

Instrumenta emptionalia : C.4.21.17

Armando TORRENT

(Université du Roi Juan Carlos à Madrid)

Quiero dedicar esta ocasión del LXIV Congreso de la “Société De Visscher” en Barcelona a examinar principalmente C.4.21.17 desarrollando algunos problemas apuntados en un estudio anterior sobre el *pretium certum* en la compraventa¹. Bibliografía mas específica la encontramos desde un plano general en De Sarlo² que no trataba la eficacia procesal del documento, las voces “Documento” y “Documentazione” de Luzzatto y Talamanca³, y el estudio puntual de Gallo⁴ dedicado a C.4.21.17, mas otra serie de trabajos que abordan el tema desde el ángulo de las *arrhae* o desde el ángulo de la decadencia (degeneración prefieren decir algunos) de la *stipulatio*⁵, y las alusiones a la documentación de los contratos en los manuales institucionales.

En derecho justiniano caído el rigorismo clásico y las solemnidades de la *stipulatio* que ya no requería *unitas actus* ni la presencia contemporánea de las partes, presupuesto esencial de la solemnidad oral, ni palabras solemnes (derivadas del antiquísimo *spondes?-spondeo?*, es decir *interrogatio-responsio* requisito

¹ A.TORRENT, “*Pretium certum*”, *determinación del precio “per relationem”*, en *BIDR* 98-99 (1995-1996) pp.83-110; particularmente p.107.

² L.DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Firenze 1935.

³ G.I.LUZZATTO, s. v. *Documento* en *Noviss. Digesto italiano*, VI (1957) pp.84-85; M.TALAMANCA, s. v. *Documentazione e documento (diritto romano)*, en *ED* 13 (1964) pp.548-561.

⁴ F.GALLO, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4,21,17*, en *Studi Biondi*, II, Milano 1965, pp.411-443.

⁵ O desde el ángulo de la conservación y custodia de los documentos; cfr. H.TAPANI KLAMI, *Depositum of documents in Roman Law*, en “*Iuris vincula*”. *Studi Talamanca*, IV, Napoli 2001, pp.413-430. La *stip.* ya había sufrido una gran degeneración en la práctica provincial; vid. M.LEMOSSE, ΕΠΕΡΩΤΗΣΙΣ *interrogatio et stipulatio dans la procédure du Bas-Empire*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1952, p.174ss.

suprimido por el emperador León (C.8.37.10 a.472) pudiendo utilizarse *quibuscumque verbis*, seguía teniendo un rol esencial el *consensus* tal como venía expresado en la época clásica que debía venir acompañado de la *mancipatio*, aunque al mismo tiempo se iban admitiendo nuevas formas de transmisión que iban espiritualizando el acto (*traditio brevi manu, longa manu, constitutum possessorium*), alejando cada vez más la compraventa de su concepción primitiva de acto real de cambio inmediato de cosa por precio. La consensualidad supuso un paso muy importante en cuanto permitía aplazar tanto el pago del precio como la entrega de la cosa, y al llegar la época bizantina las antiguas formas clásicas van a ser sustituidas por la escritura, a su vez rodeada de nuevos requisitos, lo que es particularmente importante en la compraventa de modo que contra la promesa de deuda contenida en una escritura⁶, no se admitía prueba en contrario. Justiniano que en C.8.37.4 (a.531) resuelve las cuestiones sobre la articulación de la contratación⁷, no menciona la pronunciación de palabras (*solemnes*), la contemporaneidad de las partes e incluso implícitamente excluye su necesidad prescribiendo una presunción absoluta de la verdad de la escritura: *tales scripturas omnifariam esse credendas*; no por ello cae la *stip.* que sigue manteniendo los requisitos de *consensus* entre las partes y la *causa*, señalando Riccobono que toda promesa de deuda hecha por escrito o verbalmente es *stip.*⁸, y ahora *scriptura, cautio, chirographum, instrumentum*, serán términos que describen las nuevas formas del derecho encarnando la escritura la función de las formas solemnes anteriores que van desapareciendo, con lo que la escritura asume un valor preponderante para la publicidad del acto una vez cumplidos determinados requisitos de la misma como la *completio*, la *subscriptio* de las partes y testigos y su inscripción en los archivos públicos para la eficacia traslativa de la venta, algo que por exigencias de la publicidad del acto e intereses fiscales se iba afirmando desde

⁶ Esto no era exclusivo de la época bizantina, porque ya en el s. I a.C. en las *Verrinas* de Cic. el documento que contenía el reconocimiento de una deuda era válido sin necesidad de expresar la causa. Esta es la función de los *syngraphai* mencionados por Cic., ciertamente documentos de origen griego, que en mi opinión son los antecedentes de la letra de cambio; vid. TORRENT, *Syngraphae cum Salaminiis*, en *IVRA* 24 (1973) p.90ss.

⁷ Vid. S.RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, en *ZSS* 43 (1922) pp.269-270.

⁸ S.RICCOBONO, *Stip*, p.307ss.

Constantino (VF 35). Ya había dicho Bonfante⁹ (y lo confirma Cerami¹⁰) que “quasi costantemente gli ordinamenti destinati alla pubblicità dei traspassi si riallacciano o al sistema tributario o al sistema ipotecario¹¹”.

Scriptura, cautio, chirographum, instrumentum sustituyen a *stip.* expresando el acto material de confección y entrega del documento que es productor de efectos jurídicos¹², hasta el punto que permiten a Riccobono pensar en la fusión de la *stip.* y la *litteris obligatio*¹³. Dejaré en este punto el problema pues ésta no es sede oportuna para delinear la evolución de la *stip.* sino que interesan otros temas. Tampoco quiero esconder las dificultades que presenta el estudio del derecho justinianeo, pues con este sintagma –dice Talamanca¹⁴– se individualizan contextos de conocimiento muy diferentes, y todos tienen su justificación –a diversos niveles históricos– en relación al ángulo de visión del que parte cada estudioso. Derecho justinianeo es sin duda aquel sistema de conocimientos y de máximas de decisión que los contemporáneos querían recabar del *Corpus iuris civilis* tomado en su conjunto, y “con il compito di ricostruire tale sistema si è cimentata, per secoli, la scienza giuridica occidentale, ed esso, in modo più o meno coperto, è stato perseguito anche dei commentatori postgiustiniani”.

La documentación de la compraventa puede tener interés a efectos meramente contables, que es lo que ocurre en las *Tabulae Herculanenses*¹⁵ y en el Archivo de los Sulpicios (*Tabulae*

⁹ P.BONFANTE, *Corso di diritto romano. 2. La proprietà* (reed. por G.Bonfante y G.Crifò, Milano 1968) p.262.

