imperio, acaso pensando que a la idea de unidad política debía seguir la unidad jurídica; y, también teóricamente, debieron cesar en su vigencia los diversos derechos locales. Contribuye a reforzar esta tesis, que durante mucho tiempo prevaleció entre los romanistas, la evolución de las instituciones políticas romanas hacia la monarquía absoluta, con el consiguiente robustecimiento del poder central y subsiguiente desconocimiento de las autonomías locales.

Pero la realidad fué otra muy distinta. El Derecho es un producto espontáneo de la vida social de un pueblo; es un vivo manantial que nace y discurre, con fuerza propia, por las entrañas mismas de la colectividad. Se resiste, por tanto, a ser canalizado forzosamente, y mucho más a ser cegado, en un solo día, por la mano imperativa del legislador. Y así sucedió, que, a pesar de la Constitución de Caracala, y pese a los esfuerzos de los emperadores que a éste sucedieron hasta Diocleciano, dictando varias disposiciones encaminadas a lograr que el Derecho romano fuera aplicado en las provincias, este propósito imperial no fué logrado: los derechos provinciales siguieron viviendo con propia fuerza y energía. Lo único que sucedió fué que los habitantes de las provincias enmascararon su propio derecho con vestes romanas, para obedecer aparentemente las órdenes de los emperadores, pero manteniendo siempre, en cuanto les fué posible, la vigencia y validez de las instituciones jurídicas propias.

Un estudio detenido de este proceso de subsistencia de las instituciones locales y de este fenómeno que se ha llamado la lucha entre los derechos provinciales y el Derecho de la metrópoli obligaría a se-

parar Oriente y Occidente, pero no es éste nuestro objeto; nos limitaremos a recoger algunos datos salientes que puedan interesar a los juristas que nos escuchan.

En primer término, y como indicios de la hostilidad de los emperadores hacia los derechos locales, posemos una serie de Constituciones del tipo de los rescriptos, es decir, respuestas dadas por escrito sobre cuestiones litigiosas, a instancias del juez o de las partes, en los cuales el monarca reacciona contra el intento de aplicar el Derecho provincial; sirva de ejemplo una Constitución de Diocleciano, del año 294, contenida en el Código, 2, 4, 39, en la que se expresa:

“Aun cuando aquel que haya hecho un pacto (de transacción) se arrepienta de él inmediatamente, no puede rescindirse la transacción ni plantearse el litigio, y quien intentó persuadirte de que es lícito volverse atrás de una transacción dentro de cierto plazo, te ha informado falsamente” (*falsum adseucrauit*).

Particularmente interesante resulta a este propósito lo que sucedió en el campo de los negocios jurídicos relativos al tráfico. La transmisión de la propiedad en Roma podía tener lugar por dos medios: la *mancipatio*, acto solemne utilizado para la transmisión de las llamadas cosas *mancipi* (los fundos rústicos, las servidumbres rústicas, los esclavos y los animales de tiro y carga), que se verifica a presencia de cinco testigos y otra persona que mantenía una balanza (*libripens*) en la que se simulaba pesar la cosa y el precio; el otro procedimiento, originario del Derecho de gentes, era la simple entrega de la cosa (*traditio*), precedida de un negocio jurídico obligatorio, normalmente un contrato consensual de compraventa. Junto a la *mancipatio* y la *traditio* existía la *usucapio* como modo de adquirir la propiedad de una cosa por la posesión continuada de ella durante cierto tiempo, y siempre que se dieran determinados requisitos. En ninguno de estos actos jurídicos desempeñaba papel alguno el documento escrito, y aun en aquellos casos en que se redactaba, nunca tenía función constitutiva, sino simplemente probatoria. Cosa muy distinta sucedía en las provincias orientales helenizadas, en las cuales la totalidad de los negocios jurídicos se hacía mediante escrituras; así, por ejemplo, por lo que a la transmisión de propiedad se refiere, era muy usado un documento especial, el catagrafé (*καταγραφῆς*), de carácter notarial, en el que se registraba un acuerdo de compraventa con coetáneo traslado de la propiedad de la cosa. Frente a este principio, tan opuesto a los modos de transmisión romanos, dictó Diocleciano otro rescripto, en el año 293, que nos transmite, probablemente interpolado, el Código, 2, 3, 20, y en el cual, velando por las puras esencias romanas, se advierte que “el dominio de las cosas se transfiere por la tradición y por la usucapión, no por los nudos pactos” (*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*).