¹⁰ P.CERAMI, *Pubblicità e politica fiscale nel trasferimento della proprietà immobiliare*, en Letizia VACCA (cur.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, II, Milano 1991, p.631.

¹¹ Vid. J.L.ZAMORA, *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el derecho romano*, (Madrid 2004), que demuestra cumplidamente que los que llamamos modernamente principios hipotecarios ya se aplicaban en el Mundo Antiguo.

¹² RICCOBONO, *Stip.* p.316.

¹³ RICCOBONO, *Stip.* p.326ss.

¹⁴ TALAMANCA, s. v. *Vendita (diritto romano)*, en ED 46 (1993) p.468; desarrollando ideas que venían apuntadas en *L'unità della venditio in I. 3,23,pr*, en *Studi Giuffrè*, I, Milano 1967, p.805ss., y en la rec. a KASER, *Das röm. Privatrecht*, II, München 1975, en *BIDR* (1976) p.292ss.

¹⁵ Editadas por V.ARANGIO-RUIZ-G.PUGLIESE CARRATELLI, en *PP* 9 (1954) p.54ss.

*Pompeianae Sulpiciorum*¹⁶) que al fin y al cabo eran banqueros¹⁷ y tenían necesidad imperiosa de registrar sus entradas y salidas (en el Mundo Antiguo como en nuestros días ningún ordenado empresario puede funcionar sin una adecuada contabilidad). Ambas colecciones dan muchas noticias sobre los formularios y estipulaciones de la compraventa¹⁸, pero no son muy concluyentes desde el ángulo que nos interesa en el que las verdaderas innovaciones fueron introducidas en constituciones del emperador Justiniano, y me refiero especialmente a los efectos de la compraventa que no pueden ser conseguidos antes de ser completado el documento. Justiniano entra de lleno en la distinción *scriptis-sine scriptis* en materia de compraventa siguiendo una línea que probablemente está recogiendo el estado del derecho de la época inmediatamente anterior. También puede decirse que si en época clásica la atención de los juristas se centraba en los efectos traslativos de la compraventa¹⁹, este interés no varió en las constituciones justinianas que en este punto siguen afirmando la compraventa consensual y obligatoria, aunque el efecto traslativo se iba desgajando de la *traditio*²⁰. Las innovaciones vendrán por la vía de dejar sin efecto la contratación cuando no se había documentado por escrito con los nuevos requisitos impuestos por el emperador. Evidentemente las cosas habían empezado a cambiar en la llamada época postclásica entendiéndose que la compraventa empezaba a desgajarse de su clásica estructura consensual. Así lo entendió Levy²¹ que contando que el pago se convirtió en un elemento esencial en las ventas públicas y solemnizadas por escrito, hizo que a lo largo del Bajo Imperio la compraventa fue configurándose como un tipo

¹⁶ Editadas por G.CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, Napoli 1992; Id. *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I-II, Roma 1999.

¹⁷ Vid. P.GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanischen Urkundenfunden*, Berlin 1997, p.24; p.57ss.

¹⁸ Vid. E.JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, München 1997, p.165ss., p.281ss.; Id. *Riskomanagement beim Weinkauf*, München 2009. Obviamente Jakab da cuenta de los *instrumenta emptionalia* recogidos en estos documentos, pero le interesan especialmente para analizar las estipulaciones que contienen, especialmente las previstas en los edictos edilicios, y no tanto sobre el valor del documento en sí mismo y sus posibles funciones.

¹⁹ Vid. con lit. los trabajos recogidos en VACCA (cur.), *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit. I-II, Milano 1991.

²⁰ M.KASER, *Das römische Privatrecht*, II, 2ª ed., München 1975, p.282ss.

²¹ E.LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia 1951, p.137.

independiente de negocio transmisivo de la propiedad, proceso que se habría culminado en derecho justiniano²².

Como es sabido, el problema documentario en Roma es muy tardío. Durante mucho tiempo el ordenamiento jurídico no concedió ninguna atención al documento ni desde el ángulo de la forma, ni como prueba de una relación jurídica, ni del documento como cosa objeto de tráfico jurídico por sí mismo²³. Este desinterés también obedece a la forma documentaria, pues hasta el final del Principado casi todos los documentos descubiertos se escribían sobre *tabulae ceratae* de madera (a veces también sobre bronce²⁴) en dípticos y mas frecuentemente en trípticos²⁵ que constituían el formato corriente tanto de actos negociales²⁶ como no negociales²⁷. Seré muy breve en la exposición de la evolución de los soportes documentarios por ser materia que se aleja de la proyección jurídica del documento; en todo caso contamos con una buena síntesis de la historia romana del documento expuesta por Talamanca²⁸.

Las *tabulae ceratae* se redactaban por partida doble, una *scriptura interior* que se sellaría por los testigos, y una *scriptura exterior* accesible a todo poseedor o simplemente lector del documento²⁹, aunque en esta escritura doble, al igual que ocurrió en el similar documento griego, la *scriptura exterior* fue degenerando hasta indicar

²² En este sentido E. POLO ARÉVALO, *Incidencia del "instrumentum" en la concepción clásica de la "emptio-venditio"*, en S. Bello – J. L. Zamora (coords.), *El derecho comercial de Roma al derecho moderno*, 2, Las Palmas de Gran Canaria 2007, p. 720.

²³ Vid. las observaciones de DE SARLO, *Il documento* 121ss. sobre la propiedad de las *tabulae testamenti*. Sobre su conservación y depósito vid. TAPANI KLAMI, *Depositum*, cit., p. 413ss.

²⁴ Los llamados diplomas militares (*descripta et recognita*) generalmente vienen en dípticos de bronce; vid. RICCOBONO, *Fontes iuris romani anteiustiniani*. I. *Leges*, Firenze 1941, p. 223ss.; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, p. 72ss. Sólo se gravaban en bronce (soporte muy costoso) los documentos como *leges* y *senatusconsulta* cuya memoria debía ser indeleble. Vid. para las leyes epigráficas españolas publicadas en tablas de bronce, A. CABALLOS RUFINO, *¿Típicamente romano? Publicación de documentos en tablas de bronce*, en *Gerión* 26 (2008) p. 439ss.

²⁵ Salvo los testamentos que solían requerir mayor número de tablillas; de hecho el testamento de Antonio Silvano está conservado en un políptico, un *pentaptychon*.

²⁶ V. ARANGIO-RUIZ, en *FIRA*. III. *Negotia*, Firenze 1943, recoge una *manumissio inter amicos* (n. 11) y una *cretio* (n. 60).

²⁷ Vid. ejemplos de estos últimos recogidos por ARANGIO-RUIZ, *FIRA* III: *professiones* de hijos ilegítimos (n. 1); *testationes* de hijos ilegítimos (n. 2 y 3).

²⁸ TALAMANCA, *Document*. pp. 548-549.

²⁹ Cfr. WENGER, *Signum*, en *PW*, II A 2 (1923) p. 2408ss.

simplemente el contenido del documento³⁰. Todavía no había ningún sistema de seguridad para dejar inaccesible el conocimiento íntegro del documento, lo que vino resuelto mediante el sellado de la *scriptura interior* que en los dípticos recogía su contenido en las páginas II y III. En las *Paul. Sent.5.25.6* se informa que la aposición de los sellos fue regulada por un senadoconsulto Neroniano en el s. I d.C. (cfr. *Gai.2.218*); desde entonces las *tabulae* venían unidas por un triple hilo de lino que pasaba por los oportunos agujeros practicados en las *tabulae*³¹, y sobre el canto (la “costola”, costilla, al decir de Talamanca) que constituían la nervadura del documento se añadían los sellos, también *cerati*, de los testigos. El mismo s.c. declaró privados de eficacia los documentos no *sigillati*³².

A partir del Principado es más usual otro tipo de documentos como las *testationes* y los *chirographa*, ambas procedentes de la práctica griega que se corresponden con una redacción objetiva en la *testatio* donde se documentan por los *testes* hechos con relevancia jurídica, y subjetiva en el *chirographum* que viene redactado en primera persona conteniendo actos negociales recibiendo su fuerza probatoria de la autografía de una parte o de otra persona en su nombre³³. Todos estos documentos eran privados. En época postclásica se difunde la escritura, empieza a recurrirse a los *tabelliones* (su trabajo todavía andaba a caballo entre documento público y privado) y a despuntar el documento público.

En época justiniana el documento se convierte en una prácticas universal, pudiendo distinguirse el *instrumentum privatum* (privado de todo valor probatorio por la *Nov.73* de Justiniano³⁴ a. 538), el *quasi publice confectum* (redactado sin la intervención de un *tabellio* pero signados por al menos tres testigos³⁵, el *publice confectum*, redactado por un *tabellio* en el que por sí mismo configuraba el acto o describía la actividad desarrollada por las partes y provistos de *completio*:

³⁰ Cfr. H.STEINACKER, *Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Urkunden*, Leipzig 1927, p.28ss.

³¹ En la página I o en la final de los trípticos solía venir escrito en la parte más consistente del documento un *index* del contenido de la tablilla que facilitaba ir a la página que interesaba; así ocurre en las tablillas herculanenses y pompeyanas.

³² Add. a la lit. cit., L.MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, p.297ss.

³³ TALAMANCA, *Document.* p.550.

³⁴ TORRENT, s. h. v. en *Diccionario de derecho romano*, Madrid 2005, pp.468-469.

³⁵ TORRENT, s. h. v. en *Dicc.* p.469.

declaración del notario de haber leído el texto a las partes confirmado por la *absolutio* de éstas: manifestación de su voluntad de hacer operativo el documento³⁶. En rigor no son documentos públicos en derecho justiniano (tampoco en el sentido actual del documento público notarial); seguían siendo documentos privados en cuanto requerían la *impositio fidei*³⁷ que significaba probar la autenticidad de la *subscriptio* de los testigos y del mismo notario a través de diversos medios como la *comparatio litterarum*. La última categoría de *instrumenta* justinianos es el *instrumentum publicum* otorgado por las autoridades administrativas competentes que los conservaban en sus protocolos y archivos públicos³⁸; no requerían *impositio fidei* teniendo una fuerza probatoria privilegiada en cuanto gozaban de la *fides publica*.

Un gran impulso a la escritura como modo esencial de publicidad (aparte de sus efectos fiscales) se debe a Constantino³⁹ que parte del fraude fiscal en las ventas (VF 35) y dispone una nueva regulación de la donación⁴⁰ (VF 249) prescribiendo la escritura. En un plano más general, toda la historia de la experiencia romana en tema de publicidad de las transmisiones inmobiliarias con su inscripción en registros públicos, va desde el modelo originario de la *alienatio censualis* nacido y afirmado en Egipto, pasando por la inscripción de ciertas donaciones en la legislación constantiniana, hasta la regulación justiniana del tráfico jurídico sobre bienes inmuebles⁴¹. El problema que plantea la constitución constantiniana es si se refería a toda clase de inmuebles (*venditio rei cuiuslibet*) sin tener en cuenta el valor económico de cada uno como pretende Voci⁴², o se refería exclusivamente a la venta de fundos rústicos, como pretenden Levy y Gallo⁴³.

³⁶ Vid. TORRENT, s. h. v., en *loc. ult. cit.*

³⁷ Vid. TALAMANCA, *Document.* 557-558; TORRENT, s. h. v. en *Dicc.* p.439.

³⁸ LUZZATTO, *Documento*, p.84.

³⁹ Cfr. P.VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, en *IVRA* 38 (1987) p.72ss.

⁴⁰ Vid. con lit. María Eugenia ORTUÑO, *La publicidad en la donación: una reflexión sobre la regulación constantiniana*, comunicación presentada en este mismo Congreso de la SIHDA en www.ridrom.uclm.es 5(2010) p.1ss.

⁴¹ CERAMI, *Pubblicità*, p.632.

⁴² VOCI, *Tradizione*, p.113.

⁴³ LEVY, *West Roman Vulgar Law* 128; Id. *Weströmisches Vulgarrecht: das Obligationenrecht*, Weimar 1956, p.27; GALLO, *Interpret. de VF 35*, p.448ss.

Con estos antecedentes quizá demasiado sumarios, paso a examinar la fuerza probatoria del documento en época justiniana, especialmente en lo que respecta a la compraventa, y si la escritura adquiere función constitutiva además de probatoria. Ya la influencia helenística había introducido en el Bajo Imperio importantes novedades que recogió la legislación imperial tomándolas de la praxis provincial: imposibilidad de constituir y probar determinadas relaciones jurídicas si no era a través de un documento, y de ahí la importancia creciente del *instrumentum* en orden a su eficacia probatoria. De este modo, y aun cuando signifique una cierta aberración aplicar términos modernos al derecho del Mundo Antiguo, puede llegar a distinguirse entre documentos probatorios y documentos constitutivos. En terminología procesal moderna son probatorios los documentos cuyo otorgamiento es válido solamente para probar el negocio *de qua tractatur* que existe independientemente de su documentación; es constitutivo cuando el documento es imprescindible para la existencia del negocio, casos de la *expensilatio* y del testamento pretorio en época clásica, ampliándose sucesivamente en la postclásica el número de relaciones jurídicas que requerían documentación constitutiva (como el caso de las *donationes* que requerían *insinuatio*). Es Justiniano quien introduce el carácter constitutivo del documento, en un plano general en C.4.21.17pr. (la rúbrica de este título es muy significativa: *de fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt*), y referido exclusivamente a la compraventa en C.4.38.15.1 (bajo la rúbrica no menos significativa *de contrahenda emptione*).