Veamos ahora otro ejemplo que nos ilustre sobre la resistencia de los derechos locales a dejarse cegar y absorber por el Derecho de Roma. Frente al propósito de los emperadores, ostensible ya desde

Alejandro Severo (222 d. C.), conforme recientemente ha demostrado ARANGIO RUIZ (en los *Anales del Seminario jurídico de la Universidad de Catania*, 1947, págs. 28 y ss.), de imponer en las provincias el Derecho romano, se aprecia perfectamente en los orientales que sus habitantes continuaban viviendo con arreglo a su propio Derecho indígena, más o menos helenizado, si bien, como indicamos, procuraban disfrazarlo en lo posible con formas romanas para aparentar que obedecían las órdenes de los emperadores.

Así, por ejemplo, en lo relativo a los modos de transmitir la propiedad, continuaron usando el documento llamado *καταγραφή* a que antes nos referimos, en el cual no existía propiamente ni *mancipatio* ni entrega efectiva de la cosa (*traditio*); pero para cumplir el requisito de esta entrega exigido por el Derecho romano lo sustituyeron por la entrega del documento mismo; de este modo nació la *traditio per chartam*, que después había de alcanzar un gran desarrollo.

Extraordinariamente curioso es, en este mismo respecto, lo que sucedió en el orden de la contratación; la contratación romana, según es conocido, se centra alrededor de un contrato verbal y solemne, la *stipulatio*, en el cual la obligación nace por virtud de la fuerza vinculativa de determinadas palabras que se pronuncian por las partes. Este contrato verbal puede decirse que cubre toda la vida del Derecho romano, y aun cuando a través de ella sufrió una interesante evolución, bien estudiada por RICCOBONO, puede afirmarse que en todo tiempo subsistió como requisito característico de ella la oralidad. En cambio, en los derechos provinciales de Oriente, según se expresó, la contratación se realizaba en su totalidad por escrito; el documento tenía valor constitutivo, es decir, engendraba por sí mismo la obligación. Pues bien; se da el interesante hecho de que en los documentos grecoegipcios posteriores a Caracala los notarios acostumbraban a poner una cláusula estipulatoria, es decir, una cláusula en la cual se expresaba que las partes habían realizado una *stipulatio*; así, los documentos terminan con las palabras *et stipulatus, spondit* (κατέσπονδισεν ὁμολόγησεν). El fenómeno es tanto más curioso cuanto que tal cláusula estipulatoria no aparece (salvo en un solo caso excepcional) en los papiros anteriores a Caracala, a pesar de que los peregrinos tenían acceso a la *stipulatio* romana. En cambio, después de Caracala aparece en todos los documentos, incluso en aquellos que contienen negocios jurídicos en los cuales nada tenía que hacer la estipulación con arreglo a las normas del Derecho romano, como, por ejemplo, en testamentos (papiro El-Faijümer, de la Colección Rainer, publicado por WESSELY en los *Wiener Studien*, IX, págs. 241-2) y en emancipaciones (papiro del 354 publicado por YOUNG, *Hieroglyphics*, núm. 46).

La presencia de esta cláusula estipulatoria parece que debe interpretarse, pues, como un esfuerzo de los provinciales para acomodar su propio Derecho al Derecho romano; pero, sin embargo, surge aquí otro hecho de gran interés: ARANGIO RUIZ ha comprobado que la cláusula estipulatoria se halla en los papiros desde el 213 al 220; luego

existe un pequeño período en el que la cláusula desaparece, y desde septiembre del 221 vuelve a encontrarse de nuevo en toda clase de documentos. Ello hizo pensar en que tal cláusula, debida quizás al principio a la simple iniciativa de los notarios provinciales, fuera más adelante impuesta por alguna disposición de un emperador, acaso Helio-gábalo.

* * *

Basten estos ejemplos para ilustrar los dos fenómenos que hemos contemplado, a saber:

1. El propósito centralizador de los emperadores, a partir de Alejandro Severo (222), de imponer la aplicación del Derecho romano en las provincias.

2. La resistencia de éstas a abandonar sus instituciones jurídicas propias.

* * *

3. Pero todavía es necesario anotar un tercer fenómeno singularmente interesante. De este forcejeo entre el Derecho romano de la metrópoli y los distintos derechos provinciales no salió ninguno de ellos vencedor; ninguno de estos manantiales jurídicos fué capaz de cegar al otro. Lo que sucedió fué que se mezclaron los cauces, y, como resultado de esta mezcla, el Derecho romano aplicado en las provincias se dejó influir por los derechos provinciales, pasando a formar lo que desde BRUNNER se denomina Derecho romano vulgar, y por su parte los derechos provinciales se dejaron también influir por el Derecho romano, desnaturalizándose y perdiendo sus esencias propias.

Por más que sea del máximo interés el estudio de este fenómeno, nos es imposible detenernos en él; nos limitaremos tan sólo, como en los anteriores, a poner algunos ejemplos ilustradores.

Tomando a *Egipto* como paradigma en el estudio de los derechos de las *provincias orientales helenizadas*, los papiros nos revelan curiosas desviaciones del Derecho romano aplicado en él; así, por ejemplo, esclavos capaces de tener bienes propios, mujeres nombradas tutores; la sustitución vulgar contenida en el famoso testamento de Longinos Castor se aparta de las normas puramente romanas para aproximarla al Derecho griego; asimismo, la figura del ejecutor testamentario que en este testamento aparece no tiene raigambre romana. Añádase, en el campo de los Derechos reales, la admisión de distintos medios que suplen la exigencia de la entrega efectiva de la cosa, es decir, la *traditio ficta*, y en la esfera de las obligaciones, la degeneración de la *stipulatio*, que va progresivamente cargando su peso en el documento, primero redactado a fines simplemente probatorios, para atestiguar un contrato verbal realmente celebrado, y que después alcanza tal valor que la existencia de la escritura hace presumir en todo caso que la estipulación se celebró, a menos que se demuestre la ausencia de una

de las partes en el lugar en que se contrató el día en que se dijo que la *stipulatio* fué realizada. Inversamente, el *Derecho grecoegipcio* se desnaturaliza y admite instituciones romanas que le eran extrañas; así, la *patria potestas* como poder del *pater*, en oposición al carácter tuitivo y tutelar que era propio de aquel Derecho, en el que se extinguía a la mayor edad de los hijos; la emancipación romana junto a la *apokerixis* local (expulsión del hijo), etc., etc. En el campo de los Derechos reales y de las obligaciones, las desviaciones del Derecho grecoegipcio son menos profundas y se aprecian tan sólo en la utilización pura y simple de negocios jurídicos romanos que eran desconocidos del Derecho grecoegipcio, como, por ejemplo, la compra con entrega efectiva de la cosa, el depósito con plazo de devolución, la cesión de créditos, etc. etc.

En general, puede decirse que sólo quedó incólume en ambos Derechos la parte relativa al Derecho de familia, excepto algunos casos como el de la *ἐξουχία* griega, que influye en la dote romana, y el de la desaparición del matrimonio entre hermanos, propio del Derecho egipcio.