C.4.21.17pr. (*Imperator Iustinianis A. Menae pp.*)

Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationes etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionem etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata est, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripto, liceo litteras unius partis vel ambarum habeas, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquid ius sibi es eodem contracto vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in

huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere (a. 528).

El entendimiento de este texto que expresa las convicciones del emperador, resumido en I.3.23pr.⁴⁴ que a su vez procede de Gai.3.139, ha dado lugar a lecturas contradictorias. Arangio-Ruiz⁴⁵ sostuvo el carácter obligatorio de la escritura para todo tipo de contratos cuando esto fuera corrientemente practicado en la praxis, dejando a elección de las partes la redacción por escrito en aquellos casos en que la praxis no exigía la forma escrita. Esta interpretación la justifica observando que las cosas “di maggior importanza sociale, e certamente per le cose e diritti immobiliari, l’impiego della scrittura era così inveterato che mal si concepisce un giudice che in materia potesse fare buon viso ad una vendita non redatta per scritto”. Gallo⁴⁶ por el contrario defendió que las partes tenían libertad absoluta *in scriptis* o *sine scriptis*⁴⁷ para todo contrato salvo aquéllos que la ley requería la *stip. in scriptis* (caso de la *donatio* sujeta a *insinuatio*, tesis que le parece mas persuasiva a Talamanca⁴⁸); el mismo hecho de que para los contratos que requerían *insinuatio* no se dejara a los contratantes libertad de elección, prueba que éstos siempre se celebraban por escrito. Que este texto tuviera relieve exclusivamente para regular los *emptionalia instrumenta* como pensaba algún sector de la doctrina⁴⁹, ha sido contradicha por Archi⁵⁰ que considera que dada el tenor y finalidad de la constitución, lo prescrito para los *instrumenta venditionis* se habría extendido a los *instrumenta* de otros

⁴⁴ Tanto C.4.21.17 como I.3.23 han sido objeto de una vivaz discusión a propósito de las arras en el derecho justiniano, dejando muchas veces de lado el carácter constitutivo o probatorio de la *scriptura*.

⁴⁵ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, 2ª ed., Napoli 1961, p.99.

⁴⁶ F.GALLO, *Rifless.* p.421 y nt.16.

⁴⁷ Este binomio aparece también en C.4.20.18 (*Imp. Iustinianus A. Menae pp. a. 528*), y aunque aparezca tratando de los testigos en los actos negociales, tiene gran probabilidad de formar parte de la misma constitución que se recoge en C.4.21.17.

⁴⁸ TALAMANCA, *Document.* p.556.

⁴⁹ Fundamentalmente O.GRADENWITZ, *Zu den Titel C. 8,36 de litigiosis und einigen anderen Gesetzen Justinians*, en *ZSS* 53 (1933) p.420; M.SCHUSTER, *Die Funktion der Arrha bei Justinian*, en *Labeo* 5 (1959) p.52ss.; Vid. lit. en GALLO, *Rifless.* pp.414-415 i. nt.

⁵⁰ G.ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale*, en *Scritti Beatif. Ferrini*, 1, Milano 1947, p.52.

contratos. Archi⁵¹ llega mas lejos porque entiende que la redacción escrita de la venta “è presupposta dalla costituzione, che per l'appunto parla di *celebrare venditionem* en VF 35.6, y de *contractus sollemniter explicare* en VF 35.5 concluyendo que Constantino no estableció de manera expresa la *scriptura* con valor *ad substantiam* en las ventas, sino que simplemente trató de regular las consecuencias del acto escrito, presuponiendo que todas las ventas se documentaban por escrito. En definitiva Constantino –como mas tarde Justiniano– advirtieron la difusión de la práctica contractual escrita, y aceptándola trató de dar a los documentos ciertas garantías⁵². Según Archi se documenta no tanto el negocio sino más bien su ejecución⁵³ dando fe del cambio de la titularidad dominical y de la causa del negocio (venta). Este sistema es el que en mi opinión perfeccionó Justiniano imponiendo la redacción de las ventas y fijando los requisitos del *instrumentum* para poder desplegar todos sus efectos, reforzando los *instrumenta emptionalia* que si todavía con Constantino tenían efectos probatorios, con Justiniano los tendrá constitutivos.

A mi modo de ver en C.4.21.17 se advierte claramente el reforzamiento de la escritura para toda clase de contratos siguiendo una tesis que se venía imponiendo desde la regulación de la donación por Constantino (VF 249) al exigir que ésta se realizase por escrito; ante testigos⁵⁴ vecinos del inmueble donado: *advocata vicinitate*⁵⁵; y que se depositase el documento en los protocolos del juez o magistrado: *gesta municipalia*. Estos requisitos –señala Ortuño⁵⁶– no son propios ni exclusivos de la donación, sino que se exigen para las

⁵¹ ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione di Costantino a Giustiniano*, en *Scritti di dir. rom.* III, Milano 1981, p.1779ss.

⁵² ARCHI, *Scritti* III, p.1787.

⁵³ También ARANGIO-RUIZ, *Compravendita* I, 95 entiende que VF 35 presupone que las ventas de inmuebles debían redactarse por escrito reflejando Constantino la tendencia postclásica a identificar contrato y ejecución cuando las partes hubieran optado por la *scriptura* (p.181).

⁵⁴ En este caso los testigos eran una pieza fundamental de publicidad del acto de la transmisión inbmoiliaria, tanto en casos de donación como de venta; vid. F.SCHUPFER, *La pubblicità nei traspassi della proprietà secondo il diritto romano del Basso Impero*, en *RISG* 39 (1905) p.10ss.

⁵⁵ Cfr. con lit. A.PALMA, *Donazione e vendita “advocata vicinitate”*, en *Index* 20 (1992) p.478ss.