Por lo que a *Occidente* se refiere, esta intercomunicación entre el Derecho romano y los Derechos indígenas, es mucho más difícil de precisar por la escasez de las fuentes. Frente a la extraordinaria abundancia de papiros que nos iluminan sobre las provincias greco-orientales, y muy en especial sobre el Egipto romano, en Occidente sólo disponemos del Código de Eurico, y la *lex romana visigothorum*, en especial en la *interpretatio* sobre las *Sententiae* de Paulo, y en el Epítome de Gayo. Sobre estas fuentes, *Levy* ha intentado rastrear el curso de los dos fenómenos que hemos señalado en Oriente. Como ejemplos de desnaturalización del Derecho romano aplicado en provincias, anotaremos el procedimiento para la emancipación de los hijos, que aquí se realiza por tres tradiciones sucesivas ante la Curia y siete testigos, en vez de las tres mancipaciones romanas; la superación rápida de la dualidad de sistemas sucesorios y el predominio de la basada en los lazos de sangre. En general, es curioso observar que la evolución del Derecho clásico al postclásico se acusa mucho más aceleradamente en Occidente que en Oriente. En cuanto al segundo fenómeno, es a saber, el influjo que el Derecho romano hubo de ejercer en los Derechos indígenas, nos encontramos con un hecho digno de resaltar; en efecto, aparecen en Occidente una serie de principios jurídicos nuevos que no pueden reputarse ni romanos, ni indígenas, ni germánicos, y que probablemente obedecen a una evolución jurídica autónoma, nacida acaso de la práctica de los Tribunales y que entroncan quizás con antiguas costumbres ibéricas y galas que pervivieron después de la conquista por Roma. Sirva de ejemplo lo que sucede con la compraventa; la compra oral sólo tiene fuerza obligatoria cuando se ha pagado el precio, al menos en parte; así pues, sin pago del precio no existe compraventa. En cambio, en Oriente, la falta de pago del precio impide la transmisión de propiedad, pero no afecta

a la validez del contrato consensual. Otro tanto de interés, nos ofrece la configuración jurídica del préstamo de dinero; en Occidente constituye una categoría intermedia entre el *mutuo* y el *comodato*, y recibe la denominación de "*commodare pecuniam*". Basten sólo estas dos muestras para revelar la autonomía jurídica de Occidente.

C) Conclusiones.

Si abarcamos en una mirada de conjunto el panorama jurídico que acabamos de describir, podremos formular las siguientes conclusiones:

1. Roma se enfrentó en dos ocasiones con el problema de la unidad jurídica: la primera (antes de la expansión, y coincidiendo con ella) cuando surgió la necesidad de regular las relaciones jurídicas entre ciudadanos y extranjeros; entonces dominó el principio de no aplicar las normas del Derecho romano a los peregrinos; el Derecho romano era un privilegio de los ciudadanos y como tal no era susceptible de ser beneficiado por los que no poseyeran tal cualidad. El problema se resolvió con la creación de un sistema jurídico nuevo, el Derecho de gentes, que, por sus dotes de sencillez y comodidad, acabó siendo utilizado por los propios ciudadanos romanos, para regular sus relaciones jurídicas y fué absorbido por el *ius civile romanorum*.

La segunda vez que Roma se enfrentó con el problema de la unidad jurídica fué después de la Constitución de Caracala, y entonces, aún cuando subsistiera el principio de la aplicación exclusiva del Derecho romano a los ciudadanos, ello no constituyó teóricamente impedimento alguno para procurar la unidad por cuanto aquella Constitución había extendido la ciudadanía a casi todos los súbditos del Imperio. En esta segunda ocasión, pues, se tendió a extender la aplicación del Derecho romano a todo el Imperio dominado; a lo que contribuyó, sin duda, la idea de unidad política, que se había empezado a acusar desde que toda Italia estuvo sometida al poder de Roma. Podría quizás decirse que, salvando el anacronismo, Roma se sintió nación primero, Imperio después y procuró que a la unidad política siguiera una unidad jurídica.

2. Esta unidad no se consiguió sacrificando los Derechos provinciales en aras del Derecho romano, como pareció ser el propósito de los Emperadores desde Alejandro Severo a Constantino; diversamente, el Derecho romano se "provincializó", y los Derechos provinciales se romanizaron.