⁵⁶ ORTUÑO, *Publicidad*, cit., pp.15-16.

transmisiones, especialmente las inmobiliarias⁵⁷, de modo que Constantino no hizo más que extender el régimen forma (escrita) un elemento fundamental siguiendo la práctica helenística, especialmente egipcia, que generó la costumbre de que los negocios patrimoniales mas relevantes se formalizaran por escrito. Hoy es opinión corriente en la romanística que la difusión del documento fue un fenómeno importado de la práctica contractual helenística⁵⁸. Siguiendo esta línea de reforzamiento del documento que había iniciado Constantino, doscientos años mas tarde Justiniano se hace eco de esta praxis, advierte que para muchos negocios era costumbre su documentación *in scriptis*, y ahora dispone el emperador que estos documentos no tendrán validez a no ser que hubieran sido completados (puestos en limpio) y confirmados con las firmas de las partes, y en caso de haber sido redactados por *tabellio*⁵⁹ hasta que éste hubiera completado el documento, las partes hubieran confirmado lo hecho por el notario⁶⁰, y el documento se hubiera inscrito en el registro público

⁵⁷ Vid. GALLO, *Per l'interpretazione di VF 35*, en *Studi Betti*, I, Milano 1962, p.448ss.; ZAMORA, *Some considerations about the publicity in the transfer of real estate in Roman Law*, en *Revista General de Derecho*, 1 (2009) p.1ss.; M.SARGENTI, *Contributi alla palinogenesi delle costituzioni tardo-imperiali*, 1. *Vat. Fr. 35 e c. Th. 3.1.2*, en *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, 5 (1983) = *Studi sul diritto del tardo Impero*, Padova 1986, p.2236ss.

⁵⁸ Vid. en este sentido G.SGRÈ, *Note sulla forma del documento greco-romano*, en *BIDR* 36 (1927) p.69ss.; LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, en *ZSS* 49 (1929) p.255ss.; U.ALVAREZ SUAREZ, *Los origenes de la contratación escrita*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 4 (1946) p.81ss.; ARANGIO-RUIZ, *Documenti probatori e dispositivi in diritto romano*, en *Acta Academia Universalis Iurisprudentiae Comparatae*, III, Roma 1953; TALAMANCA, *Document*. p.548, M.AMELOTTI, *Genesi del documento e prassi negoziale*, en *Scritti Giuridici*, Torino 1996, p.163ss.; POLO ARÉVALO, *Instrumentum*, p.721.

⁵⁹ Los *tabelliones* en medio de una población mayoritariamente analfabeta, eran escribas profesionales que por saber escribir redactaban los documentos negociales de sus conciudadanos, y en cierto modo ejercían funciones de asesoramiento jurídico. Ejercían por tanto una actividad privada que el despliegue de la escritura y creciente burocratización postclásica hizo necesario un cierto control público sobre su actividad. Vid. con lit. H.ANKUM, *Les tabellions romaines ancêtres directs des notaires modernes*, en *Atlas du Notariat. Le Notariat dans le Monde*, (Kluwer-Deventer 1989) p.10ss.; R.DOMINGO, *A propósito del oficio de tabellio como jurista práctico en la experiencia jurídica romana*, en *Liber amicorum Juan Miquel*, Barcelona 2006, p.305ss.

⁶⁰ La distinción *in scriptis-sine scriptis* aparece en otra constitución de Justiniano, C.4.38.25 (a. 530) que regulaba la cuestión de la determinación del precio por un tercero fijando para la eficacia del documento la *completio* y *subscriptio*.

correspondiente. En definitiva se iba imponiendo un nuevo sistema de publicidad⁶¹ de las transmisiones inmobiliarias que habiendo nacido en Egipto⁶², y está documentado en el edicto de Mezio Rufo 35⁶³ (*praefectus Aegypti* en el 186 d.C.), se impone a partir de las reformas de Diocleciano del 292 d.C., cuando suprime el impuesto rústico a los fundos itálicos hasta entonces exentos del *tributum*⁶⁴. Ya no eran suficientes ni la *mancipatio* ni la *in iure cessio*, que a pesar de la opinión contraria de Colorni⁶⁵, eran solamente -al decir de Albanese⁶⁶- formas negociales “rigorosamente imposte”. El rigorismo de las formas negociales con la preventiva publicidad de los testigos y la inscripción en los registros públicos fue siendo completado este sistema (la *demonstratio proprietatis vicinis praesentibus*) por Constantino, añadiéndose posteriormente algunas modificaciones en el C.Th. Se trata -dice Cerami⁶⁷- de un modelo centrado sobre la recuperación -en función publicitaria- de una emergente situación administrativa que a partir de Augusto se fue extendiendo gradualmente a las provincias con el *census* y periódicamente puesto al día con las *professiones censuales*.

⁶¹ No voy a entrar en la discusión sobre la publicidad como obligación y la publicidad como carga, tema finamente analizado por G.DE CUPIS, s. v. *Publicità (diritto civile)*, en *ED 37* (1988) p.998ss.

⁶² Su certificado de nacimiento está documentado en Pap Oxhy. 237 (186 d.C.) que documenta la célebre “petición de Dionysia” donde se apela al edicto de Mezio Rufo que apunta a la existencia de un archivo público específico de la propiedad inmueble, la llamada *biblioq’hkh twn egtesewn*, que según CERAMI, *Publicità*, p.634, fue asumido por Roma con un doble objetivo: a) Garantizar la regularidad de las enajenaciones inmobiliarias (o de constitución de derechos reales) gracias a la averiguación preventiva a instancia del interesado de la negociabilidad del fundo sobre la base del contenido del archivo (que en la técnica registral española corresponde al principio de tracto sucesivo); y b) Asegurar la percepción del impuesto.

⁶³ *Edictum Mezi Rufii 35* (FIRA 1, 236, trad. latina de BONFANTE): *Iubeo autem et eos qui scribunt contractus et eos qui custodiant nihil sine mandato curiae librorum perficere, sientes (non modo) id inutile fore, sed etiam ipsos contra contra iussa agentes poenam passuros statutum*. La mención *qui scribunt contractus* solo puede apuntar a los *tabelliones*. Señala CERAMI, *Publicità*, p.634, que las irregularidades y omisiones subrayadas en el Edicto de Mezio Rufo son de imputar a su entonación fiscalista.

⁶⁴ Aur. Vict. *De Caes.* 39.31 testimonia la sumisión de los fondos itálicos al *tributum*. Vid. sobre el tema DE MARTINO, *Cost.* V, 2ª ed., Napoli 1975, p.391ss.

⁶⁵ V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano 1954, p.37ss.; en contra GALLO, s. v. *Publicità*, en *ED 37*, p.969ss.

⁶⁶ B.ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, p.24ss.

⁶⁷ CERAMI, *Publicità*, p.637.

De toda esta evolución hasta Justiniano se deriva la superación del régimen antiguo de perfección meramente consensual de la venta para ir a una venta en la que no bastaba la simple *scriptura* para la perfección del contrato, sino que ésta fuera completa, y no solamente en la venta, sino un reforzamiento total de la escritura en el mundo de la contratación, de modo que la eventual libertad de las partes para redactar o no sus contratos, parece mas teórica que real como ya advirtiera Arangio-Ruiz especialmente para las ventas inmobiliarias, es decir, es ilusoria la libertad de las partes -y lo diré en terminología notarial y registral española- para dejar a su voluntad elevar a público sus relaciones contractuales, como lo prueba la decisión del emperador en el fr. 1.

C.4.21.17.1

Quae tam in postea conficiendis instrumentis quam in his, quae tan scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi iam super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis iam vel in scheda vel in mundo conscriptos, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus.

No pueden haber palabras mas claras sobre la necesidad de la escritura, pues lo que manda el emperador no solo se refiere a los instrumentos futuros, sino a los anteriores que no hubieran sido aprobados, salvo que sobre ellos hubiera ya recaído *transactio vel iudicatum*. Da el emperador por tanto valor retroactivo a las disposiciones sobre la forma necesariamente escrita de los contratos, que sólo adquieren virtualidad procesal *inter partes* después de la *completio* (salvo previa transacción o sentencia), dando por sentado que todos los negocios contractuales se redactaban por escrito. La libertad de elección de forma documentaria es por tanto ilusoria, especialmente por lo que se refiere a los *instrumenta venditionis* en los que parece fijarse el emperador con mayor ahinco (*nec illud in huiusmodi venditionibus*, C. eod. pr.)

Ante esta redacción del texto de Justiniano se ha planteado el problema de si hubiera sido posible una nueva redacción o reelaboración del *Codex repetitae praelectionis* respecto al primer código; en definitiva si C.4.21.17 responde a una decisión imperial *ex novo* o repitiera normas anteriores que la ultima versión habría modificado, y a mi entender es muy probable que recoja la versión del

Codex vetus, con la constitución del 528 que viene a reforzar con otra constitución (C.4.38.15.1) del 530. El emperador va por la vía de imponer forma escrita a las ventas, permutas, donaciones *non exceptae*, entrega de arras *vel alterius cuiuscumque causae*, y la idea que la redacción originaria del C. solamente se refiriese a la compraventa que Justiniano posteriormente habría extendido a los demás contratos, no parece probada. Gallo⁶⁸ estima mas probable que la generalización ya se hubiera producido en el primer código, o bien se habría producido en el intervalo entre éste y el *Codex repetitatae praelectionis*, porque de hecho en las constituciones sucesivas al primer código⁶⁹ cuando viene tratada la conclusión de un contrato se dice que se puede realizar *in scriptis vel non in scriptis*⁷⁰. Que ya estuviera recogida la *optio scripturae* en el *Codex vetus* o en las *Institutiones* como piensan Schuster y d'Ors⁷¹, es una cuestión que no tiene gran relieve por lo que interesa en esta sede, pero está claro que desde el 528 Justiniano señaló una reglamentación especial para la venta *cum scriptura* precisando las formalidades necesarias para la eficacia del contrato.

Gallo⁷² entiende que uno de los objetivos de la constitución justiniana era determinar qué contratos se podían concluir *sine scriptis*, lo que no comparto dada la dicción del texto, que más que decir esto se dirigía a señalar las formalidades de los contratos *in scriptis* dejando una libertad ilusoria. También es cierto que ni la legislación postclásica en la que se venía desarrollando el principio de escritura (a efectos de publicidad y a efectos fiscales), ni la elaboración doctrinal llegaron a determinar los contratos que tenían que confeccionarse por escrito, ni incluso la compraventa, de modo - dice Gallo⁷³ - que precisamente la falta de una precisa disciplina normativa sobre la forma de los contratos es lo que explica la poco feliz enunciación de Gayo *Ep. 2.9.13: Consenso fiunt obligationes ex emptio et venditionibus... quia in huiusmodi rebus consensus*

⁶⁸ GALLO, *Rifless.*, p.416.

⁶⁹ Hago gracia de omitir su cita para aligerar mi exposición; están recogidas en SCHUSTER, *Funktion*, p.57; add. GALLO, *Rifless.*, p. 416 i. nt.

⁷⁰ ARCHI, *Civiliter*, p.53.

⁷¹ SCHUSTER, *Funktion*, p.55ss., p.66; A.D'ORS, *Las arras en la compraventa justiniana*, en *IVRA* 6 (1955) p.150.

⁷² GALLO, *Rifless.*, p.417.

⁷³ GALLO, *Il principio emptio dominum transfertur nel diritto giustiniano*, Milano 1960, p.73ss.

magis quam scriptura aliqua aut solemnitas quaeritur. A mi modo de ver esto indica que todavía en época clásica la eficacia de la perfección consensual primaba sobre la escritura, pero el hecho mismo del binomio *consensus magis quam scriptura* ya demuestra como se iba introduciendo la escritura y como en las especulaciones doctrinales empezaba a plantearse lo que luego diría expresamente Justiniano: necesidad de la escritura con los requisitos que hemos visto para la eficacia de los contratos. Entiendo también poco preciso la disyunción *scriptura aut solemnitas*; no está nada claro si se refiere a las solemnidades de la *stip.* que ya venían degenerando, o los requisitos de la *scriptura* que Justiniano hará explícitos: *subscriptio* y *completio*. Tampoco comparto la interpretación de Gallo⁷⁴ de C.4.21.17pr. que la mención explícita de *contractus venditionum vel permutationum vel donationum (quas intimari) non est necessarium*, fueran los únicos contratos que se podían estipular sea *in scriptis* sea *sine scriptis*, idea que de alguna manera corrige Gallo al señalar que Justiniano pretendió verosímelmente dictar una disciplina general para la redacción de los *instrumenta* tanto privados como tabeliónicos, incluso quizá al margen de la esfera contractual, que según Gallo reguló el emperador en C.4.21.17.1. No parece admisible que en esta constitución Justiniano se hubiera limitado a dictar disposiciones de carácter transitorio, como pretende Schuster⁷⁵.