Esta es, en síntesis, la enseñanza que el Derecho romano nos proporciona. Tanto cuando se intentó una solución jurídica, como cuando se pretendió una solución política, no se cegaron ni se extinguieron los Derechos extraños; en ambos casos, se produjo una nueva resultante: en el primero, el Derecho de gentes; en el segundo, esos Derechos híbridos y desnaturalizados, que, sin embargo, fueron la base de toda la evolución jurídica posterior.

II. El problema del Derecho foral español

Es de conocimiento vulgar, que en España y en materia civil existe una diversidad jurídica entre las llamadas regiones de Derecho común (Castilla, León, Andalucía, Extremadura, Valencia, Murcia y Asturias) y las que se denominan de Derecho foral (Cataluña, Aragón, Mallorca, Navarra, Galicia y Vizcaya).

Esta diversidad tiene una causa histórica: rota la precaria unidad política del Imperio visigodo, por la invasión musulmana, surgieron un conjunto de nacionalidades que poseyeron órganos propios de creación de Derecho y que vivieron según normas jurídicas peculiares. Una de estas nacionalidades fué Castilla; de tal manera que, en este sentido, tan foral es el Derecho castellano como el de todas las demás regiones.

Circunstancias históricas, determinadas por la guerra de sucesión, fueron causa de que, como medida política, se publicaran una serie de disposiciones que afectaron sustancialmente tanto a la subsistencia de los órganos de la creación del Derecho foral, como a la vigencia de este mismo.

Así, los Fueros de Aragón y de Valencia, fueron abolidos por el Decreto de 29 de junio de 1707, atenuado para Aragón en 3 de agosto de 1711; el Decreto de nueva Planta de 16 de enero de 1716, ciega las fuentes jurídicas de Cataluña y Mallorca, pero respeta la vigencia de su derecho local. En suma, puede decirse que antes de la Codificación, subsistían en España como Derechos forales vigentes, los de Cataluña, Aragón, Mallorca, Navarra, Vizcaya y Galicia. No es nuestro propósito trazar un esquema de las vicisitudes por las que ha pasado el problema foral en España; tan sólo queremos formular algunas observaciones paralelas a las que formulamos con respecto al problema de los Derechos provinciales romanos en relación con el Derecho de la metrópoli. Y estas observaciones son:

1. El problema del Derecho foral, no debe ser tratado ni planteado desde un punto de vista político, sino jurídico. La observación debe tener validez, tanto respecto del legislador, como respecto de los habitantes de las regiones forales. No es admisible que la existencia de diversidades jurídicas entre diferentes regiones de España pueda servir de base a banderías políticas que atenten contra la superior unidad de la Patria común. Pero tampoco es lícito que invocando como argumento único la necesidad y conveniencia de lograr esa unidad política, se relegue a segundo término el problema jurídico que entraña la subsistencia de esa diversidad de normas de Derecho.

Cuantas veces, en el curso de nuestra Historia, se ha tratado de resolver el problema del Derecho foral desde un punto de vista político, no se ha logrado otra cosa que aumentar el confucionismo, quedando intacta la cuestión fundamental. Las medidas centralistas del siglo XVIII no lograron la unificación jurídica, y los Derechos forales continuaron subsistiendo, aun cuando se cegaron los órganos

legislativos de su creación. La solución intermedia y poco satisfactoria del art. 12 del Código civil, sufrió un embate con el Estatuto de Cataluña, republicano. Y arrastrados por el juego de la política, surgieron violentos defensores de los Derechos forales en aquel tiempo, esgrimiendo las diversidades jurídicas como hecho diferencial en que basar apetencias separatistas.

De nuevo el Movimiento Nacional volvió a poner las cosas en su anterior estado por varias leyes derogativas; y los Decretos de 23 de mayo y Orden de 24 de junio de 1947, producidos después del Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza, pretenden llevar a sus últimos resultados la solución del Código civil, mediante la redacción de un "Código civil general para España" considerándose como primera etapa del mismo la compilación de las instituciones forales.