Llegados a este punto surge espontáneamente la cuestión: en los contratos en que la ley imponía la escritura ¿este requisito era *ad formam* o *ad substantiam*? Esta es la *magna quaestio* en relación con el valor atribuido (¿probatorio? ¿constitutivo?) al documento. Sabemos que en derecho clásico el documento escrito no tenía posición de privilegio y era valorado de igual forma que cualquier otro medio de prueba. La praxis provincial sin embargo era totalmente diversa de la romana⁷⁶, especialmente en dos puntos que destaca Talamanca⁷⁷: 1) Imposibilidad en determinados negocios no solamente de probar sino también de constituir la relación jurídica a no ser por medio del documento; 2) La particular eficacia probatoria del *instrumentum* que debe confeccionarse siguiendo una especial

⁷⁴ GALLO, *Rifless.*, p.418.

⁷⁵ SCHUSTER, *Funktion*, p.419.

⁷⁶ Vid. ARCHI, *Civiliter*, p.18ss.

⁷⁷ TALAMANCA, *Document.*, p.557.

disciplina jurídica. Estas influencias fueron determinando la legislación imperial a partir de Diocleciano, de modo que en sede judicial frente a un documento la parte perjudicada o lo impugna acusándolo de falso, o tiene que estar a lo prescrito en el mismo: en esto consiste su eficacia probatoria⁷⁸. Desde entonces la legislación postclásica se dirigió a evitar maniobras dilatorias basadas en la acusación de falsedad imponiendo la carga de la prueba a quien intentara sacar beneficio del falso, proponiendo además nuevas normas sobre el *onus probandi* que si con anterioridad recaía sobre ambas partes, a partir del 369 d. C. (C.Th.11.39.6) recae totalmente sobre quien afirma la falsedad, y tanto en los procesos civiles como en los penales. A partir de entonces empieza a imponerse la tendencia (C.Th.11.39.7 a. 378) plenamente asentada en época justiniana, que quien produce el documento debe procurar la *impositio fidei*⁷⁹. Pero sí queda claro en C.4.21.17 que los contratantes mientras no hayan cumplido las formalidades requeridas para la validez del documento no pueden *aliquid ius sibi ex... contractu ... vindicare*, y no solamente esto, porque si no cumplían todas las formalidades, y poniendo además como ejemplo la figura del vendedor, las partes no están constreñidas a *contractum perficere* (en el mismo sentido I.3.23pr.) ni a indemnizar a la otra parte. Las disposiciones justinianas dan por tanto valor constitutivo al *instrumentum*. Como señala Polo Arévalo⁸⁰, la exigencia en las ventas *cum scriptura* de redactar el *instrumentum*, y lo que es más relevante, la elevación de ese documento a elemento constitutivo del contrato –necesario para su perfección y no como simple medio de prueba– conducirá inevitablemente en esa época a una alteración de la concepción consensual que había regido en época clásica. No comparto esta idea que ya había sido apuntada por Levy en sus estudios sobre el derecho vulgar de Occidente: una cosa es la necesaria redacción por escrito, que convierte la venta en un contrato solemne, y otra es la consensualidad que también necesariamente subyace en la configuración de la compraventa, que no viene eliminada en la doctrina justiniana de permitir cierta libertad a las

⁷⁸ Cfr. el edicto de Valerio Eudemon conocido a través del Pap. Oxy. II 237, VII-18 (186 d.C.), sobre el cual M.HÄSSLER, *Die Bedeutung der Kyria-Klausel in den Papyrusurkunden*, (Berlín 1960) p.29: “den öffentliche Urkunden wird durch diese Stelle absolute Beweiskraft ausgesprochen”.

⁷⁹ Cfr. TALAMANCA, *Document.*, p.557; TORRENT, *Dicc.*, p.439.

⁸⁰ POLO ARÉVALO, *Instrumentum*, p.720.

partes de actuar *cum scriptis* o *sine scriptis*, aunque ciertamente induce y prefiere el *instrumentum* escrito.

Las disposiciones justinianas plantean el problema advertido por Gallo⁸¹ de cómo estaban reguladas las relaciones entre *stip. cum scriptis* y *sine scriptis*, y cuándo y en base a qué criterios se podía decir que las partes habían elegido la primera o la segunda. El problema se reduciría a una mera *quaestio voluntatis* si no fuera porque Justiniano está forzando a las partes a utilizar la *scriptura* ajustada a los requisitos que impone (*completio, subscriptio*) aunque aparentemente deje libertad para elegir la forma: *illos tamen quos in scriptis fieri placuit, transactionem etiam, quas instrumentum recipi convenit non aliter vires habere sancimus* probablemente pensando en negocios de escasa cuantía económica que obviamente no requerían documentación escrita, porque para todos los demás (y especialmente pienso en los inmobiliarios) el emperador, sobre todo en los negocios que tuvieran incidencia fiscal, de alguna manera está forzando a realizar *stip. in scriptis*. que con los debidos requisitos *ad substantiam* no solamente estaban dotados de pleno valor probatorio, sino que el *instrumentum* por sí mismo tenía valor constitutivo solemnizando el contrato de compraventa. Gradenwitz y Schuster⁸² entienden que los términos *transactionem convenit* habrían sido introducidas por los compiladores del segundo código, idea que comparte Gallo⁸³ añadiendo que por tal razón *convenit* constituye una especie de interpretación auténtica de *placuit*. En mi opinión aquella idea supone atribuir a Justiniano una tesis puramente clásica, que ciertamente siguieron los compiladores de sus constituciones y a su estela los medievales⁸⁴: libertad absoluta de elección de forma escrita o no escrita para documentar la compraventa, pero esto no se puede predicar absolutamente para C.4.21.17 que impone la forma escrita para el futuro y los requisitos de la misma. No comparto la tesis de Gallo que siendo incierta la voluntad de los contratantes sobre la forma oral o escrita, se debe presumir que habían querido contratar

⁸¹ GALLO, *Rifless.*, p.422.

⁸² GRADENWITZ, *De litigiosis*, p.420; SCHUSTER, *Funktion*, p.54ss.

⁸³ GALLO, *Rifless.*, p.424, nt.23.

⁸⁴ Vid. citas en GALLO, *Rifless.*, p.424, nt.24.

sine scriptis. Astuti⁸⁵ teniendo en cuenta la doctrina de Piacentino y Azón es más radical, porque entiende que en C.4.21.17 “manca qualsiasi riferimento all’ipotesi di incertezza sull’effettivo intento dei contraenti”, pero no tiene en cuenta, y se lo reprocha Gallo⁸⁶, que los intérpretes medievales sobre todo discutían las relaciones entre función probatoria y función sustancial del documento, y no las relaciones entre *stip. in scriptis* y *sine scriptis*. Ciertamente es también que Bas.22.1.76 y en el relativo escolio de Teodoro se sigue encontrando esta contraposición que apunta a la libertad de forma a elección de los contratantes que vemos en otros textos (Nov.73.8) y sch. 6 de Taleo a Bas.11.2.22) destacando el elemento intencional, pero esta libertad solo quedaría para asuntos de poca importancia; los negocios importantes requerían indefectiblemente ser llevados *in scriptis* con los nuevos requisitos que impuso Justiniano para su validez y eficacia.