Por fortuna, pues, nos hallamos ante un momento en el cual la idea política de la unidad patria, que felizmente constituye una de las esencias de nuestro actual régimen, y que late en la conciencia de todo buen español, no se interfiere ni turba el problema de la subsistencia de los Derechos forales.

2. Estamos, pues, ante la necesidad de abordar el tema en el verdadero terreno en que debe plantearse, a saber, el terreno jurídico estricto. Y ya en este campo, creemos que pueden ser útiles algunas observaciones deducidas del total contenido de esta conferencia, a saber:

a) Los habitantes de las regiones de Derecho foral, deben comprender las ventajas que encierra dentro de sí la existencia de un solo ordenamiento jurídico que rija todas las relaciones de Derecho que se produzcan en el seno de una nación organizada unitariamente. Países europeos que poseían radicales diversidades jurídicas dentro de sí, como Alemania, Italia y Suiza, han sabido superarlas creando Códigos civiles que constituyen modelos dignos de ser tenidos en cuenta. El ejemplo que nos ha ofrecido el Derecho romano revela que cuando se ponen en contacto ordenamientos jurídicos distintos, se produce un fenómeno de interpenetración que acaba por diluir los rasgos diferenciales de las instituciones y termina creando una resultante nueva, que si peca de falta de pureza en sus líneas históricas, viene en cambio repleta de espontaneidad y de ansia unificadora. No estimen, pues, los foralistas como ultraje insoportable el deseo de situar las diferencias dentro de límites prudentes; reflexionen ellos mismos que nada puede ser más ventajoso al porvenir jurídico de sus instituciones, y al interés general de la Patria, que enfrentarse con sinceridad y buena fe ante sus propias diversidades locales; recoger aquellas que de verdad estén vigentes en la conciencia social de sus vecinos y en la vida corriente del tráfico, y olvidar aquellas otras que sólo sean un amado recuerdo histórico en aras de este elevado ideal de la unidad jurídica. Buscar más lo que a todos pueda unirnos, que lo que pueda separarnos. Y aplicar extremadamente este principio a aquellas instituciones fundamentales que, como la fami-

lia, constituyen la base más sólida del Estado. El legislador ha dado muestras en España de este criterio; y en la Ley de Bases de 1888 no se vaciló en admitir como Derecho común normas jurídicas de Derecho foral, como en materia de servidumbres (base 13.^a), en el testamento ológrafo (base 15.^a), en las legítimas (base 16.^a), en el usufructo del viudo (base 17.^a) y en los pactos con ocasión del matrimonio (base 22.^a). Y no ha habido resistencia alguna por parte de los habitantes de las regiones de Derecho común para aceptar y asimilar esas normas jurídicas de raigambre foral.

De igual manera no deben encontrar resistencia en las legislaciones forales las soluciones de Derecho común que se juzguen merecedoras de tener vigencia general en toda la nación; siempre y cuando, naturalmente, no se opongan a instituciones esenciales arraigadas profundamente en la entraña de los territorios forales.

Si de buena fe buscamos todos los puntos de coincidencia, con respeto para los de discrepancias sólidamente fundadas, el problema foral podrá resolverse sin daño para nadie, y con provecho para la unidad jurídica de la Patria.