Pero incluso aunque quisiéramos poner en un plano sobreelevado el elemento intencional, creo que C.4.21.17 no permite absolutamente que en el caso que los contratantes hubieran convenido la redacción del documento por escrito, dieran al documento una eficacia distinta de la prevista en la constitución. Justiniano deja a salvo los derechos en materia de compraventa una vez que se hubiera convenido en el precio (*statuto pretio*⁸⁷) que lleva implícito el *venditionem perficere*. Tiene razón Talamanca⁸⁸ al observar que en la praxis sobreentendida en la legislación imperial haya una singular contaminación entre la *emptio venditio* consensual y obligatoria romana, y la configuración que asumía en la praxis el *instrumentum emptionale* como compraventa traslativa, que me parece la gran innovación justiniana en el sentido de no ser necesario la entrega material de la cosa y del precio en cuanto el *instrumentum* rodeado de todos los requisitos que hemos visto funcionaba como medio cartal de perfección de la compraventa que ya contaba con suficientes resortes de publicidad, de ahí que el *consensus* inicial sobre cosa y precio llevaba a la necesidad en época justiniana de *venditionem perficere*, de modo que no

⁸⁵ G.ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto romano*, en *Studi Segrè = Temi emiliani* 20 (1943) p.57.

⁸⁶ GALLO, *Rifless.*, p.425 i. nt.

⁸⁷ Sobre la trascendencia del *pretium* en la compraventa cfr. TORRENT, *Pretium certum*, cit.

⁸⁸ TALAMANCA, *Vendita*, p.470.

habiéndose terminado todo el *iter* documental (no era suficiente el borrador: *scheda*, ni los documentos que *per tabellionem conscribantur*), el contrato de compraventa antes de producir sus efectos requería *venditionem perficere*. Justiniano de todos modos parece hacer homenaje a los *prisca iura* si de acuerdo con éstos se hubiera iniciado la redacción del documento escrito, que debía adaptarse a la nueva regulación una vez publicada la constitución. Es difícil saber a que se refería Justiniano con *prisca iura*, acaso a la praxis de alguna región o sobre todo a la praxis de los tribunales, que por los documentos de la época se referían esencialmente a una compraventa consensual y obligatoria.

Frente al derecho prejustiniano que solo conocía la compraventa obligatoria con corresponsividad de prestaciones entre las partes (cosa y precio), las *constitutiones generales* de la época perfilaron la compraventa con efectos reales⁸⁹, es decir, con efectos traslativos⁹⁰. Era para ello suficiente (desde luego en la compraventa de inmuebles) la redacción de un documento escrito que en la práctica tiene un valor constitutivo debiendo cumplir determinados requisitos de publicidad⁹¹ tanto para lograr los efectos traslativos como también a efectos fiscales. Esta situación será alterada en las constituciones de Justiniano que cambian la concepción de la compraventa; ahora una vez iniciadas las fases preliminares del contrato su conclusión de modo coactivo sólo se presenta para el vendedor: *...adeo ut nec illud in huiusmodi (= cum scriptura) venditionis liceat dicere, quod pretio statuto necessitat imponitur venditori vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*. De este modo dice Talamanca⁹² que si el comprador no quiere concluir la

⁸⁹ TALAMANCA, *Vendita*, pp.463-464

⁹⁰ Un ejemplo significativo de la función traslativa de la venta se reporta en C.4.38.1 (Valer. y Gall. de fecha incierta, quizá del 255). Debía tratarse seguramente de la venta de un fundo provincial reconociendo los emperadores la validez de las ventas efectuadas en lugar distinto en el que estaban situados los fundos. No puede haber signo más claro de compraventas traslativas en las que los actos de autonomía privada se dirigían a tales efectos, superada la forma mancipatoria, e incluso muy desdibujada la *traditio* como resulta de la documentación papirológica y de las Tablillas Albertini (derecho provincial obviamente), entendiéndose suficiente la compraventa con efectos traslativos una vez superada en la legislación imperial la distinción *res mancipi-nec mancipi*, que se hizo definitiva con Justiniano C.7.25.1 (a. 530-531).

⁹¹ Vid. sobre el tema, GALLO, *Pubblicità (diritto romano)*, en *ED* 37 (1988) p.972ss.

⁹² TALAMANCA, *Vendita*, p.471, nt.1709.

compraventa, el vendedor está garantizado en todo caso en cuanto conserva la propiedad de la cosa, siendo el comprador quien debía quedar protegido sobre todo si había pagado una parte del precio.

Para concluir diré que no fueron tan tajantes las cesuras entre los diversos períodos de la historia del derecho romano como se pensaba hace algunos decenios, y por lo que se refiere al tema que nos ocupa, entre el derecho tardo-republicano y el derecho clásico, ni entre éste y el postclásico, y ni entre éste y el justiniano. La evolución de la compraventa siguió un trazo lineal en la que las alteraciones respondían al compás de las exigencias económico-sociales; si desde finales de la República la compraventa vino entendida como contrato consensual y obligatorio, figura que los clásicos afinarían especialmente en orden a la responsabilidad y a los derechos y obligaciones de las partes siendo un negocio oral que perfeccionándose por el *consensus* requería la *mancipatio* para lograr efectos traslativos, estos efectos se empiezan a trasladar a la escritura en el Dominado, y finalmente Justiniano la impone para todos los contratos con posterioridad al 528, escritura que tenía que adaptarse a los requisitos requeridos por el emperador (*completio* y *subscriptio*). Todos estos pasos siguen siendo recordados en la legislación justiniana en I.3.23pr.; quizá las IJ no podían haber llegado mas lejos a riesgo de que los compiladores justinianos hubieran subvertido el sistema de la compraventa consensual y obligatoria prevista en las Inst. de Gayo, apareciendo todavía las *obligationes consensu contractae* con la nueva *venditio cum scriptura*, acaso por la finalidad inmediatamente escolar de la IJ aunque Justiniano las diera validez normativa, pero esto ya no ocurrirá en el C., y menos en su segunda redacción del 534, poco después de haber sido finalizados los trabajos de las I. y del D. Obviamente el emperador no podía desviar el contenido esencial del contrato: cambio de cosa por precio, pero sí primar la escritura sobre la oralidad del acto e imponer determinados requisitos a la escritura para la eficacia de la venta.