b) Junto a esta observación dirigida a los habitantes de los territorios forales, quiero formular otra dirigida al legislador. La Historia nos demuestra, como ha podido desprenderse de esta conferencia, que los ordenamientos jurídicos son organismos con vida propia, dotados de energía bastante para sobrevivir a imposiciones arbitrarias del legislador. Pese a la voluntad de los emperadores romanos, los Derechos provinciales pervivieron. Pese a las disposiciones del siglo XVIII, que antes citamos, subsistieron en España los derechos forales. Y ya no sólo respecto de aquellas instituciones fundamentales que viven de un modo consustancial en la conciencia del pueblo, sino incluso respecto de simples hábitos, que apenas merecen el calificativo de costumbres jurídicas, pero que resulta difícil desarraigar de la entraña popular. Así, por ejemplo, es sabido que en Aragón, a falta de Notario, o si hay certeza de que no llegará a tiempo, puede autorizar un testamento el Párroco del lugar del otorgamiento, o quien canónicamente le sustituya; y también tiene facultad para autorizarlos cualquiera de los Capellanes o Pasioneros del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, o Provincial de Zaragoza respecto de los que otorguen los enfermos aislados en él. Pues bien: en 27 de octubre de 1863, y a consecuencia de una consulta formulada por el Registrador de la Propiedad de Zaragoza, se dictó una R. O. en la que se declaraba, de conformidad con el parecer del Regente de la Audiencia, que habiendo quedado abolidos por la Ley del Notariado tales privilegios, procedía que los testamentos de ese modo otorgados se elevaran a escritura pública para ser documentos inscribibles; a pesar de ello, siguieron otorgándose esos testamentos; y el legislador español, deferente en extremo con las costumbres forales, les ha otorgado validez en el art. 22 del Apéndice del Derecho foral aragonés.

Quizás en este punto ha sido exagerada la comprensión del legislador; porque, a nuestro juicio, para que una institución foral deba prevalecer frente a las normas de Derecho común, ha de reunir dos esenciales requisitos: que permanezca viva de un modo claro e incontrovertible en la conciencia del pueblo, y que sea una institución fundamental, cuya modificación o supresión produciría hondas perturbaciones en la vida normal del territorio donde rige. En este punto, pues, yo erijo a la costumbre local como eje y base de los Derechos forales; discrepo así de mi antiguo discípulo y hoy admirado compañero, *Alvaro d'Ors*, que reduce la costumbre a "una simple memoria de ciencia jurídica", y funda "la auténtica vida del Derecho foral, no en la existencia de una determinada costumbre, sino en la existencia de una específica ciencia del Derecho". Discrepancia que no sería, por lo demás, mantenida si el ilustre romanista volviera sus ojos al punto de partida de que él mismo arranca, en el estudio donde se contienen las frases recogidas. Porque, en efecto, al referirse al quehacer jurídico y a la verdad que persigue, dice muy bien que ésta no es una verdad abstracta, sino "una verdad que sólo puede ser entendida en su realidad, en la misma conexión humana en que se requiere"; y, en consecuencia, la investigación del jurista no se puede desarrollar en la soledad, sino al contacto de la patología vital de la sociedad, y al calor de las realidades sociales. A lo que yo entiendo, ésto sólo puede querer decir que la realidad jurídica es anterior al saber jurídico, y que el Derecho nace en la vida social antes que la ciencia del Derecho. No creemos, pues, que la subsistencia de los Derechos forales dependa de que en sus regiones exista o no una ciencia jurídica poderosa; estimamos, más bien, que tal ciencia ha existido con mayor vigor en unas regiones que en otras, precisamente porque su Derecho foral estaba más desarrollado, era más extenso y se hallaba arraigado con fuerza superior en la conciencia social. Por lo demás, la Historia demuestra que el papel de los jurisconsultos en los territorios forales fué predominantemente de simple carácter compilatorio. Las fuentes del Derecho foral fueron fundamentalmente costumbres, leyes dictadas por sus propias Cortes, jurisprudencia de sus Tribunales y privilegios de monarcas. Durante la Edad Media, la ciencia del Derecho, tanto en Castilla como en los territorios forales, giraba en torno del Derecho romano; y, sin embargo, esta circunstancia no influyó de modo esencial en la subsistencia de los Derechos locales.

Estimo, pues, que la verdadera piedra de toque para apreciar la subsistencia actual de un Derecho foral, es el arraigo que tenga en la conciencia colectiva de la región, revelada por costumbres jurídicas. La obra de sus jurisconsultos debe orientarse a la contrastación y fijación de tales costumbres. Y cuando esto se logre, y animados del mejor espíritu, será la hora en la que, laborando con el legislador podamos fundir la diversidad en la unidad: sabiendo todos que hoy, en la superior entidad de la madre Patria, todos los Derechos forales son también, y no pueden dejar de serlo, *españoles*.